

CUANTIFICACIÓN DE LA DEMANDA Y SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN

Pedro Abrisqueta Costa

Dipòsit legal: Gi. 1200-2014
<http://hdl.handle.net/10803/145906>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**CUANTIFICACIÓN DE LA DEMANDA Y
SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN**

Pedro Abrisqueta Costa

2014



TESIS DOCTORAL

CUANTIFICACIÓN DE LA DEMANDA Y SENTENCIA CON
RESERVA DE LIQUIDACIÓN

Pedro Abrisqueta Costa

2014

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DRET, ECONOMIA I EMPRESA

Dirigida por el Dr. Guillermo Ormazabal Sánchez

Memoria presentada para optar al título de Doctor per la Universitat de Girona

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

A	Auto
AC	Actualidad Civil
ALEC	Anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
AAP	Auto Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
Excmo. Sr. D.	Excelentísimo Señor Don
ET	Estatuto de los Trabajadores
LCC	Ley Cambiaria y del Cheque
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000
LEM	Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio (Mercantil) de 1830
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LVPBM	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles
núm.	Número
opus cit.	Opus Citada

págs.	Páginas
rec.	Recurso
RJ	Repertorio Jurisprudencial
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Sec.	Sección
S/SS	Sentencia/Sentencias
ss.	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
Vol.	Volumen

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT	12
CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN	14
1.1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE ESTE PRIMERO APARTADO ...	14
1.2. DE LAS PARTIDAS A LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN.....	16
1.2.1. Las Partidas: la preeminencia de la tutela de condena y de la distinción entre lo principal y lo accesorio	16
1.2.2. La Nueva Recopilación: condena líquida, demanda y sentencia generales, y lo accesorio en la acción real	25
1.3. DE LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN A LA LEC DE 1855. EL ANTECEDENTE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO EN LOS NEGOCIOS Y CAUSAS DE COMERCIO DE 1830	40
1.4. LA REGULACIÓN DE ESTA MATERIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855	62
1.4.1. Introducción	62
1.4.2. Estudio del art. 63 LEC 1855	64
1.4.2.1. Análisis sistemático y nuevas reflexiones sobre la tutela de condena	64
1.4.2.2. Encaje histórico del artículo 63 LEC 1855 y nuevas reflexiones sobre el carácter accesorio de lo (ahora) reservable	71
1.4.2.3. Tipos de sentencias ilíquidas y justificación de su existencia. Breve análisis de la absolución en la instancia y sucinto avance sobre la incongruencia <i>citra petita</i>	78
1.4.2.4. Liquidación de la sentencia ilíquida que fijaba las correspondientes bases	85
1.4.2.5. Estudio del engarce entre los dos procesos declarativos en el supuesto de la sentencia totalmente ilíquida.....	88
1.4.2.6. Principal crítica a la anterior normativa	89

1.4.3. Breve comentario sobre la demanda	90
1.5. LA REGULACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881	95
1.5.1. Introducción	95
1.5.2. Regulación legal, del inextricable entrelazamiento entre los arts. 359 y 360 ALEC, y de las consecuencias del mismo en la configuración de la incongruencia <i>citra petita</i> y en la dinámica interna de la sentencia con reserva de liquidación bajo la vigencia de la ALEC	96
1.5.3. Mecánica procedimental	103
1.5.4. Análisis comparativo con el artículo 63 de la LEC de 1855	106
1.5.5. Crítica.....	109
1.5.6. Breves conclusiones sobre la regulación legal de las sentencias con reserva de liquidación en la ALEC	111
1.6. GESTACIÓN PARLAMENTARIA DEL ART. 219 LEC	113
1.7. ALGUNAS RESPUESTAS A VARIAS PREGUNTAS QUE OFRECE EL ANTERIOR ENFOQUE HISTÓRICO	118

CAPÍTULO SEGUNDO. SOBRE LA RECLAMACIÓN EN JUICIO DEL PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO DETERMINADA O DE FRUTOS, RENTAS, UTILIDADES O PRODUCTOS DE CUALQUIER CLASE. ANÁLISIS DEL PRIMER APARTADO DEL ARTÍCULO 219 LEC

2.1. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 219 LEC Y PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES QUE SUSCITA SU PRIMER APARTADO	121
2.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: MÁS ALLÁ DE LOS SUPUESTOS RELACIONADOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 219.1 LEC	126
2.2.1. Análisis de los casos englobables en la sentencia con reserva de liquidación.....	126
2.2.1.1. El art. 219 LEC como <i>numerus apertus</i> , y reflexiones sobre la inclusión del supuesto de los daños y perjuicios	126

2.2.1.2. Análisis desde el punto de vista del derecho civil de los supuestos explicitados por la norma y de algunos otros a los que su aplicabilidad resulta casi indubitada, y deducción jurídico-semántica de un meta factor común.....	134
2.2.1.3. Interpretaciones histórica y teleológica de los anteriores conceptos: lo dinerario como supuesto de hecho de la norma	151
2.2.2. Aplicabilidad del artículo 219.3 LEC a los laudos arbitrales	157

CAPÍTULO TERCERO. EL ARTÍCULO 219.2 LEC Y LAS SENTENCIAS CON FIJACIÓN DE BASES; DE LAS BASES PARA SU LIQUIDACIÓN Y DE SU REMISIÓN A LA EJECUCIÓN

3.1. EL ARTÍCULO 219.2 LEC Y LAS SENTENCIAS CON FIJACIÓN DE BASES.....	164
3.2. LA FIJACIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES BASES PARA LA LIQUIDACIÓN	169
3.3. ESTUDIO SOBRE LA REMISIÓN QUE EFECTÚA EL ART. 219.2 LEC A LA EJECUCIÓN.....	181

CAPÍTULO CUARTO. EL ARTÍCULO 219.3 DE LA LEC DEL 2000. LAS SENTENCIAS CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN

4.1. INTRODUCCIÓN: TELEOLOGÍA DE LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y ENUNCIACIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA ...	185
4.2. CRÍTICA TEÓRICA A LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN: CONDICIONES DE POSIBILIDAD LÓGICA DE SU EXISTENCIA	194
4.3. CRÍTICA PRÁCTICA A LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN: ANÁLISIS PRAGMÁTICO DE LA MISMA	200
4.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN	210
4.4.1. Introducción. Breve comentario sobre las tutelas de condena y de mera-declaración, análisis diacrónico de la relación entre ambas, y sucinta glosa de su interpretación por la jurisprudencia	210

4.4.2. Estado de la cuestión en la doctrina española, crítica a los razonamientos por ella expuestos, breve análisis comparativo de los ordenamientos italiano y alemán e intento de superación del anterior debate	227
4.4.2.1. Introducción	228
4.4.2.2. Defensores de la naturaleza meramente declarativa de la sentencia con reserva	230
4.4.2.3. Defensores de la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva	233
4.4.2.4. Sistematización y crítica de las anteriores opiniones	239
4.4.2.5. Tratamiento de esta cuestión en el ordenamiento italiano	258
4.4.2.6. Estado de la cuestión en el derecho alemán	273
4.4.2.7. Toma de postura	281
4.4.3. Especialidad y/o excepcionalidad de las normas reguladoras de este tipo de sentencias	287
4.4.4. El artículo 219 LEC como límite al ejercicio de las acciones meramente declarativas	298
4.4.5. Precisiones sistemáticas y terminológicas: en torno a la liquidez y distinción entre figuras afines	321
4.4.5.1. Liquidez y sentencia con reserva	321
4.4.5.2. Sentencia con reserva y condena de futuro	323
4.4.5.3. Sentencia con reserva y sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios	336
4.4.5.4. Sentencia con reserva y sentencia condicional	349
4.5. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA (ARTÍCULO 216 LEC)	354
4.5.1. Relación entre ambos institutos	354
4.5.2. Breve referencia a la relación entre sentencia con reserva y prueba pericial	370

4.6. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA (ARTÍCULO 217 LEC)	377
4.7. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y CONGRUENCIA (ARTÍCULO 218 LEC)	393
4.8. ALCANCE DE LA COSA JUZGADA MATERIAL (ARTÍCULO 222 LEC) EN LA SENTENCIA CON RESERVA. EL SEGUNDO DECLARATIVO Y LA VERDADERA SENTENCIA DE CONDENA	414
4.8.1. Cosa juzgada material, falta de exhaustividad y preclusión en la sentencia con reserva	414
4.8.2. Cosa juzgada, accesoriedad y sentencia con reserva	418
4.8.3. Cosa juzgada y autonomía de la tutela de mera declaración en el ámbito de lo pecuniario	420
4.8.4. El segundo declarativo y la verdadera sentencia de condena	422
4.9. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN PROVISIONAL	426
4.10. LA POSIBILIDAD DE LIQUIDAR LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN EN FASE DE EJECUCIÓN A TRAVÉS DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 712 A 720 LEC. CONSIDERACIONES GENERALES	440
4.10.1. Breve apunte sobre el concepto de liquidez en la actual LEC del 2000 ...	440
4.10.2. Breve estudio de los procesos incidentales regulados en los artículos 712 a 720 LEC	444
4.10.2.1. Ubicación sistemática y ámbito de aplicación de los artículos 712 a 720 LEC	445
4.10.2.2. Objeto y naturaleza jurídica. Naturaleza jurídica de las normas que rigen estos procedimientos y sus consecuencias	449
4.11. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES	455

4.12. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DEMANDA EN QUE SE SOLICITE UNA SENTENCIA SIN FIJACIÓN DE BASES O CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN	460
4.12.1. La prohibición de solicitar que se dicte una sentencia ilícida y su tratamiento procesal	460
4.12.1.1. La posible apreciación de oficio en el momento de admitir la demanda en el juicio ordinario de las tres cuestiones planteadas y la posibilidad de subsanación de las mismas en este momento	461
4.12.1.2. La posibilidad de acumular acciones. El sentido del término “exclusivamente” del artículo 219.3 LEC	481
4.12.1.3. Tratamiento de las cuestiones examinadas en la audiencia previa al juicio y su resolución en el caso de que se llegue a dictar sentencia	499
4.12.1.4. Tratamiento de las anteriores cuestiones en el juicio verbal.....	514
4.12.1.5. El régimen de recursos contra la sentencia con reserva	516
A) <i>Sentencia con reserva y recurso de casación</i>	516
A.1) <i>La conceptualización de las normas reguladoras de la sentencia con reserva como normas procesales materiales</i>	523
A.2) <i>El enfoque de esta materia en la LEC del 2000</i>	526
A.3) <i>Breve referencia al antiguo debate sobre la casación y el procedimiento de liquidación en ejecución de sentencia</i>	533
B) <i>La problemática referente a la sentencia con reserva y la constitución de los pertinentes depósitos para poder recurrir</i>	539
4.12.2. La prohibición de dejar para la ejecución de sentencia la determinación de las cantidades objeto de la sentencia con reserva de liquidación. La transmutación del sentido original del art. 219 LEC operada por la actual doctrina del TS	544
4.12.2.1. Tratamiento de esta cuestión por la jurisprudencia y por la doctrina	544
4.12.2.2. Tratamiento de la demanda instando la ejecución de una sentencia ilícida Breve reflexión sobre la liquidez como presupuesto necesario del título ejecutivo sentencia firme de condena (artículo 517.1 LEC)	570

4.13. EPÍLOGO. UNA REFLEXIÓN GLOBAL SOBRE EL ART. 219 LEC AL FILO DE UN RECIENTE Y REPRESENTATIVO PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL. LA NECESIDAD DE SUPERAR UN MITO	574
CONCLUSIONES	611
RESOLUCIONES CONSULTADAS	624
BIBLIOGRAFÍA	635

RESUMEN/ABSTRACT

El presente estudio trata de la cuantificación de la demanda en relación con la sentencia con reserva de liquidación. Ésta última institución tiene una gran importancia práctica al haber sido el instrumento escogido, en el sistema procesal civil español, para abordar aquellos supuestos en los que, aún acreditándose su existencia, se considera imposible cuantificar el alcance de un débito. Se trata de un mecanismo antiguo que ha pervivido hasta nuestros días regulándose actualmente, de forma confusa y oscura, en el art. 219 LEC. Para poder arrojar luz sobre este instituto se ha examinado su naturaleza jurídica, comprobándose que acaba funcionando como una sentencia de mera declaración. Las consecuencias de esta demostración son significativas, pues afectan a cuestiones tan relevantes como las referentes a su ejecutabilidad provisional, a las medidas cautelares adecuadas para preservar su eficacia, a la permisión de la tutela meramente declarativa en el ámbito de lo dinerario, o al alcance de la exigencia de exhaustividad de las sentencias.

Especial atención se ha prestado a su tratamiento procesal, abordándose los diversos tipos de infracciones de lo preceptuado en el citado art. 219 LEC y su correspondiente *iter* procedimental. A raíz del mismo, se ha expuesto la contraposición entre el sistema ideado por el Legislador del 2000 y el erigido por la actual doctrina del TS, el cual, para poder diferir algunas liquidaciones a la ejecución, ha creado un verdadero procedimiento *ad hoc* que se injerta pésimamente en el presente ordenamiento procesal y que conlleva perniciosas consecuencias, entre las que destaca la aceptación de una suerte de “formación progresiva de la pretensión”, pues se admite que ésta pueda ir configurándose, en lo cuantitativo, a lo largo de todo el proceso. Al hilo de lo anterior, se ha intentado evidenciar que la subsistencia de este tipo de sentencias se asienta sobre un postulado frágil, originado por la articulación defectuosa del conjunto del sistema, que parte del recelo o desconfianza hacia los principios dispositivo y de aportación de parte. En suma, la tesis concluye que es preciso arrumbar el mito de que, en ocasiones, es ontológicamente imposible acreditar la cuantía de lo debido, y se propone que el legislador ponga fin a las perplejidades que suscita el actual art. 219 LEC, reformándolo de modo que resulte acorde con los principios estructurales que informan el sistema de proceso civil en el que se inserta.

The present study deals with the quantification of the demand in relation to the sentence subject to settlement. This last institute is of great practical importance for having been the instrument chosen, in the Spanish civil procedural system, to address those cases in which, even still proving its existence, it is considered impossible to quantify the scope of a debit. It is an old mechanism which has survived until the present day, currently regulated in a confused and obscure way in article 219 LEC. To be able to shed light on this institute its legal nature has been examined, proving that it is just functioning as a mere statement of sentence. The consequences of this demonstration is significant, as it affects questions as relevant as the ones referring to its provisional enforceability, to the prudential and adequate measures to preserve their effectiveness, to the enabling of guardianship merely declarative in the scope of the monies, or the reach of the requirement of completeness of sentences.

Special attention has been paid to their procedural treatment, addressing the different types of infractions of what is prescribed in the cited article 219 LEC and its corresponding *iter* procedure. As a result, it has exposed the comparison between the system devised by the Legislator of 2000 and the one established by the current TS doctrine, which, to be able to defer some settlements to their execution, has created a real procedure *ad hoc* that is badly grafted in the present procedural order and which entails harmful consequences, among which stands out the acceptance of a kind of “progressive formation of the claim” and then admits that this can be configured, in a quantitative way, throughout the process. In line with the above, it has attempted to demonstrate that the subsistence of this type of sentence rests on a fragile postulate, caused by the faulty articulation of the whole system, that part of the suspicion or distrust of the principles dispositive and provision of part. In summary, the thesis concludes that it is necessary to discard the myth that, sometimes, it is ontologically impossible to prove the amount due, and intends that the legislator puts an end to the perplexities which the current article 219 LEC raises, by reforming it so that it is consistent with the structural principles that inform the system of civil action in which it is inserted.

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN.

1.1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE ESTE PRIMER APARTADO.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 regula, en su artículo 219, las que denomina *sentencias con reserva de liquidación*¹. Este *nomen* esconde tras de sí una antigua figura que, bajo diversas formas, ha aparecido en diferentes ordenamientos de nuestro entorno, y que posee la dudosa virtud de haber suscitado (con su mera existencia) cierta suspicacia en la mayoría de los autores que se han aventurado a analizarla²; recelo que sólo puede verse acrecentado en nuestro caso si se lee con cierto detenimiento el confuso redactado del citado precepto. Sorprenderá inevitablemente a quien opine que las leyes han de ser claras y precisas, el dictado de la anterior norma pues, ya desde un primer examen, plantea múltiples y variadas cuestiones como las siguientes: ¿a qué se debe que una norma que regula un tipo de sentencia contenga, en su primer apartado, un mandato dirigido al actor? ¿Por qué une al concepto *cantidad de dinero* otros tan variopintos como los de *frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase* muchos de los cuales han caído, desde hace tiempo, en desuso? ¿A qué

¹ Concretamente el **artículo 219 LEC** es del siguiente tenor literal:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.

3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

² V. gr. ARIAS LOZANO, DAVID, iniciará su conocido trabajo afirmando que: “Una condena genérica supone, en cierto sentido, una *contradictio in adiecto* (1). A pesar de estar pacíficamente aceptada por nuestra doctrina, legalmente sancionada por nuestro ordenamiento jurídico, y cotidianamente aplicada por nuestros Tribunales de Justicia, la llamada <<condena con reserva>> (2) es, cuando menos, un expediente extremadamente peculiar.” *La llamada <<condena con reserva>>. Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista General de Derecho, año LII-núm. 625-626-oct. Novbre. 1996, págs. 11141 a 11172, pág. 11141 con respecto al anterior fragmento. Este investigador cita en (1) a CALAMANDREI, PIERO, autor que llegó a considerar que: “Allo stesso assurdo logico giungerebbe chi credesse si poter separare in ogni caso il giudizio sulla esistenza dal giudizio sulla quantità.” *La condanna “genérica” ai danni*, en Riv. di dir. proc. civ., 1933; en el presente trabajo se ha consultado la versión contenida en *Studi sul proceso civile*, volume terzo, Padua, CEDAM, 1934, pág. 231.

obedece que en estos casos se limite la tutela de mera declaración obligando (siempre) a solicitar la correspondiente condena? ¿Por qué explicita que la pertinente cuantificación nunca pueda realizarse en sede ejecutiva? ¿Qué justifica que en su apartado tercero permita, en los mismos supuestos en que lo prohíbe en su apartado primero, una sentencia de condena con reserva, cayendo en evidente contradicción interna? ¿Por qué, además, se exige que sea *ésta exclusivamente la pretensión planteada* para que se pueda facultar dicha reserva? ¿Por qué razón se denomina de condena a una sentencia que no puede llevar nunca aparejada ejecución?...

Como se podrá comprobar en el decurso de las siguientes páginas, muchos de los anteriores interrogantes resultan prácticamente irresolubles si antes no se recorre el ya secular camino por el que ha transitado esta institución pues, análogamente a lo que sucede en el modelo del inconsciente freudiano, el artículo 219 LEC 2000 ha acabado edificándose sobre (y lo que es peor: con) las ruinas de anteriores obras; de vetustos ingenios que no fueron correctamente demolidos a los efectos de lograr cimentar adecuadamente la nueva construcción. Por esta razón, este precepto se compone de una confusa miscelánea de palabras y conceptos que se hallan, asimismo, incoherentemente ensamblados en una sombría estructura, a la que sólo puede aportar luz el arte de la hermenéutica. Así pues, y siguiendo el mandato del artículo 3.1 Código Civil, se necesitará algo más que una interpretación literal y contextual para poder averiguar no sólo el *qué* sino, y principalmente, el *por qué* de tan intrincado precepto. Por ello, los antecedentes históricos y legislativos aparecen como una herramienta esencial para poder dilucidar las anteriores cuestiones. Precedentes que apremiarán a explorar la realidad social del tiempo en que fueron dictadas y aplicadas las diferentes normas que regularon esta materia y, cómo no, el espíritu y la finalidad que las informaron. Apasionante recorrido que se ha andado entre muy diversos claroscuros, lo que obliga indefectiblemente a detenerse en el desarrollo histórico de esta cuestión.

Como se intentará reflejar en los siguientes apartados de esta obra, la problemática jurídico-social que llevará finalmente a la creación de la sentencia con reserva de liquidación existía mucho antes del inicio del proceso de codificación español. La realidad de las cosas, la necesidad de que las sentencias dictadas por los jueces fueran completas, incluyendo en ellas la determinación de las cantidades debidas, el asegurar el derecho de defensa del demandado, y el uso razonable del recurso a la jurisdicción, son

algunos de los fines primordiales sobre los que pivotará la regulación de esta disciplina. Necesidades que se incrementaron a medida que los hombres se empezaron a organizar en estructuras cada vez más complejas, compeliendo a su regulación desde los mismos albores del derecho procesal. Como se examinará a continuación, dos momentos resultarán claves en el análisis de esta materia; dos episodios que, de forma especular, coinciden con los principales actos del demandante y del juez: la demanda³ y la sentencia. Por ello, mucho antes de la aprobación de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil, existieron ya diversas normas que intentaron abordar el complejo tema de la liquidación en las sentencias; principios y reglas que se encontraban fragmentados en diferentes leyes dictadas en diversos períodos; regulación caótica que intentó ordenarse con la promulgación de las sucesivas recopilaciones y, posteriormente, códigos.

1.2. DE LAS PARTIDAS A LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN.

1.2.1. Las Partidas: la preeminencia de la tutela de condena y la distinción entre lo principal y lo accesorio.

Como se ha apuntado en la anterior introducción, pronto se sintió la necesidad de que los conflictos interpersonales (cuando se llevaban ante los tribunales) se resolvieran adecuadamente, a través de sentencias completas y certeras que pusieran fin de una manera definitiva a las correspondientes controversias. Sin ahondar en los anales de la historia se puede convenir que, a los efectos del presente trabajo, el origen de la normativa que reguló esta materia se debe buscar en el derecho castellano medieval (remontarse más allá sería traspasar latamente los límites de lo que pretende este estudio) y, más concretamente, en el fructífero reinado de Alfonso X (1252-1284)⁴. La

³ Con la finalidad de facilitar la fluidez del discurso utilizaré a lo largo de este estudio de forma indistinta (excepto cuando se requiera de mayor precisión) los términos de demanda, acción y pretensión, aún conociendo los diversos matices semánticos que, los procesalistas, han otorgado a cada uno de los anteriores vocablos; v. gr., la diferenciación que ya propusiera FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, entre la acción como “un derecho”, la pretensión como “un acto” y la demanda como “el vehículo formal de ese acto (que, a su vez, consiste esencialmente en afirmar una acción y pretender, en consecuencia, una concreta tutela jurisdiccional).” Con DE LA OLIVA, ANDRÉS, *Lecciones de derecho procesal III*, Hospitalet de Llobregat, Barcelona, ROMAGRAF, S.A., 1983, pág. 35.

⁴ Son numerosos los autores que sitúan en el reinado de este monarca el punto de partida de sus análisis pues, como mantiene MONTERO AROCA, JUAN: “Los primeros nombres de juristas que, con terminología moderna, cabe calificar de procesalistas aparecen en torno a la obra legislativa de Alfonso X

importancia de la obra legislativa que se desarrolló durante este periodo fue de tal magnitud, que GOMEZ Y NEGRO llegó a afirmar: “Las reglas, pues, de la conducta y decisiones de los Castellanos antes de Nuestro Don Alfonso, eran usos barbaros, sentencias arbitrarias, y dadas en otros casos, y à buen librar codigos antiguados y diminutos”⁵. En base a ello, y sabiendo que el actual sistema procesal español entronca con la magna obra del Rey Sabio, principiaré este ensayo histórico haciendo una sucinta mención a la misma y, más concretamente, a su renombrada **Partida 3^a**, *que habla de la*

y su formación está basada en la recepción del derecho común, tanto que o son italianos residentes en Castilla o han estudiado en Italia.” Con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Barcelona, José María Bosch editor, S.A., 1994, pág. 11. Aún así cabe apuntar que un análisis más historicista requeriría remontarse a tiempos más antiguos, como explica BENITO FRAILE, EMILIO JAVIER DE, al comentar que los textos Alfonsinos son “los primeros exponentes de la Recepción del derecho común en Castilla. En ellos se observa que el régimen que se establece para el pronunciamiento de una sentencia válida, no es original, sino que por el contrario está influido y de forma decisiva por los principios del derecho romano justiniano, así como por el derecho canónico, existiendo un mayor paralelismo con los planteamientos de este último”. *Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* 1 (1988), Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, (resumen de su tesis doctoral), véanse páginas 135 a 159, pág. 136 para el anterior fragmento. Para comprender la importancia de estas normas se puede consultar, entre muchos otros, a GONZÁLEZ DÍEZ, EMILIO, en la *Presentación* de la obra *Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527 – 1567)*, *Ejemplar núm. 597*, edición facsímil numerada de 1.500 ejemplares, Valladolid, editorial Lex Nova, S.A., 1987.

⁵ GOMEZ Y NEGRO, LUCAS, *Elementos de práctica forense con un formulario arreglado a ellos a los que precede un discurso como preliminar y plan de la obra, sobre el arte de litigar, y otro apéndice (...)*, cuarta edición, corregida y adicionada por su editor, Valladolid, Imprenta de Don Julián Pastor, 1838, pág. 275. Esta interesante obra tiene un ilustrativo Apéndice titulado: *Disertación sobre el origen y autoridad que en su opinión han tenido y tienen en España los códigos, el Fuero Real, las Partidas, las llamadas leyes del Estilo, el Ordenamiento de Alcalá y la Ordenanzas reales de Castilla*, págs. 271 y ss., muy revelador de la situación legislativa de la España de la época.

⁶ Famoso glosador de la misma fue LOPEZ, GREGORIO, con *Las Siete Partidas del muy noble Rey Don Alfonso el Sabio*, Madrid, Compañía general de impresores y libreros del reino, 1843-1844, de la que extraeré el texto de la citada norma. Especialmente interesantes para conocer el estado del conocimiento de dichas Leyes en pleno siglo XVIII, son las obras de BERNI Y CATALÀ, JOSEPH, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de las Leyes Recopiladas, Autos Acordados, Autores Españoles, y practica moderna*, Partida III, Valencia, por los Herederos de Geronimo Conejos, 1759, y de VIZCAINO PEREZ, VICENTE, *Compendio de derecho público y comun de España, ó de las Leyes de las Siete Partidas colocado en orden natural*, tomo III, Madrid, por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1784. Asimismo, antes de la codificación del derecho procesal español, apareció el trabajo de MARTINEZ MARINA, FRANCISCO, *Ensayo historico-critico sobre la legislacion y principales cuerpos legales de los Reinos de Leon y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, segunda edición corregida y aumentada por su autor, tomo II, Madrid, Imprenta de D. E. Aguado, 1834, en la que se aporta una visión completa sobre las repercusiones que la normativa Alfonsina tuvo en la práctica forense. Dedicada a la Partida tercera sus páginas 95 y siguientes, realizando una descripción muy interesante sobre su aplicación práctica. Inicia precisamente dicho análisis manifestando que: “La tercera Partida comprende las leyes relativas á uno de los objetos principales y mas interesantes de la constitucion civil; administrar justicia, y dar á cada uno su derecho. Los compiladores de este apreciable libro, recogiendo con bello método lo mejor y mas estimable de lo que sobre esta materia se contienen el Digesto, Código y algunas Decretales, y entresacando lo poco que se halla digno de aprecio en nuestro antiguo derecho, llenaron el inmenso vacío de la legislacion municipal, y consiguieron servir al rey y al público con una obra verdaderamente nueva y completa en todas sus partes.” Pág. 95.

Justicia, e como se ha de facer ordenadamente en cada Logar, por palabra de juyzio⁷, e por obra de fecho, para desembargar los Pleytos.

Del análisis de este Partida 3^a pronto se torna evidente la meticolosa regulación que (en pleno siglo XIII) se realizó sobre las diversas instituciones procesales y, como no podía ser de otra manera, sobre la demanda y la sentencia. Demanda y sentencia que ya aparecen inextricablemente unidas por el principio de congruencia⁸ que debía guardar la segunda con respecto a la primera⁹. De esta forma, existían diversos preceptos relativos al modo de dictar las sentencias, de entre los cuales cabe destacar la **Ley V** de ese mismo **Título XXII**, que se titulaba *Quando, e como se deue dar el Juyzio*, y en la que, entre otros extremos, se mandaba que: [...]. *E deue ser dictado el juyzio por buenas palabras, e apuestas, que lo puedan bien entender sin dubda ninguna, e señaladamente deue ser escrito en el, como quita, o condena al demandado en toda la demanda, o de cierta parte della, segund el entendiere que fue aueriguado, e razonado ante el; o deue poner otras palabras guisadas, quales entendiere que conuiene a la demanda que fue fecha. [...]* *Ca abonda que diga, despues que la sentencia fuere leyda, aquellas palabras en que es fuerça della; como da por quito (5), o condena aquel contra quien fue fecha la demanda. [...]*¹⁰. En mi opinión, la interpretación de esta norma fue rápidamente objeto de cierta simplificación, pues tempranamente se consideró que la absolución o la condena eran las únicas fórmulas admisibles en el foro. Así, por ejemplo, VIZCAINO PEREZ entendió que la sentencia: “[...] se ha de concebir con palabras comedidas, é

⁷ Téngase presente, como ya afirmó CELSO, HUGO DE, que “sentēcia en latin tãto es como dzir juyzio en romãce.” *Las leyes de todos los reynos de Castilla: abreuñadas y reduzidas en forma de Repertorio deciuo por la orden del A.B.C.*, Impresa en Valladolid por maestre Nicolas Tyerri, 1538, folio 327.

⁸ Para una visión histórica de esta cuestión se puede consultar a GANDASEGUI APARICIO, MARÍA JOSÉ, quien sobre “la congruencia de las sentencias” considera que: “Es un principio muy básico, enunciado por **Las Partidas**, y respetado y mantenido por toda la doctrina. *La sentencia debe ser conforme a libelo*, se dice, como una garantía de que no va a contener pronunciamiento que vaya más allá de lo que las partes piden del juez, sin exceder de lo pedido.” *Los pleitos civiles en Castilla. 1700-1835: estudio del funcionamiento de la administración de justicia castellana en el marco de los pleitos privados*, tomo IV, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, 1998, [Recurso electrónico, 2003], págs. 86 *in fine* y 87 *ab initio*; a pie de la antedicha página 87 reseña la Ley 3, del título 22, de la Partida 3 en relación al texto en cursiva, citando también a TAPIA. Asimismo se puede acudir a BENITO FRAILE, E. J., quien defiende la importancia de la influencia del derecho canónico en esta materia, al sostener que: “También podemos constatar la gran influencia que ha supuesto en nuestro derecho histórico el derecho canónico en un área de tan vital importancia, como es la necesidad de que exista congruencia entre la sentencia y las pretensiones deducidas por las partes, así como con las personas que han intervenido o a las cuales va dirigido el litigio.” *Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario...*, opus cit., pág. 138.

⁹ *Vid.* el análisis, en esta misma obra, de la Ley 3, del Título XXII, de la mencionada Partida 3^a.

¹⁰ Extraída de la glosa de LOPEZ, G., opus cit., págs. 325 y 326.

inteligibles, que contengan condenacion, o absolucion, ó equivalentes, y por escrito, y publicarse por el Juez por sí mismo, si sabe leer; ó si no sabe, por otro, estando él presente, pero profiriendo las palabras de *condeno*, ó *absuelvo*, [...]”¹¹. De esta forma se anuncia ya que la **de condena** aparecerá, durante todo el periodo, como la única tutela reconocida explícitamente.

Pero, como también se avanzó, quedaría huérfana la regulación de la sentencia sin la de la demanda puesto que, desde un primer momento, ambas se hallaban entrelazadas¹². Y en relación con ésta última cobrará singular relevancia la **Ley XV del Título II** (*Del demandador, e de las cosas que ha de catar, ante que ponga la demanda*), que se intitulaba: *En quales cosas deue ser auisado el Demandador, en fazer la demanda*¹³, ley que exigía una concreción exhaustiva de lo que solicitaba, ordenando (entre otros extremos) que: *Catar deue el demandador, non tan solamente a quien faze su demanda en juyzio, assi como en estas leyes diximos, mas aun que cosa es aquella, que quiere demandar. E primeramente, si es mueble, o rayz. E despues desso, si quiere por su demanda auer el señorío della, o la tenencia, o si quiere razonarla por suya. O si quiere demandar la possession della tan solamente. O si pide emienda de daño, o tuerto, o de deshorrta, que aya rescebido en si mismo, o en lo suyo; o alguna otra cosa señalada qual deuan dar, o fazer. Ca si la cosa quisiere demandar por suya, e fuere mueble, e biua, assi como seruo, deue dezir (1)*¹⁴ *el nome del, si lo supiere, e si es varon, o mujer, o mancebo, o viejo, o negro, o blanco; e si fuere cauallo, o mula, o otra*

¹¹ *Compendio de derecho público y comun de España,...*, opus cit., pág. 297; a pie de dicha página refiere en cuanto a esta Ley 5, la Ley 1, del título 17, del libro 4 y la Ley 24, del título 5, del libro 2 de la Recopilación.

¹² Como afirmó VICENTE Y CARAVANTES, JOSÉ DE, al decir que: “La condena ó la absolucion, deben ser de la demanda, porque esta es la que sirve de guía para la sentencia por ser la primera peticion del juicio, y en consecuencia, haberse podido observar respecto de ella la citacion y traslado al contrario, y todas las demás solemnidades y procedimientos que prescribe la justicia. V. la ley 16, título 22, Part. 3.” *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, segun la nueva ley de enjuiciamiento*, tomo segundo, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, editores, 1856, pág. 290.

¹³ En la época (y aún posteriormente) se solía diferenciar entre demanda y libelo; como afirmó ya CELSO, H., libelo “en latin tanto quiere decir como demanda hecha por escrito”. *Las leyes de todos los Reynos de Castilla...*, opus cit., folio 213. Profundizó en el estudio del libelo MATIENZO, IOANNE, quien declaró que el libelo “in iudicio offeratur in scriptis”. Cfr. *Dialogvs Relatoris et Advocati Pintiani Senatvs*, Pintiae, Ex Officina Ludouici Sanchez, 1604, páginas 196 a 199, página 196 *in fine* para el anterior fragmento. Sosteniendo más adelante que: “Cōtenendose toda via demanda en la cosa q el demandador, entendio demandar: quin imo iudex ex officio parte nõ oponente, possit libellum repelere generalem, [...] enumerat casus, in quibus libellus admittitur generalis, [...], Conteniendose toda via demanda en la cosa que entendio el demandador demandar, y seyêdo probada la verdad del hecho sobre q se pueda dar cierta sentencia.” Ídem, pág. 197.

¹⁴ Recojo los ordinales que indican referencias a pie de página de la glosa efectuada por LOPEZ, G., que no reproduciré en esta obra a menos que los considere relevantes para la misma.

animalia, deue decir de que natura es, e que color ha. E si fuere pieça de oro, o de plata (2), o otra cosa semejante, de aquellas que se suelen pesar, deue decir el peso della. [...]. Mas si demandare arca, o maleta, o saco cerrado (3) con llaue, o sellado, que ouiesse dado a alguno en guarda, e lo razonasse por suyo, non es tenuto el demandador de decir señaladamente las cosas, que son dentro en ella. [...]. Esso mismo dezimos, que deue ser guardado en todas las otras cosas semejantes destas, que auemos dicho señaladas en esta ley. Pero si aquel que faze la demanda, sobre la cosa que se suele medir, o pesar (4), dixere por su jura, que non sabia, nin se acuerda ciertamente de la quantia del peso, o de la medida, bien puede el Juez rescebir su demanda, maguer non diga señaladamente quanto es. E por quanto pudiere prouar, que fue aquello que demanda, sobre tanto le deue ser dado el juyzio, e non por mas.”¹⁵

La demanda defectuosa en este extremo (por indeterminada) tenía su correspondiente **tratamiento procesal**, que ya CELSO expuso: “si en los dichos libellos no se fiziere la suso dicha declaracion/y las cosas q en ellos se diceren no fueren ciertas y declaradas como dicho es devuense repellar: y no se reciban hasta q sean declaradas como dicho es”¹⁶. Y también VIZCAINO PEREZ quien, en su comentario sobre esta Ley 15, ya señaló que: “El actor debe poner mucho cuidado acerca de la cosa que pide, expresando

¹⁵ Extraída de la glosa de LOPEZ, G., opus cit., págs. 14 y 15 *ab initio*; señala, en anotación al margen de dicha Ley, la Ley 4, del título 3, del libro 11 de la Novísima Recopilación. Al último de los tipos de demanda que recoge la norma se la conoció como **demanda general**. En ella la necesidad precisión se relajaba en pos de garantizar el derecho a la tutela judicial del actor. Concordada con la anterior, y a modo de norma excepcional, se halla la **Ley XXVI del Título II**, que se titulaba: *Que cosas son aquellas que pueden demandar en juyzio generalmente, non señalándolas*, cuyo redactado era el siguiente: *Señaladamente deue el demandador demandar, e decir en juicio, las cosas que quisiere demandar, assi como diximos, en las leyes ante desta. Ca de otra manera non podria ciertamente responder el demandado, nin el Juez dar su sentencia. Pero cosas y ha, sobre que puede poner su demanda generalmente, e non seria tenuto de nombrar cada vna por si, porque son ellas de tal natura, que non lo podria fazer, e otrosi non faze gran mengua al demandado, maguer non sea señalada cada vna dellas; pues que por tal demanda puede auer cierto entendimiento, para responder sobre ella. Esto seria, como si el demandador quisiesse demandar los bienes de alguno, que deuiessse heredar, todos, o alguna partida dellos. Ca entonce abonda que diga, que demanda los bienes de Fulan, quel pertenescen, porque es su heredero, E diziendolo assi, non ha por que nombrar cada vna cosa de aquellos bienes señaladamente. Esso mismo seria, si demandasse cuenta de los bienes de algún huérfano, o de otro ome que el demandado ouiesse en guarda tenido, o de compañía, o de mayordomadgo, o en razon de ganancia, o de perdida, o de daños, o de menoscabos, que fuesen fechos en alguna destas cosas sobredichas. Otrosi dezimos, que si alguno quisiesse demandar Villa, o Castillo, o Aldea, u otro lugar señalado, que abonda que diga, que demanda aquel Lugar, diciendo señaladamente qual, con todos sus terminos, e con todas sus pertenencias (1); e non ha porque decir cada vna cosa, de lo que le pertenesciesse. E lo que diximos en esta ley, ha lugar en todas las otras razones semejantes destas.* Extraída también de la glosa de LOPEZ, G., quien al margen refiere la Ley 4, del título 3, del libro 11 de la Novísima Recopilación. Pág. 21 opus cit.

¹⁶ *Las leyes de todos los reynos de Castilla...*, opus cit., folio 213; a los efectos de facilitar su lectura, algunos usos gráficos de la modalidad paleográfica consultada se han modificado por signos actuales.

en la petición lo que pide, y su calidad, si es mueble, ó raíz, [...]. Y si el demandante dice, y jura que no sabe, ó no se acuerda del peso, y medida de aquellas cosas que pide, y consisten en peso, y medida, recíbese la demanda; y si por las pruebas se liquidase el tanto, sobre aquella cantidad probada, y no mas, se dará la sentencia (I).”¹⁷

Ahora bien, la norma que, de las dictadas bajo el reinado de Alfonso X, más vinculación tiene, a mi entender, con la sentencia con reserva, es la **Ley III del Título XXII** (*De los juyzios, que dan fin, e acabamiento a los pleytos*) de la mencionada Partida 3ª, que versaba concretamente sobre: *Qual deue ser el Juyzio*, y cuyo contenido era el siguiente¹⁸: *Cierto, e derechurero*¹⁹, *segun mandan las leyes de nuestro libro, e*

¹⁷ *Compendio de derecho público y comun de España...*, opus cit., págs. 97 y 98; a pie de la pág. 98 reseña la Ley 4, del título 2, del libro 4 de la Recopilación. Obsérvese que incluso en el caso de la demanda general (que podía ser ilíquida) la sentencia debía ser líquida. Asimismo no se olvide que la norma general era la de cuantificar en el libelo lo debido, como se explicitaba en la **Ley XL** del mismo **Título II**, que se titulaba: *En que manera el Demandador deue fazer su demanda*, y que, entre otros extremos, prescribía que: [...] *en qualquier demanda, para ser fecha derechamente, deuen y ser catadas cinco cosas (1)*. [...]. *La quarta, la cosa, o la quantia (2), o el fecho que demanda*. [...]. *Ca seyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede el demandado saber por ellas, en que manera deue responder. E otrosi el demandador sabra mas ciertamente, que es lo que ha de prouar. E sobre todo, tomara apercibimiento el Juez, para yr adelante por el pleyto derechamente*. [...]. Extraída también de la glosa de LOPEZ, G., opus cit., pág. 31. Obligatoriedad de peticionar una cuantía concreta que, para el caso de fijarla engañosamente, tenía serias consecuencias, como establecía la **Ley XLIV** del mismo **Título II**, que se titulaba: *Que daño viene al que engañosamente faze a su debdor obligar por mas de lo que le deue*, y que rezaba de la siguiente forma: *Palabras engañosas (1) dizen los omes vnos a otros de manera, que los fazen obligar por carta, o por testigos, por mas de lo que deuen (2). E aun despues que los han assi engañado, aduzenlos en juyzio (3), por demandarles aquello, a que los fizieron obligar. E porque las cosas que son fechas con engaño, deuen ser desatadas con derecho; porende dezimos, que si el demandado pudiere prouar (4), e aueriguar el engaño, que el demandador pierda por ello, tambien la verdadera debda, como la que feu acrecida maliciosamente en la carta, o en el pleyto, que fue fecho ante los testigos. E esto por dos razones. La una, por el engaño que fizo el demandador al demandado en el pleyto de la debda. La otra, porque seyendo sabidor que lo auia fecho maliciosamente, se atreuió a demandarlo en juyzio, cuidando avn engañar al Juez por aquella carta, o prueua que había contra su debdor. Pero si el demandador, ante que entrasse en juyzio (5) se quisiesse quitar del engaño que auia fecho, e se touiesse por pagado de su debda verdadera, puédelo fazer, e non cae porende en pena ninguna (6)*. Extraída de la glosa de LOPEZ, G., ídem, pág. 54. Para finalizar esta nota apuntaré que, las anteriores, son sólo algunas de las numerosas Leyes de Partida que correlacionan con el objeto del presente estudio. En consecuencia, a ellas se añadirán otras, al hilo del discurso, que no reproduzco en este momento por no hacer demasiado prolijo este primer apartado.

¹⁸ Extraída de la glosa de LOPEZ, G., opus cit., págs. 323 y 324. Al inicio de la citada Ley anota al margen: Ley 2, título 16, libro 11 de la Novísima Recopilación. Por su parte, en el apuntamiento que hace BERNI Y CATALÀ sobre esta Ley III, mencionó que dicha norma se correspondía con la Ley 41, del título 5, del libro 2 de la Recopilación, con la Ley 10, del título 17, del libro 4 y con la ley 6, del título 13, del libro 8 de la Recopilación. *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida...*, opus cit., a pie de la pág. 187. Asimismo cita a SALGADO, de *Reg. Protect.* Part. 1, cap. 2, apartado 2 y capítulo 7, núm. 36; a BOBADILLA, libro 3de *Polit.*, cap. 7, núm. 44; a PAREJA, de *Inf. Edit.*, título z, refol. 6, núm. 8 y 16; y finalmente a CEVALLOS, q. 266, diciendo que “nota las opiniones destruidas por nuestra Ley.”

¹⁹ Comentando (entre otras) esta ley, ASSO y MANUEL sostuvieron que el tercer principio en que se fundaba la sentencia definitiva era: “I. Que la sentencia ha de ser cierta y recta; *l. 3. tit. 22. part. 3.* y así se ha de expresar la cantidad, ó á lo menos relativamente á lo escrito en el proceso; *l. 16. alli. II.* Que ha de condenar ó absolver; *l. 15. alli. III.* Que no valga pronunciada por condicion (I), ó fazañas; *l. 14. alli. IV.* Que los Jueces en las sentencias de condenacion de frutos, los tasen; *l. 52. tit. 5. lib. 2. l. 2. tit. 9. lib.*

catada, e escodriñada (1), e sabida la verdad del fecho, deue ser dado todo juyzio, mayormente aquel que dizen sentencia difinitiu²⁰: porque tal juyzio como este, pues que vna vez lo ouiere bien, o mal judgado, non lo puede toller, nin mudar (2) aquel Juez que lo judgo; si non fuere el Rey, o el Adelantado mayor de su Corte. Ca estos atales bien pueden endereçar sus juyzios, despues que los ouiesse dado, queriendo facer merced a aquellos que gelo pidiessen, assi como lo mostramos adelante en las leyes (3) que fablan en esta razon. Pero si el Judgador ouiesse dado juyzio acabado sobre la cosa principal, e non ouiesse hablado en aquel juyzio de los frutos (4)²¹, e de la renta della; o non ouiesse condenado a la parte, contra quien fuesse dado el juyzio, en las costas; o si por auentura ouiesse judgado en razon destas cosas, mas, o menos (5)²² que non deuiesse; bien puede todo Judgador emendar, e endereçar su juyzio en razon dellas, en la manera que entendiere que lo deue fazer segund derecho. E esto ha fazer tan solamente en aquel dia (6)²³ que dio la sentencia, ca despues non lo podria fazer: como quier que las palabras de su juyzio bien las puede mudar después, e poner otras mas apuestas (7)²⁴; non camiendo la fuerça, ni el entendimiento del juyzio que diera.

Se verá la importancia de esta Ley, como la de muchas otras del mismo código (algunas de ellas ya apuntadas), si se observa que la misma sirvió como guía, durante varios siglos, para fundamentar opiniones doctrinales y actuaciones forenses en lo referente a la resolución más prototípica de todo el sistema procesal: la sentencia. Y nótese que ya desde esta prístina normativa, y en uno de sus principales mandatos, se

3. *Recop.*” ASSO Y DEL RIO, IGNACIO JORDAN DE y MANUÉL Y RODRIGUEZ, MIGUÉL DE, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por Joaquin Maria Palacios, séptima edición (primera ilustrada), tomo segundo, Madrid, Imprenta de don Tomás Alban, 1806, pág. 287.

²⁰ La diferenciación entre la sentencia interlocutoria y la sentencia definitiva se verá durante todo este periodo, hasta que finalmente se suprima la primera de ellas. La distinción la deja ya clara MONTERROSSO Y ALVARADO, GABRIEL DE, cuando explicita que “ay dos conclusiones. La vna sentencia de prueua, que se dize interlocutoria. Y la otra despues de pasados los terminos prouatorios, y la dicha publicacion, para sentēcia diffinitiu^a.” *Practica Ciuil, y Criminal, e Instruction de Scriuanos*, Valladolid, Impresso en Valladolid por Fernandez de Cordoua, 1563, folio 10bis.

²¹ LOPEZ, G., recoge, sobre “*De los frutos*”, las siguientes referencias: “Concordat I. *Paulus* 42. *D. de re judic.* Et procoedit etiam in iudice delegato, secundum Imolam, et Alexand. Ibi.” *Opus cit.*, a pie de la pág. 323. Asimismo, al margen, apunta: Ley 7, del título 16 del libro 11 de la Novísima Recopilación, Ley 6, del título 16, del libro 11 y Ley 25, del título 4, del libro 5 de la Novísima Recopilación.

²² LOPEZ, G., recoge, en cuanto a “*Mas o menos*”, las opiniones de diversos autores que relaciona; *vid. ídem*, pie de las págs. 323 y 324.

²³ LOPEZ, G., recoge, en cuanto a “*En aquel dia*”, diversas opiniones doctrinales sobre cómo computarlo; *vid. ídem*, pie de la pág. 324.

²⁴ LOPEZ, G., recoge, en cuanto a “*Otras mas apuestas*”, que: “Concordat I. *actorum verba* 46. *D. de re judic.*” *Ídem*, a pie de la pág. 324.

hacía referencia de manera explícita y específica a los *frutos* y a la *renta* de la cosa principal²⁵. Por tanto, y conviene recalcarlo, ya en pleno siglo XIII se diferenciaba claramente en sede de regulación de la sentencia entre la *cosa principal* por un lado, y *los frutos, la renta della, o las costas*, por otro, si bien a los meros efectos de permitir mayor flexibilidad en la fijación y determinación de éstos últimos. Diferenciación que se basaba en que esos frutos, rentas y costas conformaban **conceptos accesorios**, los dos primeros del objeto principal de discusión en el pleito, siendo las costas justamente accesorias de la existencia del propio pleito²⁶. El carácter accesorio de dichos conceptos es una propiedad de los mismos que resultará esencial para entender la génesis y posterior evolución de la sentencia con reserva de liquidación. Este carácter será explicitado por diversos autores de las diferentes épocas en que aquella norma fue de aplicación. Por citar algunos, repararon en este aspecto CELSO (S. XVI), quien ya afirmó que la sentencia definitiva: “[...]: y despues de ser dada el juez q la dio no la puede corregir ni emēdar ni añadir [...]: salvo si fuesse sobre las costas o fructos q fuesen pedidos: [...]: en los qles casos biē puede el tal juez aql dia mesmo q vio la sñia diffinitiva endereçar²⁷ su sñia en razõ delas dichas costas o fructos solamēte. [...]: y dezimos *8* suso ca. accesorio: [...]”²⁸, VIZCAINO PEREZ (S. XVIII), quien²⁹ mantuvo

²⁵ Como es sabido, la influencia de las *Partidas*, como norma directamente aplicable, perdurará hasta bien entrado el siglo XIX. Por ello no resulta sorprendente que, por ejemplo, GOMEZ Y NEGRO, L., al tratar en una fecha tan próxima como la de 1838 de la “mudanza” de la sentencia, cuya regla general era (y sigue siendo) la de su imposibilidad, afirmase que “si no hubiere hecho en ella mencion de frutos ni condenacion de costas, puede añadir esto en el mismo dia, y tambien remitir la multa del que por pobreza no podia pagarla.” Y en apoyo de esta afirmación trajese precisamente a colación las Leyes 3^a, 4^a y 12^a, del Título 22 de la Partida 3^a. *Elementos de práctica forense...*, opus cit., pág. 113.

²⁶ En relación a las mencionadas costas, la **Ley VIII** de esos mismos Título y Partida, que se titulaba: *Cómo el judgador debe condenar en su juicio al vencido en las costas que fizo su contendor*, iniciaba su dictado de la siguiente forma: *Los que maliciosamente, sabiendo que non han derecho en la cosa que demandan, mueven á sus contendores pleytos sobre ella trayéndolos á juicio et faciéndoles facer grandes costas et misiones, es guisado que non sean sin pena porque los otros se rezelen de lo facer.*

²⁷ Será precisamente en esta posibilidad de enmienda en donde habitualmente se reflejará con mayor claridad el referido carácter accesorio que se otorgaban a estos conceptos; v gr. se observa en GUTIERREZ DE ESCOBAR, JOSÉ, cuando declaró que: “Luego que el juez pronuncia su sentencia definitiva, y la publica, no puede corregir, añadir, enmendar, ó revocarla (8), [...], aunque bien podrá en el mismo dia que se pronuncie, añadir o reformarla en lo accesorio, como v. g. en razon de frutos ó costas, si sobre ello hubiese determinado mas ó menos (1), y lo mismo declararla à pedimento de parte (2); porque esto no es dar nada de nuevo, sino solo explicar el hecho con citacion de las partes cuya disposicion no corre para con la sentencia interlocutoria, [...]”. *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciacion é incidencias*, escrito en el año de 1782 y reimpresso, corregido y aumentado por unos abogados del Ecuador, Quito, Imprenta de Alvarado, por Juan Pablo Sanz, 1842, págs. 15 y 16 *ab initio*. A pie de la página 15, en (8) refiere, además de la obra: “*Cur. 1. Part. §. 18. n. 17.*”, la Ley 3 del título 22 de la Partida 3; a pie de la página 16, en (1) reseña de nuevo la misma Ley 3, y en (2) también la Ley 3, pero del título 33 de la Partida 7. En la edición consultada existe la siguiente nota: “*Los frutos, intereses y perjuicios causados despues de la demanda, y las costas, no se toman en consideracion para calcular la cuantía del pleito (2); a no ser que estos derechos estén liquidados (3)*”. Ídem, pág. 18; a pie de la misma consta en (2) el artículo 57 de la ley adicional de 1837; y en (3) el artículo 11 de la ley adicional de 1839.

²⁸ *Las leyes de todos los reynos de Castilla...*, opus cit., folio 327bis.

que: “El Juez no puede mudar la sentencia difinitiva; pero si omitió la condenación de frutos, ó costas, que son accesorias, ó condenó en mas, ó ménos de lo que se debia, puede juzgar de estas, ó mudar tambien el juicio, siendo en el mismo dia en que promulgó la difinitiva; pero puede mudar las palabras de la sentencia en qualquier tiempo, con tal que no mude el sentido (I)”³⁰ o GOMEZ Y NEGRO (primera mitad S. XIX), cuando afirmó que: “No solo debe el juez decidir sobre el fondo de la cuestion, sino tambien sobre lo accesorio, como frutos y costas, para no dejar materia á un nuevo pleito.”³¹

Del breve examen realizado en relación a las anteriores Leyes se puede extraer, a modo de **conclusión**, la fotografía de un sistema asentado, por un lado, sobre el pilar de la carga de la parte actora de determinar y cuantificar el objeto de la deuda pedida en la demanda y, de otro, sobre la especular obligación del órgano jurisdiccional de ser claro y preciso en su sentencia la cual, **condenando o absolviendo**, siempre debía ser **completa**³². En consecuencia, tanto en las actuaciones de los unos como en las de los otros (unidos por lo que luego se denominará técnicamente como *la congruencia*) la concreción y la certeza eran la norma, y la generalidad la excepción, dándose por supuesta la previa liquidación de lo que se solicitaba³³. No parece que en aquel primer momento se sintiera la necesidad de crear una figura como la sentencia con reserva³⁴

²⁹ Al comentar las Leyes 2 y 3 de este título 22, y después de explicar que: “El juicio es de tres maneras; es á saber, el precepto que se impone de pagar al deudor, que confiesa la deuda: la interlocutoria que no termina el pleyto; la qual puede tambien proferirse sin escrito, y enmendarse por justa causa; y la sentencia difinitiva, que impone fin al pleito, y contiene condenacion, ó abolucion.” *Compendio de derecho público y comun de España...*, opus cit., págs. 295 *in fine* y 296.

³⁰ Ídem, pág. 296; a pie de la misma reseña las Leyes 1 y 2, del título 17, del libro 4 de la Recopilación.

³¹ *Elementos de práctica forense...*, opus cit., pág. 111.

³² Lo anterior sigue siendo de plena actualidad, llegándose a emplear expresiones casi idénticas. V. gr. DE LA OLIVA SANTOS, A., dirá (al hilo precisamente del art. 359 ALEC y de la condena con reserva del art. 360 ALEC) que: “Se preocupa la L.e.c., en definitiva, de que, lo mismo que el *petitum* debe ser claro y concreto, también la *parte dispositiva* de la sentencia, respuesta a aquél, sea concreta y precisa, hasta donde sea posible”, manifestando unas líneas después que: “Y, desde luego, ha der ser una sentencia *completa*.” Con FERNÁNDEZ, M. A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., pág. 142; se han respetado las cursivas del original consultado.

³³ Así, por ejemplo, SUAREZ DE PAZ, GONZALO, en el modelo que propuso de “*LIBELLUS IN ACTIONE de constituta pecunia*”, explicitaba que se debía pedir que se “condene al dicho Geronymo, à que me dè, y pague los dichos cien ducados; y assi condenado à ello, le compela, y apremie por todo rigor, y remedio de derecho, sobre que pido cumplimiento de justicia, y las costas protesto, [...]”. *Praxis ecclesiasticae, et saecularis cum actionum formulis, et actis processuum hispano sermone compositis*, tomo tres, edición de D. Antonio Iosepho Álvarez de Abreu, Valencia, *Sumptibus* Francisci Lopez, Iosephi Antonij Pimentel, *Matririensium Bibliopolarum*, 1731, pág. 53.

³⁴ Al parecer, los autores de la época no se plantearon el que una deuda pecuniaria pudiera ser ilíquida, con lo que probablemente ni pasó por las lúcidas mentes de aquellos primeros procesalistas la posibilidad

pero, en cambio, sí se previó para los “frutos” y las “rentas” un específico tratamiento procesal: la citada posibilidad de *emendar, e endereçar su juyzio en razon dellas*, aún una vez dictada la correspondiente sentencia³⁵. Por tanto, se va perfilando un ámbito conformado por una serie de términos, cuyo denominador común no es otro que el de su **carácter accesorio**³⁶. Entonces ¿si el sistema originariamente no previó la necesidad de una sentencia con reserva, cuándo y por qué surgió? ¿Qué nuevas circunstancias la hicieron necesaria? Para responder a las anteriores preguntas habrá que recorrer unas cuantas centurias.

1.2.2. La Nueva Recopilación: condena líquida, demanda y sentencia generales y lo accesorio en la acción real.

La anterior normativa del Rey Sabio tuvo, a pesar de su pulcra minuciosidad y desde los inicios de su vigencia, graves problemas en su aplicación práctica, como han puesto de relieve diversos autores, entre ellos MARTINEZ MARINA³⁷. Ello se debió en gran

(ni la necesidad) de que se dictara una sentencia con reserva. La sentencia tenía que ser de condena, clara, precisa, completa, de tal forma que por sí sola concluyera la controversia y, para el caso de que el demandado no se aquietara a la misma, directamente ejecutable. En este sentido, obsérvese que los supuestos en los que la demanda y la sentencia podían ser generales no se corresponderán con los que, posteriormente, configurarán el objeto de la sentencia con reserva, obedeciendo ambos institutos a necesidades muy distintas.

³⁵ Entiéndaseme bien, no hay aquí ni tan sólo un embrión de lo que luego será la sentencia con reserva, pues este *emendar o endereçar* se ha de relacionar tan sólo con la posibilidad de aclarar o completar una sentencia (materia actualmente regulada en los artículos 214 y 215 LEC 2000 y 267 LOPJ 1985). En este sentido se pronuncia GANDASEGUI APARICIO, M. J., afirmando que “la otra excepción a la norma general de no modificación de las sentencias, es la vía de la **aclaración**. No supone la aclaración de una sentencia desde luego ningún tipo de modificación de aquello que es esencial en su fallo, pero sí en pronunciamientos que no son de fondo o fundamentales. Por ello, si el juez no menciona en su fallo los frutos y *rentas de la cosa litigiosa*, o bien no ha hecho mención a la condena o no en las costas del proceso, o se expresó con oscuridad, haciéndolo de oficio o a instancia de parte, *puede emendar y endereçar su sentencia dentro del día de su pronunciamiento y no después*. No se está ante ningún tipo de modificación, sino que lo que se puede pretender por alguna de las partes, o por ambas, es que el juez aclare algún concepto que no haya sido declarado con claridad o precisión, siempre que éste se refiera a circunstancias que no resulten esenciales para la decisión de fondo, sino que son accesorias al fallo principal, y se entiende que no afectan al fondo del asunto.” *Los pleitos civiles en Castilla...*, opus cit., págs. 94 *in fine* y 95; a pie de la antedicha página 95 cita a Ortiz de Zúñiga y a Tapia, a éste segundo en relación a la última parte en cursiva, así como a la Ley 3, del título 22, de la Partida 3.

³⁶ Era precisamente este carácter, y no otra propiedad de los mismos, lo que habilitaba al juez para subsanarlos sin tenerse que recurrir la sentencia, pues se entendía que su enmienda no la modificaba substancialmente (véase nota anterior).

³⁷ Quien consideró que los desórdenes que se produjeron “eran inevitables en unas circunstancias en que todavía no se pensaba en declarar las facultades de los abogados, ni en trazar el plan de sus obligaciones: ni aun se consideraba ese oficio como absolutamente necesario en el foro, siendo así que cuando escribía el maestro Jacobo, y lo que es mas, en el año 1268 se observaba la antigua costumbre de los *pleyteses*,

parte a la complejización del derecho³⁸ y al abuso que los diferentes operadores jurídicos hicieron del mismo, llegando a crearse una situación de grave ineficacia que apareció como irresoluble³⁹, y que se perpetuó a lo largo de todo el periodo⁴⁰. Es en este contexto donde se incardinarán, ya a mediados del siglo XVI, las primeras leyes que regularán de forma específica el núcleo claramente reconocible de lo que constituirá, tres siglos después, el objeto de la sentencia con reserva de liquidación⁴¹. Dichas leyes provienen, básicamente, de respuestas que dieron los monarcas a peticiones presentadas en las Cortes, en las que se retrata un profundo malestar por el nefando funcionamiento de la justicia, siendo concretamente las que se celebraron en Madrid en 1552 y en Valladolid en 1555 y 1558, las que darán lugar a los preceptos que ahora interesan⁴². En cuanto a las primeras (las de 1552), baste el siguiente comentario de COLMEIRO⁴³ para

esto es, las partes ó dueños del pleito acudian á razonar por sí mismos, salvo en caso de necesidad, y de no saber tener su voz”. *Ensayo historico-critico...*, opus cit., pág. 106.

³⁸ Como relata el citado autor: “Multiplicadas las leyes, substituidos los nuevos códigos del Espéculo, Fuero real y Partidas á los breves y sencillos cuadernos municipales; establecido por ley que los magistrados y alcaldes librasen todas las causas por aquellas compilaciones, y adoptado por la nacion, y aun reputado por cosa santa y sagrada el derecho civil y código de Florencia, fue necesario que cierto número de personas consagrasen su vida y talentos á la ciencia de los derechos para ejercer conforme á ellos la judicatura, y para razonar las causas de los que, ignorando las leyes y las nuevas fórmulas judiciales, ya no podian defenderse por sí mismos.” Ídem, págs. 106 y 107.

³⁹ En este sentido, MARTÍNEZ MARINA comenta que: “El mal habia cundido tanto, asi dentro como fuera del reino, que hubo necesidad de multiplicar las leyes, penas y amenazas, [...]; y aun algunos legisladores considerando cuán estériles é infructuosos eran sus conatos, tuvieron por conveniente suprimir el oficio de abogado, ó mandar que no le ejerciesen legistas y letrados.” Ídem, pág. 109.

⁴⁰ ALONSO ROMERO, MARÍA PAZ, es muy explícita cuando relata que: “Es sabido que el problema de la larga duración de los juicios acompañó toda la Historia del proceso en Castilla desde la Baja Edad media. Fue una de las características del modelo procesal expandido por Europa de la mano del *ius commune*, derivada del incremento en el número y complejidad de actuaciones en que se tradujo el deseo de proporcionar cauce de expresión adecuado a cuantas circunstancias contribuyeran a la mejor precisión de cada conflicto en particular y facilitaran su ulterior resolución, así como de las cautelas con las que se pretendió garantizar tal objetivo. [...]. Sin embargo, enseguida la comprobación efectiva de lo que suponía tal requisito [el del “inevitable precio en tiempo a pagar por ello”] lo convirtió en problema, y las críticas y las quejas por lo mucho que tardaba la justicia en pronunciarse pasaron a un primer plano y tradujeron un estado de opinión abrumadoramente mayoritario en contra de las dilaciones de los pleitos. [...], y la condena era unánime: cualidad necesaria de los juicios debía ser la rapidez.” *El solemne orden de los juicios: la lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, núm. 5, 2001 (ejemplar dedicado a: Derecho y proceso), págs. 23-54, pág. 23 para el anterior fragmento.

⁴¹ Leyes a las cuales se remitirán la mayoría de quienes comentarán los diversos preceptos que, a partir de la LEC de 1855, normarán la sentencia con reserva.

⁴² Celebrándose las dos primeras aún bajo el reinado de Carlos V, y la última ya en el de Felipe II.

⁴³ Quien, tras relatar que: “Muchas son las peticiones que contiene el cuaderno de las de Madrid de 1551 relativas a la administracion de la justicia, siempre viciosa y nunca reformada. Denunciaron los procuradores abusos y defectos envejecidos que por espíritu de rutina ó por sus particulares intereses hallaban proteccion y defensa en el cuerpo cerrado de la magistratura.” COLMEIRO, MANUEL, *Cortes de los Antiguos Reinos de Leon y de Castilla*, parte segunda, Madrid, Establecimiento tipográfico de los sucesores de Rivadeneyra, impresores de la Real Casa, 1884, pág. 233. Otro interesante resumen de las mismas se puede encontrar en ASSO y MANUEL, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, opus cit., páginas C y CI de la edición de 1786, y páginas CXI y CXII de la versión de 1806.

explicitar el vínculo entre esa atmósfera y la anunciada normativa: “A las culpables flaquezas de la magistratura se agregaban, para más entorpecer la administracion de la justicia, los vicios del procedimiento: excepciones y oposiciones de tercero amañadas; artículos supérfluos é impertinentes; probanzas con testigos de poco crédito, tal vez criados de los alguaciles; pleitos de entretanto que alejaban la cuestion principal; *liquidaciones interminables de intereses y frutos*; resistencia invencible á dar testimonios, todo cabia y todo lo utilizaban la malicia y temeridad de los litigantes. Clamaron los procuradores por el remedio, pero se les respondió: <<bien proveido está; que se guarden las leyes; no conviene hacer novedad.>>⁴⁴ Similares demandas se repitieron en las Cortes de Valladolid de 1555⁴⁵ y de 1558⁴⁶.

Alumbrándose en este escenario las anunciadas normas, se recogerán en la *Nueva recopilación* o *Recopilacion de las leyes destos Reynos* de 1567⁴⁷, en tres de sus leyes. La primera de ellas fue la **Ley 52**⁴⁸ del Título quinto (*de los Presidentes y Oidores de las Audiencias, y Chancillerias de Valladolid, y Granada*) del Libro segundo de la mencionada Nueva Recopilación⁴⁹, cuyo contenido era el siguiente:

PORQUE de la condenacion que nuestros Oidores hazen generales de frutos, sin los tassar, y liquidar, por lo que resulta de las prouanças, remitiendo la liquidacion dellos à Contadores, se han seguido muchos gastos à las partes, porque de nueuo se torna el

⁴⁴ Ídem, páginas 236 *in fine* y 237; la cursiva es mía.

⁴⁵ Llamadas por la Princesa doña Juana de Austria en nombre del Emperador Carlos V. Un resumen de las mismas se puede encontrar también en ASSO y MANUEL, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, opus cit., páginas CI y CII edición de 1786, y tomo primero, páginas CXII y CXIII, versión de 1806.

⁴⁶ Ídem, páginas CII y CIII *ab initio* versión de 1786, y tomo primero, páginas CXIII y CXIV, versión de 1806. Respecto a ellas COLMEIRO relató que: “Las peticiones acerca de la administracion de justicia son verdaderas repeticiones de las que hicieron los procuradores en caso todas las Cortes celebradas en el reinado de Cárlos V. La dilacion de los pleitos, las apelaciones á los concejos, la décima de las ejecuciones, las extorsiones de los escribanos y alguaciles, los derechos excesivos, la participacion de los jueces en las penas pecuniarias etc., son cosas sabidas y tratadas muchas veces por los procuradores.” *Cortes de los Antiguos Reinos de Leon y de Castilla*, opus cit., pág. 264.

⁴⁷ La cual fue promulgada por el rey Felipe II, estando compuesta por nueve libros los cuales se dividían, a su vez, en títulos y leyes.

⁴⁸ Las leyes se han extraído del *Ejemplar núm. 713* de la Edición facsímil numerada de 1.000 ejemplares de dicha normativa, volumen I, hecha en Valladolid, por la Editorial Lex Nova, S.A., 1982, versión de la recopilación que aparece como del año 1640.

⁴⁹ En ella se dice que se recoge la que fue dictada por *El Emperador don Carlos y doña Juana y el Príncipe don Felipe Governador en su nóbre en Valladolid, año 554, en la visita de don Diego de Cordoua, c. 4. y D. Felipe 2. en Valladolid, año 58. en las declaraciones q se hicieró de las Cortes de Valladolid el año 55 petit. 24.* Esta Ley 52 se titulaba: *Que en las causas que huuiere condenacion de frutos, los Oidores los tassan en las sentencias, y no lo remitan à Contadores.*

*pleyto sobre la liquidació en que se torná à dar otras sentencias de vista, y reuista, por euitar lo suso dicho: mandamos, que de aqui adelante los Oidores en las sentencias que dieren, en que aya de auer condenacion de frutos, los tassén, y moderen por lo que de las prouanças resultare, sin lo remitir à Contadores*⁵⁰; y esto se publique, para que los Letrados, y las partes hagan sobre ello las prouanças que les conuenga.⁵¹ Como se ha apuntado anteriormente, esta Ley responde a una petición de Cortes, y más concretamente a la núm. XLII de las realizadas en las de Valladolid de 1554⁵².

⁵⁰ Precisamente las dos Leyes anteriores a la transcrita (50 y 51) tratan de **los Contadores**, titulándose la primera de ellas “Que los Contadores que se nombraren para alguna liquidacion, sea solamente para lo en esta ley contenido” y la segunda “Como en un pleyto no aya mas de unos Contadores, y como han de ser pagados.” SYLVESTRE MARTINEZ, MANUEL, analizó conjuntamente los anteriores tres preceptos, manifestando que: “Los Contadores que para alguna liquidacion se nombrasen, solamente deben entender en cosa que consista en cuenta, tasacion, pericia de persona, ò Arte; pero no en Artículo, ni punto de derecho, porque esto toca à los Jueces que le deben tener estudiado (50). En cada pleyto solo se han de nombrar unos Contadores, y liquidarse unas cuentas, los quales juran hacerlas bien, y fielmente, dar su parecer sin aficion alguna; y evacuado todo, se les tasa por el Tribunal su trabajo, y se les manda pagar (51). Mas quando en las Sentencias hay condenacion de frutos, se regulan por los Oidores en las mismas Sentencias, y no se remiten á Contadores de ninguna manera (52).” *Librería de Jueces*, tomo sexto, Madrid, Imprenta de Blas Román, 1774, páginas 50 *in fine* y 51 *ab initio*. Sobre esta figura también trató AYALA AULESTIA, MANUEL FERNANDEZ DE, comentando, entre otros extremos, lo siguiente: “Los Oficios de Contadores son seis; [...]. Su ocupacion se seduce à que los Administradores de los Concursos de los Estados de los Grandes, Titulos, [...] dàn sus cuentas cada uno [...]en cuyo caso el Contador, por los papeles, y razones del Concurso, les haze cargo de todo lo que han administrado, cobrado, y devido cobrar, y dichos Administradores, para formar la data les entregan los Libramientos, Cartas de pago, y demás razones que tienen para justificacion de la cuenta que presentan, la qual (escrita en forma con su cargo, y data) se lleva al Juez (de la Sala donde pende el Concurso) que està nombrado para tomar las dichas cuentas, [...]”. *Practica y formvlario de la Real Chancilleria de Valladolid*, habiendo sido consultada en este trabajo la reimpressa y enmendada por don Joseph de Lvyando, Zaragoza, por Francisco Revilla, 1733, folios 45. B. y 46.

⁵¹ Esta voluntad de evitar indebidas reiteraciones y evitables alargamientos de los procesos la explicitó también HERBELLA DE PUGA, BERNARDO, cuando recogió: “La Lei 7. título 1. Lib. 2 de las recopiladas ordena: *que los Oidores deven pensar quantas maneras se pueden catar, i quantas Leyes se pueden facer para acortar los Pleitos, i escasar malicias, i deven de ello facer relacion al Rei, para que el faga las dichas Leyes, i las mande guardar*. I hasta al Real Consejo puso limites en este assunto el Señor D. Phelipe II. Rei de España. (4)” *Derecho práctico, i Estilos de la Real Audiencia de Galicia*, Santiago, Imprenta de Ignacio Aguayo, 1768, página 12; citando a pie de la misma, la Ley 8, del título I, del Libro 2 de la Recop. E incluso se puede encontrar mucho antes, cuando comentó CELSO, H., que: “Para abreuia los pleytos mãdarõ sus altezas por la dicha prematica [la dada en Alcalá en 1.503] q las demãdas exebciones replicaciones 7 duplicaciones se posiessen por artículos 7 posiciones/[...]: poniẽdo casa razõ por si como se posniã si fuesse ya hecho el juramento [...]”. *Las leyes de todos los reynos de Castilla...*, opus cit., folio 213bis.

⁵² Cuyo tenor literal era el siguiente: “Otro sí, las sentencias que los juezes superiores dan / muchas vezes condenan en frutos y rentas y mejoramientos de la cosa sobre que se trae el pleyto / y no declaran la quantia de los tales frutos y mejoramientos: a cuya causa despues de las sentencias y cartas executorias hacen otros plitos tan largos y tan costosos como los primeros. Suplicamos a [...], mande que las sentencias que se dieren declaren la quantia de los tales frutos: porque sabiendo que esta proueydo por ley / las ptes y sus letrados tendran cargo y cuidado de articular y prouar la quantia de los tales frutos y mejoramientos.” A dicha petición se contestó que: “A esto vos respondemos, que en esto tenemos proueydo que ansise cumpla por el presidente y oidores de la nuestra audiencia de Valladolid / en la visita que de aquella audiencia mandamos hazer: y lo mesmo mandamos q lo cumplan y guarden el presidente y oidores de la audiencia de Granada”. Como nota al margen aparece la siguiente: “Que en la sñia se de

Vinculada a la anterior estaba la **Ley 39** del Título segundo (*del Regente y juezes de la Audiencia de los grados de Seuilla, y Alcaldes mayores, de quadra, y sus oficiales*) del Libro tercero⁵³, que rezaba así:

OTROSI, porque de no liquidarse los frutos en la condenacion que dellos hacen los juezes, resulta gran dilacion en el fenecimiento de los pleitos y costas a las partes: por ende mandamos, que los dichos juezes de los grados en la sentencia que dieren de aqui adelante, guarden y cumplan lo que està mandado a los Oidores de las nuestras Audiencias Reales, por la ley cincuenta y dos, titulo quinto, libro segundo.⁵⁴

Finalmente la tercera de las anunciadas normas es la **Ley 20**, del título nono (*de los Alcaldes ordinarios, y delegados*) del Libro tercero⁵⁵, cuyo contenido era el siguiente:

PORQVE de no se tassar en las sentencias que pronuncian los juezes inferiores los frutos, o intereses en que condenan, resulta, que despues que se dà executoria de las tales sentécias sobre la declaración y liquidacion dellos resultá otras sentencias y executorias: por euitar esto; mádamos a los juezes inferiores, que en las sentécias que pronunciaren en que ouiere códenacion de frutos, o interes, fagan toda la aclaracion que conuiniere y ouiere lugar de se fazer, de manera que cesse lo susodicho.⁵⁶ Respondió a la petición núm. XIII de las realizadas en las Cortes de Madrid de 1552⁵⁷.

clase la qntia delos frutos y rētas.” Hago constar que, algunos usos gráficos de la modalidad paleográfica consultada, se han modificado por signos actuales para facilitar su lectura.

⁵³ Esta Ley se titulaba: *Que los dichos juezes de los grados en la condenacion de frutos que hizieren los liquiden y tassan*, y en ella se dice que se recoge la dada por *El Emperador don Carlos, y la Princesa de Portugal en su nombre, año 54. en Valladolid a 20. de Iunio*.

⁵⁴ SYLVESTRE MARTINEZ, M., se limitó a referir en este caso que: “Quando los expresados Jueces de los Grados hacen condenaciones de Frutos y daños los tasan, y liquidan del modo que los Oydores de las Chancillerias, como se dixo exponiendo la ley 52. tit. 5. lib. 2. De la Recopilacion (39).” *Librería de Jueces*, opus cit., pág. 247.

⁵⁵ En ella se dice se recogía la de *Dó Felipe Segundo en las respuestas de las Cortes de Valladolid, año 1552. pet. 13 y a Princesa Gouernadora en su ausencia y las respuestas fueron año 1558. en Valladolid*.

⁵⁶ Sobre la finalidad de este precepto SYLVESTRE MARTINEZ, M., afirmó que: “Los Alcaldes, y Justicias Ordinarias, y Jueces inferiores en todas las Sentencias que pronuncien haciendo condenaciones de frutos, è intereses, deben tasarlos declarando en ellas los que son, de manera que no se ofrezca duda en la Superioridad si se apela quando hayan de expedir Executoria, ò resolver lo que procediese en Justicia (20).” *Librería de Jueces*, opus cit., pág. 329. Interesante resulta también la opinión que, sobre esta norma, vertió uno de los principales comentaristas de la Nueva Recopilación, AZEUEDO, ALPHONSO DE, quien, al analizar la misma, tituló el correspondiente epígrafe como: “Sententiam condemnatoriam fructuum aut interesse tenentur iudices inferiores omni possibili claritate proferre, vt sit litium finis, & ne

De las anteriores peticiones y leyes que, debido a la diversidad legislativa del momento (pleno siglo XVI) no eran las únicas existentes ni aplicables en esta materia⁵⁸,

lites ex litibus oriantur”, y afirmó que: “[...] inferiores iudices, qui de prima cognoscunt instantia, fatius & melius liquidari facere poterunt fructus & interesse, [...]. Et si iudex omittit condemnare † in fructibus & interesse petitis & probatis, tenentur, secundum Guido.Papae.decis.Dalph.405”. *Commentariorvm ivris sivilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, tomvs primvs, Salmantica, Excudebat Ioannes Ferdinandus, 1583, pág. 364; siguiendo inmediatamente al inicio de la página siguiente (365) con lo que tituló: “*Toda la aclaracion*”, en la que afirmó que: “Curare enim debet iudex, vt omnino in quantum possibile fit certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate actum sit, vt in .§. curare, inst. de actio. Vbi per scribentes latè, sed si ex processu constirerit fructus vel interesse deberi, non tamen constat quot siot & quanti, bonus iudex, & prudens, condemnar in fructibus, & interesse † liquidandis intra sex diez, aut nouè, quam sententia transferit in rem iuducatum.” Afirmando en el siguiente párrafo que: “Quae est singularis doctrina Bart. in.l.si quod ex Pamphila, de lega.2. vbi eius additio. optimè loquitur. Quam doctrinam communiter praticari asserit Angel.in.§.omnium col. antepen. inst. de actio. Et reseruat fibi iudex in sententia declarationem faciendam post liquidationem factam, secundum Guidonem Papae.decis.405. & Rebuf. In praetione.l.vince.C.de fent.quae pro eo quod int.profer.nu.83. & melius sub glo.in aliis un.4.cum.3.seq.pag.442.in magnis, & idem Guido Papae decisio. 221.in fine.” Ídem, pág. 365.

⁵⁷ Esta petición tenía el siguiente tenor literal: “Ytem, en los mas de los pleytos y causas que penden ay condenacion de frutos e intereses: y sacada executoria en lo principal torna el pleyto de vn nuueuo sobre la liquidacion de frutos e intereses: y por lo menos viene a auer otra executoria y a vezes dos y tres: de manera q [...] de vn pleyto se hazen dos y tres Lo qual se podra facilmente remediar, mandando que ningú juez inferior ni superior condene en frutos e intereses sin declarar la cantidad y el pcio, pues las ptes lo articulan y prueuan; y sabiendo q ha de ser ansi lo haran de aq adelante. Y en lo q no estuuiere tambien prouado / de derecho esta como los juezes lo pueden aueriguar de officio. E de esta manera de vna vez se acaban los pleytos y se escussaran tantos como agora ay: y es muy mejor que las partes de vna vez acaben, aunque paguen mas o menos que no esperar tan larga dilacion: y por mucho que cobran de frutos e intereses han gastado mucho mas en pleito y dilacion de tiempo. Suplicamos a vuestra Magestad assi lo mande preueer, so pena que el juez que de otra manera sentenciare pague las costas del pleyto retardado, e incurra en perdimientos de officio: y assi se escussara grandissima parte de pleytos que agora ay.” A lo anterior se dijo: “A esto vos respondemos, que mandamos que los juezes inferiores en las sentencias hagan toda la aclaracion que conuiniere y ouiere lugar de se hazer, de manera que cessen los inconuenientes en esta peticion contenidos.” Algunos usos gráficos de la modalidad paleográfica consultada, tanto en la petición como en la consecuente respuesta, se han modificado por signos actuales para facilitar su lectura.

⁵⁸ Conviene recordar que, en aquella época, el derecho procesal no era idéntico para todos los territorios. Concretamente en Aragón tenían vigencia otros procedimientos, que ahora no voy a entrar a analizar por no ser el objetivo de este estudio, habiendo también especialidades en relación a la determinación de los frutos. Únicamente quisiera apuntar que ciertos procesalistas de la época trataron esta temática como, por ejemplo, LA RIPÀ, JUAN FRANCISCO, en su *Ilustracion a los quatro processos forales de Aragon: orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y reglas para decidir conforme à la naturaleza de cada uno*, Zaragoza, en la Imprenta de Francisco Moreno, 1764. A modo de ejemplo de las especificidades comentadas cabe acudir a las páginas 163 y 164 de dicha obra, en las que, dentro del proceso de Aprehensión, analizó la cuestión de los frutos; de esta forma afirmó (punto 2) que: “El que obtiene con Dominio, queda Señor de los bienes; y el que obtiene algun derecho, queda con la Propiedad de èl; [...] y en ambos casos recobra los frutos de los bienes desde la ejecucion de la Aprehension, si el proceso es cisterno, en quanto al que ha obtenido [...]; pero, si fuesse externo, solo percibirà los producidos, durante este Articulo”. Y en el siguiente punto (3) añadió: “Es tan propia la restitution de aquellos en seguida de declararse uno Señor de los bienes, que, aunque el Juez, por olvido, ù omission en su Sentencia, huiesse dejado de mandarlos restituir, deberian devolverse, al que obtuvo, que tiene fundada su intencion por Fuero; y en caso de instarse, à que se declarasse, deberia determinarse en conformidad de esta resolucion”. Ídem, pág. 163. Y más adelante (ya en el punto 5, ídem, pág. 164), sostuvo que: “El que ha obtenido con Credito, tiene igual derecho à la restitution de frutos, que el que obtuvo con Dominio; y en ella rigen todos los privilegios, que se conceden para la exaccion de ellos en la

se concluye nítidamente que éstas últimas se concibieron como mandatos dirigidos principalmente a los jueces, aunque también se establecía una corresponsabilidad de las partes, al ordenar asimismo que *los Letrados, y las partes hagan sobre ello las prouanças que les conuenga*, en un casi desesperado intento por reprimir los tremendos dislates que se producían en el foro. Se trataba de que lo accesorio (esos frutos, rentas o intereses que se habían originado como consecuencia de lo resuelto en relación a la cosa principal) no diera lugar a nuevos pleitos, determinándose conjuntamente lo accesorio y lo principal, prohibiéndose terminantemente el reservar su liquidación, y debiendo el tribunal fijar todo lo debido, sin poderlo “remitir à Contadores”.

Por tanto, el régimen legal sigue siendo en esencia el mismo que el Alfonsino, acentuándose únicamente la necesaria liquidez de lo accesorio en la tutela de condena. Esta estructura acabará resultando clave para la intelección de la posterior sentencia con reserva. En concreto:

- A) Resultará cardinal para poder comprender su naturaleza jurídica el hecho de que la **única tutela** que se reconociera explícitamente en el ámbito de lo pecuniario, durante todo este periodo, fuera la **de condena**.
- B) La necesidad de que aquella debiera ser **líquida** será la propiedad frente a la cual se conformará la excepción que comportará la reserva.

Ambas aserciones, que cabe aunar en la máxima de que la única tutela admitida en lo pecuniario era la de condena líquida, se pueden confrontar sin grandes dificultades con las opiniones de los autores de ese periodo (siglos XVII-XVIII)⁵⁹, quienes se refirieron a la cuestión de la liquidación de las sentencias en varias de sus obras. Reflejaré seguidamente algunas de ellas para explicitar cómo examinaron dicha cuestión durante el dilatado periodo en que las anteriores normas se aplicaron sin modificación alguna, focalizando el estudio de sus enseñanzas en los **dos momentos** ya apuntados: el de la

Lite pendente, à cuyo Tratado se deberá acudir para ordenar los Expedientes de Cuentas, y saber lo prevenido, para seguirlos, y la ejecucion, que se les concede”.

⁵⁹ MONTERO AROCA, J., realiza un interesante esbozo sobre los orígenes de la práctica forense, haciendo una clara división entre el estado de la misma durante los siglos XVI al XVIII y durante la primera mitad del siglo XIX. Cfr. *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit. págs. 11 a 15. Partición que se seguirá en la presente obra, por ser una realidad incontestable que hay una clara diferenciación entre ambos periodos; distintas etapas que el citado autor expresa con el auge que, a inicios del siglo XIX, se produce en la doctrina “del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal” y que en el ámbito legislativo se plasma con la tendencia a la codificación, “todo lo cual va a repercutir en las fuentes de los prácticos, que ya empiezan a centrar su consideración en la ley.” Ídem, pág. 14.

demanda y el de la sentencia que, como es sabido y repetido, constituyen los principales actos del actor y del juez⁶⁰.

Partiendo de lo anterior, y en cuanto a la **demanda**, sirva con carácter introductorio recoger la opinión vertida, a principios del siglo XVII, por VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, quien sostuvo que: “La demanda assi mesmo para ser bien hecha, contiene en si cinco cosas † principalmente, ^a el nombre del actor y del reo, lo que se pide, refiriendo el caso dello en breues palabras, ^b y porque causa y razon se pide, concluyendo con pedir, que el reo sea condenado en cosa liquida y cierta, ^c y q jure y declare al tenor della coforme a la ley, ^d y sola pena della, y que nombre procurador conocido, con señalamiento de estrados en forma, y jurando que la demanda no la pone de malicia.”⁶¹

Difícilmente se puede imaginar una fórmula más explícita, en este sentido, que el anterior “concluyendo con pedir, que el reo sea condenado en cosa liquida y cierta”, que aún en perfecta síntesis ambos conceptos (condena y liquidez). La necesidad de ambos componentes es reiterada por la doctrina. V. gr., casi doscientos años después se observa cómo sigue siendo **la de condena la única tutela admisible**, en las siguientes palabras de JUAN Y COLOM quien, poco después de definir lo que es la demanda⁶²

⁶⁰ Antes de exponer sus opiniones, y para comprender cabalmente sus escritos, conviene recordar con MONTERO AROCA, J., que: “La dificultad para conocer la legislación vigente, ante el maremágnun legislativo producido desde el siglo XIII al XVIII, hizo que la fuente principal de los prácticos no fuera la ley, sino el estilo de los tribunales y la opinión de otros prácticos.” Ídem, pág. 13.

⁶¹ VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, ALONSO DE, *Instruccion política y práctica iudicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno. Utilíssima para los Governadores y Corregidores, y otros juezes ordinarios, y de comissió: y para los Abogados, escriuanos, procuradores, y litigates*, Madrid, por Luis Sanchez, 1612, pág. 3 (reverso). En parecido sentido se expresó SUAREZ DE PAZ, G. Este autor organiza su exposición dividiéndola en varios “tempus” como era habitual en los tratados de la época (y anteriores), afirmando dentro del “quartum tempus” el de las “*oblacionis libelli*” que: “Debetque libellus ese clarus, certus, & concludens petitionem agentis, per quem demonstrerur species futurae litis sine incertitudine”. *Praxis ecclesiasticae...*, opus cit., página 49. Asimismo sostuvo que: “Quae facti narratio debet ese brevis, clara, certa, & specifica per quod res petita suis limitibus, & qualitatibus exprimatur, & animus petentis constet, ut reus facilis deliberet, an ceere, vel contenderé debeat”. Por ello, “Petitio enim, & narratio generalis, & obscura non admititur de jure regio, imò, & si non opponatur à parte, Judex ex officio repellere poterit petitionem generalem, & obscuram”. Ídem, pág. 50.

⁶² Concretamente diciendo que: “La demanda es un escrito breve que se presenta en juicio por el actor contra el reo, pidiendo se le condene en lo que se pide en ella: la qual debe formarse por escrito, segun las leyes 40. y 41. tit. 2. part. 3. Y aunque por la ley 10. tit. 17. Lib. 4. de la Recop. se permite al Juez recibirla por auto en el proceso, no está en práctica admitirse sino es por escrito, que comunmente se llama pedimento, siguiendo en esto la forma que se guarda en las Audiencias Reales, en cumplimiento de la ley I. tit. 2. Lib. 4. de la Recop. : y en la causa que se siguiere por Procurador, poniendo por sí la parte

relacionó cómo debía ser la “*Forma para el pedimento de demanda*”, afirmando que: “Toda demanda que consiste en hecho propio del reo, no habiendo instrumentos que la justifiquen, ordinariamente la he visto intentar pidiéndose declaración jurada al reo sobre el hecho: para lo qual, y que el Escribano advierta las diligencias que debe extender en su prosecucion, formaré la demanda de esta manera: *Pedimento de demanda por declaracion*. [...] pido y suplico mande comparecer ante sí al dicho N. y que jure y declare al tenor de ese pedimento clara y abiertamente conforme á la ley, baxo la pena de ella; y [...], se sirva Vmd. condenarle á que me de, pague, haga ó cumpla la dicha tal y tal cosa: que así procede de justicia que pido, con costas”⁶³. Seguramente no sería exagerado el afirmar que, esta exclusividad de la tutela de condena, se percibida como evidente. De esta forma HEVIA BOLAÑOS, después de definir la demanda y relacionar varias de sus cláusulas⁶⁴, consideró también como cláusula consustancial de la misma la “que dice: *Condene*: la qual sirve de conclusion del libelo, y aunque no necesaria, de Derecho Real es util; porque si narra uno, y se concluye otro, se ha de estar á la conclusion, y no á la narrativa”⁶⁵.

Pero, como se ha anunciado, esa exclusividad de la tutela de condena se extendía al requisito de su **liquidez**. Baste para verificar lo anterior otra de las cláusulas que, según el citado HEVIA BOLAÑOS, era necesaria en el libelo, y que hacía precisamente referencia a la especificación de “la cosa [cuya propiedad y/o posesión se pide], y sus límites, sexos, señales, calidad, y cantidad; y no lo expresando, lo puede el Juez repeler de oficio, hasta que se ponga cierto, salvo en casos que se puede poner demanda general, [...]”. Sobre este requisito de liquidez, y al hilo de la atenta lectura del fragmento anterior, cabe detenerse en dos aspectos del mismo. Se apunta por un lado el **tratamiento procesal** de la falta de determinación de la cuantía en la demanda,

petición, queda revocado el poder, si no es que se proteste en el mismo pedimento de no le revocar.” JUAN Y COLOM, JOSEPH, *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial: utilísima también para procuradores y litigantes; donde sucintamente se explica Lo ritual, y forma de proceder en las Causas civiles y criminales, así en la teórica como en la práctica, fundada sobre las leyes reales, y estilo de tribunales ordinarios*, Tomo primero, duodécima impresión, con licencia: en Madrid en la oficina de Don Benito Cano, 1799, págs. 15 *in fine* y 16 *ab initio*.

⁶³ Ídem, págs. 16 *in fine* y 17 *ab initio*.

⁶⁴ Con las siguientes palabras la definió: “Libelo es un escrito breve, en que se contiene lo que se pide, y demanda en juicio”; en cuanto a las cláusulas que debía contener, una de ellas era: “*Me querello, y demando, ó pongo demanda á fulano*, la qual de Derecho Comun tenia efecto de suplir la conclusion de la demanda, quando no se ponía, [...] mas de Derecho Real del Reyno no es necesario; porque sin conclusion que haya en el libelo, ni decir: *Pido se condene*, vale, con solo decir la cosa que se pide, ó se colige, ó se entendió pedir, y á quien”. HEVIA BOLAÑOS, JUAN DE, *Curia filípica*, primero y segundo tomo, nueva impresión, Madrid, por Pedro Marin, 1776, págs. 62 y 63 *ab initio*, números primero, 4 y 5.

⁶⁵ Ídem, número 13 de la pág. 64.

significando la facultad del Juez de poder “repeler de oficio” la misma, cuando se formulaba sin la debida precisión. Y, al mismo tiempo, como excepción a esta exigencia de especificación, se erigía la ya mencionada institución de la **demanda general**, la cual no se debiera confundir con la sentencia con reserva de liquidación (al menos en sentido estricto) pues estaba ideada fundamentalmente para procesos de carácter universal o de entrega de cosa específica pero indeterminada. De esa necesidad de concreción en la demanda, y de la excepción que representaba la genérica, trataron varios autores de manera semejante a la expuesta⁶⁶.

Por otro lado, de las anteriores leyes también se colige que la novedad que recogían era la de extender la imperatividad de esa liquidez del ámbito de lo principal, donde siempre había reinado, al campo de lo accesorio, denominándose esto último de diversas formas. Así, por ejemplo, las dos primeras de las citadas normas se referían únicamente a los **frutos**⁶⁷ (término que ocupaba la centralidad en aquellos ámbitos y momentos, y que siguió siendo nuclear durante las siguientes centurias), mientras que la tercera también nombraba el término intereses⁶⁸, hablando por su parte la Partida 3ª también de

⁶⁶ V. gr. ALCARAZ Y CASTRO, ISIDORO, quien sostuvo que la misma se debía proponer “en estilo claro, corriente, narrando el hecho, que acaece, con expresion de la cosa que se pide, declarando linderos, sitio, propiedad, ò posesion, si fuese raíz; y si muebles, los nombres, sexo, señales, y edad, si fuese semoviente; el metal, peso, y medida; de modo, que clara y distintamente se entienda la especie individual pedida, à excepcion de que fuese herencia, cuenta de tutela, ò curaduría, sociedad, ò mayordomía, Villa, Castillo, arca, baúl, maleta, que se hubiese dado cerrada, ò efectos de peso, y medida, que al tiempo de la demanda se ignore el quanto, jurandolo asi, y protextando especificarlo en el progreso del juicio, en cuyos casos basta que la demanda se proponga generalmente.” *Breve instruccion del método, y práctica de los quatro juicios, civil ordinario, sumario de particion, ejecutivo, y general de concurso de acreedores*, quarta edicion, Madrid, en la Imprenta de la Viuda, e Hijo de Marin, 1794, número 34, páginas 17 *in fine* y 18 *ab initio*. Y también ASSO y MANUEL, cuando defendieron que la demanda se debía presentar “exponiendo el hecho con claridad [...]. Si pidiere bienes raices, ha de expresar sus linderos, el lugar donde estan situados, y si son muebles, deberá señalar el nombre, su calidad, peso, medida, &c. salvo en aquellos casos en que se puede poner demanda generalmente, como sucede demandando alguna herencia, Castillo ó Aldea, con sus terminos; las cuentas de administracion de bienes de menor, Concejo &c. y asimismo quando se pide lo contenido en alguna arca, maleta &c. l. 4. tit. 2. lib. 4. *Recop. ll.* 25. 26. 31. y 40. tit. 2. part. 3.” *Instituciones del derecho civil de Castilla*, edición de 1786, opus cit., pág. 282. Dichos autores también avisaron de que: “No puede el actor comprehender en la demanda mas de lo que realmente les es debido, ni intentar accion fuera del plazo, ó fuera del lugar contratado, só pena de pechar el tres tanto, con las costas, y perjuicios; ll. 42. 44. 45. tit. 2. part. 3. Y dado caso que no justificare todo lo que pide, valdrá la accion en quanto aquello que probare; l. 43. *alli.*” Ídem, pág. 283.

⁶⁷ COBARRUVIAS OROZCO, SEBASTIAN, los definió de la diguiente forma: “FRVTO, Latine fructus a verbo druor,eris. Fructum fecundum Priscianum, porque es lo que gozamos del labrar, y cultiuar la tierra. Frutos por pension, quando del beneficio que vno tiene da todos los frutos al pensionario abiendolo señalado la congrua. Hazer fruto hacer prouecho. Desfrutar gozar los frutos. Infructuoso el que da fruto, ni es de prouecho. Fructifero infructifero terminos poeticos.” *Tesoro de la Lengua Castellana, o Española*, Madrid, por Luis Sanchez, impressor del Rey N.S., 1611, pág. 415.

⁶⁸ Para entender cabalmente el significado de los anteriores vocablos se habrá de acudir al derecho civil, pues de él emanan y según el mismo se conforman. Baste ahora con acudir a FEBRERO para poder

las rentas (Ley III, título XXII). Ahora bien, como es sabido, las sociedades son entes vivos y, en consecuencia, dinámicos, que evolucionan en el decurso de las décadas y siglos en atención a diversas circunstancias, pudiéndose destacar entre ellas la progresiva pérdida de la preeminencia de lo agrario. Por ello, aparece ya en los escritos de muchos autores un nuevo concepto en este ámbito que acabará resultando clave, hasta el punto de acabar siendo el más idiosincrático. Se trata del término **daños**, que pronto la doctrina trajo a colación. Así, por ejemplo, lo hizo HEVIA BOLAÑOS, quien después de abordar el concepto de acción, que “es del derecho de la cosa que se pretende en juicio”, de diferenciar de entre ellas las personales y las reales, y de estudiar cómo se habían de ejercer y la posibilidad de acumularlas⁶⁹, trató expresamente de los supuestos que conformarán posteriormente el ámbito de la sentencia con reserva, arguyendo⁷⁰ que: “Si se tratáre de frutos, daños, é intereses en el libelo de la demanda, los estime la parte, y haga probanza sobre ello, y su estimacion, y el Juez en la sentencia los ha de tasar, y moderar, sin remitirlo á Contadores, porque sobre ello no venga á haber mas de una sentencia, y se eviten las costas, y molestias, que de haber mas sentencias que siguen, como lo dicen dos Leyes de la Recopilacion. (h)⁷¹”. La estructura expositiva seguida por el anterior autor sirve para destacar otro aspecto importante de esta cuestión, íntimamente unido al carácter accesorio de los mencionados conceptos y a la aún primacía entre ellos del de “frutos”, que consiste en el hecho de que, en aquellos momentos, resultaba casi obvia la **vinculación** que se establecía entre **acción real** y “aquello que se debía liquidar”. Esta inextricable conexión se fundaba en que lo principal era el derecho real y lo accesorio, y que se debía liquidar, los frutos derivados

esbozar el ingente universo de casos en que podían aparecer esos frutos. Este autor diferenciaba entre los diversos supuestos en que se podían originar aquéllos; y así, por ejemplo, encontramos los frutos que se producían “por la cosa legada” en relación al Legatario (Cap. I, nº 31, págs. 42 y 43), los que se derivaban de la “Quarta Trebelianica” en relación al Fiduciario (Cap. I, nº 165, pág. 134), los “que producen todos los bienes de los casados, quando se comunican, ò no à entrambos por mitad” (Cap. I, nº 244, pág. 190 y Cap. II, nº 14, al fin, pág. 285), los frutos “mostrados en el campo, quando el testador fallece” (Cap. II, nº 285, pág. 222), los frutos “que no están mostrados, quando el testador fallece”, en relación al usufructuario (Cap. II, nº 287, pág. 224), los “de bienes dotales quando son aumento, y no reditos de la dote” (Cap. II, nº 6, al fin, pág. 282),... en definitiva numerosos y diversos supuestos cuyo análisis era, y sigue siendo, más propio de la rama sustantiva del derecho civil. FEBRERO, JOSEPH, *Librería de escribanos, é instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*. Parte primera dividida en tres tomos, tomo tercero, Madrid, En la imprenta de Antonio Pérez de Soto, 1775; en las páginas 300 y 301 de este tomo tercero se confecciona el índice de los mismos, de donde se ha extraído la anterior relación.

⁶⁹ *Curia filípica*, opus cit., números 6, 7 y 8 de la pág. 63.

⁷⁰ Ídem, número 10 de la misma pág. 63.

⁷¹ En esta (h) menciona, a pie de la antedicha página 63, las Leyes 55 del Título 5 del Libro 2 y 22 del Título 9 del Libro 3 de la (Nueva) Recopilación.

del mismo. Este ligamen, que luego dará lugar a ciertas confusiones, se aprecia en numerosos autores de la época⁷².

Estas mismas notas (necesidad de condena, líquida, de lo accesorio) las encontramos, a modo de especular reflejo de la demanda, en **la sentencia**⁷³. En la glosa de esta última

⁷² Así, por ejemplo, ALCARAZ Y CASTRO, I., nos lo mostró cuando mantuvo que: “En este concepto se intenta aquella accion real, que corresponde, para recuperacion, ò entrega de lo que se demanda (a) por razon del dominio, haciendo relacion de él; y caso de pedirse alguna suma, debe con claridad expresarse la cantidad que se adeudó, y el contrato, mediante el que resultó la obligacion à el pago; con esa diferencia en la súplica, que en las acciones reales se concluye con esta literal clausula: A V. md. suplico se sirva declarar, que tal cosa toca, y corresponde à mi parte, mandando à la contraria, que la restituya con sus frutos (segun fuese la accion intentada, es à saber, de buena fé, ò de riguroso derecho), pues asi es justicia, que pido, con costas, juro, &c.” Número 35, pág. 18 opus cit. Por tanto, era connatural al ejercicio de una acción real la adición de esos frutos mientras que, a modo de contraposición a lo anterior: “Si la accion intentada en la demanda fuese personal, mediante obligacion (b) que hubíese al pago de algunas cantidades, corresponde por conclusion el siguiente método: A V. md. suplico se sirva declarar, que la contraria está debiendo á mi parte tanta suma, y en su consecuencia mandar, se le compela, y apremie por prision, embargo de bienes, y demás rigor de derecho á su satisfaccion, y pago, pues asi es justicia, &c.” *Breve instruccion del método...*, opus cit., número 36, págs. 18 *in fine* y 19 *ab initio*. De esta forma, que en las acciones personales la liquidez se daba como consustancial a ellas, mientras que era en sede de las reales donde los “frutos” hacían su aparición, amenazando con su falta de liquidación la ejecutividad de la sentencia.

⁷³ Resulta interesante tener presente, a los efectos de comprender la dificultad de sostener una visión omnicompreensiva de la “jurisprudencia” de la época, como comenta GANDASEGUI APARICIO, M. J., que “las resoluciones definitivas no estaban motivadas, es decir, no contenían la argumentación jurídica utilizada por el juez para llegar a su fallo, no tienen las sentencias dadas por los jueces del Antiguo Régimen verdaderos razonamientos jurídicos; únicamente se pueden encontrar argumentos que dan al juez pie para dar su fallo, sin que supongan un verdadero silogismo con hechos que se consideran probados, y la aplicación que del derecho se hace a los mismos.” *Los pleitos civiles en Castilla...*, opus cit., pág. 76. A dicha falta de motivación también dedica posteriormente esta autora las páginas 88 a 93 de esta obra. En cuanto al fallo de la sentencia comenta, entre otros extremos, que “suele comenzar con fórmulas de estilo, tales como *debo de condenar y condeno, debo declarar y declaro, debemos de revocar y revocamos*”. Ídem, pág. 77. Ahora bien, como intentaré sostener en el decurso de las siguientes páginas, la utilización de la fórmula meramente declarativa *debo declarar y declaro* no significa que dicho tipo de tutela se reconociera en el ámbito de lo liquidable. En consonancia con esto último cabe recoger otra aseveración de la citada autora, quien recuerda que no era válida (sería nula) la “sentencia que expresamente no se refiera a cosa cierta y determinada, pues si así se hiciese sería contra mandato legal. La justificación de esta exigencia está en la proyección que una sentencia tiene en el patrimonio y circunstancias de las partes en el pleito, *pues la sentencia se da para ejecución, mediante la cual se de a cada uno su derecho, y se evite la discordia entre las partes, [...] lo cual no puede suceder en las sentencias inciertas*. Así, pues, el fallo de una sentencia no puede contener imprecisiones e incertidumbres, pues dificultaría su ejecución, que es su verdadera finalidad.” Ídem, pág. 85; a pie de la misma reseña la Ley 16, del título 22, de la Partida 3 y, en cuanto a la parte en cursiva, a Hevia Bolaños. En este mismo sentido cabe recoger la opinión de BENITO FRAILE, E. J., quien afirma que: “Si bien ya el derecho romano [aquí reseña, a pie de la página 147 opus cit., el *Digesto*, 42, 1, 59], llegó a considerar sentencia cierta aquella que, aunque en su cuerpo no determinara una cantidad cierta o una obligación concreta, sin embargo sí se podía considerar como tal, por su remisión a las actas u otros instrumentos probatorios recogidos en el proceso, y los autores del siglo XIV van a ser fieles en sus planteamientos al derecho romano, sin embargo paralelamente iban a establecer una serie de formulaciones más desarrolladas, en la medida en que los tratadistas no van a conformarse con que la sentencia haga remisión a las actas, sino que se van a exigir ciertas condiciones en cuanto a la remisión para que la sentencia se considere válida. En primer lugar se van a plantear el problema de qué tipo de actos del proceso gozan de autoridad suficiente para que pueda ser válida la remisión a los mismos. [...]. En

hallamos idénticas aseveraciones sobre las tutelas reconocidas (únicamente la de condena) y sobre cómo se debía concretar el fallo de la sentencia, casando perfectamente ambas actuaciones. De esta forma, volviendo a los inicios del siglo XVII, VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, con respecto a esta sentencia “difinitiva”, sostuvo⁷⁴ que: “Después de conclusa la causa para difinitiva, el juez ordinario [...] es obligado † a pronunciar sentencia difinitiva, so pena de cincuenta mil maravedis, y las costas dobladas a la parte, si siendo requerida por ella no lo hizo. Y deue guardar en la sentencia la forma de la ley Real de la partida, e que ha de ser conforme a la demanda [...] y ha de pronunciar la sentencia, clara y cierta, por palabras que todos la entiendan⁷⁵: e y pronunciada la difinitiva, se deue executar después de passada en cosa juzgada.”⁷⁶ En parecido al anterior se expresaron, sobre esta cuestión, los demás autores consultados de los siglos XVII y XVIII⁷⁷.

segundo lugar, también se van a plantear aquellos supuestos de invalidez de la sentencia cuando ésta hace remisión a instrumentos que no han sido producidos en el juicio”. *Notas para el estudio de la sentencia...*, opus cit., págs. 147 y 148 *ab initio*; este autor también aborda el tema de la motivación de las sentencias, ídem págs. 153 a 157.

⁷⁴ *Instrucción política y práctica iudicial...*, opus cit., pág. 16 (anverso y reverso).

⁷⁵ Fíjese la similitud de esta exposición con la realizada por SUAREZ DE PAZ, G., cuando mantuvo que: “Teneturque Judex sententiam proferre claram, & certam, & per verba propria, & intelligibilia habentia tuum proprium sensum”. *Praxis ecclesiasticae...*, opus cit., pág. 107.

⁷⁶ En cuanto al carácter accesorio de las costas basta recoger las siguientes afirmaciones: “Y el actor, o reo, † q no tuvo justa causa de litigar, ha de ser condenado en las costas hechas en la causa por su adversario, y teniendo justa causa de litigar, aunque sea condenado en lo principal, no lo ha de ser en las costas: k y en duda haziendose condenacion de costas, se entiende solo de las processales, y no las personales, sino se expresa.” También en HEVIA BOLAÑOS, J., se observa dicho carácter accesorio de las costas, cuando aseveró que: “El actor, ó reo, [...] teniendo justa causa de litigar, aunque sea condenado en lo principal, no lo ha de ser en las costas”. *Curia filípica*, opus cit., número 9 de la pág. 96.

⁷⁷ V. gr., ya a finales del S. XVIII, JUAN Y COLOM, J., manifestó que: “Conclusa la causa para difinitiva, tiene obligacion el Juez, siendo requerido por la parte, de pronunciar sentencia [...] Y la forma de extenderse la que se pronunciare será esta: [en este punto diferencia los casos en que se condena y en los que se absuelve] *Sentencia difinitiva, condenando*. [...] Fallo [...] debo de condenar, y condeno [...], dé, pague, haga, ó cumpla la dicha tal y tal cosa” pudiéndose hacer o no condenación en costas; si se condenase en costas su “tasacion en mí reservo.” y para el caso que se absolviera “al reo” en el fallo se expresaría claramente, entre otras manifestaciones que relaciona, que: “debo de absolver, y absuelvo”. *Instrucción de escribanos...*, opus cit., págs. 58 y 59. En parecido sentido ALCARAZ Y CASTRO, I., consideró que el juez debía finalmente en la sentencia condenar “à que [el reo demandado] entregue, restituya, ò pague tal, y tal cosa, [...] con costas, ò sin ellas” o absolver, imponiendo “perpetuo silencio à el actor”. *Breve instruccion del método...*, opus cit., número 61, págs. 32 *in fine* y 33. Por su parte, ASSO y MANUEL definieron la sentencia definitiva como aquella por la que se daba “fin al pleyto, absolviendo, ó condenando al reo; l. 2. *alli* [título 22 de la Partida 3].” *Instituciones del derecho civil de Castilla*, edición de 1786, opus cit., pág. 310. Respecto a esa sentencia definitiva regían cinco principios: “I. Que la sentencia ha de darse por el Juez. II. Que ha de ser conforme á las leyes, y al proceso. III. Que por ella se dé fin al pleyto. IV. Que una vez dada, se debe publicar, y pronunciar solemnemente. V. Que pasada en cosa juzgada, sea firme, y valedera.” Ídem. En relación al primero de ellos (entre otras derivadas) se seguía “V. Que recayendo la sentencia sobre cantidad [siendo “muchos los Jueces que deben sentenciar”], valdrá la de menos, por que todos convienen en ella; d. l. 17. *alli* [título 22, partida 3].” Ídem, pág. 311 *ab initio*. Del tercer principio, deducían: “I. Que la sentencia ha de ser cierta, y recta; l. 3. *tit. 22. part. 3*. Y asi se ha de expresar la cantidad, ó á lo menos relativamente á lo escrito en el proceso; l. 16. *alli*. II. Que ha de condenar, ó absolver; l. 15. *alli*. III. Que no valga pronunciada por

Dentro de este unívoco enfoque, algunos autores abordaron la liquidación (de lo accesorio) con algo más de detenimiento, como por ejemplo ELIZONDO, quien centró su análisis en cuál era el *dies a quo* de su devengo⁷⁸ y HEVIA BOLAÑOS, quien nos ofreció una explicación sagaz del porqué de la antedicha normativa al argumentar, en

condición, ó fazañas; l. 14. *alli*. IV. Que los Jueces en las sentencias de condenacion de frutos, los tasen; l. 52. *tit. 5. lib. 2. l. 2. tit. 9. lib. 3. Recop.*” Ídem, pág. 311. Finalmente, del quinto principio se derivaba (entre otros extremos): “Que ninguno puede enmendar la sentencia, sino el Rey; y si el Juez no pronunció sobre costas, y frutos puede corregirla dentro del día, y no despues; l. 3. *tit. 21. p. 3.*” Ídem, pág. 313. Y en la misma dirección que los anteriores se pueden citar a otros muchos. Así, por ejemplo, FERNANDEZ DE MESA, THOMAS MANUEL, quien al analizar las sentencias manifestó (entre otros extremos) que: “mas abaxo se pone: *Fallo, atento à los autos, y meritos del processo, à que en lo necessario me refiero, que el dicho T. probò su acción, y demanda, ò no la probò, como probarla devia. Declàrola por bien probada, ò por no probada, ò que solo la probò en èsto, ò en esto otro; y que el dicho F. Reo, no justificò, ò justificò sus excepciones; declàrolas por justificadas, ò no justificadas, en el todo, ò en parte, conforme fuere, en cuya consecuencia, administrando justicia, devo de condenar y condeno al dicho F. à que luego que esta sentencia sea pasada en autoridad de cosa juzgada, dè, pague, ò haga T. y T. cosa; ò le absuelvo, en averlo de dar, y pagar, en todo, ò en parte.*” *Arte histórica, y legal*, Valencia, Imprenta de la Viuda de Geronimo Conejos, 1747, pág. 181. Y en la misma dirección GÉRICA, FELIX JOSEF DE, afirmó que: “Otras muchas calidades requiere la sentencia para que sea válida, como por exemplo, (I) que sea clara, y cierta, salvo en juicios universales ó generales, como de las herencias, tutelas, cuentas, ú otros tales”. *Repaso judicial*, Madrid, Viuda de Barco Lopez, 1807, pág. 72; en la referencia I, a pie de página, señala (entre otros extremos) la ley 10, del título 17, del libro 4 de la Recop. Para no hacer demasiada prolija esta nota, señalaré finalmente que AYALA AULESTIA, M. F., trató de las sentencias en *Practica y formvlario de la Real Chancilleria de Valladolid*, opus cit., folios 46. B. y siguientes. Entre ellas recoge expresamente la “*Sentencia de revocar la de vista, y absolver, y si huviere condenacion, condenar en frutos, y compensación*”, mencionando, en cuanto a dichos frutos, lo siguiente: “Condenamos al dicho Fulano à que buelva, y restituya al dicho Fulano los bienes, sobre q este pleyto, con los frutos, y rentas que huvieren rentado desde la contestacion de la demanda (ò de la ocupacion) hasta la real restitution, pagando lo susodicho antes, y primero (*tantos*) maravedis, con los intereses de ellos, à razon de veinte mil el millar; lo quales intereses se compensen con los dichos frutos hasta en la concurrente cantidad, y no hazemos condenacion de Costas, &c.” Ídem, folios 49 y 49. B.

⁷⁸ Quien concretamente expuso que: “En la práctica vemos frecuentemente disputada la cuestión acerca de la restitution de frutos, daños, é intereses, que comprehendra una sentencia, queriendo se extienda á los producidos, y causados desde el día, en que se suscitó el pleyto: de modo, que esta misma dubiedad nos obliga á significar aquí, que aunque lo mas comun en el foro ha sido condenar en los casos, que tenga lugar la restitution de frutos á qualesquiera de las partes, que deba hacerla desde el dia de la contestacion de la demanda, por ser el tiempo, en que se cree principia la mala fe verdadera, y positiva, nosotros juzgamos en el sentido de la verdad, no es posible constituirse regla fija sobre este punto, pendiendo toda su decision de las circunstancias de cada causa, donde el Magistrado debe atender á aquel tiempo, en que segun los méritos del proceso, se advierta pudo, y debió conocer el poseedor no ser justo para percibir, consumir, y hacer los frutos suyos (I): siendo digno de notar con este motivo, que aunque la sentencia no sea apelable en lo principal, lo puede ser en la condenacion de costas, restitution de frutos, liquidacion, que se haga de estos (2), y en alguna otra qualidad, que comprehendra, como de multas, apercibimientos, [...]”. ELIZONDO, FRANCISCO ANTONIO DE, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, Tomo quarto, Madrid, por D. Joaquín Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. con privilegio, 1784, págs. 245 y 246, en el apartado 56 de su texto, después de haber afirmado en el 55 que: “En las sentencias [...] debe hacerse expresion sobre la condenacion de costas, é intereses, ya á cualquiera de las partes por las de las demas, ó ya mandando, que cada una pague las suyas, reservando la tasacion en sí los Jueces inferiores, y acordando los Tribunales Superiores, que para la regulacion pasen los autos al Tasador general (2), y despues se revea por el Señor Semanero, como lo acostumbra nuestra Chancillería.”

cuanto al contenido de la sentencia⁷⁹ y en lo que ahora interesa, que⁸⁰: “La sentencia, para que pueda subsistir, debe ser cierta, y determinada; y si se refiere á alguna cosa, debe ser á aquello de donde se pueda inferir cosa cierta; y es la razon, porque siendo incierta, y obscura, se pronuncia contra la ley, que manda á el Juez, que dé cierta sentencia, como lo dice una de Partida, Escacia, y Pareja; (k)⁸¹ y la razon de la razon es, porque la sentencia se dá para la execucion, mediante la qual se le dé á cada uno su derecho, y se evite la discordia entre las partes, y se reduzcan estas á paz, y tranquilidad, lo qual no puede suceder en la sentencia incierta; pero no obstante esto, en los juicios generales, y universales, en que no se pide cosa cierta, se admite sentencia general, la qual se liquida antes de la execucion, segun dice el señor Salgado, (l)⁸² y Covarrubias, lo qual se entiende en las condenaciones á dár cuentas, ó restitucion de toda una herencia, y otras semejantes, como asegura Parladorio, (m)⁸³ y Escacia.”

Vistas las anteriores leyes y opiniones doctrinales, y a modo de **conclusión** de este apartado, considero que se puede constatar la existencia, en esta materia, de un nexo de unión ininterrumpido entre la normativa de las Partidas y la promulgada a raíz de las mencionadas Cortes de mediados del S XVI. De esta forma, se ha comprobado tanto la existencia del monopolio de la tutela de condena, como la exigencia de su liquidez, sirviendo las citadas leyes de la Nueva Recopilación únicamente para extender, de forma estricta, al ámbito de lo accesorio la obligatoriedad de liquidar lo debido, lo cual siempre se había preconizado con respecto a lo principal.

⁷⁹ Que definía diciendo que: “Sentencia, quanto á mi proposito, es la decision, y determinacion, que el Juez hace de la causa, como consta de una ley de Partida. (e) Y se ha de determinar la primera conclusa, segun una ley de la Recopilacion. (f)”. *Curia filípica*, opus cit., número primero de la pág. 94.

⁸⁰ Ídem, número 19 de la pág. 98.

⁸¹ A pie de la página 98 cita en este momento la Ley 16 del Título 22 de la Partida 3, así como a Escacia, *de Sent.* (c. I. glos. 14. q. 15.) y a Pareja, *de Edit.* (tít. 2, res. 6, n. 263).

⁸² A pie de página cita en este momento a Salgado, *de Protect.* (p.4.; c. 10 d n. I.) y a Covarrubias, *Variar.* (2.; c. II, n. I.)

⁸³ A pie de página cita a Parladorio, libro 2de *Rer. quotid.* (§. 12. fin. I.) y a Escacia, *de Apelat.* (q. 17. limit. 9. n. 24.).

1.3. DE LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN A LA LEC DE 1855. EL ANTECEDENTE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO EN LOS NEGOCIOS Y CAUSAS DE COMERCIO DE 1830.

Como sucedió en las anteriores centurias, la normativa aplicable en España a inicios del siglo XIX seguía sin ser mínimamente clara⁸⁴, captando los autores de la época rápidamente esa complejidad, como puede apreciarse en juristas de la talla de GOMEZ Y NEGRO⁸⁵ y ORTIZ DE ZÚÑIGA⁸⁶. Situación más bien caótica, y causante de gravísimas consecuencias como, por ejemplo, de la prohibición de que se motivaran las sentencias⁸⁷.

⁸⁴ Como comenta LASSO GAITE: “La base legislativa del sistema procesal estaba formada por numerosas leyes, pertenecientes a diversas épocas, recogidas en los Títulos III y siguientes del Libro XI de la Novísima Recopilación, promulgada por Carlos IV en 1805. Junto a ella, aunque con distinto rango legal, seguía aplicándose el Título II de la Partida 3ª del inmortal Código Alfonsino. Ambos cuerpos legales eran fuentes citadas en los fallos de los Tribunales y Consejos.” LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la codificación española, 2, procedimiento civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999; concretamente en su *Introducción*. También resulta de interés, para conocer la normativa en cuestión, la ya citada *Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527 – 1567)*, en la que se difunden las que se dictaron principalmente bajo los reinados de los monarcas Carlos I (1516-1555) y Felipe II (1556-1598). Va precedida por una interesante *Presentación*, a cargo de GONZÁLEZ DÍEZ, EMILIO.

⁸⁵ Quien, poco antes de la aprobación de la primera LEC (primera mitad del siglo XIX), concluyó: “No admite pues duda que aun tienen fuerza de ley después de las posteriores á la recopilacion de estas y de las de Toro, *en primer lugar las Ordenanzas reales de Castilla, en segundo el ordenamiento de Alcalá, en tercero el Fuero real, en lo que esté en uso, y en cuarto las partidas*”. *Elementos de práctica forense...*, opus cit., pág. 313, la cursiva también en el original.

⁸⁶ Quien afirmó que era el siguiente: “1.º La Leyes y resoluciones contenidas en las compilaciones modernas y recientes. 2.º La insertas en la novísima recopilacio. 3.º En lo que por ellas no se pudiese determinar, las del fuero real y de los municipales de cada poblacion, en cuanto estuvieren en uso y no hubieren sido derogados. 4.º A falta de otras leyes, las contenidas en el código de las partidas”. ORTIZ DE ZÚÑIGA, MANUEL, *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, Granada, Imprenta y librería de Sanz, 1841, pág. 341; a pie de esta última cita la ley 3, del título 2, del libro 3, N. R.

⁸⁷ Especialmente esclarecedoras en este punto son las siguientes reflexiones de ORTIZ DE ZÚÑIGA, M.: “Cuestion es, y no ajena de interés y curiosidad, si conviene que los jueces funden las sentencias, esto es, que manifiesten las razones en que apoyen su decision. Puede asegurarse, sin embargo, que cuando hay códigos claros sobre los cuales estribe sólidamente el fallo judicial, es preferible el razonamiento, á la mera decision; pero cuando como entre nosotros sucede, las leyes son confusas, incoherentes y aun contradictorias, y cuando es preciso seguir la práctica mas autorizada de los tribunales, es menos expuesto á inconvenientes, omitir los fundamentos de la decision, pues de insertarse estos, se harian difusas alegaciones, y se daria pábulo con ellas á la cabilosidad de los litigantes. Sin duda por esta razon está prohibido que se motiven los fallos”. *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 340, a cuyo pie cita la ley 8, del título 16, del libro 11 de la N. R. Ahora bien, para ser justos, cabe apuntar que el problema de la ineficacia de la justicia no era una cuestión circunscrita a lo hispánico, sino más bien algo común en la época. Sirvan como botón de muestra a estos efectos, las siguientes palabras de BENTHAM, JEREMÍAS: “lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios de obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposicion uno con otro.” Ahora bien: “no hay que deducir de estas observaciones que sea necesario abolir todas las formas y no tener otra regla que la voluntad de los jueces: lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción, y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley

En este marco es en el que se ha de encuadrar la nueva legislación que ahora interesa, la cual se limitará a reordenar lo que, sobre esta materia, ya estaba prescrito. De esta forma, aun habiendo pasado dos siglos y medio, la materia seguía regulándose de forma casi idéntica en las Leyes 25 del título 4º del libro 5º y Leyes 6ª y 7ª del título 16º del libro 11º de la **Novísima Recopilación**⁸⁸, que se correspondían respectivamente con las Leyes 39 del Título 2º del Libro 3º, 52 del título 5º del Libro 2º y 20 del Título 9º del Libro 3º de la ya analizada Nueva Recopilación. Sistemáticamente, la primera de estas leyes, la **LEY XXV**, estaba incardinada dentro del Libro 5º (*De las Chancillerías y Audiencias del Reyno: sus ministros y oficiales*) y concretamente insertada en su Título 4º (*De la Real Audiencia de Sevilla*)⁸⁹; la segunda, la **LEY VI**, estaba incluida en el Libro 11º (*De los juicios civiles, ordinarios y executivos*) y concretamente estaba incardinada dentro de su Título 16º (*De las sentencias interlocutorias y difinitivas*)⁹⁰; y,

sustantiva. [...] En cuanto a los fines que he llamado colaterales, de celeridad, economía y eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho con su solo enunciado: mas adaptar el procedimiento a esos fines y conformar a ellos la práctica, es una labor que requiere por parte del legislador una habilidad y una firmeza extraordinarias, porque en esa carrera hay que luchar más que en ninguna otra contra seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración en decir que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos, las dilaciones y las vejaciones, mediante el agregado de todo lo que puede hacerlo ininteligible. [...] intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas.” *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont, volumen I, traducción del francés (de la obra *Traité des preuves judiciaires* de 1823) por Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, págs. 13 y 14.

⁸⁸ Como es sabido, la Novísima Recopilación fue la última compilación de normas y el inmediato antecedente, al menos en lo referente a su aplicación práctica, del primero de nuestros códigos procesales civiles: la LEC de 1855.

⁸⁹ Ley que consta como dictada por el monarca Carlos I (en Valladolid, en junio de 1554) y que llevaba por título: **Observancia en la Audiencia de lo mandado á los Oidores sobre liquidación de frutos en las sentencias condenatorias de ellos**, siendo su contenido el siguiente: *Porque de no liquidarse los frutos en la condenación que de ellos hacen los Jueces, resulta gran dilación en el fenecimiento de los pleytos, y costas á las partes; por ende mandamos, que los dichos Jueces de los Grados, en las sentencias que dieren de aquí adelante, guarden y cumplan; lo que está mandado á los Oidores de las nuestras Audiencias Reales por la ley 6. tit.16. lib. i i.*

⁹⁰ Ley que consta como dictada por Carlos I, por Dª Juana y por el príncipe Felipe (también en Valladolid, en 1554 y por Felipe II en las declaraciones de las Cortes de 1555). Esta ley se intitulaba de esta forma: **Habiendo condenación de frutos en las sentencias dadas por los Oidores, estos los tasen, sin remitirlo á Contadores**. Su regulación era la siguiente: *Porque de la condenación que nuestros Oidores hacen general de frutos, sin los tasar y liquidar, por lo que resulta de las probanzas, remitiendo la liquidación de lós á Contadores, se han seguido muchos gastos á las partes, porque de nuevo se torna el pleyto sobre la liquidación, en que se tornan á dar otras sentencias de vista y revista; por evitar lo susodicho, mandamos, que de aquí adelante los Oidores en las sentencias que dieren, en que haya de haber condenación de frutos, los tasen y moderen por lo que de las probanzas resultare, sin lo remitir á Contadores: y esto se publique, para que los Letrados y las partes hagan sobre ello tas probanzas que les convenga.*

finalmente, la **LEY VII** se hallaba regulada en los mismos Libro y Título que la anterior⁹¹.

Los comentaristas de esta época, la que abarca desde la promulgación de la Novísima Recopilación por Carlos IV en 1805 hasta la entrada en vigor de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, analizaron también la cuestión de la liquidación en las sentencias. Ahora bien, al recogerse en la compilación de 1805 idénticas normas al respecto que en su predecesora de 1567, su estudio debía engarzarse necesariamente con lo expuesto en relación a aquella⁹². Aún así, antes de proseguir con las opiniones de los diversos autores, hay que recordar que, en este significado periodo, se produjo una ingente labor legislativa, viéndose jalonados estos años con diversas normas de gran importancia en el ámbito procesal⁹³. En nuestro campo en concreto marca un importantísimo hito la **Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio de 1830**⁹⁴, en adelante Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 o LEM 1830⁹⁵, pues la

⁹¹ La cual consta como que fue dictada por Felipe II en las respuestas de 1558 a las peticiones de las Cortes de Valladolid); esta ley se titulaba así: *En las sentencias de los Jueces inferiores con condenación de frutos é intereses se declare lo conveniente, para excusar otras en la liquidación de ellos*, y su regulación era la siguiente: *Porque de no se tasar en las sentencias, que pronuncian los Jueces inferiores, los frutos ó intereses en que condenan, resulta que, despees que se da executoria de las tales sentencias, sobre la declaración y liquidación de ellos resultan otras sentencias y executorias; por evitar esto, mandamos á los Jueces inferiores, que en las sentencias que pronunciaren, en que hobiere condenación de frutos ó intereses, fagan toda la declaración que conviniere, y hobiere lugar de se facer, de manera que cese lo susodicho.*

⁹² De esta forma, la relación entre ambas compilaciones aparece diáfana en el comentario de GOMEZ Y NEGRO, L., a la citada Ley VI de la Novísima Recopilación, que expresamente relaciona con la ya citada ley 52, del Título 5º, del Libro 2º de la Nueva Recopilación, cuando defendió que (y en cuanto a los frutos): “No solo debe el juez decidir sobre el fondo de la cuestion, sino tambien sobre lo accesorio, como frutos y costas, para no dejar materia a un nuevo pleito.” Dichos frutos la ley ordena “que los tasen y moderen los jueces por lo que resulte de las probanzas, sin remitirlo á contadores”. En referencia a las costas, recordó que: “sabido es que se deben pagar por el temerario, que se conoce pleitea de mala fe.” *Elementos de práctica forense...*, opus cit., pág. 111. Por tanto, como nada había cambiado al respecto entre ambas recopilaciones, el comentario sobre dichos preceptos seguía siendo el mismo: carácter accesorio y exigencia de su liquidación seguían siendo los elementos clave.

⁹³ Sin querer profundizar más de la cuenta en este aspecto, resulta necesario referir sintéticamente que ya con la Constitución de 1812, y más en concreto con su artículo 244, se intentó unificar la normativa existente al proclamarse, como dice LASSO GAITE, J. F., “el principio de uniformidad procesal en todo el Reino.” *Crónica de la codificación española...*, opus cit., pág. 3. Este autor refiere, en esta misma página, que dicha constitución “que introduce las ideas liberales en la práctica política española, dedica su Título V a la Administración de Justicia, dividido en tres capítulos, que se ocupan, respectivamente, de los Tribunales, de la Administración de Justicia en lo civil y de la Administración de Justicia en lo criminal”, afirmando también que: “El Real Decreto de 16 de septiembre de 1837 otorgó vigencia a este título de la Constitución, con rango de Ley ordinaria, sobreviviendo así a los avatares del texto.”

⁹⁴ Para conocer el pensamiento del principal artífice de la misma sobre el estado de la administración de justicia en aquella época se puede consultar SAINZ DE ANDINO, PEDRO, *El pensamiento administrativo de P. Sainz de Andino 1829-1848*, Introducción y notas de José M.ª García Madaria, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982, en el que se recoge su “Esposicion al Rey N.

misma se avanzó en un cuarto de siglo a la regulación que, sobre esta materia, establecerá la primera LEC de 1855. Sobre el escenario en el que se enmarcó esta norma, basten las siguientes palabras de LASSO GAITE⁹⁶: “Con una rapidez envidiable cristalizó la codificación mercantil en una etapa absolutista del reinado de Fernando VII, aprobándose en 30 de mayo de 1829 el llamado Código de comercio de Andino,

S. sobre la situación política del Reyno y medios de su restauración” de 1829. A lo que ahora interesa, especialmente interesantes son sus observaciones respecto al lamentable estado de la administración de justicia, v. gr. véase pág. 64, frente a las que el mentado autor clamaba como “único remedio eficaz y seguro” el de “la formación de un Código general, que contenga leyes claras, precisas, decisivas y generales”. Ídem, pág. 86.

⁹⁵ Otras normas muy cercanas a esta temporalmente, y con gran impacto en lo procesal en aquellos momentos, fueron el **Reglamento provisional de la administración de justicia, sancionado en fecha 26 de septiembre de 1835**, que no innova substancialmente la materia objeto del presente estudio por las remisiones que realiza fundamentalmente a la Novísima Recopilación, la **Constitución de 1837**, así como la posterior **Ley provisional para la sustanciación de los pleitos de menor cuantía, de 10 de enero de 1838**, que tampoco significó ningún avance en el objeto del presente estudio. Sobre el antedicho Reglamento provisional una obra interesante de la época es la de PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO; PEREZ HERNANDEZ, MANUEL y BRAVO MURILLO, JUAN, *Boletín de Jurisprudencia y legislación*, tomo I, Madrid, Imprenta de D. Tomas Jordan, 1836. Como se ha apuntado dicha norma se remitía en demasía a las leyes recopiladas, como por ejemplo se observa al leer su artículo 4, en el que se ordenaba a los jueces (entre otros extremos) *observar y hacer que se observen con toda exactitud los sencillos trámites y demas disposiciones que las leyes recopiladas prescriben para cada instancia*. Pero como afirman los tres antedichos autores: “Los males que provienen de la legislación, no se remedian sino reformando la legislación misma. En el estado de la que actualmente rige en España, lejos de ser conveniente, tenemos por inoportuno y peligroso renovar genéricamente su puntual cumplimiento.” Pág. 27 opus cit. Sobre esta misma Ley, se puede consultar también la obra de VERLANGA HUERTA, FERMIN, *Jurisprudencia popular*, segunda edición, Madrid, Librería del editor D. J. D. de los Rios, 1840. En general, para la debida intelección de la normativa vigente para el periodo que media entre el Reglamento provisional de 1835 hasta el año 1839, resulta interesante la obra de CARRAMOLINO, JUAN MARTIN, *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la jurisdicción real ordinaria*, cuaderno I.º, Madrid, Imprenta del Colegio de Sordo-mudos, 1839 que, como ya anuncia en su portada, abarca la nueva normativa hasta fin de diciembre de 1838, existiendo un *Suplemento del año de 1839*, del mismo autor, publicado en Madrid, Imprenta de D. Leon Amarita, 1840. Concretamente comprende esta obra “todos los procedimientos judiciales dictados ó restablecidos desde la publicación del Reglamento provisional de 1835. Al frente de ella se coloca un índice de todas las leyes, decretos, reglamentos y demas disposiciones, que son objeto de esta coordinación, á fin de que, los que la manejen y consulten, adviertan, si la tramitación de las cuestiones legales que les ocurran, está ó no marcada por alguna de sus disposiciones: sigue otro índice general de correlación de los artículos de esta colección, [...]: y finalmente como todavía podrá ocurrir alguna duda respecto á ciertas disposiciones de opinable fuerza legal en el día, [...], se intercalan en letra bastardilla, ó se colocan en notas espresivas las convenientes explicaciones, [...]”. Ídem, pág. 7. Sobre la situación del derecho mercantil de la época se puede acudir a TAPIA, EUGENIO DE, *Elementos de Jurisprudencia mercantil*, nueva edición, tomo segundo, Valencia, Librería de D. Idelfonso Mompìe de Montagudo, 1838, aunque no resulta de especial relevancia en lo tocante al presente estudio al limitarse, después de desarrollar la normativa recogida en el Código de comercio de 1829, en la que se regulaba la fundamentación de las sentencias en el artículo 1213 de dicho Código (como recoge en su pág. 174), a relacionar sobre la ley de enjuiciamiento que: “Nota. Actualmente rige sobre la materia la Ley de enjuiciamiento sancionada y promulgada en 24 de Julio de 1830, impresa de real orden en la oficina de D. Leon Amarita, y en el mismo año de 1830.” Ídem, pág. 175.

⁹⁶ *Crónica de la codificación española...*, opus cit., pág. 5. En la página siguiente refiere la postura de FAIRÉN, *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Madrid, 1969, pág. 67, quien defendió que dicha anticipación al resto del ordenamiento se debió “a la evolución más avanzada de la jurisdicción consular en relación con la ordinaria, más apegada a la tradición común, llena de formalismos dilatorios.” También destaca que: “Como antecedente a la Ley de enjuiciamiento a que nos venimos refiriendo [...] el Código de comercio de 1829 dedicaba su último Título, comprensivo de los artículos 1.205 a 1.219, a los procedimientos judiciales en las causas de comercio”.

por ser la ponencia de don Pedro Sainz de Andino la que obtuvo la sanción real; para su ejecución fue promulgada la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830⁹⁷.

De esta significada norma interesa ahora recoger su **artículo 93**⁹⁸ el cual ordenaba que: *La sentencia que contenga condenacion de frutos, réditos ó daños, fijará ó bien la cantidad de la condenacion, si resultare líquida, ó al menos las bases sobre que se haya de hacer la liquidacion; y cuando no haya méritos para lo uno ni para lo otro, se reservará para el juicio correspondiente la accion sobre los frutos, réditos ó daños.* Como se verá en el siguiente punto de esta obra, pocas serán las diferencias entre el tenor literal de este precepto y el del futuro artículo 63 de la LEC de 1855. Por tanto, aquí tenemos el precepto que, **por primera vez** en nuestra historia procesal, estableció la **sentencia con reserva de liquidación** y, además, en términos muy parejos a los que contendrá la primera LEC, por lo que me remito ahora, para evitar redundancias, al análisis que efectuaré en relación a esta última. Ahora bien, no se olvide que esta novedosa regulación procesal mercantil cohabitó, hasta 1855, con una vetusta regulación del proceso civil. Obviamente, el avance de esta ley de enjuiciamiento fue tan significativo, en comparación con la normativa procesal civil vigente en aquellos momentos, que incluso el mismo REGUERA Y VALDELOMAR, al comentar las tres leyes de la Novísima Recopilación que ahora interesan⁹⁹ y que se limitó prácticamente a reproducir, se vio “forzado” a relacionarlas con los novedosos preceptos de la LEM¹⁰⁰.

⁹⁷ Como recuerda este autor, dicha Ley de Enjuiciamiento Mercantil fue promulgada “en la Granja de San Ildefonso el 24 de julio de 1830, y la refrenda el Ministro de Hacienda, don Luis López Ballesteros.” Ídem, páginas 6 *in fine* y 7 *ab initio*. Por otro lado, como afirma en la página 8, gran parte de esta: “Ley de Enjuiciamiento mercantil continuó vigente hasta la supresión de los Tribunales de Comercio por el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868”, constituyendo “un mérito extraordinario para su autor, si se la compara con las disposiciones procesales de la Novísima Recopilación y las de las Cortes de Cádiz”.

⁹⁸ Texto extraído, en los tres artículos que se relacionan de dicha ley de 1830, de JAUMAR Y CARRERA, JOAQUIN, *Práctica forense arreglada á las leyes y decretos vigentes y al estilo de los tribunales españoles de ambos emisferios*, Barcelona, Imprenta de J. Boet y compañía, 1840, pág. 151. También es de destacar que, entre los preceptos que recoge referentes al procedimiento de la **Constitución de 1837**, relaciona el **artículo 4**, el cual ordenaba que: *Unos mismos códigos regirán en toda la monarquía, y en ellos no se establecerá mas que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales.* ídem, pág. 76.

⁹⁹ REGUERA Y VALDELOMAR, JUAN DE LA, *Estracto de la Novísima Recopilación. Anotado con las leyes y Reales disposiciones posteriores*, segunda edición, tomos segundo y cuarto, comprendiendo respectivamente los libros 4º, 5º, 6º y 10º, 11º y 12º, Barcelona, imprenta de D. Ramón Martín Indar, 1848.

¹⁰⁰ Concretamente hizo las siguientes aportaciones: en relación a la Ley 25 del Título 4º del Libro 5º simplemente refirió que: “En las sentencias se guarde lo mandado á las Cancillerías por la ley 6, título 16,

Por otro lado, también recogió esta LEM, en otros dos preceptos, las antiguas cuestiones del monopolio de la tutela de condena y de la precisión y completud que siempre se predicaron de las sentencias, y frente a las que, la sentencia con reserva, ya se instaura a modo de excepción, quedando de esta forma configurado el nuevo sistema que, con las tres grandes vestimentas que ha portado el proceso civil, llegará hasta nuestros días. Estos dos preceptos, que preceden estratégicamente el citado art. 93 LEM, eran del siguiente tenor literal:

Artículo 91: *La sentencia ha de contener decision expresa, positiva y precisa, con arreglo á las acciones deducidas en el juicio, condenando ó absolviendo en el todo ó en parte, y fijando la persona condenada ó absuelta, y la cosa sobre que recae la absolucion ó la condenacion.*

Artículo 92: *Cuando la demanda comprenda varios puntos que aunque tengan conexion entre sí sean objetos distintos se dividirá la sentencia en capítulos, arreglando sobre cada uno la decision que proceda en justicia.*

Sin entrar a analizarlos¹⁰¹ sí quiero explicitar en este momento dos cosas. En primer lugar, y mirando hacia el pasado, cabe observar cómo la tutela de condena se proclama

libro 11.” Página 134 del Tomo segundo opus cit. Con respecto a las Leyes 6 y 7 del Título 16º del Libro 11º relacionó que: “Los Oidores en las sentencias, en que hubiere condenacion en frutos, los tasen y moderen por lo que resulte de las probanzas, sin remitirlo á contadores: y á este fin los Letrados y partes hagan sobre ello las probanzas que les convengan; y lo mismo ejecuten los Jueces inferiores en las sentencias que pronunciaren” (relacionó años 1552. 54. 55. y 59) y señaló a pie de página, para “la sentencia dictada en negocios de comercio”, lo dispuesto justamente en los artículos 93, 91 y 92 de la citada ley de enjuiciamiento mercantil de 1830, que prácticamente se limita a transcribir. Ídem, tomo cuarto, pág. 212.

¹⁰¹ Aunque resulta interesante resaltar que estos tres preceptos de tan bella talla, que han subsistido casi inalterados hasta la actualidad en nuestra legislación procesal civil, parecen haber sido ideados por primera vez en esta LEM de 1830, a partir, básicamente, de la condensación y síntesis de la legislación procesal castellana, en especial de la contenida en la comentada Partida 3ª, se podría plantear la hipótesis que el Legislador de principios del diecinueve se hubiera fijado en el **Code de Procédure civile de 1806**, por ser el primero de su especie. Dicho código regulaba la materia de la liquidación de las sentencias en varios de sus preceptos, y así, en materia de daños e intereses su **artículo 128** ordenaba que: *Tous jugemens qui condamneront en des damages et intérêts, en contiendront la liquidation, ou ordonneront qu'ils seront donnés per éat*; y en relación a los frutos regulaba en su **artículo 129** lo siguiente: *Les jugemens qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la dernière année; et pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année; sinon à dire d'experts à défaut de mercuriales. Si la restitution en nature pour la dernière année est imposible, elle se fera comme pour les années précédentes*. Véase que es una regulación muy diferente a la recogida en la primera ley de enjuiciamiento española. Los anteriores dos preceptos se contenían dentro del Título VII (*Des jugemens*) del Libro II

definitivamente como la única reconocida legalmente, como es de ver comparando el *condenando ó absolviendo* que recoge el anterior art. 91 LEM, frente la antigua formulación del *juyzio por buenas palabras, e apuestas, que lo puedan bien entender sin dubda ninguna, [...], como quita, o condena al demandado [...]; o deue poner otras palabras guisadas, quales entendiere que conuiene a la demanda que fue fecha. [...];*

(*Des tribunaux inférieurs*) de la de la Primera Parte (*Procédure devant les tribunaux*). También normaba este código un *Procédure devant les tribunaux de commerce* (Título XXV de esos mismos Libro y Parte), pero nada añadía en relación a lo que ahora interesa. Por otro lado, en su Libro V (de esa misma Parte Primera) hablaba *De l'exécution des jugemens*, denominándose su Título II: *De la liquidation des dommages-intérêts*, (arts. 523 a 525) el III: *De la liquidation des fruits*, (art. 526) el IV: *Des redditions de comptes*, y el V: *De la liquidation des dépens et frais*. Concretamente el **artículo 526** decía que: *Celui qui será condamné à restituer des fruits, en rendra compte dans la forme ci-après; et il será procédé comme sur les autres comptes rendus en justice*. Por otra parte, Título IX (*De la saisie des fruits pendans par racine, ou de la saisie-brandon*, arts. 626 a 635) de esos mismos Libro y Parte, se fijaba cómo se había de llevar a cabo el embargo de frutos, y ya en su Segunda Parte (*Procédures diverses*), Libro I, Título II, trataba *Du droit des propriétaires sur les meubles, effets et fruits de leurs locataires et fermiers, ou de la saisie-gagerie et de la saisie-arrêt sur débiteurs forains*. En resumen: había una regulación completa de la problemática de la liquidación, tanto en el proceso declarativo como en el ejecutivo, pero su regulación, como se deviene de la anterior exposición, no fue la inspiradora de los tres citados preceptos de la LEM 1830. Los anteriores artículos y ordenación de los mismos se han extraído de la *Édition originale et seule officielle*, realizada en París, de l'imprimerie impériale, 1806.

Por otro lado, se podría conjeturar la influencia en la redacción de los citados artículos 91 a 93 LEM 1830, de normas procesales mercantiles anteriores del ordenamiento hispánico. Entre ellas destacarían en aquel momento las famosas **Ordenanzas de la ilustre universidad y casa de contratación de la M. N. y M. L. villa de Bilbao**, que fueron aprobadas y confirmadas por Felipe V en 1737. Ahora bien, dicha hipótesis enseguida se deshace con sólo leer sus Leyes VI y VII de su Capítulo Primero. La primera de ellas, la **VI**, ordenaba lo siguiente: *Por quanto en dicho Consulado deben determinarse los pleytos y diferencias de entre las partes, breve, y sumariamente, la verdad sabida, y la buena fé guardada por estilo de Mercaderes, sin dár lugar á dilaciones, Libelos, ni Escritos de Abogados, como, y por las razones que se previene y manda por dichos Privilegios, y Ley Real, ni guardar la forma y orden del Derecho: Se ordena, que siempre que qualquiera persona pareciere en dicho Consulado á intentar qualquiera accion, no se le admitan, ni puedan admitir demandas, ni peticiones algunas por escrito, sin que ante todas cosas el Prior, y Cónsules hagan parecer entre sí á las partes, si buenamente pudieren ser habidas, y oyéndolas verbalmente sus acciones y excepciones, procuraran atajar entre ellas el pleyto y diferencia que tuvieren con la mayor brevedad; y no lo pudiendo conseguir, les admitan sus peticiones por escrito, con que no sean dispuestas, ordenadas, ni firmadas de Abogados, como se ha practicado, y ha sido, y es Ordenanza. Y procurando en quanto á esto evitar malicias, si se presumiere que la demanda, respuesta ú otra Peticion y Libelo fuere dispuesta de Abogado, no la admitiran hasta que baxo de juramento declare la parte no haverla hecho, ni dispuesto Abogado. Y haviendose de dár lugar al pleyto, por no haverse podido componer, ni ajustar verbalmente, se proveerá á la demanda ó peticion del Actor, primero que á otra alguna del Reo. Por su parte, la **VII**, prescribía que: *Atendiendo á los fines arriba expresados, de que en los pleytos y diferencias se haga justicia breve, y sumariamente, y solo sabida la verdad, y guardada la buena fé para mejor conseguirlo, se ordena, que como se ha acostumbrado, y acostumbre, y ha sido, y es la Ordenanza, en los Procesos que se hicieren en el Juzgado de dicho Consulado, asi en primera instancia, como en grado de apelacion ante Corregidor, y Colegas, y Corregidor, y Re-Colegas en los Autos que se huvieren de dár, y en las sentencias que se pronunciaren, no se haya de tener, ni se tenga consideracion á nulidad de lo autuado, ineptitud de demanda, respuesta, ni otra qualquiera formalidad, ni orden de derecho, pues en qualquiera estado que se sepa la verdad, se ha de poder determinar y sentenciar, y para ello tomar de oficio los testigos que convengan, y los juramentos de las partes que les parezcan á los Jueces, de manera, que mejor se averigue la verdad, y puedan pasar á dár su determinacion y sentencia*. A pesar de ser leyes algo extensas, las he recogido en su integridad para poner de manifiesto la gran distancia entre la regulación de dicha materia en la LEM 1830 y en el, seguramente, más renombrado se sus cercanos antecedentes. Textos extraídos de la reimpresión realizada en Madrid, en la Oficina de D. Pedro Marin, 1787, págs. 28 y 29.*

como da por quitto, o condena aquel contra quien fue fecha la demanda, que establecía la Ley V, del Título XXII de la Partida 3^a. En segundo lugar, y mirando ahora hacia el futuro, cabe resaltar que, la interconexión existente entre los arts. 91 a 93 LEM, se reproducirá *mutatis mutandis* en los posteriores artículos 61 a 63 LEC 1855¹⁰².

Con la visión dinámica que nos ofrece el anterior marco normativo, veamos a continuación brevemente cómo abordaron las cuestiones objeto del presente estudio los autores de la época. En primer lugar cabe constatar cómo muchos procesalistas del momento se hicieron eco de la novedosa regulación del proceso mercantil, como por ejemplo ORTIZ DE ZÚÑIGA¹⁰³, GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN¹⁰⁴, o RODRIGUEZ, pero, en general, prácticamente se limitaron a reproducir lo que establecían los correspondientes preceptos, como cuando el último de los citados afirmó que: “Cuando la condena fuere de cosa ilíquida, como devolucion de frutos, abono de perjuicios &c. y hay en los autos datos bastantes para liquidarla, deberá hacerse desde luego; mas si no resultan, se reservará la acción sobre dicha liquidacion para ejercitarla

¹⁰² Conexión que se puede ya observar en la siguiente **Sentencia de 24 de junio de 1868**, en la que, además, se vincula la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 con la LEC de 1855, al tener que llevarse a cabo la correspondiente liquidación a través de los preceptos establecidos en ésta (específicamente para el caso recogido en dicha sentencia se mencionan los artículos 910 y 911, en relación con el 896 LEC 1855). En el presente caso se alegaba en el recurso de injusticia notoria que se había infringido, entre otros, el artículo 91 LEM 1830 “puesto que no habiéndose ejercitado acción emanada del contrato de 3 de Septiembre, sino de uno indefinido hasta la declaración de la sentencia de vista, confirmada por la de revista, no se había sentado esta base de una manera categórica, ni en la demanda y escritos posteriores se propuso el juicio de liquidación pericial; por manera que no se resolvía el litigio con arreglo a las acciones deducidas en juicio, y a las peticiones de las partes.” A lo que el Tribunal contesta que: “Considerando que habiéndose reclamado por el demandante la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron por la falta de cumplimiento a la obligación contraída en la escritura de 3 de Septiembre, sin especificarlos convenientemente, fijándolos en una cantidad dada, y sin que su cuantía haya sido objeto de especial discusión, ha podido y debido reservarse su regulación para otro pleito, según dispone el art. 93 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, sin infringirse por esto el art. 91 de la misma”. Extraída de *Colección Legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Primer semestre de 1868*, edición oficial, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1869, págs. 808 y 810.

¹⁰³ Quien hacía mención a la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 afirmando que: “En los juicios mercantiles, a diferencia de los comunes, todas las sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, sobre asuntos de mayor cuantía, ó cuyo interés sea mayor de 3000 reales en los tribunales de este ramo, y de 2000 en los juzgados de primera instancia, deben contener los fundamentos en que se apoyen. Estos se reducen a establecer la cuestión de derecho ó de hecho, sobre que recae el fallo, y a hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios, ni otras exposiciones”. *Elementos de Práctica Forense*, opus cit., pág. 345; cita a pie de la misma los artículos 1212 y 1213 del código de comercio y 88 de la citada ley de enjuiciamiento.

¹⁰⁴ Quienes dedican un capítulo aparte a la sentencia dictada en virtud de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830, aunque se limitaron a recoger, en cuanto a lo que aquí interesa, el contenido del citado artículo 93 de dicha ley. Cfr. GOMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBAN, JUAN MANUEL, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, tomo I, Madrid, Librería de Don Angel Calleja, 1848, pág. 313.

despues en otro juicio que se entable al intento.”¹⁰⁵ Por otro lado, evóquese que el proceso civil seguía regulándose en base a las antiguas leyes, las cuales habían sido objeto de simple compilación. Por ello, los autores de la época siguieron preconizando los mismos requisitos de la **demanda** e idéntico **tratamiento procesal** con relación a sus defectos, como lo habían hecho sus predecesores¹⁰⁶. De esta forma, se afirmaba que las demandas debían ser concretas (ciertas), y que, en caso contrario, se debían inadmitir (desechar, repeler) de oficio¹⁰⁷. Esa certeza no era una cuestión en absoluto baladí, al atañer directamente tanto a la competencia del correspondiente órgano jurisdiccional, como al derecho de defensa de la parte demandada¹⁰⁸; con las siguientes palabras expresó esto último el CONDE DE LA CAÑADA, al mantener que en la demanda se señalaría “la cosa que se pide de un modo cierto, de suerte que pueda comprobarse su

¹⁰⁵ RODRIGUEZ, JUAN MARÍA, *Instituciones practicas, ó curso elemental completo de practica forense*, tomo primero, Sevilla, Imprenta de el Sevillano, 1842, pág. 346. En la siguiente página reseña los artículos 90 a 93 y 95 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 en apoyatura de la anterior opinión, y de otras que desarrolla en el mismo párrafo.

¹⁰⁶ Así se observa, por ejemplo, en ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., quien analizó pormenorizadamente la demanda (Cfr. *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., páginas 229 y siguientes) y quien, en lo que ahora interesa, afirmó: “La cosa que se pide debe especificarse con toda claridad y distincion, de modo que no se confunda con otra; expresándose sus linderos, [...]. No haciéndolo así el actor, puede el juez desechar la demanda, hasta que se exprese bien lo que se pide, á no ser en aquellos casos en que se puede poner demanda general, como sobre herencia, cuenta de menores, administracion de bienes [...]”. Ídem, páginas 230 *in fine* y 231. Ello lo fundamentó en las Leyes 15 y 26 del Título 2º de la Partida 3ª y en la ley 4 del Título 4º del Libro 11º de la N. R. Lo que diferenció del caso en que “al actor no es dado especificar bien la cosa que pide, por hallarse esta en poder del reo ó de otra persona”, en cuyo supuesto “puede proponer la accion exhibitoria ó *ad exhibendum*, para que el tenedor de dicha cosa la presente, á fin de formalizar la demanda con todo conocimiento”. Lo anterior lo basó en las Leyes 16 y 17 del Título 2º de la Partida 3ª. Obsérvese con el anterior fragmento que, al permanecer intacta la regulación, se sigue apreciando idéntico tratamiento procesal para la demanda ilíquida (“puede el juez desechar la demanda”), subsistiendo asimismo la “demanda general”.

¹⁰⁷ Sobre este aspecto no había controversia entre los autores. V. gr., así explicaba dicha cuestión REGUERA Y VALDELOMAR, J.: “Las demandas han de ser ciertas, y sobre cosa cierta; [...]. Si las demandas no fueren ciertas en el modo espuesto, sean repelidas salvo en los casos y cosas en que pueden ponerse generalmente, como sobre herencia, cuenta de bienes, [...]”. *Extracto de la Novísima Recopilacion*, tomo cuarto, 1845, opus cit., pág. 174. En el texto hizo referencia a “*Orden de Alcalá de 1503*”, y a pie de la antedicha página mencionó que: “La exacta observancia de esta ley se halla especialmente encargada por la *regla 4.ª del art. 48 del reglam. prov.*” Este mismo autor, en relación al tratamiento procesal de la demanda defectuosa, si bien referido al ámbito procesal mercantil que, como se ha visto, estaba más adelantado, mantuvo que: “Segun lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento, las demandas y demás escritos ó alegaciones sobre negocios de comercio deben estenderse con la claridad posible, [...]. Los tribunales pueden desechar de oficio las acciones que se propongan indeterminada ó confusamente, previniendo á las partes que las aclaren y especifiquen conforme á derecho: en defecto de hacerlo, quedará á salvo á la parte perjudicada por la accion entablada defectuosamente, el derecho de oponerse á su progreso hasta que se proponga segun corresponde (*art. 43*).” Ídem, a pie de las págs. 174 y 175.

¹⁰⁸ Sintéticamente conjugó ambas finalidades TAPIA, EUGENIO DE, quien, además de recoger las cinco circunstancias que debía contener la demanda, afirmó que las mismas eran necesarias: “Para la debida instruccion del juez, y á fin de que el reo conozca si este es ó no competente, y si en vista de la razón que alega el actor, le conviene ó no litigar.” *Manual de práctica forense*, cuarta edición, Madrid, Imprenta de los hijos de doña Catalina Piñuela, 1832, pág. 56, curiosa por estar escrita en forma de diálogo.

identidad, y poner desde luego al reo en cabal conocimiento para contradecir la instancia, ó condescender á ella”¹⁰⁹. Siendo esta la norma regular, sólo se permitía una excepción a la misma: la de la **demanda general**, ideada para casos en los que resultaba imposible o muy difícil esa concreción¹¹⁰. Sobre las anteriores cuestiones, se expresó en parecido sentido toda la doctrina de la época que he podido consultar¹¹¹.

¹⁰⁹ CONDE DE LA CAÑADA, EL, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, tercera edición, tomo primero, Madrid, Imprenta de la compañía general de impresores y libreros del reino, 1845, págs. 13 *in fine* y 14 *ab initio*.

¹¹⁰ Así lo explicitaron GOMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J. M., quienes defendieron, en cuanto a la “*Cosa que se pide*” en la demanda, que: “Debe hacerse mencion especial de ella, manifestando si es mueble ó raíz, y si se pide su posesion ó su propiedad, ó ambas cosas. Ha de espresarse su cabida, situacion y linderos, ó su peso, medida y calidad y demás señales que la califiquen. La omision de estos requisitos autoriza al juez á desechar la demanda, excepto en algunos casos en que no es equitativo exigir su cumplimiento. Así sucede, cuando se pide una herencia ó parte de ella, la rendicion de cuentas por administracion de tutela ó de los bienes de alguno, un baul cerrado, ú otro bulto en la misma forma, ó alguna cosa de las que se suelen pesar ó medir jurando que no se sabe su peso ni su medida (1). [...]”. *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, opus cit., pág. 237; a pie de página hacen referencia a la Leyes 15 y 26, del título II, de la Partida III, y a la ley 4, del título III, del libro XI de la Nov. Recop. Y en el mismo sentido TAPIA, E., sostuvo que podía “el juez desechar la demanda hasta que se espresen bien la cosa, excepto aquellos casos en que puede poner demanda general, como sobre herencia, cuentas de menores, administracion de bienes, compañía &c., ó cuando se pide algun baul ó fardo cerrado, jurando que no se puede declarar lo que contiene (1).” *Manual de práctica forense*, opus cit., págs. 56 *in fine* y 57 *ab initio*; a pie de ésta última, reseña la Leyes 15 y 26, del título 2, de la Partida 3; y Ley 4, del título 3, del Libro 11 de la Novísima Recopilación.

¹¹¹ Entre ellos VICENTE Y CARABANTES, JOSÉ DE, quien después de sostener que era necesario “expresar la cosa que se pide y las razones que hay para ello”: “Para la instruccion del juez y del reo, y que este conozca si le conviene litigar ó no, y pueda contestar lo que crea oportuno.” *Nuevo manual de práctica forense*, Madrid, Imprenta de Omaña, 1842, pág. 87. Expuso, en virtud de lo que prescribían las Leyes 16 y 17, del título 2, de la Partida 3ª, la forma en que se debía “expresar la cosa que se pide” (ídem). También AUTOR DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, EL, sostuvo que: “Debe ponerse el mayor cuidado en el modo de estender la demanda, [...]; pues las demandas que carecen de todas estas circunstancias suelen producir artículos de incontestacion y dan muchas veces lugar á que se absuelva al reo de la instancia.” *El libro de los jueces, abogados, escribanos y procuradores*, Barcelona, Imprenta de José Torner, 1845, que trata “*De la demanda*” en sus págs. 59 y ss., pág. 60 para el anterior fragmento. Y en la misma dirección D. J. de V., afirmó que el objeto de expresar lo que se pide era el de que “el reo vea si le conviene litigar ó no; y por eso se ha de especificar”. *Compendio de la legislacion y jurisprudencia española*, publicado en Madrid en 1839, México, reimpresso por José Mariano Lara, 1851, pág. 232. Por su parte, RODRIGUEZ, J. M., explicitó que: “Conviene tambien espresar en la demanda, si se solicita que se condene al reo á la devolucion de los frutos de la cosa litigiosa, y al abono de intereses, menoscabos y costas, para que el Juez en la sentencia pueda decidir sobre todos estos extremos; moderándolos por sí, y sin cometerlo á contadores ó partidores, si le parecieren escesivos, y concediéndolos o negándolos, segun los estime ó no procedentes (*leyes 6.ª y 7.ª, tit. 16, lib. 11. N. R.*)” *Instituciones practicas...*, opus cit., pág. 214. Y en parecido sentido VERLANGA HUERTA, FERMIN, refirió expresamente que: “El quinto requisito de una demanda es que en ella se espresen y determine la cosa, cantidad ó hecho de que es objeto, porque ignorando el Juez lo que se le pide, no puede pronunciar su juicio por falta de cosa á que puede referirse. [...]. Como aquí no se espresa cuantos, de qué clase, calidad y valor son los efectos que se piden; [...], no se puede decir que hay demanda, por cuya razon el Juez no debe admitirla; y si cometiese tal error, el demandado se opondria á contestarla por vaga, oscura é inepta”, continuando en el siguiente párrafo con: “Son, pues, circunstancias esenciales en estos escritos la claridad, precision y la exactitud para que se fijen las ideas, de manera que no quede lugar á equivocacion del Juez y de la parte contraria.” *Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos de menor cuantia comprende el procedimiento correspondiente a los demas negocios de la jurisdiccion ordinaria*, tomo I, Madrid, Libreria de Rios, 1841, páginas 39 *in fine* y 40. Finalmente apuntar que, de cierto interés en cuanto a la práctica en el foro en aquella época, es la obra de FERRER, JOAQUIN, *El causídico, tratado teórico-practico del arte de procurador á pleitos*, Gerona, Imprenta de Paciano Torres,

Por tanto, la concepción de la demanda, en lo que aquí interesa, era sustancialmente idéntica a la de los autores de las centurias precedentes, y se engarzaba diáfananamente con la regulación ya no sólo del siglo XVI (Nueva Recopilación) sino también con la del siglo XIII (Partida 3ª)¹¹². Del anterior ordenamiento y doctrina sigue deduciéndose claramente la necesidad de fijar en la demanda el importe de lo solicitado, lo cual llega a aparecer como evidente en ciertas ocasiones, como en el caso de la llamada *pluspetición*¹¹³, institución que resultaría incomprensible sino se exigiera el fijar la cuantía al formular la correspondiente pretensión. Compruébese la anterior aseveración con la exposición que hizo el CONDE DE LA CAÑADA sobre este instituto, al recoger que: “En las leyes de Partida se dispone que cuando el actor pide mayor cantidad de la que le es debida, condene el juez al demandado en la cantidad líquida que constase estar debiendo, y le absuelva de la que con exceso se le pedía, haciendo resarcir y compensar al demandado las costas y daños que expendió por causa del exceso del actor: *ley 43. tit. 2. Part. 3.*; y en lo mismo convienen las leyes de la Recopilacion aun en los juicios ejecutivos: *ley 8. tit. 21 lib. 4 de la Recop. in fin: ley 9. del mismo tit. y lib.*”¹¹⁴

Las observaciones sobre la continuidad en la configuración del sistema que se han destacado con respecto a la demanda, valen también para el análisis del tema de la liquidez en la **sentencia**. Ésta debía ser concreta y determinada con la sola excepción de

1848, quien hizo hincapié en la debida síntesis y comedimiento que debía tener la demanda, al afirmar que: “La demanda y demas escritos preparatorios deben à la par que claros ser resumidos. Si pues debe en ellos proponerse la accion y la excepcion deduciéndolas de los hechos que son su fundamente, no pueden sin embargo extenderse, tales escritos á otros hechos corroboratorios, que ó ilustren en gran manera el hecho principal, ò tal vez sean ellos mismos los que por su amalgamacion lo produzcan”, pág. 271.

¹¹² Normas que, bien directamente (como sucede con la normativa Alfonsina) o bien a través de su recepción en la Novísima Recopilación, eran citadas por todos los autores de la época, como es de ver en las anteriores notas.

¹¹³ Hilvanando ya el estado de la cuestión en la demanda con el de en la sentencia, baste la explicación que nos ofreció RODRIGUEZ, J. M., sobre esa pluspetición, la cual consistía en que: “No puede el actor pedir en la demanda mas de lo que se le deba, y si lo hiciere incurre en un esceso, que se llama *plus petition*”. *Instituciones practicas...*, opus cit., pág. 213. Esta pluspetición se podía dar en cuatro casos distintos, el segundo de los cuales era el de: “Por *la cosa ó cantidad*; si se pide una cosa que el reo no está obligado á dar, ó se reclama mayor cantidad de la que realmente se debe”. Cuando sucedía este supuesto: “si la accion deducida es ordinaria, será condenado el actor en la pena de que mas pidiera, y siendo ejecutiva, ademas en el otro tanto, como si demandó ciento, cuando solo debian noventa, perderá los diez pedidos de mas, y otros diez, quedando reducida su accion á ochenta (*ley 43, tit. 2.º, P. 3.ª; y 6.ª, tit. 28, lib. 11, N. R.*)” Ídem, págs. 213 *in fine* y 214 *ab initio*.

¹¹⁴ *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, opus cit., pág. 15. Obsérvese también como aparece en el anterior fragmento el término de “daños” hermanado al de “costas”, jugando ambos el papel de conceptos accesorios.

los casos en que se hubiera interpuesto una demanda general. Aún así, en estos supuestos, la liquidación debía realizarse con antelación al despacho de la ejecución. Muy claramente lo explicó ORTIZ DE ZÚÑIGA, cuando afirmó¹¹⁵ que aquella “debe recaer sobre cosa cierta, y si es sobre cantidad ilíquida, se debe mandar que se liquide, aprobándose luego la liquidacion con audiencia de las partes, antes de llevarse á efecto la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restitucion de herencia, y en los juicios universales”¹¹⁶. Como se ha ido explicitando, la “demanda general” daba lugar a una sentencia ilíquida, pero no a una sentencia con reserva de liquidación. La diferencia entre ambas figuras, que comparten cierta indeterminación como consecuencia, en mi opinión, del carácter esencialmente mero declarativo de ambas, se observa en la siguiente afirmación que realiza poco después este mismo autor¹¹⁷: “En los pleitos sobre accion real, si no procede la absolucion, debe mandarse en la sentencia, la entrega de la cosa demandada con los frutos percibidos y podidos percibir, desde la contestacion, tasándose y moderándose por lo que resulte de las pruebas, sin remitir esta graduacion al parecer de contadores”¹¹⁸. Este segundo acabará siendo el verdadero objeto de la futura sentencia con reserva de liquidación, el de “los frutos percibidos y podidos percibir”, que siempre, en teoría, se podrían y deberían liquidar en la sentencia¹¹⁹.

¹¹⁵ *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 338.

¹¹⁶ A pie de esta pág. 338 cita a Feb. novis., tomo 4, pág. 223 y Leyes 1 y 16 del título 22 de la Partida 4.

¹¹⁷ *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 339.

¹¹⁸ Al pie de esta pág. 339 cita la Ley 6, del título 5, del libro 11 de la N. R.

¹¹⁹ Obsérvese, de nuevo, la unión casi inescindible entre acción real-frutos liquidables que, como hicieran juristas anteriores, también efectúa este autor. Inseparabilidad que va pareja, vuelvo a repetir, al carácter accesorio de los frutos, y también de las costas, lo que se revela claramente en las siguientes afirmaciones del mismo ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., y que nos sirven para cerrar el círculo de los seis siglos que median entre la obra legislativa del Rey Sabio y la recogida en la Novísima Recopilación: “Dictada la sentencia definitiva, cesa en aquel juicio la jurisdiccion del juez, y no puede revocarla, enmendarla, ni hacer en ella alteracion alguna [...]. Una sola excepcion limita esta regla general; y es, cuando el juez no ha hecho mencion de los frutos ó rentas de la cosa que es objeto del pleito, ó cuando ha guardado silencio acerca de la condena en costas. En este caso está autorizado para enmendar su omision ó aclarar su juicio dentro de las veinte y cuatro horas [en este momento, remitiéndose a pie de página, cita la ley 3, del título 22, de la Partida 3]. La parte que desea esta explicacion, puede entonces solicitarla dentro de dicho término, y el juez reiterar su fallo, ampliarlo ó modificarlo, en los indicados particulares.” *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 341. En parecido sentido se expresó TAPIA, E., cuando sostuvo que: “Dictada la sentencia definitiva, y notificada á las partes, no puede ya el juez revocarla, enmendarla ni hacer alteracion alguna, segun se ha dicho ya [...]; y solo en el caso de no haber hecho mencion de los frutos ó rentas de la cosa litigiosa, y de la condenacion de costas, está facultado por la ley para enmendar su omision, ó declarar su juicio dentro del dia de su pronunciamiento (2).” *Febrero novísimamente redactado, con las variaciones y mejoras espresadas en el prospecto, que sirve de prólogo á la obra*, tomo VI, Madrid, Libreria de los Sres. Viuda de Calleja e Hijos, 1846, págs. 51 *in fine* y 52; en (2), a pie de la pág. 52, reseña la Ley 3, del título 22, de la Partida 3.

Parecidas aseveraciones fueron realizadas por otros destacados autores de la época, quienes dejaron claro que tampoco, en la doctrina, nada había cambiado con respecto a las anteriores centurias. Así, se sigue enfatizando la tradicional interrelación entre acción real y lo accesorio liquidable¹²⁰; se sigue explicitando como única tutela la de condena, manteniéndose el diferente trato procesal, en la integración de la sentencia, entre lo principal y lo accesorio¹²¹; y se sigue aseverando que todas las sentencias deben ser líquidas. Ahora bien, con respecto a esto último sí quisiera hacer ya notar que, aunque sobre ello se volverá en repetidas ocasiones, a pesar de lo expuesto con relación a la certeza de la demanda se permitía lo que denominaré, a modo de préstamo de CARNELUTTI, una cierta *formación progresiva de la pretensión* que, empero, nunca llegó hasta el punto de plasmarse en forma de sentencia ilíquida (incompleta). Con las siguientes palabras lo desveló RODRIGUEZ, al afirmar que la sentencia: “Debe recaer sobre cosa cierta, estendida con palabras claras é inteligibles, y no dada bajo condicion; y si el pleito ha girado sobre cosa ó cantidad ilíquida, hará el Juez que se liquide, aprobando despues lo que resulte de esta operacion (*leyes 1.^a, 3.^a, 5.^a 14, y 16, tit. 22, P. 3.^a; 6.^a y /.^a, tit. 16, lib. 11, N. R.*).”¹²²

¹²⁰ V. gr., GOMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J. M., arguyeron que: “La sentencia, que se dicte en conformidad á una accion *in rem*, debe prescribir no tan solo la entrega de la cosa, objeto de la cuestion, sino tambien la de los frutos percibidos y que se pudieron percibir desde la contestacion. Su regulaci3n ha de hacerse por el juez, seg3n lo que resulte de probanzas y sin remitirlo á contadores (3).” *Tratado acad3mico-forense de procedimientos judiciales*, opus cit., p3g. 304; a pie de p3gina hacen referencia a las Leyes 6 y 7, del t3tulo XVI, del libro XI de la Nov. Recop.

¹²¹ Véanse en este sentido las siguientes afirmaciones de TAPIA, E., quien, después de distinguir los dos principales tipos de sentencia (definitiva e interlocutoria) que existieron durante todo el periodo, definió la primera de ellas como: “la que se dá sobre el todo de la causa, y termina el juicio, absolviendo ó condenando al demandado ó reo.” P3gina 95 opus cit. Este autor reproduce, en cuanto a la revocaci3n de la sentencia definitiva (y a diferencia de la interlocutoria), id3nticos argumentos que los juristas que le precedieron, limit3ndose a sostener que: “no puede revocarse por el mismo que la dio, sino por otro superior, [...]. Sin embargo puede el juez que no hubiera hecho mencion de frutos ni condenacion de costas en la sentencia, a3adirla esto en el mismo dia que la pronunci3re, como tambi3n perdonar ó remitir la multa al que en razon de pobreza no puede pagarla (1).” P3gs. 97 y 98 opus cit. A pie de la p3gina 98 rese3a las Leyes 2, 3, 4 y 19 del t3tulo 22 de la Partida 3. Y m3s concretamente sobre la tasaci3n de los frutos concluye que se ha de hacer: “Por lo que resulta de las probanzas, sin remitirlo á contadores (2).” P3gina 100 opus cit. A pie de la misma rese3a la Ley 6, del t3tulo 16, del Libro 11 de la Nov3sima Recopilaci3n.

¹²² *Instituciones practicas...*, opus cit., p3g. 341. Tambi3n recogi3 este autor que: “Dictada sentencia definitiva, no puede el Juez enmendarla ni reformarla, aunque despues conozca que se equivoc3 y provey3 injustamente, pudiendo solo á instancia de parte, aclararla ó adicionarla, con la condena de costas y abono de frutos, si en ella se expres3 con oscuridad, ó no comprendi3 estos estremos, dentro de veinte y cuatro horas de como la dict3 (*leyes 3.^a y 4.^a, tit. 22, P. 3; y 39, tit. 1.^o, lib. 5.^o, N. R.*).” Ídem, p3g. 342.

Como ya se ha avanzado, en parecido sentido a los anteriores se pronunciaba la restante doctrina del momento, tanto la que se surgió en España¹²³, como aquella otra que, con ocasión de las revoluciones americanas y el consiguiente surgimiento de nuevos estados y ordenamientos en aquel continente, apareció en aquellas naciones. Como los anteriores, se limitaron éstos últimos a reflejar la regulación del momento, siendo esencialmente idénticos en el comentario e interpretación de la misma¹²⁴. De esta

¹²³ Así, por ejemplo, VICENTE Y CARABANTES, J., cuando definió la sentencia definitiva como: “La decision ó determinacion que, con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes, pronuncia el juez sobre el negocio principal, absolviendo ó condenando al demandado.” *Nuevo manual de práctica forense*, opus cit., pág. 156. Quien, asimismo, en cuanto a la revocación o enmienda de la sentencia definitiva opinó que: “No puede revocarla ni mudarla [el juez], [...]; pero sin no se hizo mencion de los frutos ó rentas de la cosa litigiosa ó condenacion de costas, puede enmendar su omision dentro de veinte y cuatro horas (*Ley 32, tít 22, Part. 3.*)” Ídem, págs. 160 y 161. Y también el AUTOR DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, al recoger la peculiaridad de la sentencia definitiva con condena de frutos en relación a su enmienda en *El libro de los jueces...*, opus cit., pág. 94; o D. J. de V., al sostener que la sentencia definitiva era aquella se daba “sobre lo principal de la causa, absolviendo ó condenando al reo ó demandado, y acaba el juicio” (*Compendio de la legislacion y jurisprudencia española*, opus cit., pág. 245), y al recoger que dicha sentencia: “Se puede enmendar en el dia en que se dio con respecto á los frutos y costas según justicia, ó para remitir la multa á uno pobre que no tuviese con que pagar” reseñando seguidamente las Leyes 3 y 4, del título 22, de la Partida 3, y 29 del título 1 del libro 5 de la Nov. Ídem, pág. 247. Asimismo defendió este autor que las sentencias en que hubiere condenación de frutos se debían dar: “Tasándolos y moderándolos por lo que resultare de las probanzas, sin remitirlo á contadores” reseñando a continuación la Ley 6, del título 16, del libro 11, Nov. Ídem, pág. 248. Por poner un par de ejemplos más, se puede mencionar a GUTIERREZ, JOSÉ MARCOS, quien expresamente afirmó que si en la sentencia “hay condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el juez en la sentencia y no remitirlo á contadores, porque está prohibido (b)”. *Librería de escribanos, abogados y jueces, que compuso don José Febrero*, parte segunda, tomo cuarto, séptima edición, Madrid, Imprenta de don Fermín Villalpando, 1829, pág. 323; en (b), y a pie de dicha página, reseña las Leyes 52 del título 5 del libro 8 y 10 del título 9 del libro 3 de la Recopilación. También recogió la específica cuestión de su mutabilidad al mantener que: “Si en la sentencia definitiva no hizo el juez mencion de los frutos y renta de la costa litigiosa sino solo de ésta, ó no condenó en las costas, debiendo hacerlo á la parte vencida, ó juzgó sobre estas cosas más ó menos de lo que por derecho debia, puede enmendar y enderezar su sentencia dentro del dia en que la dió, y no despues (a).” Ídem, páginas 328 *in fine* y 329 *ab initio*; en (a), a pie de esta última página reseña, entre otros extremos, la Ley 3, del título 22 de la partida 3. Finalmente VERLANGA, F., especificó que: “Si la demanda reclama cosa productiva en frutos ó rentas, se condenará tambien en ellos al reo desde el dia en que aquella se presentó y se hizo saber, y no solo en los producidos, sino en los podidos producir despues; pero esta condenacion se entiende siempre bajo el supuesto de probarse la accion deducida.” *Tratado que continuando...*, opus cit., pág. 243.

¹²⁴ V. gr., en este sentido SALA, JUAN, sostuvo que: “La sentencia en pleito sobre accion real condenando al reo á que entregue la cosa, debe extenderse á los frutos percibidos y podidos percibir desde la contestacion, pues el actor tiene derecho á las utilidades que habria conseguido si se le hubiera entregado la cosa luego que la pidió; mas estos frutos, y tambien los intereses siempre que hubiere condenacion de ellos, debe tasarlos el juez en la misma sentencia, y no remitirlo á contadores”. *Ilustracion del derecho real de España*, reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo, y del patrio, tomo IV, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833, págs. 270 y 271; en este punto, a pie de la pág. 271, recoge la Ley 52, del título 5, del libro 2 de la Recopilación y (“ó”) la Ley 6, del título 16, del libro 11 de la Novísima. Por su parte, ANTONIO CASTRO, MANUEL, recogió que: “Luego que el juez sentencia definitivamente el pleito, espira su oficio y no puede revocar su determinacion, corregirla ni enmendarla, haya juzgado bien ó mal, [...]. (b) Puede sin embargo el juez añadir ò reformar su sentencia en razon de frutos ó costas, si sobre ello no hubiese decidido mas ó menos. (†) Puede tambien declararla siendo dudosa, con tal que todo esto lo haga dentro del dia que la pronunció, segun la ley. (c) Pero puede revocar por contrario imperio la sentencia interlocutoria á solicitud de parte, toda vez que hubiere mérito para hacerlo.” *Prontuario de practica forense*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1834, pág. 74. En el punto marcado como (†)

forma, tanto en el Nuevo como en el Viejo Mundo se seguían manteniendo, sobre esta materia, opiniones sustancialmente idénticas a la que se pueden encontrar, cuando menos, trescientos años antes.

Ahora bien, como veremos a continuación, la precisión en relación a la determinación del *quantum* de lo accesorio, que ordenaban las anteriores leyes y que comentaban casi acriticamente los citados autores, no se reflejaba cristalinamente en las resoluciones de la época. Para demostrar lo anterior resultará muy útil un nuevo instrumento que se nos ofrece en las postrimerías de esta etapa pues, a partir de los años treinta del diecinueve, aparecerá en la escena forense un nuevo protagonista que adquirirá, en poco tiempo, un papel de actor principal. Se trata del **Tribunal Supremo (de Justicia)**¹²⁵ cuya jurisprudencia, en esta primera mitad del siglo XIX, aún será muy incompleta en varios de los extremos que tienen incidencia en este estudio¹²⁶. A pesar de lo anterior, interesa traer a colación algunas de sus sentencias a los solos efectos de poder fundar la anterior aseveración de que, la pretendida concreción de las resoluciones, no era tan exhaustiva

remite a pie de la antedicha página en la que reseña la Ley 106 del título 15 del libro 2 de R. de Indias, manifestando que la misma “dice, que publicada la sentencia no se pueda variar *cosa alguna*.” Por su parte, el punto (c) remite también a pie de la misma página, donde reseña la Ley 3, del título 22, de la Partida 3, y las Leyes 20, del título 9, del libro 3 y 52, del título 5 del libro 2 de la Recopilación.

¹²⁵ Este Alto Tribunal fue creado por la Constitución de Cádiz de 1812. Después de una intermitente existencia debida a los avatares del convulso reinado del absolutista Fernando VII, que lo eliminó en 1814, para luego tener que reinstaurarlo en el llamado “Trienio Liberal o Constitucional” (1820-1823), y volverlo a sustituir por el Consejo de Castilla al finalizar el mismo, tomó definitivamente carta de naturaleza en 1834, ganando progresivamente prestigio, y del que existe jurisprudencia regular desde 1838.

¹²⁶ A título ejemplificativo se puede citar una **Sentencia de 27 de noviembre de 1849** (no confundir con otra de ese mismo día, sobre absolución de la instancia que se analizará en el siguiente apartado), publicada en la Gaceta de Madrid núm. 5601 (de 30/11/1849), y comentada en *El Derecho Moderno, revista de jurisprudencia y administracion*, consultable en el tomo VII, Madrid, Establecimiento tipográfico de D. Ramon Rodriguez de Rivera, Editor, 1849, por CÁRDENAS, FRANCISCO DE, págs. 559 y 560, la cual, en relación a la rendición de cuentas y pago de frutos, se limita a decir que: *Visto.=Considerando que la sentencia contra la que se ha introducido el recurso de nulidad, lejos de infringir alguna ley expresa, está muy conforme con las doctrinas legales que rigen en materia de posesion y adquisicion de los frutos y rentas de la cosa poseída; y considerando que Don Antonio Rafael Perez, tanto en el juicio de conciliacion, como despues en la prosecucion del litigio, se allanó á mas de lo que podia reclamársele en buena justicia, cuyo allanamiento admitió la Audiencia por la sentencia de revista, fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de nulidad entablado por D. Rafael García: en su consecuencia le condenamos en las costas y en la pérdida de los diez mil reales, de que se obligó á responder si llegare á mejor fortuna, los que se distribuiran en la forma ordinaria.* Pág. 4 de la citada *Gaceta*, a lo que en el mencionado artículo de *El Derecho Moderno*, se decía que: “Otra sentencia ha dictado el tribunal supremo relativa á la posesion y devolucion de frutos de la cosa poseida; pero es tan incompleta, tan diminuta que nos es imposible sacar de ella ninguna decision general. No sabemos cual es la doctrina legal sobre restitucion de frutos y rentas que el tribunal ha pretendido confirmar por esta sentencia, porque ni la menciona ni nadie puede deducirla de los poquísimos hechos que se refieren. La simple lectura de este documento bastará para conocer á primera vista todo lo que en él falta.” Pág. 559.

como cabría esperar. Ello se puede comprobar al leer diversas resoluciones que se dictaron durante aquél periodo, y que se pronunciaron sobre los conceptos que he aunado bajo la denominación de *lo accesorio* (excluyendo la cuestión de la costas) y que conformarán la aún *inexistente*, desde un punto de vista legislativo, sentencia con reserva de liquidación. Así, y con ánimo meramente ejemplificativo, en relación al concepto *frutos* se pueden citar la **STSJ de 11 de setiembre de 1847** que trató con respecto a una demanda *sobre mejor derecho á los bienes” de un patronato de legos, en el que se había resuelto que esos bienes pertenecían a un presbítero “con los frutos producidos desde la vacante*¹²⁷; la **STSJ de 23 de diciembre de 1851** en donde, de las diversas resoluciones que recoge, interesa especialmente la de vista, en la que *se revocó la de primera instancia, declarando tocar y pertenecer la propiedad de los bienes en que consistió la vinculacion fundada por Martin de Ruescas al D. Gonzalo Maria, condenando al D. Eladio á que se los diese y restituyese con los frutos que hubiese percibido ó debido percibir desde la contestacion de la demanda*¹²⁸; la **STSJ de 25 de octubre de 1852**, también en relación al concepto *rentas*, en la que se relata que en la sentencia de revista *supliéndose y enmendándose la de vista, se declaró que la mitad de la huerta y la de las demás fincas que comprende la demanda de 2 de Julio de 1838 correspondia en posesion y propiedad á los herederos de Don Lino Martinez Davalillo, á quienes se la adjudicaban con la mitad de los frutos y rentas que todas ellas hubiesen producido ó debido producir desde el 29 de Setiembre de 1835*¹²⁹; o la **STSJ de 26 de abril de 1853** en el que se pedía *que se declarasen nulos los dos testamentos de 1813, y se condenase á José y Rosalia Climent á la entrega, dentro de tres dias, de todos los bienes de la herencia de la Alberola, con los frutos, declarando la sentencia de primer instancia nulos y de ningun valor y efecto los mencionados testamentos otorgados en 1813, y condenó á José y Rosalía Climent á que dentro de tercero dia entregasen á Perez todos los bienes correspondientes á la herencia de Maria Inés Alberola, con los frutos percibidos desde la contestacion de la demanda.*¹³⁰ Y con respecto al concepto “intereses” se puede citar la **STSJ de 16 de agosto de 1848**, que versó *sobre entrega en metálico de tres mil duros y sus intereses*¹³¹. En todos estos casos se abordaron, como

¹²⁷ Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 4748, de 14/09/1847, pág. 1. Curiosamente en esa misma gaceta y página se publicaba también una nota sobre precios de diversos frutos, entre los cuales se relacionaban el azúcar, el café o el tabaco.

¹²⁸ Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 6395, de 5/01/1852, págs. 2 *in fine* y 3.

¹²⁹ Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 6707, de 2/11/1852, pág. 2.

¹³⁰ Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 122, de 2/05/1853, pág. 1.

¹³¹ Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 5092, de 22/08/1848, pág. 3.

conceptos accesorios, frutos, rentas e intereses, pero en ninguno de ellos consta que se procediera a su liquidación en la sentencia que resolvió lo principal, fijándose únicamente, en el supuesto de los *frutos*, el *dies a quo* de su devengo. En otras ocasiones, aún pudiéndose dicha liquidación considerar como parte de lo principal del pleito, tampoco se hacía, como se refleja en la **STSJ de 14 de febrero de 1848** en donde la controversia era *sobre pago de treudos y cantidades procedentes de los mismos*, y en la que se había condenado a la demandada *á que pagara al marques las pensiones vencidas, que se han vencido y venzan en este juicio*¹³². A pesar de ello, la liquidación de estos conceptos se reputaba como algo relevante¹³³.

De la anterior serie jurisprudencial se puede extraer, cuanto menos, una conclusión: la no aplicación en el foro de las leyes que, hasta ahora, se han analizado¹³⁴. Lo que me lleva a la desconcertante conclusión de que, **de hecho**, seguramente **siempre existió la sentencia con reserva**. Efectivamente, a pesar de las terminantes prohibiciones legales y de la unísona voz de la doctrina imperante, el foro creó y utilizó esta figura de manera ostensible, con lo que se abría un abismo entre lo que ordenaba el Artífice de la ley y lo que se llevaba a cabo por los aplicadores de la misma¹³⁵, siendo más que probable que,

¹³² Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 4906, de 19/02/1848, pág. 1.

¹³³ Así, con relación a lo que hoy la LEC 2000, en su art. 720, denomina *rendición de cuentas de una administración* cabe citar la **STSJ de 12 de octubre de 1853**. En este caso, se pedía en la demanda, por parte del administrador de una hacienda, que se condenase a su titular *al pago de 940 rs. 11 mrs. Y se le señale un término para que se presente á liquidar la cuenta que comprende la nota en que pide además la décima de todos los frutos de la hacienda del Somoza [el demandado] que él ha administrado*; ante esta petición el Alto Tribunal, entre otros extremos, consideró que *si el bien lo que forma el objeto directo de la demanda del administrador en el presente caso, es el pago de determinada cantidad y el abono de la décima de las rentas administradas en rigor se provoca un juicio de cuentas por el administrador demandante obligado á darlas é interesando en que se liquiden y aprueben, porque la inmediata cantidad es un saldo procedente de ellas á su favor, segun sus cálculos, y la referida décima es un incidente de las mismas que exige dicha liquidacion y aprobacion para fijar su importe*. Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 291, de 18/10/1853, pág. 2.

¹³⁴ Recuérdese, por ejemplo, que la Ley 52, Tít. V, Libro 2º de la Nueva Recopilación, ordenaba, entre otros extremos, *que de aqui adelante los Oidores en las sentencias que dieren, en que aya de auer condenacion de frutos, los tassén, y moderen por lo que de las prouanças resultare, sin lo remitir á Contadores*. Obviamente, en ninguno de los anteriores casos se hacía dicha remisión a Contadores, pero tampoco en ninguno de ellos se tasaban ni moderaban. En consecuencia, ninguna de las anteriores sentencias era directamente ejecutable en relación a lo que ordenaba con respecto a los frutos, rentas o intereses en que condenaba. Las fórmulas que hemos visto: *frutos producidos desde la vacante, frutos que hubiese percibido ó debido percibir desde la contestacion de la demanda*, etc., condenan a unos frutos que, al no estar liquidados, requerirán de una nueva comparecencia ante el juez, en el caso de que las partes no consigan convenir sobre cómo cumplimentar la correspondiente sentencia.

¹³⁵ Tal vez para evitar esto, el **Code de Procédure civile de 1806**, v. gr., estableció en su ya comentado **artículo 129** cómo debía hacerse exactamente esa liquidación para el caso de los frutos: *Les jugemens qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la dernière année; et pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et*

detrás de esta inaplicación de la ley, se hallaran motivos aparentemente prácticos¹³⁶. Dejando para un momento posterior el estudio de esas razones supuestamente prácticas, lo cierto es que parece haber existido una notable disonancia entre la realidad y la legalidad, discordancia que habitualmente acaba por retratarse en el *corpus* de las mismas sentencias y, a la larga, en el tenor de las propias leyes. Pero parémonos aquí, pues el siguiente paso se dará ya en el próximo apartado de este estudio en donde, al fin, esas contradicciones acabarán emergiendo.

Por otro lado también hay que destacar que, esa incipiente jurisprudencia del joven Tribunal Supremo, casará perfectamente con la doctrina del momento en cuanto al mantenimiento de **tutela de condena** como la única reconocible en el ámbito de lo liquidable. Ello se observa en numerosos autores como, por ejemplo, en ORTIZ DE ZÚÑIGA¹³⁷, o en el CONDE DE LA CAÑADA¹³⁸, de cuyas enseñanzas (ahora

aux prix communs de l'année; sinon à dire d'experts à défaut de mercuriales. Si la restitution en nature pour la dernière année est impossible, elle se fera comme pour les années précédentes.

¹³⁶ Un hipotético razonamiento en este sentido podría ser el siguiente: es evidente que lo accesorio sólo se puede otorgar si se acuerda que ha lugar a lo principal. Por otro lado, resuelto lo principal, puede ser más sencillo llegar a un acuerdo con respecto a lo accesorio. Entonces, ¿por qué malgastar tiempo y recursos (que de todos es conocido son limitados y, si cabe, más en el ámbito del foro) en intentar determinar esos frutos, rentas, intereses... cuando aún no conocen las propias partes, a ciencia cierta, si tienen derecho a aquello que causaría su devengo? Seguramente considerarían las partes, los letrados y los jueces, que sus esfuerzos se tenían que centrar en el núcleo de la controversia, de lo cual todo lo demás emanaría con relativa automaticidad. Resuelto lo más importante, sería mucho más fácil solventar lo accesorio, considerándose como bastante el que se fijara su existencia y el *dies a quo* de su devengo.

¹³⁷ Quien dijo de la sentencia que: “Debe ser clara y precisa, y ha de contener la fórmula de *absolucion ó condena*, ú otra equivalente y decisiva, por donde se muestre sin ambigüedad, que se accede á la petición hecha en la demanda, ó que se defiere á lo pedido por el demandado en la contestacion.” *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 340. En las páginas 416 *in fine* y 417 *ab initio* propone un modelo de “Sentencia definitiva” en cuyo fallo se reitera la fórmula: “que debo condenar y condeno á S. al pago de tanta cantidad, y al de las costas (ó que debo absolver y absuelvo á S. de la demanda propuesta por F. al folio tantos, imponiendo á este perpetuo silencio acerca de ella)”. Sobre esta “ú otra equivalente y decisiva” se volverá en el siguiente apartado de este estudio. Baste avanzar que la única que reunía esos requisitos era la fórmula “declarar”, que se usaba habitualmente pero a modo de elemento prejudicial para poder sostener una tutela de condena. Así, por ejemplo, en la **STSJ de 6 de diciembre de 1845**, se resolvía un recurso de nulidad contra una sentencia en la que, justamente, se había declarado como legítimo el abono de determinadas cantidades, con lo que se había reducido la cuantía debida. Declaración que llevaba a una compensación y que modificaba, en consecuencia, el *quantum* de la condena; Gaceta de Madrid, núm. 4107, 12/12/1845, pág. 1. Por otro lado, y aunque hoy pueda parecer evidente, es atinente recordar, que cuando se absuelve se emite un fallo absolutorio, el mismo es de carácter meramente-declarativo. Y aún en estos casos había una connotación condenatoria para la otra parte; así se reflejó v. gr. en la **STSJ de 1 de agosto de 1848**, en la que, en un caso en que, entre otros extremos, se discutió sobre si el demandado *hizo suyos todos los frutos y réditos que produjeron los bienes* de un patrimonio, se acabó *declarando que D. Joaquín Rocafiguera [el antedicho demandado] no está obligado á la restitución de los frutos y réditos percibidos y podidos percibir [...], sobre cuyo particular le absuelve de la demanda con imposición de silencio y callamiento perpetuo* a la contraparte. Por otro lado, el propio Alto Tribunal declaraba en estas ocasiones si había lugar o no al correspondiente recurso de nulidad (pronunciamiento evidentemente de mera-declaración) del cual podía dimanar una condena, como sucedió en el presente caso, en que se condenó a la pérdida de la correspondiente fianza prestada para la interposición del recurso; publicada en la Gaceta de Madrid, número 5075, de 5/08/1848, págs. 1 y 2.

adveradas por aquella jurisprudencia) se puede concluir que, aunque formalmente distinguieran entre declaración/condena, no concebían a la primera (en el ámbito de lo liquidable) con independencia de la segunda, al considerar que la mera declaración era la condición necesaria para la de condena; o dicho de otra manera, aunque conocían la tutela meramente declarativa, la misma no se entendía, no se concebía su utilidad, su interés, desgajada de la de condena¹³⁹.

Llegados a este punto, e inescindiblemente unido al anterior, se hace necesario hacer un breve comentario del estado en el que se encontraba el **concepto de acción** en aquel momento, para poder acabar de asentar las bases conceptuales sobre las que se fundamentará la sentencia con reserva. A estos efectos recuérdese que, ya en pleno siglo XVIII, la acción se definía por ASSO y MANUEL como “*el derecho de la cosa que se pretende en juicio*”¹⁴⁰. A mediados del XIX este concepto no había variado, entendiéndose por tal, y así se encuentra en TAPIA, como “el medio legal con que reclamamos en juicio lo que es nuestro, ó se nos debe, cuando no podemos conseguirlo estrajudicialmente”¹⁴¹. Se dividían los tipos de acciones en numerosas listas y catálogos,

¹³⁸ Quien proponía como modelo de “*Sentencia difinitiva*” la siguiente: “En la villa de T., á tantos de tal mes y año, el señor N. vistos estos autos dijo: Que debia declarar, y declaró que la parte de N. probó bien y cumplidamente su acción y demanda; y que no lo hizo la de N. de la excepcion, compensacion y mútua reconveccion que ha propuesto en ellos; y en consecuencia debia de condenar y condenó á dicho N. á que en el término de nueve días pague al nominado N. los diez mil reales de vellon porque ha sido demandado, y por esta su sentencia así lo proveyó y mandó.” *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, opus cit., pág. 108.

¹³⁹ En este sentido se pueden citar numerosos autores. Así ESCRICHE, JOAQUIN, afirmó que la sentencia, para ser válida, debía, entre otras circunstancias, contener “absolucion ó condenacion, designando la cosa ó cantidad”. *Elementos del Derecho Español*, tercera edición, París, Librería de D. Vicente Salvá, 1840, pág. 282 *in fine*. Relaciona como Leyes que regulaban la antedicha validez las 1, 5, 12, 13, 15 y 16, del título 22 de la Partida 3; Leyes 3 y 5, del título 26, de la Partida 3 y Ley 2, del título 16 del libro 11 de la N. R. Ídem, pág. 283. De hecho la acción mero declarativa se ejercitaba en ocasiones de forma independiente para posibilitar una posterior condena. Así, por ejemplo, la **STSJ de 28 de mayo de 1852** recogió el caso de una demanda *sobre que se declare con arreglo á la ley de 26 de Agosto de 1837 y sus concordantes que el señorío territorial y rentas que le pertenecian en la villa de Liñola y términos de sus baronías de Belpuig, no son de los incorporables á la nacion*, declaración que se relacionaba directamente con la exigencia de que los contribuyentes pagaran las correspondientes cantidades. También es interesante esta sentencia pues relata cuál es el principal mal de la falta de precisión de las sentencias, al relacionar cómo el *Juez de primera instancia, ningun derecho específico declara, limitándose á una decision genérica, cuyo cumplimiento no podia verificarse sin ulteriores pleitos*. Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 6555, de 3/06/1852, pág. 3.

¹⁴⁰ *Instituciones del derecho civil de Castilla*, edición cuarta de 1786, opus cit., pág. 281.

¹⁴¹ *Febrero novísimamente redactado...*, tomo V de 1845, opus cit., pág. 6. En parecido sentido se pronunció ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., cuando definió la acción como “*el medio de reclamar judicialmente lo que por derecho nos pertenece ó se nos debe*”. *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 2. De la misma época es la siguiente definición de ESCRICHE, J.: “El derecho de exigir alguna cosa, y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro ó se nos debe por otro. En la primera aopcion corresponde al segundo objeto del Derecho, y en la segunda al tercero.” *Elementos del Derecho*

pero los autores del momento solían considerar que: “La primera y principal division de las acciones es en reales, personales, y mistas (1).”¹⁴² Era dentro de las acciones reales donde se consideró que se ubicaba de forma natural la condena en frutos¹⁴³ y, más

Español, opus cit., pág. 218. También en parecido sentido se pronunció VICENTE Y CARABANTES, J., cuando la definió como: “El medio legal de pedir en juicio lo que es nuestro ó se nos debe; y tambien el derecho de exigir alguna cosa ó de usar de aquel medio; y bajo este concepto pertenece al segundo objeto del derecho que son las cosas.” *Nuevo manual de práctica forense*, opus cit., pág. 1. Similar asimismo es el concepto que dio RODRIGUEZ, J. M., cuando sostuvo que: “La palabra *acción* tiene varias acepciones en el foro, significando á nuestro propósito el medio legítimo de pedir en juicio los derechos reales ó personales que nos corresponden, cuando voluntariamente no se nos satisfacen por el obligado á ello.” *Instituciones practicas...*, opus cit., pág. 216. Por su parte, AUTOR DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, definió acción como “el derecho y modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro, ó se nos debe por otro”. *El libro de los jueces...*, opus cit., pág. 1. Finalmente añadiré la de D. J. de V., quien la concibió como: “Un medio legítimo de perseguir en juicio lo que es nuestro ó se nos debe, ó el derecho que tenemos de exigir alguna cosa; y en este sentido pertenece al segundo objeto del derecho que son las cosas.” *Compendio de la legislacion y jurisprudencia española*, opus cit., pág. 211.

¹⁴² *Febrero novísimamente redactado...*, tomo V, opus cit., pág. 6. En (1) hace referencia a pie de la antedicha página a la Ley 5, del título 8 del libro 11 de la N. R. De hecho, ya en ASSO y MANUEL se halla idéntico enfoque cuando sostuvieron que: “La principal division de las acciones, segun nuestra Jurisprudencia, en *reales, personales, y mixtas*.” *Instituciones del derecho civil de Castilla*, versión de 1786, opus cit., pág. 281. Asimismo, estos autores afirmaron que: “En Aragon se conoce igualmente que en Castilla la distincion de acciones en reales, personales, y mixtas. Las personales se subdividen en privilegiadas, ó no privilegiadas en quanto al efecto de la execucion.” Ídem, pág. 283. De nuevo en parecido sentido se pronunció ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., cuando sostuvo que “las acciones se dividen principalmente en *reales, personales ó mistas*”. *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, opus cit., pág. 2, explicitando que la real “es el medio por el que intentamos obtener ó que se nos den ó restituyan las cosas que nos perteneces, con sus frutos y acciones”. Ídem. En cuanto a la acción “*mista*” defendió que la misma “participa de la naturaleza de una y otra [real y personal], y por su medio se reclama el derecho que tenemos en *la cosa*, y además algunas prestaciones personales, que consisten en ganancias ó perjuicios que esté obligado á satisfacer aquel contra quien se dirige.” Ídem, pág. 3. Y también en la misma dirección VICENTE Y CARABANTES, J., afirmó que las acciones se dividen: “En reales, personales y mistas (*Ley 5, tit, 8, lib. 11 de la Novísima Recopilacion*).” *Nuevo manual de práctica forense*, opus cit., pág. 1. De la misma época, aunque muy diferente en cuanto a su forma, es la posición defendida por CALDERON, EULOGIO MARIA, en su *Explicacion Metódica de las acciones é interdictos del Derecho Civil*, Toledo, Imprenta de J. de Cea, 1839, en la que “en verso castellano”, como refiere en la misma portada, hace una poética relación de las existentes en aquel momento. Diferenciando también en primer lugar entre las acciones reales y las personales, y siendo real la que “persigue la cosa” y personal la que “sigue al sugeto”, afirmó a continuación que: “Si el derecho *in re* se pide, *Vindicacion* la diremos; Y *Condicion* si es *ad rem* Por crimen, equidad, ley ó convenio. Hay sin embargo otras Mixtas Que *in re* y *ad rem* son á un tiempo, A saber: *Finium, Communi, Familiae* y *Peticion* del heredero.” Ídem, pág. 6. Y este mismo enfoque se encuentra en ESCRICHE, J., cuando enfatizó dicha distinción al responder a la pregunta “De cuántas maneras es? [la acción]” que es “De dos: real y personal. (*Lei 5. tit. 8, lib. 11, N.R.*)” *Elementos del Derecho Español*, opus cit., pág. 218. Y en esta misma dirección se pronunciaron muchos otros, como RODRIGUEZ, J. M., cuando defendió que: “La principal division de las acciones es de *reales, personales y mistas*”. *Instituciones practicas...*, opus cit., pág. 216; el AUTOR DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, cuando refirió que: “La principal division de las acciones es en reales y personales”. *El libro de los jueces...*, opus cit., pág. 1; o D. J. de V. cuando afirmó que las acciones se dividían en “reales, personales y mistas; en persecutorias de la causa, penales y mistas, en perjudiciales y en criminales.” *Compendio de la legislacion y jurisprudencia española*, opus cit., pág. 211.

¹⁴³ Así, por ejemplo, se observa en VICENTE Y CARABANTES, J., cuando sostuvo que la acción real es: “La que se dirige á reclamar las cosas que son nuestras, con sus frutos y acciones, contra cualquiera que las posea ó detenga, aunque por ningun contrato esté obligado á dámoslas. Llámase real esta accion porque afecta á la misma cosa, sin consideracion á las personas.” *Nuevo manual de práctica forense*, opus cit., pág. 1. Y más adelante, ya en sede de sentencia, cuando defendió que en los pleitos sobre acción real la “condenacion” debía hacerse: “Mandándose en la sentencia la entrega de la cosa demandada con los frutos percibidos y que se pudieron percibir desde la contestacion, cuya tasación se efectuará. [...] Por lo que resulte de las pruebas, sin remitirla á contadores (*Ley 6, tit. 16, lib. 11 Nov. Recop.*).” Ídem, pág. 160.

específicamente, en la probablemente más paradigmática de todas ellas: la **acción reivindicatoria**, la cual “tiene por objeto reclamar una cosa nuestra ó cuyo dominio nos pertenece por algun justo título.”¹⁴⁴ Y era precisamente en sede del estudio de dicha acción, donde se solían citar las renombradas Leyes que normaban esa liquidación de lo accesorio. De esta forma, TAPIA explicó que: “Al entablar esta accion [reivindicatoria] debe pedirse tambien que se condene al demandado á la satisfaccion de los frutos de la cosa que se reclama si le correspondiese; como tambien los intereses, daños y menoscabos, si los hubiese, é igualmente las costas, para que por su silencio no las pierda, en caso que el reo deba ser condenado al pago de ellas. A este fin valuará en la demanda los daños y menoscabos, y justificándolos en la prueba puede el juez dar sentencia sobre todo, y moderarlos si le parecieren escesivos, sin remitirlo á contadores porque lo prohíbe el derecho (1).”¹⁴⁵ Lo anterior no quiere decir, obviamente, que daños, frutos o intereses no pudieran ser reclamados mediante el ejercicio de otras acciones, sino que era la reivindicatoria la que actuaba como prototípica al referirse a

También se constata en AUTOR DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL cuando sostuvo que: “En los pleitos sobre accion real, el juez debe dar la entrega de la cosa con los frutos percibidos y podidos percibir desde la contestacion de la demanda, tasándolos y moderándolos por lo que resultare de las probanzas, sin poner su justiprecio en manos de contadores (*Ley 6, tit. 16, lib. 11, N. R.*)” *El libro de los jueces...*, opus cit., pág. 95. Y en el mismo sentido se pronuncia en los formularios que añade en esta misma obra, diferenciando entre las demandas por acción real en las que, en su suplico, se debía solicitar la condena no solamente a “dejar libre y espedita á mi favor la referida finca” sino además a hacerlo “con los frutos percibidos y podidos percibir dese el dia que la ocupa injustamente”. Ídem, pág. 221. Por su parte, RODRIGUEZ, J. M., opinó que en la acción real: “Ha de pedirse cuando se ejercite esta accion, no solo la restitution de la cosa y declaracion del derecho que tenemos sobre ella, sino tambien el abono de los frutos ó utilidades que haya producido, y debido producir desde que la detenta el que la retiene indebidamente, y por tanto que es poseedor de mala fé.” *Instituciones practicas...*, opus cit., pág. 217.

¹⁴⁴ *Febrero novísimamente redactado...*, tomo V, opus cit., pág. 8. En el mismo sentido, nuevamente, ORTIZ DE ZUÑIGA, M., cuando sostuvo que: “La principal accion comprendida entre las reales, es la *reivindicatoria*, la cual dimana del dominio, y se dirige á recuperar una cosa de nuestra pertenencia, que por cualquier motivo está otro poseyendo ó detentando, con sus frutos, productos ó rentas.” *Elementos de Práctica Forense*, tomo I, 1841, pág. 6. Explicitando también que: “Como de esta acción emana la restitución de los frutos” (ídem, pág. 7), toda una serie de reglas para ello. Lo anterior no obsta para que pueda hablar de frutos en relación con otras acciones, como la de “*saneamiento*” (en relación a la compra venta), que también relaciona con “la reivindicación de lo que se le habia usurpado [a otro, diferente del vendedor]”. Ídem, pág. 17. En este caso los frutos mencionados son los que debe abonar el comprador al verdadero dueño del bien, quien utilizará justamente la acción de saneamiento contra el vendedor “como responsable en virtud de la misma naturaleza del contrato”. Ídem. También en la misma dirección se pronunció VICENTE Y CARABANTES, J., cuanto definió la acción reivindicatoria como: “La que se dirige á reclamar lo que es nuestro contra cualquier poseedor, con las accesiones y frutos, segun la calidad de la posesion.” *Nuevo manual de práctica forense*, opus cit., pág. 2. Debiendo el poseedor de mala fe “restituir los [frutos] existentes, los percibidos y los que pudo percibir” y el de buena fe “solamente los existentes y no todos los percibidos, aunque se hubiese lucrado con ellos.” Ídem, pág. 3.

¹⁴⁵ *Febrero novísimamente redactado...*, tomo V, opus cit., págs. 8 y 9 ab initio. En (1) hace referencia a pie de la pág. 9 a las Leyes 6 y 7, del título 16, del libro 11 de la N. R. Cabe apuntar que en la edición de *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de Jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos*, tomo tercero, publicada por Mariano Galvan Rivera, México, Impreso por Santiago Perez, entre 1850 y 1852, se recoge prácticamente idéntico este pasaje en su pág. 5, haciendo referencia a las mismas Leyes.

los mismos, dándose un claro desplazamiento (o reducción, si se quiere) hacia la esfera del *ius ad rem*, a la hora de entender y explicar las normas procesales que regulaban esta cuestión¹⁴⁶.

Para acabar este bloque, y a modo únicamente de puente **conector** entre este apartado y el siguiente, resulta útil recordar lo que dijo ARIAS LOZANO¹⁴⁷ cuando, al comentar las anteriores Ley VI y VII¹⁴⁸, sostuvo que “en nuestro Derecho antiguo los Oidores dejaban a los Contadores la función de determinar la concreta cuantía de los frutos – cuestiones puramente fácticas y desprovistas de valoración jurídica-; o lo que es lo mismo, se practicaba en cierto modo la condena con reserva.”¹⁴⁹ Los problemas que ello generaba fueron el motivo por el cual “las Cortes solicitaron de los Monarcas su absoluta interdicción. Fruto de ello son estas Leyes transcritas.” Efectivamente, como se ha examinado, la materia se reguló desde los Primeros Austrias prohibiendo expresamente la sentencia con reserva de liquidación, la cual había tomado carta de naturaleza en el foro; ahora bien, el problema que ahora surgirá será el siguiente: “la práctica fue desvirtuando esta radical prohibición y *de facto* se volvía a deferir la cuantificación a un momento posterior, aunque no ya a Contadores, sino a los propios Oidores.”¹⁵⁰ Esto último resultará clave para comprender el alumbramiento de la

¹⁴⁶ Que otras acciones podían comportar condena en frutos se observa en el propio TAPIA cuando, después de definir la acción “mista” como aquella “que participa de la naturaleza de real y personal”, menciona como una de ellas “la de petición de herencia, la cual corresponde al heredero testamentario, ó abintestato, para que se le entreguen los bienes hereditarios con sus frutos y acciones (4)”. *Febrero novísimamente redactado...*, tomo V, opus cit., pág. 15; mencionando a pie de dicha página en (4) la Leyes 2 y 3 del título 14 de la Partida 6. Por otro lado, sí se diferenciaba entre acción ejecutiva y lo que hoy se denomina declarativa, y que en aquel entonces llamaban “ordinaria”, pero sin hacer la actual división entre mero-declarativas, constitutivas y de condena. Así se observa en la obra aquí citada cuando el autor define a la ejecutiva como “aquella que trae aparejada ejecución, bien por su naturaleza ó por disposición legal” y a la ordinaria como la que “cuando el documento en cuya virtud se pide no trae aparejada ejecución, ó aunque la haya traído, se perdió con el transcurso del tiempo la fuerza que para pedir ejecutivamente prescribe la ley 63 de Toro.” Ídem, pág. 17.

¹⁴⁷ Dentro de su análisis del artículo 360 ALEC, en su trabajo de obligada referencia en este punto, *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., págs. 11159 *in fine* y 11160 *ab initio*.

¹⁴⁸ Cabe apuntar que hace este análisis en el marco de la defensa de su tesis de que la “condena con reserva” (o genérica) tiene en realidad una naturaleza mero-declarativa, y partiendo del texto de las citadas leyes.

¹⁴⁹ En este punto cita a Gómez de la Serna, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, págs. 28 y ss.

¹⁵⁰ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11160, basándose en nueva cita a Gómez de la Serna, P., en idéntica obra y localización que en la anterior. Curiosamente, esta génesis en el foro de nuestra sentencia con reserva, es una característica que comparte la misma con la condena genérica italiana. Muy bien lo explicó CALAMANDREI, P., cuando sostuvo que, en el derecho positivo italiano de la época (1934), “nessuna disposizione espressamente disciplini questa scissione del giudizio di danni in due processi”, pero “la giurisprudenza l’ha ammessa senza discussione”. Explica este autor que fue “la Corte di Cassazione, la quale, nel decennio dalla sua unificazione, ha cercato, in centinaia di pronuncie di

sentencia con reserva en el proceso civil hispánico, como se demostrará en el siguiente apartado del presente estudio.

1.4. LA REGULACIÓN DE ESTA MATERIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855.

1.4.1. Introducción

La primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 surgió, en cierta medida, en contraposición a la Ley de 1838 y a la Instrucción de 1853¹⁵¹, y con ella se consiguió lo que algunos han denominado la petrificación del viejo sistema del proceso ordinario¹⁵². Fue la Ley de 13 de mayo de 1855¹⁵³ la que fijó al Gobierno las bases a

cui solo una parte appariscono sui repertori, di fissare i caratteri e le condizioni di quella pronuncia separata sull'*an debeatur*”, considerando que la condena genérica era un “istituto che potrebbe esser citato come esempio tipico di creazione puramente giurisprudenziale.” Por otro lado, otra coincidencia entre ambos ordenamientos radica en que también parece que fue en el ámbito mercantil donde primeramente se reconoció, de alguna manera, esta figura; el Profesor de Florencia menciona en este sentido el art. 677, n.9 del cod. di comm. Cfr. *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 222 *in fine* a 224.

¹⁵¹ Su denominación oficial era *Real Decreto è Instruccion del procedimiento civil, con respecto á la Real Jurisdiccion Ordinaria, de 30 de setiembre de 1853*. Además de su efímera vigencia, no parece que aportara nada al objeto del presente estudio, donde ya se ha anunciado que aparece como antecedente normativo la LEM 1830. El único precepto de la misma que cabe citar era su artículo 68, cuyo tenor literal era el siguiente: *Los Tribunales y Jueces fundarán siempre las sentencias definitivas, y las interlocutorias de igual clase cuando asi lo reputen conveniente, exponiendo con claridad y concision las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes ó doctrina legal en que se apoyen. Las Salas nombrarán por turno riguroso ponentes que presten este trabajo dentro del término para dictar sentencia, expresándose en ella su nombre*; texto extraído de la Edición oficial, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1855, pág. 23. Sin duda el principal interés de la misma radica en que permite observar la evolución histórica de la necesidad de motivar las sentencias.

¹⁵² Para una visión de la situación del derecho procesal en esa época cfr. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit., págs. 15 a 18; y, de este mismo autor, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común*, en *Ensayos de derecho procesal*, Barcelona, José María Bosch editor, S.A., 1996, págs. 169 a 275, en donde realiza un pormenorizado análisis de la evolución del proceso español hasta la LEC de 1855. Para una perspectiva más historicista, *vid.* BENITO FRAILE, E. J., *Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, opus cit., quien después de afirmar que “se puede decir por lo general, y a excepción de las diferencias observadas, nuestra legislación procesal civil, en la parte que se refiere a la sentencia, ha recogido prácticamente en su totalidad los principios del derecho común” (pág. 158 *in fine*), sostiene que “la primera de las bases aprobada por la Ley de 13 de mayo de 1855 decía que la futura Ley de Enjuiciamiento debía restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios cosignadas [sic] en nuestra antigua legislación, introduciendo las reformas que la ciencia y experiencia aconsejaban y desterrando los abusos introducidos en la práctica. Hasta tal punto se siguió este criterio, que tanto la Ley de 1855 como la de 1881, pueden ser consideradas, como ya señaló el profesor Prieto Castro, como una resurrección del derecho común en el siglo XIX.” *Ídem*, pág. 159.

¹⁵³ No solamente la primera de las bases que fijaba dicha Ley, cuya denominación oficial fue: *Proyecto de ley, aprobado definitivamente, autorizando al Gobierno para ordenar y compilar las leyes y reglas de*

que se había de sujetar en la tarea encomendada en relación al Enjuiciamiento Civil. Esta primera ley de enjuiciamiento constaba de casi millar y medio de artículos distribuidos en dos partes; la primera referente a la jurisdicción contenciosa y la segunda a la jurisdicción voluntaria¹⁵⁴, siendo la principal figura inspiradora de esta norma el jurista y político liberal PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA¹⁵⁵. De esta norma cabe ahora destacar que, por primera vez, separó la ejecución de las sentencias de la de los restantes títulos ejecutivos, regulándolas en capítulos diferentes¹⁵⁶, normando en su título XVIII de la Parte Primera el procedimiento para la ejecución de sentencias, y en el

enjuiciamiento civil, resulta interesante en el presente estudio. La **segunda** de ellas refleja claramente la voluntad de introducir cierta eficiencia en el sistema, al ordenar: *Adoptar las medidas más rigurosas para que en la sustanciación de los juicios no haya dilaciones que no sean absolutamente necesarias para la defensa de los litigantes y el acierto en los fallos*, y en la **tercera** se mandaba: *Procurar la mayor economía posible*. Más concretamente en cuanto a las sentencias, su base **quinta** mandaba: *Que las sentencias sean fundadas*; bases extraídas del Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, apéndice segundo al núm. 152, pág. 4731.

¹⁵⁴ Esta división fue alabada por muchos juristas de la época. En este sentido se pronunció, en un breve pero interesante artículo que nos aporta una visión práctica de la norma al poco de su aprobación, MODESTO BLANCO, CARLOS, en su *Exámen crítico filosófico sobre la ley de enjuiciamiento civil*, Artículo III, en *La Justicia*, Revista de Jurisprudencia, de Legislación, de Tribunales, de Administración, de Instrucción Pública, de Economía Política, de Notariado y de Estadística Criminal, año I, 27 de diciembre de 1855, número 11. Muy crítico es este autor, por el contrario, con la regulación de los términos judiciales, iniciando su crítica en este punto con la siguiente aseveración: “Los términos judiciales que establece la *Ley* [la LEC de 1855] son lo bastante para desacreditarla á los ojos del práctico, y para hacer su vida tan enfadosa como la de los antiguos Códigos.” Página inicial. Afirma posteriormente al hilo de lo anterior que: “De todos los vicios, el mas culminante, el mas odioso, el que mas indigna al que reclama de buena fé un derecho, es la tardanza fabulosa con que se han sustentado algunos pleitos, debida á entorpecimientos estudiados, á las restituciones de términos, á las prórogas [sic] eternas, á la multiplicidad de artículos y á un sin número de diligencias lentas é impertinentes que consumian la paciencia del litigante, que agostaban las esperanzas mas legítimas, y que producian abundante cebo á la codicia de los curiales.” Afirmando dos párrafos después que: “los términos de la *Ley* [LEC 1855] son en su mayor parte largos, con la particular circunstancia de que en el juicio ordinario no se elimina ninguna actuación, antes bien se admiten otras nuevas, con lo cual se dilatarán los pleitos mas de lo conveniente; [...], fácil es que un litigio sea de hoy mas tan longevo como le plazca á la parte en ello interesada.” Ídem, pág. 90.

¹⁵⁵ Con respecto a la situación inmediatamente anterior del derecho procesal civil, *vid.* ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Biblioteca Judicial*, dividida en dos tomos, el primero de ellos titulado *Biblioteca Judicial, Parte Legislativa, que contiene la legislación no recopilada relativa a la Administración de Justicia*, Madrid, imprenta de D. Santiago Saunague, 1848; el segundo lleva por título *Biblioteca Judicial, o Novísima Legislación no recopilada, relativa a la Administración de Justicia, 2ª edición, considerablemente aumentada con toda la legislación novísima publicada hasta el año de 1854*, Madrid, Imprenta de la calle de S. Vicente baja, a cargo de José Rodríguez, 1854. También de este mismo autor, *Práctica General Forense, tratado que comprende la Constitución y Atribuciones de todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Factor, núm. 9, 1856; obra compuesta de tres tomos, siendo particularmente relevante en lo tocante al procedimiento el segundo de ellos.

¹⁵⁶ Cfr. MONTERO AROCA, J., en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial, 53, Madrid, 2004, *Problemas generales de la ejecución forzosa*, opus cit., págs. 53 a 56, en la que muestra una opinión muy severa sobre la imposibilidad de que en la ejecución de sentencias se pudiera oponer el ejecutado. Por otro lado, téngase en cuenta que la sentencia se reconoció como un título privilegiado sobre los demás que traían aparejada ejecución y, además, especial pues podía dar lugar a un proceso de ejecución forzosa de carácter no dinerario.

XX el juicio ejecutivo¹⁵⁷. Finalmente cabe resaltar que se comienzan a publicar, en esta época, diversos repertorios y colecciones de la **jurisprudencia** del Tribunal Supremo, la cual empezará a jugar un papel importante en la cabal comprensión de muchos temas¹⁵⁸.

1.4.2. Estudio del artículo 63 LEC de 1855.

1.4.2.1. Análisis sistemático y nuevas reflexiones sobre la tutela de condena.

Como se anunció anteriormente, la sentencia con reserva fue alumbrada, en el proceso civil, por la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de nuestro ordenamiento (LEC de 1855), a través su artículo 63¹⁵⁹, constituyendo este precepto el antecedente inmediato del artículo 360 de la LEC de 1881 que, a su vez, es el antecesor del actual artículo 219 LEC. **Sistemáticamente**, el artículo 63 de la LEC de 1855, se encontraba incardinado dentro del Título I: “Disposiciones generales” (artículos 1 al 81), de la Primera Parte: “Jurisdicción contenciosa”¹⁶⁰, siendo precedido por los dos siguientes preceptos¹⁶¹:

¹⁵⁷ Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, Tomos I y II, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, Calle del Calvario, núm. 18, 1869. Véanse especialmente los Capítulos V, del Título IV del Libro II, titulado “De la ejecución de las sentencias”, págs. 299 y 300, y el Capítulo I del Título III del Libro III, titulado “Del juicio ejecutivo”, págs. 338 a 342, ambos del Tomo II. Para observar cómo se percibió el nuevo sistema basten sus siguientes palabras: “No menos conocido es el precepto del art. 944 de la misma ley, según el que sólo puede despacharse ejecución por cantidad líquida; punto acerca del cual se ha declarado, que cuando de una cantidad, aunque sea cierta y determinada, se han de hacer deducciones no conocidas o ilícitas, procede se haga la liquidación con arreglo a lo prescrito en el artículo 898. S. 25 Abril 1860.” Ídem, págs. 338 y 339. De esta forma se configuró un incidente en ejecución expresamente dirigido a la liquidación de cantidades, a partir de la estructura sostenida por los artículos 63, 944 y 898 a 921 de la LEC de 1855.

¹⁵⁸ Cfr. PANTOJA, JOSÉ MARÍA, *Repertorio de la jurisprudencia civil española*, primer apéndice 1867-1868, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, á cargo de Julian Morales, 1869, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Jurisprudencia civil de España...*, tomo II, opus cit.

¹⁵⁹ El cual, como se verá, se complementaba con los artículos 898 a 921 del mismo cuerpo legal.

¹⁶⁰ Cfr., sobre la aplicación de esta Jurisdicción Contenciosa en aquél momento, HIDALGO, SANTOS, y BLANCO, BALDOMERO. El primero publicó en solitario *Manual de Práctica Forense*, que llevaba como subtítulo: *contiene cuantos formularios pueden considerarse indispensables en la parte civil y criminal, arreglados a la legislación vigente*; Aquí se ha consultado la segunda edición, *corregida y aumentada*, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Calvario, núm. 18, 1865. *Vid.* especialmente los apartados referentes a “De la ejecución de sentencias” (págs. 223 y ss.) y “Del juicio ejecutivo” (págs. 229 y ss.). Por otro lado, ambos autores publicaron conjuntamente *Colección de formularios arreglados a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que lleva como subtítulo: *Primera Parte. Contiene los escritos, autos y demás diligencias necesarias para los negocios concernientes a la jurisdicción contenciosa en primera instancia, y las advertencias indispensables para la tramitación de los mismos*; aquí se ha consultado la segunda edición, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Factor, núm. 9, 1856.

¹⁶¹ La relación entre estos tres preceptos ya fue puesta de manifiesto por MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA, MIQUEL, IGNACIO y REUS, JOSÉ, al analizarlos conjuntamente y afirmar que: “Se

Artículo 61 LEC 1855:

Las sentencias deben ser claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo de la demanda.

*No podrán bajo ningún pretexto los Jueces ni los Tribunales aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito.*¹⁶²

Artículo 62 LEC 1855:

Cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos.

Estos tres preceptos configuraban un conjunto normativo que muy difícilmente se puede abordar de forma inconexa¹⁶³. De hecho, como se desarrollará en este mismo

comprenderá la grande importancia de estos tres artículos sin más que considerar, que en ellos se establecen los principios con sujeción á los cuales los Tribunales y Jueces han de pronunciar las sentencias; y que estas son el acto solemne que pone fin á la contienda judicial, decidiendo sobre las pretensiones que han sido el objeto del pleito”. *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la revista de Legislación y Jurisprudencia, 1856, pág. 195. También NOUGUÉS SECALL, MARIANO, analizó de forma conjunta los tres antedichos preceptos; cfr. *Tratado de práctica forense novísima*, Madrid, publicado por la redacción de El Faro Nacional, Revista de jurisprudencia de administración, de tribunales y de instrucción pública, Imprenta de M. Sanz y Gomez, Valverde, 23. Pral., 1856, dentro del epígrafe: “*Cualidades que deben tener las sentencias en cuanto á su esencia*”, págs. 536 a 540. Vid. también GOMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, en el que dedicó las páginas 24 a 29 a las “SENTENCIAS”, que inició precisamente apuntando la incardinación sistemática de estos preceptos que: “[...] no creyó la Comisión que debía comprender entre las disposiciones generales, sino en el juicio ordinario, la que se refiere á motivar las sentencias. Corresponde esto mas á la parte interna que á la parte esterna del juicio, y por lo tanto, para obrar con lógica, no debía darle lugar aquí, á pesar de que de este modo se separaban artículos que tienen íntima, necesaria é inmediata relación. Viniendo á las disposiciones que es este título comprendió la Comisión, desde luego se advierte que introdujo algunas innovaciones importantes.” Ídem, pág. 24.

¹⁶² NOUGÉS SECALL, M., afirmó que en este artículo no se hizo “otra cosa que consagrar la doctrina del art. 4.º del Código civil francés que establecía, que el juez que rehusase juzgar bajo pretexto del silencio, de la oscuridad ó de la insuficiencia de la ley, podría ser perseguido como culpable de denegación de justicia, con cuyo artículo concuerdan los 505 y 507 del de procedimientos y el 185 del penal, también francés y con el 2.º y 272 del nuestro.” *Tratado de práctica forense novísima*, opus cit., págs. 539 *in fine* y 540 *ab initio*. Valga apuntar ya desde un primer momento, que el Tribunal Supremo rápidamente aclaró que este precepto, en concreto su párrafo segundo, no se podía considerar infringido cuando una sentencia además de las declaraciones expresas y terminantes que comprende, reserva en general á las partes su derecho sobre los perjuicios que se les hayan originado. **Sentencia de 19 de junio de 1863**, extraída de *Jurisprudencia Civil*, Tomo VIII, 1863, pág. 439. Por otro lado, el Alto Tribunal también vinculó éste y los preceptos que le seguían con algunas leyes anteriores, como es de ver en sentencias como la de 24 de diciembre de 1864, en la que expresamente aseveraba en uno de sus considerandos que: *Considerando que la ejecutoria, si bien no hace mención del derecho de pastos, punto de la sentencia de primera instancia consentido por el Estado, ha absuelto á este de la demanda en cuanto al derecho de colonia á que se concretaba la apelación, no infringiendo por tanto la ley 110, título 18, Part. 3.ª, refundida en el art. 61 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Sentencia de 24 de diciembre de 1864*, extraída de *Jurisprudencia Civil*, tomo X, 1864, pág. 529.

apartado, normalmente se analizaron de forma conjunta, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia¹⁶⁴.

¹⁶³ Esta normativa es fácilmente asimilable a la contenida en los artículos 91 a 93 LEM 1830, de la que parece, en parte, haberse extraído. Así, se pueden comparar (subrayando las partes totalmente equivalentes), los **artículos 91 LEM 1830** y **61 LEC 1855**, estableciendo el primero de ellos: *La sentencia ha de contener decision expresa, positiva y precisa, con arreglo á las acciones deducidas en el juicio, condenando ó absolviendo en el todo ó en parte, y fijando la persona condenada ó absuelta, y la cosa sobre que recae la absolucion ó la condenación*, prescribiendo el segundo: *Las sentencias deben ser claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo de la demanda*. No podrán bajo ningún pretexto los Jueces ni los Tribunales aplazar, dilatar, ni negar la resolucion de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito. Siendo total la equivalencia de los **artículos 92 LEM 1830** y **62 LEC 1855**, al prescribir el primero de ellos que: *Cuando la demanda comprenda varios puntos que aunque tengan conexion entre sí sean objetos distintos se dividirá la sentencia en capítulos, arreglando sobre cada uno la decision que proceda en justicia*, ordenando el segundo que: *Cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos*. Y prácticamente idénticos los **artículos 93 LEM 1830** y **63 LEC 1855**, al ordenar el primero que: *La sentencia que contenga condenacion de frutos, réditos ó daños, fijará ó bien la cantidad de la condenacion, si resultare líquida, ó al menos las bases sobre que se haya de hacer la liquidacion; y cuando no haya méritos para lo uno ni para lo otro, se reservará para el juicio correspondiente la accion sobre los frutos, réditos ó daños, y estableciendo el segundo que: Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hará la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia*.

¹⁶⁴ Sirva de ejemplo, avanzándome un poco a lo que seguidamente se relacionará, la **Sentencia de 27 de junio de 1866**, en la que: *Resultando que el juez de primera instancia condenó á Menendez al abono de las cantidades en que se calculasen las obras que restaban que hacerse en la casa, segun tasacion pericial, y á la indemnizacion de los daños y perjuicios causados y que se causasen á Aguado hasta el cumplimiento del contrato, á juicio tambien pericial, no habiendo lugar por entonces á la entrega de los 6,000 duros y demás que pretendía D. Juan Menendez, y que interpuesta por éste apelación, á que se adhirió Aguado, fue confirmada con las costas esta sentencia por la que en 24 de noviembre de 1865 dictó la Sala tercera de la real Audiencia de esta corte, declarando además incurso á Menendez en la pena del 5 por 100 fijado en el contrato para el caso de que el contratista dejase de cumplir lo estipulado*. Frente a esta resolución, el mencionado D. Juan Menendez interpuso recurso de casación considerando, entre otros, infringidos: 1.º *El art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque en la sentencia no habia condenacion ni absolucion, puesto que dependia del juicio pericial que nuevamente se habia de celebrar en un segundo pleito que habia de ser hermano del primero*. 2.º *El art. 62 de la misma, por no existir pronunciamiento sobre el pago del importe de las mejoras hechas en la casa, reclamado terminantemente por el recurrente en su demanda*. 3.º *El art. 63, por no haberse fijado el importe de los daños y perjuicios, á pesar de haber términos hábiles para ello, puesto que los peritos habian consignado cantidades líquidas sobre cada uno de los puntos litigiosos*. El Alto Tribunal respondió a ello de la siguiente forma, en los dos primeros considerandos de su sentencia: *Considerando que la sentencia que se ajusta en todo á la demanda, y decide con la separacion debida los puntos litigiosos, estableciendo bases para la condena de daños y perjuicios, no infringe los arts. 61, 62 y 63 de la ley de Enjuiciamiento Civil: Considerando que habiéndose pretendido por el actor que se declarase al demandando incurso en la pena del 5 por 100 fijada en el contrato y que se le condenase al abono de la cantidad en que se le calculase el valor de las obras que resultasen por hacer, y el de los daños y perjuicios espermentados, segun tasación pericial, y siendo estos particulares objeto de pronunciamiento especial en la sentencia, asi como el relativo al pago de la cantidad resto del ajuste, y de lo demás pedido por el recurrente, que era el importe de las mejoras hechas en la casa, no se han infringido al dictarla, los referidos artículos*. Sentencia extraída de *Jurisprudencia Civil*, tomo II, 1866, págs. 130 y 131; fue ponente de la misma Tomás Huet y Allier, y entre los magistrados que la firmaron hallamos a procesalistas de la talla de Carramolino y Ortiz de Zúñiga.

Obsérvese desde un primer momento, que el transcrito **artículo 61 LEC 1855** recogía: *declarando, condenando ó absolviendo de la demanda*, y recuérdese cómo se ha defendido que, durante todas las precedentes centurias, la única **tutela** reconocida en lo liquidable era la **de condena**. Surge aquí, por tanto, una primera cuestión: ¿reflejará la dicción de este precepto un cambio en esta materia, explicitándose en el mismo un reconocimiento expreso a la tutela de mera declaración? Sobre esa interrogación se vertieron, por los procesalistas del momento, dos grandes tipos de opiniones. En primer lugar, están las exposiciones de aquellos autores que pasaron por alto esta inclusión del *declarando* en la norma, siendo sus aportaciones sustancialmente idénticas a las de los juristas que les precedieron¹⁶⁵. En segundo lugar, se encuentran las disertaciones de aquellos autores que, aún comentando la inclusión de este vocablo, también consideraron que nada había cambiado. Así, por ejemplo, se observa en el comentario de MANRESA y otros¹⁶⁶, quienes defendían que siempre debía haber “implícitamente” una condena o una absolución en toda declaración, como se vio que sucedía con las demandas y sentencias generales, con lo que seguía sin articularse científicamente la

¹⁶⁵ *Vid.*, v. gr., LASTRES, FRANCISCO, quien sostuvo que: “Sentencia *definitiva* es en la que el juez, concluido el proceso, resuelve finalmente el negocio principal, condenando ó absolviendo al demandado” (*Procedimientos Civiles y Criminales*, quinta edición, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1877), después de aclarar que: “Las sentencias hoy solo pueden ser definitivas, pues se han suprimido las interlocutorias.” Ídem, pág. 177. En cambio, sí recogió este jurista la relevante modificación operada en sede de **motivación de las sentencias**, al explicar que: “Antiguamente estaba prohibido fundar los fallos definitivos para evitar las cavilaciones de los litigantes y economizar tiempo en la redaccion de la sentencia (1) [Aquí recoge, a pie de página, la Ley 8ª, del Título XVI, del Libro XI, de la Novísima Recopilación.]. La Ley de Enjuiciamiento, por el contrario, dispone que las sentencias definitivas de todo articulo y las de los pleitos, sean fundadas, y en su redaccion se deben observar las reglas siguientes: [...]”. Ídem, págs. 177 *in fine* y 178 *ab initio*. Siendo precisamente la cuarta de dichas reglas la que se refiere a que el juez: “Pronunciará, por último, el fallo en términos claros y precisos, condenando ó absolviendo.” Ídem, pág. 178. Como se ve, este autor observa que las sentencias, a partir de este momento, habrán de ser motivadas, pero no percibe ninguna novedad importante con respecto a los tipos de tutela reconocidos.

¹⁶⁶ Mantuvieron concretamente que: “A primera vista parece que se ha hecho novedad sobre este punto en las leyes antes citadas, que solo permiten *absolver ó condenar* al demandado, y nada hablan de *declarar*; mas en realidad no hay ninguna diferencia. Cuando los tribunales resuelven sobre la declaracion de un hecho ó de un derecho, solicitada en la demanda, implícitamente condenan o absuelven al demandado, segun que le perjudique ó favorezca aquella declaracion; y aunque las leyes de Partida, como hemos visto, ordenan por punto general que en la sentencia se dé por *quito* ó por *vencido* al demandado, tambien la 15 ya citada añade: <<Ca estas palabras ó *otras semejantes* dellas deben ser puestas en todo juyzio;>> y aquí está comprendida la declaracion antedicha: de manera que no exigen como requisito indispensable la condenacion ó absolucion del demandado, sino que se falle conforme á lo pedido en la demanda, segun luego veremos. Si en esta se pide que se condene al demandado á dar, hacer ó no hacer alguna cosa, la sentencia debe precisamente condenarle ó absolverle de la demanda; mas si se concreta únicamente a pedir la declaracion de un hecho ó de un derecho, esta declaracion y no otra cosa deberá contener la sentencia. Esa ha sido la práctica hasta ahora observada con arreglo á las leyes antedichas, y eso mismo es lo que sanciona el art. 61”. *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada*, opus cit., págs. 197 y 198 *ab initio*.

autonomía de la tutela de mera declaración¹⁶⁷. De hecho, que nada había cambiado en este aspecto lo explicita contundentemente el mismo GOMEZ DE LA SERNA, al aseverar: “Que la sentencia debe ser clara y precisa y que debe declarar, condenar ó absolver de la demanda, son antiguas prescripciones de las leyes de Partida; son preceptos generales admitidos en todas las legislaciones; son reglas, que aunque el legislador no las espesara, deberían siempre sobreentenderse.”¹⁶⁸

De esta forma, la mayoría de los autores del momento conectan, sin solución de continuidad, el tenor del artículo 61 LEC 1855 con las Partidas, sin aportar nada nuevo ni aprovechar el cambio normativo para ahondar en esta cuestión. Ahora bien, en este asunto, como en tantos otros, fue probablemente VICENTE Y CARAVANTES quien, sin llegar a superar los límites conceptuales de aquel momento, enfocó con mayor nitidez esta materia, al argumentar¹⁶⁹ que: “Las leyes citadas no hacian mencion del modo de expresarse la resolucion del litigio *declarando*, esto es, limitándose á determinar un derecho que se reclama, v. gr. La filiacion de una persona, ó que el demandado reconozca por hijo suyo al demandante lo que consistia tal vez en que envolviendo estas declaraciones el cumplimiento de varios deberes, v. gr. los que lleva consigo la paternidad en el caso propuesto, cuando el juez accede á dictar aquellas, aun cuando no se pidan inmediatamente, ó la liberacion de las mismas si el juez las deniega, parece que se hallaba dicha clausula comprendida implícitamente en las de absolver ó condenar. Mas aun cuando asi no se entendiera, porque efectivamente en tales casos es preciso usar de la palabra *declarando*, puesto que seria impropio valerse de las de absolviendo ó condenando, hallábase comprendida ó autorizada aquella palabra en la ley 5 de Part. Citada, que permitia al juez valerse de otras que la de por quito ó condena, puesto que decia, <<ó debe poner otras palabras guisadas cuales entendiere que

¹⁶⁷ En este sentido, resultan también muy reveladoras las palabras de NOUGUÉS SECALL, M., quien, al detenerse a analizar los tipos de fallos, opinó que: “El artículo 61 dice que puede haber fallos declarativos, absolutorios ó condenatorios: seguramente puede pedir uno que se declare que una finca le pertenece, que es dueño de ella, que puede hacer ó dejar de hacer una cosa determinada; puede pedir que se condena á otro á pagar cierta suma ó al cumplimiento de alguna obligacion, y finalmente puede ser absuelto el demandado. A estas tres fórmulas pueden reducirse todas las demás, debiendo advertir que aun cuando en un fallo se principie *declarando* puede concluirse ó espresa o tácitamente con la condenacion, porque si se declara un derecho, es claro, que aquel que lo impugnaba y contradecía, queda implícitamente condenado á respetar la declaracion, y á no ejecutar actos contrarios á la misma.” *Tratado de práctica forense novísima*, opus cit., págs. 537 *in fine* y 538 *ab initio*.

¹⁶⁸ *Motivos de las variaciones principales...*, opus cit., pág. 25.

¹⁶⁹ Después de relacionar el artículo 61 LEC 1855, las Leyes 2, 5 y 15 del título 22 de la Partida 3, la segunda del título 13 del Fuero Real y el artículo 91 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil.

conviene á la demanda que fue fecha;>> y en la 15 que decía: <<ca estas palabras (las de dar al demandado por quitto ó por vencido) ó *otras semejantes dellas* deben ser puestas en todo juicio afinado, segun que conviniere á la demanda.>> Aunque estas cláusulas autorizaban á los jueces para valerse de otras palabras que las de declarar, absolver ó condenar, la práctica las había adoptado con exclusion de otras, por lo que deben ser las únicas que se usen si se ha de observar en la sentencia el estilo forense.¹⁷⁰

Releyendo el anterior comentario resulta obvio que, el “declarando” se usaba, simplificando algo, a modo prejudicial, inescindiblemente unido a la tutela de condena, es decir, como medio para poder conseguir ésta última. Por tanto, efectivamente nada había cambiado¹⁷¹; y ello repercutirá directamente en el objeto del presente estudio, pues **nadie** podrá poner **en tela de juicio**, en el momento de su nacimiento, que la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva sea, evidentemente, **de condena**¹⁷².

Ahora bien, más allá de lo relativo a los tipos de tutela reconocidos, este **artículo 61 LEC 1855** se configuró, como ya se ha apuntado, como una **norma regular** de la que, el posterior art. 63 LEC 1855, era una excepción. Basten, para entender el papel que jugaba en este sistema el primero de los citados artículos, las siguientes palabras de ORTIZ DE ZUÑIGA: “No menos debe tenerse en cuenta al dictar el fallo, el precepto consignado en el art. 61 de la ley de enjuiciamiento, que previene que las sentencias sean claras y precisas, *declarando, condenando* ó absolviendo de la demanda. Este artículo de la ley forma el complemento de un sistema, sabiamente seguido en ella, para encerrar la discusion, las pruebas y la decision de los juicios dentro de sus justos límites, sin que sea dado á los litigantes extraviar las cuestiones, ni á los jueces extralimitarse en los fallos, En efecto, en la demanda se debe fijar con precision lo que se pida,

¹⁷⁰ *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., págs. 289 y 290.

¹⁷¹ La existencia de la tutela de mera declaración era conocida y podía tener, por sí sola, determinados efectos. Pero la doctrina del momento aún no había ideado, de manera nítida, la ya clásica tripartición de las acciones declarativas.

¹⁷² Por tanto, resultando evidente a mediados del siglo XIX que, en el supuesto de créditos líquidos o liquidables, la declaración de su existencia fuera únicamente un elemento prejudicial de la tutela a su condena, no extraña que los prácticos pusieran ejemplos de modelos de sentencias con una parte dispositiva como la que propuso LOPEZ CLAROS, PEDRO: “[...] Fallo: Que debo declarar y declaro que la referida casa toca y pertenece á D..., y condeno, en su consecuencia, á D..., demandado, á que la deje libre y desembarazada; y que la restituya al demandante D..., con los frutos y rentas producidos y podidos producir desde que la está detentando, que ascienden á...-ó que se liquidarán con arreglo á *tales bases*:- con las costas causadas-ó sin espresa condenacion de costas.- Así lo proveyó, mandó y firma S. S., de que doy fe.” *Diccionario Teorico-practico del Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la V. de Dominguez, 1856, pág. 552.

determinando la clase de acción que se ejercite y la persona contra quien se proponga (art. 224) de la ley. En los mismos términos debe formular el demandado su contestación (art. 253); [...]. Circunscrita de este modo la controversia á términos precisos, la ley, consecuente en su acertado propósito, prescribe que la prueba se ciña á los puntos expuestos en los cuatro primeros escritos y en los de ampliación (art. 261); y determina, como ya se ha indicado, que la sentencia sea clara, precisa y que condene ó absuelva de la demanda, ó haga las declaraciones conducentes, sin aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el juicio (art. 61 citado).”¹⁷³ Y fíjese la importancia de la precisión que debía tener la sentencia, y la necesidad de que fuera líquida que si “se pide la propiedad y se concede la posesión, ó se solicita un caballo indeterminadamente y se condena á entregar uno determinado, ó se resuelve de igual modo sobre cosa no pedida expresamente, la sentencia sea nula; lo mismo que cuando esta no expresa la cosa ó cantidad cierta en que condena ó absuelve al demandado.”¹⁷⁴

¹⁷³ *Práctica General Forense...*, tomo I, 1861, opus cit., págs. 642 y 643.

¹⁷⁴ Ídem, pág. 644. Aquí relaciona el mencionado autor esta normativa con la ilegalidad de la “absolución de la instancia”, al afirmar que la razón de dicha ilegalidad es que “esta sentencia no concluiría definitivamente el juicio, y por el contrario dejaría abierta la puerta á otro nuevo sobre lo mismo que había sido objeto del anterior; siendo preciso, como ya se ha indicado, que ponga término al litigio y fije clara y expresamente el derecho de las partes sobre los puntos controvertidos (3).” Ídem. En (3) relaciona a pie de la antedicha página la Sentencia de 6 de octubre de 1845 “fundada en los preceptos de la leyes 2.^a y 5.^a, tít. 22, Part. 3.^a”. En relación a la ilegalidad de la absolución de la instancia refiere jurisprudencia del TS (sentencias de 27 de noviembre de 1849, de 5 de febrero de 1855, y de 30 de junio 1858). En cuanto a la primera de las citadas sentencias, la **de 6/10/1845**, fue publicada en la *Gaceta de Madrid* número 4042 (de 8/10/1845), y concretamente decía, en lo que ahora interesa, que: *Considerando que bajo de este aspecto la sentencia de revista, que no pone término al litigio, ni determina el derecho de las partes á la herencia litigiosa, ni declara intestado á Sanchez, es contraria á las leyes 2.^a y 5.^a, tit. 22 de la partida 3.^a, fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de nulidad deducido por parte de Moratilla y Andres; y en su consecuencia mandamos que se devuelvan estos autos á la Audiencia de Madrid para los efectos que determinan los artículos 18 y 20 del Real decreto de 4 de Noviembre del 1828, alzando la caucion prestada por el mismo Moratilla.* Págs. 1 y 2 *ab initio*. En cuanto a la segunda de las referidas sentencias, la **de 27/11/1849**, se publicó en la *Gaceta de Madrid* núm. 5601 (de 30/11/1849); en este caso se había absuelto de la instancia al Duque de Alba, a lo que el Tribunal Supremo de Justicia reacciona afirmando que: *Visto: Considerando que en la sentencia de revista que se acaba de referir no se absuelve al Duque de Berwick, Liria y Alba de la demanda deducida por los vecinos y concejo del lugar de Ardanaz, sino solamente de la instancia, y que segun la ley 15.^a, titulo 22, partida 3.^a, no es valido el juicio en que no se absuelve ó condena al demandado, fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al expresado recurso de nulidad interpuesto por los vecinos y concejo del lugar de Ardanaz. Mandamos en su consecuencia devolver los autos á la indicada Audiencia territorial de Pamplona para los efectos prevenidos en el Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, y que se alce el depósito constituido, entregándose á los recurrentes los 10,000 rs. depositados.* Pág. 3. Sobre esta sentencia existe un interesante comentario en *El Derecho Moderno, revista de jurisprudencia y administracion*, consultable en el tomo VII, Madrid, Establecimiento tipográfico de D. Ramon Rodriguez de Rivera, Editor, 1849, de CÁRDENAS, FRANCISCO DE, págs. 556 a 559. En este artículo, después de explicar las razones que llevaron a defender la figura de la absolución en la instancia en las causas criminales, se afirma que: “Pero la práctica admitida en las causas criminales, no lo fue nunca en las

1.4.2.2) Encaje histórico del artículo 63 LEC 1855 y nuevas reflexiones sobre el carácter accesorio de lo (ahora) reservable.

Realizado el anterior análisis sistemático, y retornando a la letra de la ley, encontramos regulada de la siguiente forma la sentencia con reserva en el **artículo 63 LEC 1855**: *Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios¹⁷⁵, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.*

Solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hará la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia.

Como ya he apuntado, este precepto significó el nacimiento de la sentencia con reserva de liquidación en nuestro ordenamiento procesal civil y, como también ya he adelantado, la misma se configuraba como una excepción a la norma regular, contenida en el artículo 61 LEC 1855, que imponía la resolución completa del correspondiente litigio. Ahora bien, ¿cómo interpretaron este artículo 63 LEC 1855 los procesalistas del momento, en relación con las normas que la precedieron? Para poder resolver esta pregunta hay que acudir al pensamiento que vertieron en sus obras.

civiles, respecto á las cuales no se hacía sentir tanto la necesidad de ella. En este género de negocios es en el que menos inconvenientes tiene la tasación de las pruebas, porque en ellos es menos frecuente la de testigos, y porque habiendo dos partes igualmente interesadas en poner de manifiesto los hechos, apuran todos los medios de conseguirlo. Por otra parte, de absolver al litigante temerario y condenar al de buena fé, no puede seguirse á la sociedad tantos males como de castigar á un inocente ó de dar por quitto á un culpable. Estas razones, unidas al testo expreso de las leyes que hemos citado arriba, hicieron sin duda que nunca se extendiera á los pleitos civiles la práctica de que hemos hecho mencion. El tribunal supremo acaba de condenarla de un modo explícito en el caso que vamos á referir.” Ídem, pág. 558. Con respecto a la última de las sentencias citadas, la **de 30/06/1858**, mencionar brevemente que la misma fue publicada en la Gaceta de Madrid núm. 187, de 6/07/1858, pág. 1, y que resolvió un recurso de casación en relación a una demanda *sobre mejor derecho* a una herencia; fue ponente de la misma Jorge Gisbert.

¹⁷⁵ Como ya se apuntó, el concepto *daños y perjuicios* irá adquiriendo importancia hasta desplazar al de frutos como central en este ámbito. Ahora bien, a diferencia de éstos, y de los “intereses”, los daños y perjuicios ya no se percibirán tan fácilmente como algo accesorio a otra cosa o bien principal. La cuestión entonces radicaba en determinar si, al reclamarse como acción principal, les era o no aplicable la sentencia con reserva. En este sentido, no se hizo uso, por ejemplo, de esta figura en la **Sentencia de 9 de abril de 1866**, que trató de una solicitud sobre una serie de perjuicios ocasionados por una empresa minera en unos sembrados. En aquella ocasión la demanda se limitó a petitionar la indemnización de los correspondientes daños y menoscabos que se ocasionaron al demandante en su dehesa sosteniendo el Alto Tribunal, en lo que ahora interesa, que: *Considerando que aunque este [el demandante] pidió en primer término la cantidad de 55,000 rs. como indemnización de los expresados daños, reclamó también la suma que en defecto de conformidad de las partes señalasen peritos nombrados con arreglo á la leyes. y que no habiendo habido aquella conformidad y sometídose el punto sobre la existencia y cuantía de los daños al juicio pericial, la sentencia que, conformándose con este, condena á la empresa recurrente á la cantidad apreciada no infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, ni la jurisprudencia sancionada en las de este Supremo Tribunal, de acuerdo con la referida ley que á este propósito se citan.* Extraída de *Jurisprudencia Civil*, tomo I, 1866, pág. 444.

Sobre este punto, algunos juristas no pasaron de una interpretación sistemática del precepto, limitándose prácticamente a reproducirlo y a relacionarlo, en la mayoría de los casos, con los dos artículos que lo precedían. Esto fue lo que hicieron, por ejemplo, ORTIZ DE ZUÑIGA¹⁷⁶, VALERO Y GARCÍA¹⁷⁷ o NOUGÉS SECALL¹⁷⁸. Otros autores dieron un paso más allá, y señalaron la relación existente entre el nuevo art. 63 LEC 1855 y las antiguas leyes, conexión que entendían sin aparente solución de continuidad. Así MANRESA y otros¹⁷⁹, al analizar pormenorizadamente dicho precepto, al poco tiempo de su aprobación, iniciaron su estudio con la siguiente reflexión: “El art. 63 reproduce un precepto de nuestro antiguo derecho, altamente moral y conveniente, puesto que vá dirigido á evitar nuevas contiendas entre las partes. Muchas veces el demandante tiene derecho á la cosa y á los frutos producidos por la misma, bien desde una época anterior al pleito, como desde la muerte del testador en las herencias y legados específicos, ó bien desde la contestacion de la demanda en que cesa la buena fé del poseedor que le deba derecho á los frutos: otras veces tiene derecho á los intereses legales de la cantidad reclamada, desde esta última época, ó desde que el deudor se constituye en mora; y otras, á la indemnizacion de los daños y perjuicios que le haya causado el demandado por no haber cumplido la obligacion contraida. En todos

¹⁷⁶ Quien explicitó que “si hubiere condena de frutos, intereses, daños ó perjuicios, [debe] fijarse su importe en cantidad líquida, ó establecerse por lo menos las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion; y solamente en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, puede hacerse la condena, reservando á las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia (1), porque esto da por lo común á nuevos litigios que deben evitarse.” *Práctica General Forense...*, tomo II, 1856, opus cit., págs. 96 *in fine* y 97 *ab initio*; en (1), a pie de la antedicha página 97, reseña los artículos 62 y 63 de la LEC de 1855, “conformes con las leyes 6.^a y 7.^a, tít. 16, lib. 11, N.R.” Se reiteró este autor en el mismo sentido unas páginas más adelante, concretando que: “El fallo ha de contener la decision expresa, positiva y precisa, con arreglo á las acciones deducidas en el juicio, condenando ó absolviendo en el todo ó en parte, [...]. Si contuviere condenacion de frutos, réditos ó daños, se debe fijar la cantidad de la misma, si resultare líquida, ó al menos hay bases sobre que haya de hacerse la liquidacion; y cuando no hubiere méritos para lo uno ni para lo otro, se debe reservar para otro juicio la accion sobre dichos puntos incidentales.” Ídem, pág. 102.

¹⁷⁷ VALERO Y GARCÍA, ANTONIO, quien se limitó a mencionar que: “Si hubiere de recaer sentencia de condena sobre frutos, intereses, daños ó perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, y si no pudiere fijarse se acordará el modo y forma de hacer la liquidacion, y últimamente en el caso de no poder ser la cantidad líquida que ha de abonarse por una parte á la otra, ni las bases para hacer la liquidacion, se hará el fallo de condena, reservando á las partes su derecho para que fijen su importancia en otro juicio, segun *Formulario núm. 77.*” *Manual teórico y verdadero práctico para la sustanciacion y tramitacion de los procedimientos civiles con arreglo á la ley de enjuiciamiento civil vigente*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Estrada, Diaz y Lopez, 1866, pág. 59.

¹⁷⁸ Quien entendía que la finalidad de dicho artículo 63 LEC 1855, que asimismo analizó conjuntamente con los artículos 61 y 62 que le antecedían, era el de “hacer que las sentencias no dejen ninguna oscuridad ni incertidumbre”. *Tratado de práctica forense novísima*, opus cit., pág. 540.

¹⁷⁹ *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, opus cit., págs. 206 a 210.

estos casos, que la nueva ley no especifica porque pertenece al derecho civil el determinarlos, siempre que en la demanda se haya pedido, además de la cosa objeto principal del litigio, el abono de los frutos, intereses, daños ó perjuicios, el Juez está obligado á resolver sobre ello en la sentencia, pues de otro modo no habria entre esta y aquella la congruencia necesaria para su validez, como antes hemos indicado. Por esta misma razon cuando nada se haya solicitado sobre ello en la demanda, el Juez faltaria á su deber y á la ley, si lo acordase en la sentencia.”¹⁸⁰ Y en esta misma dirección también se puede traer a colación a HERNANDEZ DE LA RUA¹⁸¹.

Ahora bien, más reveladoras que las anteriores son las enseñanzas de uno de los artífices de la primera LEC, seguramente su principal inspirador, GOMEZ DE LA SERNA, quien arguyó que: “Frecuente es que la terminacion de un pleito sea el origen de otro pleito nuevo, cuando hay en la sentencia condena de frutos, intereses, daños ó perjuicios. Los pleitos que para la liquidacion de estos se promueven son frecuentemente tanto ó mas largos, complicados y dispendiosos como el mismo pleito principal. Para evitarlos en lo posible ya adoptaron D. Cárlos I y D. Felipe II acertadas disposiciones, ordenando que los oidores y jueces en las sentencias que dieran, en que hubiera condenacion de frutos ó intereses, las tasaran y moderaran sin remitirlo á contadores. Loables eran los deseos de estos monarcas, pero sus disposiciones luchaban frecuentemente con la imposibilidad; á la sombra de ella fue introduciéndose sucesivamente una práctica contra la ley que vino á convertirse en regla general, aun en

¹⁸⁰ Ídem, pág. 206.

¹⁸¹ HERNANDEZ DE LA RUA, VICENTE, quien estudió esta norma titulado su análisis: “*Cuando hubiese condena en frutos*”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Madrid, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, 1856, págs. 94 a 96 *ab initio*. Inició el mismo con estas palabras: “El art. 63 impone un precepto que parte de un supuesto: manda que los jueces hagan condenacion en frutos fijando su importe en cantidad líquida, ó que fijen bases á las cuales haya de arreglarse la liquidacion cuando hubiese condena en frutos, intereses, daños ó perjuicios. Pero no determina ni dá reglas para que los jueces sepan cuando es llegado el caso de condenar en los frutos y demas: ni las leyes anteriores tampoco lo determinaban, porque esa clase de condenaciones dependen de las circunstancias, y de la forma en que se haya entablado la demanda.” Ídem, pág. 94. Seguidamente relacionó dicho precepto con la Ley 3ª del título 22 de la Partida 3ª (*vid.* el primer punto de este mismo trabajo) con respecto a la enmienda de la sentencia, para, a continuación, vincularlo con las leyes 6ª y 7ª del título 16 del libro 11 de la Novísima Recopilación (*vid.* el punto anterior de esta obra), concluyendo que en dichas normas quedaba la duda de cuándo los jueces estaban obligados a condenar en frutos, duda que con la Novísima Recopilación “quedaba en pié, y la *Ley de enjuiciamiento* no la desvanece.” Ídem, págs. 94 *in fine* y 95 *ab initio*. Ahora bien, seguidamente dicho autor aclaró que: “Tampoco podía desvanecerla, porque las condenaciones en frutos, intereses, daños y perjuicios, ni estan sujetas á reglas generales, ni pueden fijarse con independencia de la demanda, porque supuesto que únicamente lo que en esta se pide, ha de ser objeto de la sentencia, el juez se atempera á lo solicitado en ellas. Asi, pues, el precepto de las leyes anteriores, como el de la de enjuiciamiento, se limita al caso en que proceda alguna de aquellas condenaciones con arreglo al derecho civil, que es regulador de las acciones de las partes, y al en que estas la hayan pedido en el juicio.” Ídem, pág. 95.

los casos en que era posible que el juez en la sentencia ahogara radicalmente el germen de nuevos litigios. La lección de la experiencia influyó en los redactores de la Ley de Enjuiciamiento civil para no establecer una regla absoluta, é igualmente inflexible en todos los casos. Por esto propusieron sucesivamente tres reglas. Es la primera, que siempre que pueda fijarse en la sentencia la cantidad líquida á que ascienden los frutos, intereses, daños ó perjuicios, se haga así la condenación. Y esto sucederá frecuentemente, ya porque las fincas, cuya reivindicación haya sido objeto del juicio, estén dadas en arrendamiento, ya porque el litigio haya recaído sobre cantidades, cuyo interés es de todos conocido, ya porque la tasación sea fácil y no necesite largas liquidaciones ni exámen de muchos datos, de modo que pueda ser hecha breve y justamente por peritos.”¹⁸² Seguidamente este autor se refiere a la actuación de las partes, señalando que: “A esta fijación podrán ayudar mucho los litigantes, que para evitar nuevos litigios, no descuidaran en el término de prueba traer al pleito los antecedentes que sean necesarios para ilustrar la conciencia del juez, el cual á su vez, con autos para mejor proveer, podrá pedir documentos, exigir confesiones á los contendientes, y decretar avalúos.”¹⁸³

Independientemente del hecho que se podría considerar a esta última como la interpretación *auténtica* del citado artículo y de su génesis, por el papel que jugó este autor en la composición de la LEC de 1855, lo cierto es que, en lo que coinciden todos los citados autores, es en que dicho artículo 63 LEC 1855, como había sucedido con el anterior artículo 93 LEM 1830, fue elaborado a partir de una cierta síntesis y condensación de diversas leyes del ordenamiento procesal castellano y, singularmente, de la Partida 3^a. Por tanto, y las anteriores lecciones de GOMEZ DE LA SERNA son una prueba de ello, no se puede interpretar este precepto desligado de aquél ordenamiento y, más concretamente, de las ya analizadas Ley 3 del Título 22 de la Partida 3^a y Leyes 6 y 7 del Título XVI del Libro 11 y Ley 25 del Título IV del Libro 5 de la Novísima Recopilación¹⁸⁴.

¹⁸² *Motivos de las variaciones principales...*, opus cit., pág. 28.

¹⁸³ Ídem, págs. 28 y 29 *ab initio*.

¹⁸⁴ Siendo ello así, haciéndose recepción en este artículo de las antiguas normas, se puede comprender cabalmente el porqué de su concreta configuración. De esta forma, cuando la norma establecía el supuesto *de frutos, intereses, daños o perjuicios*, no pretendía, al menos inicialmente, abarcar todos los casos en que aparecieran estos conceptos, sino sólo aquellos en que se presentaran como elementos accesorios de una petición principal; y al manifestar: *Cuando hubiere condena* englobaba tanto los supuestos en que se

De lo anterior se deduce, por un lado, la prudencia que se ha de tener al llenar de significado ese término *condena* de que habla el art. 63 LEC 1855 y, de otro, el hecho de que dicho precepto fue ideado para habilitar la reserva sólo de lo accesorio. Tal vez sea este **carácter accesorio** de los conceptos objeto de la sentencia con reserva, lo que pueda aparecer como más confuso, en una lectura literal y actual de aquél precepto. Ahora bien, no parecían dudar sobre este aspecto la mayoría de los autores de la época. Baste recoger, en prueba de lo anterior, la opinión de VICENTE Y CARAVANTES que, además, puede servir como resumen de lo tratado hasta aquí, al tener la enciclopédica capacidad de hilvanar las diversas instituciones, desde su origen hasta el momento en que sostuvo que: “*Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños ó perjuicios, como sucederá si se demandasen, además de la cosa ó de la obligación objeto principal del pleito, y fuera justa esta petición por referirse á los casos en que la autoriza el derecho civil, no se hará la condena en general, sino que se fijará su importancia en cantidad líquida ó se establecerán por lo menos las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidación; art. 63 de la ley; esto debe hacerse con arreglo á lo que resulte del examen de las pruebas presentadas por las partes ó mandadas practicar por el juez por autos para mejor proveer. El fundamento de esta disposición adoptada en nuestras leyes anteriores, se halla consignado en la ley 6, tít. 16, lib. 11 de la Nov. Recop., que dice: [...] El mismo fundamento se alegaba en la ley 7, que prescribía que [...]*”¹⁸⁵.

debía fijar una cantidad líquida, como aquellos en que se podían establecer unas bases para ello, como aquellos en que *se hará la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia*, supuesto respecto al cual ni tan sólo se ideaba una fórmula como la de “se declarará” al no estar la ciencia procesal española lo suficientemente desarrollada como para poder denominar, con más precisión, el pronunciamiento que realmente se llevaba a cabo en la sentencia.

¹⁸⁵ *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., pág. 292. Añadió de forma congruente unas páginas más adelante que: “Pronunciada la sentencia definitiva ó con fuerza de tal por el juez, cesa su jurisdicción, por lo que no puede variarla ni enmendarla, [...]. Así lo disponían las leyes 3 y 4, tít. 22, Part. 3 y la 39, tít. 1, lib. 5 de la Nov. Recop., y lo ratifica el art. 77 de la de Enjuiciamiento, disponiendo, que ni los jueces ni los tribunales pueden variar ni modificar la sentencia una vez pronunciada; pero sí aclarar algún concepto oscuro ó suplir cualquier omisión que hubiere sobre punto discutido en el litigio. Las leyes citadas también admitían esta excepción, y la 3 de Partida enumeraba como puntos en que el juez podía enmendar ó enderezar el juicio que hubiese dado sobre la cosa principal en lo relativo á la mención de frutos y rentas de la cosa litigiosa, á la condena de costas á la parte vencida (debiendo hacerlo) ó á lo que hubiese juzgado sobre estas cosas más ó menos de lo que por derecho debía. La nueva ley faculta al juez para aclarar ó suplir cualquier omisión que hubiere sobre punto discutido en el litigio, por lo que no podrá hacer ninguna enmienda que altere el sentido primitivo de su sentencia, ni referirse á puntos no discutidos en el pleito, á no ser que fuesen accesorios y consecuencias de los discutidos. La ley de Partida facultaba al juez para hacer dichas aclaraciones de oficio en el mismo día en que dio la sentencia; mas la nueva ley dispone, que *esto solo podrán hacerlo, los jueces, á instancia de alguno de los litigantes que lo haya solicitado dentro del día siguiente al de la notificación de la sentencia.*” Ídem,

Por otro lado, también la jurisprudencia de la época parecía diferenciar claramente entre lo accesorio y lo principal a efectos de su reserva. En consecuencia, se consideraba que remitir a otro juicio el objeto principal del pleito infringía la normativa vigente. En este sentido encontramos la **STSJ de 29 de noviembre de 1861**, en la que se sostuvo, entre otros extremos, que: *Considerando que la sentencia del inferior y la de vista, que la confirmó, fallaron sobre este punto litigioso [referente a los bienes que debían responder del quinto], al paso que, declarando la de revista que no debía sacarse el quinto de la mitad de los bienes, cuya vinculacion a la muerte de D. Benito Ignacio Sotelo se justificase con arreglo á derecho, remite á otro juicio la resolución de lo que era objeto principal del presente, en el que, por tanto, no se han cumplido las leyes 2.ª y 15 del tít. 22, Partida 3.ª, que mandan dar juicio acabado y valedero, absolviendo ó condenando al demandado*¹⁸⁶.

Ahora bien, el dictado del art. 63 LEC 1855 no se circunscribió, en su literalidad, a las pretensiones de carácter accesorio, lo que provocó que, con el transcurso del tiempo, más autores y más sentencias entendieran que el mismo era aplicable tanto para resolver lo accesorio como lo principal¹⁸⁷. Y aunque ello podía no pugnar con la funcionalidad de la norma, sin duda disoció su uso en la práctica de su primigenio fin, con lo que los

pág. 295. Poco hay que comentar de las anteriores palabras, pues la claridad reluce en ellas. Hilvana la sentencia con reserva con la condena genérica, diferenciándolas; conecta el art. 63 LEC 1855 con las antiguas leyes, y vincula la regulación de la enmienda, en estos supuestos, en la ley de Partidas, con la nueva regulación de la aclaración de sentencias que estableció la LEC de su tiempo. Sólo una cosa querría añadir; como ya he dicho, el **artículo 93 LEM 1830** fue el primero en normar la sentencia con reserva. Este precepto también hablaba de *condenacion de frutos, réditos ó daños*, y asimismo fijaba idéntica subsidiariedad entre liquidación, fijación de bases, y reserva completa. Ahora bien, había una importante diferencia justamente en éste último supuesto, pues la LEM 1830 ordenaba que esa **reserva se hiciera de la accion sobre los frutos, réditos ó daños**, mientras que la **LEC 1855 de su derecho**, al haberse **dictado ya la condena**. O lo que es lo mismo, en la LEM 1830 se reflejaba explícitamente la acumulación de dos acciones, presuponiéndose que la que se reservaba era de la accesoría, mientras que en la LEC 1855 no solamente no se recogía dicho matiz de forma expresa sino que, además, ordenaba ya condenar sobre lo reservado.

¹⁸⁶ Extraída de *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Año de 1861. (Edición oficial.)*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, pág. 878.

¹⁸⁷ Así, por ejemplo, lo vemos en BROCÁ, GUILLERMO M^º DE, quien expresamente señaló que la condena de que se trataba en el artículo 898 LEC 1855 (aquella en que se fijaban, de conformidad con el citado art. 63 LEC 1855, las bases para la liquidación de una condena de frutos): “puede ser principal y accesoría. En este caso podrá formar ramo separado, para ejecutar simultáneamente los extremos de la sentencia”. *Manual de Formularios ajustados a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª edición, Barcelona, Imprenta de la Renaixensa, Puerta Ferrisa, 18, Bajos, 1877.

supuestos de hecho que recogía la misma, que se aunaban precisamente por su carácter accesorio, restaron dislocados con la nueva interpretación del precepto.

A modo de **resumen** de esta indagación histórica, y comparando lo anterior con las conclusiones realizadas en el precedente apartado de este estudio, es de observar que el Legislador de 1855, a diferencia de lo que prescribía la normativa anterior, pasó de la prohibición de dejar para una fase posterior la determinación *de frutos, intereses, daños o perjuicios*, a la permisión de establecer *por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación* e incluso, aunque únicamente para *el caso de no ser posible lo uno ni lo otro*, que se hiciera la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia. Sobre las causas de ello, se puede traer a colación la reflexión de ARIAS LOZANO quien, en su análisis histórico de la condena con reserva, afirmó que “el Legislador de 1855 se encontraba con una disyuntiva: podía, de un lado, repetir la prohibición de condena genérica efectuada por Carlos I y por Felipe II. Y podía, de otro, regular lo que era ya una práctica –*contra legem*- muy extendida. Y optó por la segunda posibilidad.”¹⁸⁸ Dejando a un lado el que, en mi opinión, el citado autor obvia en su análisis el trascendental factor “accesoriedad”, he de añadir el que, también en mi opinión, lo que se produjo fue un cambio en la naturaleza de estas normas, pues las mismas pasaron de ser preceptos simplemente especiales, que pretendían especificar en el ámbito de lo accesorio la misma regla general que normaba la resolución sobre lo principal, a ser normas especiales y excepcionales, pues comportaban una regulación que podía llegar a contraponerse a la norma regular. En este sentido, ARIAS LOZANO explicitó este hecho cuando defendió que “nuestro Legislador de 1855 desconfiaba de la condena con reserva, pero la toleraba en los supuestos excepcionales en los que procedía.”¹⁸⁹ Sobre esta última cuestión se volverá al analizar la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva.

¹⁸⁸ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., págs. 11160 a 11163. Vuelve a citar en este momento a Gómez de la Serna, P., a través de la obra del mismo ya reseñada.

¹⁸⁹ En cuanto a la excepcionalidad del precepto menciona a algunos de los tratadistas de la época; concretamente a los siguientes: Gómez de la Serna, P.-Montalbán, J. M., *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, 2ª. Ed., 1855, tomo I, pág. 397; ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense*, Madrid, 1856, tomo II, págs. 97 y 102 y VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig. Editores, 1856, tomo II, pág. 292.

1.4.2.3. Tipos de sentencias ilíquidas y justificación de su existencia. Breve análisis de la absolución en la instancia y sucinto avance sobre la incongruencia *citra petita*.

Como se ha apuntado en el apartado anterior, en el artículo 63 LEC 1855 se diferenciaban en realidad **dos tipos de sentencias ilíquidas**¹⁹⁰: la que fijaba las correspondientes bases y la que, en el supuesto de imposibilidad tanto de fijación exacta de lo debido como de determinación de unas bases para ello, declaraba la existencia del débito pero remitía a un nuevo procedimiento declarativo para fijar el alcance cuantitativo de lo debido¹⁹¹. Debido a esto último, los procesos liquidatorios regulados en ejecución de sentencia, recogidos en los **arts. 898 a 921 LEC 1855**, se ceñían únicamente a las sentencias en que se señalaban las antedichas bases, siendo ello congruente con lo prescrito en el **artículo 944 LEC 1855** según el cual: *La ejecución no puede despacharse sino por cantidad líquida.*

Ambos tipos de sentencias ilíquidas se ideaban como **mecanismos subsidiarios** de lo prescrito en la norma regular (art. 61 LEC 1855), que prohibía a los órganos jurisdiccionales el que *bajo ningún pretesto pudieran aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito*; prohibición que se traducía y reiteraba en el ámbito de lo cuantificable con el mandato imperativo dirigido

¹⁹⁰ Diferenciación que remarcaron MANRESA y otros, cuando avisaban que: “cuídese mucho de no confundir este último caso [el de la reserva de la liquidación para un segundo declarativo] del artículo 63 con el segundo que el mismo establece, porque la diferencia es muy notable y trascendental en cuanto á procedimientos: con el primero no puede haber equivocacion, porque en él se fija la cantidad líquida, mas sí puede haberla entre los otros dos, porque los separa una línea casi imperceptible. Si al condenar á una parte á que restituya ó entregue á la otra cierta finca, se añade, *con los frutos producidos ó debidos producir desde la contestacion de la demanda*, que suele ser la fórmula mas correinte, tenemos en esta condena las bases con arreglo á las cuales ha de hacerse la liquidacion, que son: 1.^a la clase de frutos que han de abonarse; y 2.^a el tiempo ó periodo dentro del cual han de haber sido producidos por la finca de que se trata. Por consiguiente, en este caso, para determinar la importancia ó cantidad líquida de esos frutos, no habrá de seguirse un nuevo juicio ordinario, sino que se observarán para la liquidacion los trámites establecidos por el art. 898 y siguientes [...]” *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, opus cit., págs. 208 *in fine* y 209. Por contraposición, sería totalmente ilíquida aquella sentencia en la que “solo se hiciese genérica é indeterminadamente la condena de frutos ó de daños y perjuicios, sin fijar tiempo ni ninguna otra base para la liquidacion, añadiéndose, como debe hacerse siempre en este caso, que se reserva á las partes su derecho para que en otro juicio se fije la importancia de los frutos ó perjuicios, entonces, y solo entonces, es cuando habrá de seguirse otro juicio ordinario con este objeto.” Ídem, pág. 209.

¹⁹¹ PUCHOL FERRER, RAMON, relaciona este precepto con dos decisiones del Supremo. La primera, de 4 de enero de 1858, especifica que: “La sentencia en que se condena á la devolucion de frutos, debe marcarlos ó consignar bases con arreglo á las cuales pueda llevarse á efecto; (esta sentencia se extracta y comenta posteriormente en este mismo trabajo). De la segunda, de 23 de diciembre de 1858, extrae que: “El importe de las costas no debe tomarse en cuenta para juzgar el valor de la cosa litigiosa.” *Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal*, Valencia, Imprenta á c. de Cárlos Verdejo, Almirante 3, 1877, pág. 43.

a aquellos mismos órganos de fijar el correspondiente *importe en cantidad líquida* (art. 63 LEC 1855)¹⁹². Siendo esta la norma regular, dichos instrumentos extraordinarios sólo **se justificaban** (legal, jurisprudencial y doctrinalmente) por la **imposibilidad**¹⁹³ de que los tribunales pudieran **concretar ese importe** llegado el momento de dictar la sentencia, permitiéndose únicamente la condena totalmente ilíquida para el caso en que ni tan siquiera pudieran fijarse las correspondientes bases¹⁹⁴.

¹⁹² Ahora bien, como afirmaron MANRESA y otros: “A este fin [el de fijar ese importe en cantidad líquida] las partes deberán hacer la prueba conveniente, á cuyo resultado habrán de atenerse el Juez ó Tribunal para fijar dicha cantidad”. *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, opus cit., pág. 206.

¹⁹³ Ello se refleja explícitamente del siguiente fragmento de la **Sentencia de 25 de febrero de 1867**: *Cuando es imposible fijar la cuantía de lo que deba indemnizarse, la reserva del derecho para que otro juicio se fije su importancia es una consecuencia necesaria de la condenacion de cantidad ilíquida*. Extraído de PANTOJA, J. M., *Repertorio de la jurisprudencia civil española*, opus cit., pág. 116. Reseña asimismo la publicación de la citada resolución en la *Gaceta* de 28: Tomo XV, pág. 170. Acudiendo directamente a la anterior resolución (STSJ de 25/02/1867), cabe añadir que se dictó en resolución de un recurso de casación en relación a una demanda *sobre pago de maravedís y de varias fanegas de trigo*. En este caso, la sentencia recurrida había condenado a uno de los demandados *al pago de la cantidad que resulte deber en dinero y en especie á la Duquesa de Uceda por el arrendamiento de las dehesas [...], deducidas las partidas que haya satisfecho, y tomando en cuenta las cantidades detenidas y depositadas en la Caja de Depósitos de la provincia, con las costas y perjuicios ocasionados*. Contra esta sentencia recurrió la mencionada Duquesa al entender, entre otros extremos, que se habían infringido los artículos 61 y 63 LEC 1855 *puesto que habiéndose demandado una cantidad determinada de dinero y trigo, se prescindia de esta determinacion en la condena impuesta al D. Domingo Diez, sustituyéndola con la cantidad que resultara deber, pero sin fijar las bases de liquidacion como tampoco las que se necesitaban para graduar los perjuicios, á cuya indemnizacion tambien se le condenaba*. En relación a este punto el Tribunal Supremo consideró que *la ejecutoria, léjos de infringir los artículos 61 y 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, hace declaracion, con arreglo al primero de ellos, estableciendo las bastantes bases para la liquidacion de cuentas en lo relativo á las rentas; condena al demandado D. Domingo Diez al pago de los perjuicios ocasionados á la Duquesa de Uceda, y siendo imposible fijar su cuantía por los datos del pleito, el hecho de no haber reservado expresamente este extremo para otro juicio no es bastante para viciar le ejecutoria, por ser dicha reserva una consecuencia necesaria de la condenacion de cantidad ilíquida, segun lo prescrito en la misma ley de Enjuiciamiento para la ejecucion de las sentencias*. Sentencia publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 59, de 28/02/1867, pág. 2.

¹⁹⁴ En este sentido resulta interesante lo expuesto en la **STSJ de 4 de enero de 1858**, la cual resolvió un recurso de casación en relación a una demanda que versaba *sobre nulidad de un interdicto restitutorio, indemnizacion de perjuicios y devolucion de frutos*. Se dictó en este caso sentencia en la que se absolvió al demandado, *declarando, sin embargo, que los frutos recogidos en las tierra de que habia sido arrendatario Diego Gonzalez [el actor] pertenecian á éste, à quien en su consecuencia se devolvieran inmediatamente, con deduccion del importe de la renta del arrendamiento de aquel año, de los desperfectos que en ellas hubiese, de los derechos de administracion, gastos de recoleccion y de las costas en que Gonzalez fue condenado, causadas hasta que solicitó la informacion de pobreza; sobre todo lo cual, así como en lo relativo á fijar los frutos recogidos y su valor, se reservaba á las partes su derecho para que en la ejecucion de la sentencia le dedujesen cómo y contra que vieran convenirles*. El Tribunal Supremo, en uno de sus considerandos, sostuvo que *la citada sentencia es contraria á lo prescrito en el art. 63 de la misma ley [LEC 1855], en cuanto por ella no se fija la cantidad de frutos que deben restituirse al Gonzalez, ni se consignan bases con arreglo á las cuales deba realizarse la liquidacion, como pudo y debió hacerse por los mismos méritos del proceso; en cuyo caso no tiene lugar la reserva del derecho que tan solo como medio último y supletorio se establece en el párrafo segundo de dicho artículo*, afirmando en el siguiente considerando que *este extremo de la sentencia constituye parte integrante de la misma y afecta esencial y directamente al fondo de la cuestion, por decidir sobre la restitucion de frutos que fue objeto de la demanda*, por lo que en su fallo el Alto Tribunal resolvió que había lugar al recurso de casación, entre otros extremos, *en cuanto por la referida sentencia no se fija la*

Las razones que llevaron a considerar factible y admisible esta imposibilidad las explicó con meridiana claridad GOMEZ DE LA SERNA, al relatar que: “Pero necesario es conocerlo; la complicaciones de las cuestiones, el descuido de los litigantes, ó el no estar bien esclarecidos los hechos respecto á la cantidad de frutos percibidos ó debidos percibir, y lo que es mas general aun, respecto á los daños y perjuicios, hacen á las veces imposible que el juez comprenda en la sentencia la cantidad líquida que por ellos debe satisfacerse. Para este caso propuso la Comision, que los jueces y tribunales establecieran las bases con arreglo á las cuales debía hacerse la liquidacion, y esta es la segunda de las reglas adoptadas. Su conveniencia no puede ser puesta en duda: las bases capitales de la liquidacion frecuentemente han dado lugar por sí solas á diferentes litigios: la sentencia que las comprende, hace por lo tanto un gran servicio á los litigantes, y disminuye el número de pleitos. Pero si, como suele suceder muchas veces, ni es posible fijar la cantidad líquida, ni plantear las bases por que ha de hacerse la liquidacion, entonces no hay mas remedio que reservar á las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia, que es la última regla de las fijadas por la Comision. Con solo observar que por lo que no está bastantemente ventilado y esclarecido y que directamente no ha sido objeto del juicio, no debe dilatarse la decision de lo comprendido en la demanda, y que ya con una larga discusion está demostrado de un modo suficiente para que la conciencia del juzgador con todo el lleno de luces pronuncie el fallo, se conocen los motivos que tuvo la Comision para proponer la tercera regla. En todo esto siguió la Comision al espíritu del derecho antiguo, procurando perfeccionarlo y quitar pretextos ó prácticas que, empezando á desvirtuarlo por necesidad en algunos casos, concluyeran por anularlo completamente.”¹⁹⁵

Ahora bien, siendo lo anterior meridianamente claro (aunque discutible), emergía el **problema** consistente en **dilucidar** hasta dónde llegaban las **cargas de las partes** y las **facultades del órgano jurisdiccional** en la obtención de los datos necesarios para evitar la citada imposibilidad; es decir, cuál era el juego que podría darse entre los

cantidad ni el valor de los frutos que deben devolverse á González, como pudo y debió hacerse por los méritos que ofrecen los autos con arreglo al párrafo primero del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil. Sentencia publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 11, de 11/01/1858, pág. 2. Fue ponente de la misma Fernando Calderón y Collantes y, entre otros, formaron parte del tribunal que la dictó El Marques de Gerona y Ortiz de Zúñiga.

¹⁹⁵ *Motivos de las variaciones principales...*, opus cit., pág. 29.

principios de investigación oficial y de aportación de parte. Era carga de las partes, normalmente de la actora, el aportar los correspondientes datos, pero también era obligación del órgano jurisdiccional el intentar obtener aquellos a través de las diligencias para mejor proveer, no pudiendo el juez proceder a la fijación de ese *quantum* de forma discrecional¹⁹⁶, centrándose únicamente la discusión en el alcance de esas facultades del órgano jurisdiccional, sosteniendo algunos que las mismas quedaban limitadas a los estrictos términos que establecía el entonces vigente **art. 48 LEC 1855**¹⁹⁷. Ahora bien, aparecía como irrelevante el que esa imposibilidad fuera causada por desidia de las partes o por causas ajenas a su diligencia; de hecho, lo que parece intuirse es que, en la inmensa cantidad de los casos, esa imposibilidad era debida precisamente a lo primero. Véase, en este sentido, la **Sentencia de 24 de junio de 1868**: *Cuando se reclama la indemnizacion de perjuicios por la falta de cumplimiento de una obligacion, pero sin especificarlos convenientemente, ni fijarlos en una cantidad dada, ni siendo su cuantía objeto especial de discusion, puede y debe reservarse su*

¹⁹⁶ Así, v. gr., MANRESA y otros, quienes sostuvieron que sólo para el caso en que “no puedan reunirse en el proceso datos bastantes para que el Juez forme juicio acerca del importe en que debe fijar la cantidad líquida, y como entonces el obligarle á fijarla, daría ocasion á injusticias, para evitar este inconveniente dispone dicho artículo, que por lo menos se establezcan en la sentencia las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion. Tambien estas bases habrán de tener su apoyo en la prueba que resulte de los autos, puesto que no se deja, ni debia dejarse al arbitrio judicial el fijarlas: ellas son las que han de servir de norma en la liquidacion, y desde luego se comprende que el resultado de esta está subordinado á aquellas, como que de ellas dependerá el que sea mayor ó menor el importe de la cantidad líquida que haya de abonarse.” *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, opus cit., pág. 207. En consonancia con lo anterior, la sentencia totalmente ilíquida tenía su justificación en el hecho de que: “No podia desconocer la Ley que habrá casos en que las partes no habrán hecho la prueba suficiente para poder fijar la importancia de dichas indemnizaciones en cantidad líquida, ni aun para fijar las bases de la liquidacion, y que tampoco podrá suplirse esta falta con un auto *para mejor proveer*. Cuando esto suceda, y el Juez vea que el actor tiene derecho á que se le abonen los frutos, intereses, daños ó perjuicios que ha reclamado en la demanda, *hará la condena* en la sentencia, esto es, fijará en ella el principio, declarará la obligacion que pesa sobre el demandado de abonar los frutos ó intereses, ó de indemnizar los daños y perjuicios, y reservará á las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia.” Ídem, págs. 207 y 208 *ab initio*.

¹⁹⁷ En este sentido se significó HERNANDEZ DE LA RUA, V., al explicitar que: “La causa de proceder de uno ú otro modo [fijar la cantidad líquida, las correspondientes bases o reservar dicha liquidación para otro juicio] debe consistir en la falta de justificacion, no del derecho de la parte á obtener una declaracion favorable, esto es, una condenación al contrario, sino de la prueba necesaria para que el juez pueda formar la liquidacion y fijar la cantidad. Mas como las leyes mostraron tanto interés en que se hiciesen condenaciones líquidas, y la experiencia tiene demostrada la conveniencia de que así se haga, pudiera dudarse si el juez de oficio podrá mandar practicar pruebas oportunas para cumplir con aquel deber legal.

No podemos persuadirnos de que en asuntos civiles sea lícito a los jueces intervenir de oficio en ninguna clase de probanzas: si cierto es que las partes sienten perjuicios en que no comprenda la sentencia una condenación en cantidad líquida, cúlpanse á sí mismas de que no probaron: los jueces, en nuestro sentir, únicamente podran acordar para mejor proveer con arreglo á lo dispuesto en el *art. 48 de la Ley de enjuiciamiento*.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., págs. 95 y 96 *ab initio*.

*regulacion para otro pleito, segun dispone el art. 93 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, sin infringirse por eso el art. 91 de la misma.*¹⁹⁸

A mi entender, esta configuración de la sentencia con reserva facilitaba que, mediante actuaciones desidiosas/torticeras de la/s parte/s o del mismo órgano jurisdiccional, se abusara de ella. Ahora bien, que fuera relativamente fácil pervertir dicha institución no significa que, en sí misma, fuera perversa. Por el contrario, otros fenómenos procesales ya se consideraron en aquella época como indeseables, dos de los cuales conviene ahora empezar a deslindar claramente de la sentencia con reserva. El primero de ellos era el relativo a la **prohibición de la absolución en la instancia**¹⁹⁹. Esta interdicción que, como hizo VICENTE Y CARAVANTES, se debía relacionar con la consideración como no válidas de este tipo de absoluciones a partir de lo sentado en las **sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 27 de noviembre de 1849**²⁰⁰ y de **8 de febrero de 1855**²⁰¹, se debió a que este tipo de absoluciones lo que hacían, en realidad, era diferir a un nuevo pleito la resolución de la controversia, con lo que se multiplicaban los juicios, mal contra el que, como se ha ido constatando a lo largo del presente estudio, lucharon diversos monarcas hispánicos²⁰². El entrelazamiento entre esta figura y la sentencia con

¹⁹⁸ Extraída de PANTOJA, J. M., *Repertorio de la jurisprudencia civil española*, opus cit., pág. 117. Reseña la publicación de la anterior en la *Gaceta* de 15 de julio: Tomo XVIII, pág. 87. En cuanto al análisis del contenido de la misma, me remito al que realicé al comentar los artículos 91 a 93 LEM 1830.

¹⁹⁹ Como comentó VICENTE Y CARAVANTES, ambas absoluciones, la de la instancia y la de la demanda, eran conocidas de antiguo, siendo la de la instancia “tan solo del pleito ó procedimientos á la sazón promovidos. Esto se verificaba cuando no aparecían méritos bastantes de las pruebas practicadas para condenarle ni absolverle libremente, y no obstante arrojaban los autos los necesarios para persuadirse el juez de la injusticia ó justicia de las reclamaciones ó defensas litigantes, aunque no por un pleno convencimiento. En estos casos podía el demandante volver á entablar nuevo pleito contra el mismo demandado, ó reclamarle la misma cosa que le pidió en el primero, si había encontrado nuevas pruebas en que fundar su acción.” *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., pág. 290.

²⁰⁰ *Vid.* el comentario a la misma en la nota a pie de página núm. 174.

²⁰¹ Cfr. “primer considerando”. *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., pág. 291.

²⁰² Estas razones las explica magistralmente VICENTE Y CARAVANTES, al señalar que: “Para esta determinación y práctica [la de invalidar la absolución de la instancia] ha podido influir el considerarse los graves prejuicios que se seguían, no solamente á los particulares en el pleno goce de sus propiedades y derechos, sino aun al libre ejercicio del comercio, de dejar en suspenso, digámoslo así, el resultado de los litigios, y amenazadas de continuo las propiedades, por la exposición de poderse abrir dichos juicios de nuevo, consumiendo á veces el valor de las fincas en el pago de las costas. Estas razones y antecedentes y el haber prescrito la nueva ley de Enjuiciamiento una disposición general sobre que la sentencia debe ser condenando ó absolviendo de la demanda, sin prevenir nada sobre la absolución de la instancia, son motivos suficientes para opinar que la nueva ley ha ratificado la práctica anterior, y tal es la opinión general de los intérpretes, no obstante consignar lo contrario los Sres. Laserna y Montalvan en su *Tratado de procedimientos judiciales*.” Ídem, págs. 291 y 292 *ab initio*. Para una visión de la situación actual en nuestro ordenamiento jurídico se puede acudir a OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, § 474. *D.^a Leonor R. L. y otro c. D.^a María Elena F. R. y otro TS 1.^a S 30 noviembre 2000. § 474. La llamada <<absolución en la instancia>>*, en *Tribunales de Justicia*, número 4, abril 2002, págs. 67 a 70. Como

reserva radicaba en el hecho de que, esta última, también difería para un juicio posterior la completa resolución de la controversia, pero se diferenciaban en que, en la sentencia con reserva, sólo se aplazaba la resolución de una parte de aquélla: la referente a la fijación del *quantum*. Lo anterior lo expuso claramente ORTIZ DE ZUÑIGA, cuando aseveró que: “Una especie de absolución de la instancia suele á veces hacerse en algunos fallos, absolviendo de la demanda en la forma en que está propuesta, ó absolviendo con la limitacion de dejar á salvo los derechos del demandante para reclamarlos de nuevo en otro juicio; pero todas estas fórmulas, que en rigor van dirigidas á no terminar definitivamente el litigio, y á dejar pendiente un nuevo pleito sobre lo mismo que ha sido objeto del anterior, no pueden menos de reputarse ilegales y contrarias al espíritu de las leyes que hemos citado; por mas que se conozca la sana intencion y el recto fin con que suelen ser usadas.”²⁰³ En atención a lo anterior, prosigue a continuación: “Siguiéndose ese mismo espíritu y aun sus terminantes preceptos, si la sentencia contiene condena, debe ser de cosa cierta y determinada, que no dé lugar á dudas y cuestiones, ni mucho menos á un nuevo juicio (1). Por la misma razón no basta por ejemplo en un litigio sobre liquidacion de cuentas, que se aprueben estas, sino que es preciso condenar al demandado á satisfacer el alcance que de las mismas resulte, si la demanda ha comprendido también este extremo (2).”²⁰⁴ Lo anterior lo engarza poco

comenta esta autora, en estos casos: “Los problemas pueden originarse cuando, como sucede en la presente Sentencia del TS, la Audiencia Provincial entienda que ha desaparecido el óbice procesal y, según su práctica habitual, pase a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Se produce la llamada <<absolución de la instancia>>.” Ídem, pág. 69. Asimismo sostiene esta autora que: “Ni la Constitución ni las leyes prevén un derecho de los justiciables a dos sentencias sobre el fondo”, habiéndose configurado “una abundante y lineal jurisprudencia del TS” en este sentido, en la que: “Se afirma, en consecuencia, que la mera absolución de la instancia, por más que se procure evitar, tiene el mismo valor resolutorio que si se hubiera decidido sobre el fondo del litigio. Y ello en virtud del concepto y de la función de la segunda instancia.” Ahora bien, hay que advertir que: “Esta postura, empero, no tiene en cuenta la situación del demandado absuelto en primera instancia.” Ídem. Con la LEC del 2000 destaca esta autora la referencia que a esta cuestión se hace en la propia **Exposición de Motivos** de la misma (XII), así como su configuración en el **art. 465.2 y 3 LEC**, eliminándose “así las dudas existentes cuando la absolución de la instancia se impugna mediante el recurso de apelación.” Ídem, pág. 70. Para una visión de esta cuestión desde el derecho alemán se puede acudir a ROSENBERG, LEO, quien, en relación con las sentencias de mera-declaración, sostuvo que: “Si es estimada la apelación interpuesta contra una sentencia de esta especie, el tribunal de apelación, [...], ha de devolver la causa a la primera instancia para el debate de fondo sobre la pretensión; excepto cuando es conveniente que él mismo la trate y resuelva; en particular, cuando la causa está en condiciones de fallo”. *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Angela Romera Vera (de la 5ª edición de la obra: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951), supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 21.

²⁰³ *Práctica General Forense...*, tomo I, 1861, opus cit., pág. 644.

²⁰⁴ Ídem, págs. 644 *in fine* y 645 *ab initio*. En (1) cita, a pie de la página 645, la STS de 29 de diciembre de 1851 y, en (2), la de 6 de noviembre de 1856. En relación a esta última sentencia de **6 de noviembre de 1856**, cabe apuntar que fue publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 1409, de 12/11/1856, pág. 1, y que versó concretamente sobre la aprobación de una liquidación de cuentas en la que, además, se

después con la sentencia con reserva, pues “si hubiese condena de frutos, intereses, impensas, daños ó perjuicios, ha de fijarse su importe en cantidad líquida; ó por lo menos establecerse, si aquello no es posible, las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion, á fin de que nunca quede pendiente un nuevo litigio, que la ley ha querido muy oportunamente evitar. Solo en el caso de no ser posible ni condenar á cantidad líquida, ni tampoco fijar las bases para la liquidacion, es permitido hacer la condena, reservando á las partes su derecho para que en otro juicio se determine su importancia (1).”²⁰⁵

declaraba en su consecuencia la cantidad total que debía devolverse reservando á los interesados su derecho para que lo utilicen dónde y cómo corresponda sobre el modo de ejecutar el pago y cobranza.

²⁰⁵ Ídem, pág. 646. En (1) reseña a pie de dicha página los artículos 62 y 63 LEC de 1855, “conformes con las leyes 6 y 7, título 16, lib. 11, N. R.”. En esta misma página y en la siguiente analiza el fallo de la sentencia en “los negocios mercantiles”, sobre lo que ya se trató al analizar la correspondiente ley de 1830., a la que ahora me remito. En una obra posterior, el mismo ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., recoge numerosas sentencias sobre la anterior cuestión, hilando con solidez sus precedentes opiniones con las resoluciones del foro. De esta forma, en la **Sentencia 5 de febrero de 1855**, el Tribunal Supremo declaró que la absolución sólo de la instancia, “absolucion incompleta”, “se hallaba derogada por la práctica y por la jurisprudencia de los tribunales.” *Jurisprudencia civil de España...*, tomo II, opus cit., pág. 276. Asimismo señaló, en el siguiente párrafo, que: “Otra corruptela ha solido haber, y aun se há repetido en tiempo muy moderno, cual es la de limitarse la sentencia á reservar al demandante el derecho que le corresponda, para que lo deduzca con arreglo á las leyes; lo cual viene á destruir la eficacia del pronunciamiento principal de la ejecutoria, ó sea la absolucion de la demanda, puesto que seria baldío el pleito, si esta pudiera reproducirse bajo cualquier pretexto contra los mismos demandados y por la misma causa ó razon de pedir. Por eso se ha declarado con mucha razón (S. 18 Diciembre 1868), que dicha reserva es contraria á las leyes, é infringe abiertamente lo dispuesto en el art. 61 de la de Enjuiciamiento.” Ídem, págs. 276 y 277 *ab initio*. Esta **STSJ de 18 de diciembre de 1868**, se publicó en la *Gaceta de Madrid*, núm. 363, de 28/12/1868, págs. 4 a 6, y versó *sobre reivindicacion de un terreno*, siendo su ponente Cáceres, José María. En uno de los considerandos de esta sentencia se sostuvo que la *sentencia al reservar al Ayuntamiento el derecho que le corresponda sobre el propio quinto del Terminillo para que lo deduzca con arreglo á las leyes, destruye la eficacia del pronunciamiento principal de la ejecutoria, ó sea la absolucion de la demanda, puesto que seria baldío este pleito, si bajo cualquier pretexto pudiera reproducirse la demanda de reivindicacion contra los mismos demandados y por la misma razon ó causa de pedir*, afirmando en el siguiente considerando que *por último, que dicha reserva es contraria é infringe abiertamente lo dispuesto en el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil que dispone que las sentencias sean claras y precisas, declarando, condenando o absolviendo de la demanda y que bajo ningun pretexto puedan los Jueces y Tribunales aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones discutidas en el pleito*; en consecuencia, en su fallo casaron y anularon la sentencia en dicho extremo relativo á la reserva de derecho que contiene. Añadió el citado autor, en el siguiente párrafo, que: “En efecto, éste preceptúa, que las sentencias sean claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo, sin que puedan los jueces y tribunales aplazar, dilatar, ni negar la resolucion de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; disposicion que está enlazada con el siguiente art. 62, que previene, que siendo varios los puntos litigiosos, se haga con la debida separacion el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos; y al mismo tiempo guarda relacion con el art. 63, relativo al modo de fijarse la importancia de los frutos, intereses, daños ó perjuicios.” Ídem, pág. 277. Comentando también, al inicio del siguiente párrafo, que: “En estas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento, está, pues, recapitulado todo lo más esencial de lo que el antiguo derecho establecia acerca de los requisitos intrínsecos de los fallos”. Ídem.

La segunda figura que era de por sí rechazable, y que asimismo se alumbró al abrigo de la ineficiencia, cuando no de la corrupción, del mismo foro, y que conviene ahora deslindar de la sentencia con reserva, es la de la **incongruencia**²⁰⁶. De los diversos tipos de incongruencia, se ha solido relacionar directamente con la sentencia con reserva la llamada por omisión y, más específicamente, la denominada *citra petita*, o por *aplazamiento de la resolución*. Dejo aquí simplemente apuntada dicha cuestión, pues sobre ello se volverá con mayor detenimiento en otro punto de este mismo trabajo, señalando simplemente que esta problemática comienza a aparecer ya en la primera jurisprudencia del aún joven Tribunal Supremo²⁰⁷.

1.4.2.4. Liquidación de la sentencia ilíquida que fijaba las correspondientes bases.

La liquidación que se realizaba en estos casos era según las *bases con arreglo a las cuales deba hacerse* (artículo 63 LEC 1855). Para efectuarla se previeron una serie de procesos incidentales cuya regulación abarcaba los **arts. 898 a 921 LEC de 1855**²⁰⁸. De

²⁰⁶ Fenómeno conocido también desde antiguo y que se puede poner ya en relación con la Ley 16, del título XXII, de la Partida 3ª.

²⁰⁷ Fue destacadamente, como en tantas otras ocasiones, ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., quien recogió algunas resoluciones atinentes a dicha cuestión. De esta forma comentó que: “Así como es nulo todo fallo que se extralimita resolviendo particulares agenos á la cuestion, es preciso que aquel decida cuanto fallo haya sido objeto de ella (S. 28 Noviembre 1861), y que sea conforme y ajustado <<no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino tambien á la manera en que fazen la demanda y al averiguamiento ó prueba que es fecha sobre ella>> (S. 26 Mayo 1866); y que condene ó absuelva, ó bien declare separadamente sobre todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del pleito. S. 13 Febrero 1865.” *Jurisprudencia civil de España...*, opus cit., pág. 279. Y, más concretamente, afirmó que: “No infringe tampoco la ley de Partida [la citada Ley 16, del título XXII, de la Partida 3ª], tantas veces recordada, el fallo en que se manda hacer una liquidacion prévia, é indispensable para saber lo que ha de abonar el demandado (S. 20 Junio 1868)”. Ídem, pág. 283. Explicó asimismo que: “Terminaremos la exposicion de estas doctrinas, recordando, que si en un litigio se ha discutido sobre el goce ó la restitucion de frutos, ó sobre el abono de mejoras, este punto debe precisamente ser objeto de la sentencia; y entonces es atribucion de los jueces apreciar segun las pruebas suministradas, la buena ó mala fe de los litigantes y las demas circunstancias relativas á la cuestión. S. 5 Diciembre 1858; 20 Diciembre 1866, y 18 Octubre 1867.” Ídem, pág. 287.

²⁰⁸ En cuanto a dicha normativa, y a los efectos de resaltar su novedad frente a la regulación inmediatamente anterior, es interesante traer a colación la opinión de VICENTE Y CARAVANTES, J., quien mantuvo que: “La ley 6 [del título 16 del libro 11 de la Novísima Recopilación] añadía, que se publicara dicha tasacion [la de los correspondientes frutos o intereses] para que los letrados y las partes hicieran sobre ella las probanzas que les conviniese. Mas segura la nueva ley al ejecutarse la sentencia, si la condena se refiere al pago de cantidad ilíquida proveniente de frutos, la cual regularmente se hace de los frutos percibidos y que se debieron percibir desde la contestacion de la demanda, se obligará al deudor á practicar la liquidacion con arreglo á las bases fijadas en la sentencia y dándose vista de ella al acreedor: si este no se conformase, oirá el juez á entrambos ó á sus defensores en juicio verbal, donde se presentaran las pruebas sobre los hechos en que no estuvieren de acuerdo y dictará sentencia fijando la cantidad que debe abonarse con arreglo á la ejecutoria y á las pruebas practicadas: y si la condena se refiriera al pago de cantidad ilíquida proveniente de perjuicios, presentará el que la haya obtenido al

esta forma, cuando se liquidaba una cantidad derivada de una sentencia que condenaba al pago de una cantidad líquida que procedía de **frutos**²⁰⁹, era de aplicación el **artículo 898 LEC 1855**²¹⁰, el cual ordenaba al deudor a que *dentro de un término que señalará el Juez, según las circunstancias del caso, presente su liquidación con arreglo a las bases que en la misma sentencia se hubieren fijado.*

La falta de liquidez que habilitaba el poder acudir directamente a este incidente en ejecución de sentencia era relativa²¹¹, pues, como ya se ha analizado, el mismo artículo

ejecutarse aquella, relacion de los mismos con la solicitud que deduzcan para el cumplimiento de la ejecutoria y dándose vista de ella al condenado, se procederá conforme lo dicho para el caso anterior: así lo determinan los artículos 898 al 906 y los 910 y 911 que expondremos al tratar de la ejecución de las sentencias.” *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., págs. 292 y 293. Este autor añadía, en el siguiente párrafo, un apunte importante: “Estas disposiciones son aplicables al juicio ordinario y demás que se rigen por sus reglas; mas no á los demás que tienen reglas especiales, como el interdicto de retener, respecto del cual determina el art. 707 el modo de fijar el importe de la condena de frutos, daños y perjuicios.”

²⁰⁹ Nótese que los primeros procedimientos de liquidación eran los relativos a los **frutos**, lo que vuelve a indicar que éste seguía siendo el principal de los conceptos insertos dentro de los mismos. Como se comentó en su momento, el significado de éste término se ha de buscar en el derecho civil sustantivo, donde lo analizaron diversos autores de la época. Por todos, se puede citar a MARTINEZ ALCUBILLA, MARCELO, quien partió de la ya clásica diferenciación entre naturales (“las producciones espontáneas de la tierra, las crias y demás productos de los animales”), industriales (“los que producen las heredades ó fincas de cualquiera especie á beneficio del cultivo ó del trabajo”) y civiles (“las rentas de los arriendos de tierras, casas y fincas de todas clases, los réditos de censos, foros, juros etc.”). Específicamente trató de la “*Fijacion del importe de los frutos en los fallos*”, afirmando que: “Cuando en un pleito haya condena de frutos debe el Tribunal fijar su importe en cantidad líquida, ó establecer por lo menos las bases con arreglo á las cuales debe hacerse la liquidacion; salvo que ni lo uno ni lo otro sea posible, en cuyo caso debe reservarse á las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia (Art. 63 ley de Enjuiciamiento civil).” *Biblioteca de los Juzgados de Paz, segunda parte, diccionario manual de derecho civil*, Madrid, Imprenta de A. Peñuelas, 1867, págs. 168 *in fine* a 170, pág. 170 para el anterior fragmento.

²¹⁰ Estos incidentes se enclavaban dentro de la Primera Parte de la primera LEC, que se intitulaba *Jurisdicción contenciosa*, y concretamente dentro de la Sección Primera, que llevaba por rúbrica: *De las dictadas por Tribunales y Jueces españoles* (arts. 891 a 921), incluida dentro del Título XVIII: *De la ejecución de sentencias* (arts. 891 a 929). Por tanto, y como se puede intuir de lo anteriormente expuesto, se trataban de procedimientos incidentales insertos dentro de la ejecución de un título ejecutivo muy concreto: la sentencia. Para un estudio sistemático de los mismos se puede acudir a BROCA, G. M^a., quien dedica en *Manual de Formularios...*, edición de 1877, opus cit. dentro de la 1^a parte de la misma que titula “Jurisdicción Contenciosa”, el Título XVIII a hablar “De la ejecución de las sentencias” (págs. 551 a 570) y el Título XX a “De las ejecuciones” (págs. 580 a 635). Más concretamente trata del antiguo artículo 63 en las págs. 273 y siguientes, y de los artículos 898 a 921 en las págs. 558 a 567. En su exposición de los artículos 898 y siguientes, divide esta materia en cuatro capítulos, de la siguiente forma: CAPÍTULO V: “Ejecución de sentencia que condene al pago de cantidad líquida, procedente de frutos”, en el que analiza los artículos 898 a 909, y 913 a 918.

CAPÍTULO VI: “Ejecución de sentencia que condene al pago de cantidad líquida procedente de perjuicios” donde incluye los artículos 910 y 911.

CAPÍTULO VII: “Ejecución de sentencia que condene al pago de cantidad líquida y de otra líquida”, que recoge el artículo 912.

CAPÍTULO VIII: “Apelaciones de los autos sobre liquidación de cantidades”, comprensivo de los artículos 919 a 921.

²¹¹ En este sentido, NOUGÉS SECALL, M., sostuvo que, cuando se fijaban las bases, “es cuando tendrá lugar la disposición del artículo 898 que ordena que el deudor en el término que le señalará el juez, según

63 de la LEC de 1855 establecía que, cuando no fuera posible fijar ni el importe líquido ni las correspondientes bases, la condena se debía hacer *reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia*; es decir, para el supuesto de la sentencia con reserva de liquidación en sentido estricto, se preveía el tener que acudir a otro proceso de declaración. Es por ello que el artículo 898 LEC 1855 prescribía que el deudor debía proceder a la liquidación conforme a las bases que la sentencia hubiera fijado pues, la única sentencia ilíquida que admitía esta vía “rápida” de liquidación, era la que hubiera fijado las bases para la misma. Los artículos siguientes al mentado regulaban un procedimiento muy complejo que indicaba que la liquidación, en algunos casos, no resultaba del todo sencilla. De esta forma, cuando no había conformidad entre las partes, el Juez las convocaba *a juicio verbal, previniéndolas que en el habrán de presentar las pruebas sobre los hechos en que no estuvieron de acuerdo (art. 901 LEC 1855)*. Este proceso concluía mediante *sentencia, en que se fije y determine la cantidad que deba abonarse con arreglo a la ejecutoria y a las pruebas practicadas (art. 906 LEC 1855)*²¹². **Esta segunda resolución**, la que fijaba la cantidad líquida, **era la que**, en realidad, **se ejecutaba**. De esta forma el **artículo 908 LEC 1855**, prescribía que: *Si el apelado pidiere su ejecución se decretará, dando fianza bastante a juicio del Juez para responder en todo tiempo de la diferencia que hubiere entre lo de que el apelante se reconozca deudor, y lo que por la sentencia se haya determinado*. Evidentemente, si no se apelaba *se procederá a hacer efectiva la suma consignada en la sentencia de la manera antes establecida (art. 909 LEC 1855)*. Cuando el deudor no presentaba la liquidación dentro de plazo se arbitraba, en los artículos 913 a 918 LEC 1855, un procedimiento específico, pero substancialmente idéntico al comentado, con inversión del legitimado para presentar la liquidación y de la carga de la prueba.

las circunstancias del caso, presente la liquidación con arreglo a las bases que se hubieren fijado en la sentencia. En las sentencias debe haber, pues, liquidación ó a lo menos bases para hacerla, ó reserva para otro juicio acerca de este punto.” *Tratado de práctica forense novísima*, opus cit., pág. 540.

²¹² Esta forma de sentencia no significaba que se estuviera ante un nuevo proceso declarativo, sino únicamente ante un incidente de esa naturaleza regulado en sede de ejecución. BROCA, G. M^a., alerta de que, con la aprobación de la ley de la Organización del Poder Judicial, la decisión debía realizarse en forma de auto (*vid.* nota 210). De hecho, la terminología de la época no puede confundirse con la actual; prueba de ello es el tenor del siguiente **artículo 907 LEC 1855**, que prescribía que: *Esta providencia es apelable en ambos efectos. Interpuesto el recurso, se remitirán los autos al Tribunal Superior emplazando en forma a las partes*. Una interesante visión sobre esta problemática, vertida ese mismo año 1855, se puede encontrar en MODESTO BLANCO, C., quien relató con gran contundencia la falta de delimitación clara entre los diversos tipos de resoluciones; así empezaba su crítica sobre esta cuestión: “Desde luego tenemos que consignar nuestra censura a los artículos que tratan de las sentencias y providencias, pues en el curso de la Ley [de la LEC 1855] hallamos a cada paso motivos suficientes para cerciorarnos de la oscuridad que reina en toda ella relativamente a la diferencia clara, esplicita y terminante que existe entre lo que en negocios judiciales se entiende por sentencia, y lo que se entiende por providencia.” *Exámen crítico filosófico...*, opus cit., página inicial del ejemplar número 11.

De forma parecida al caso de los frutos se debía actuar cuando lo que se tenía que liquidar eran **perjuicios**, con la diferencia de que el acreedor era quien presentaba la correspondiente *relación de ellos con la solicitud que deduzca para el cumplimiento de la ejecutoria* (art. 910 LEC 1855).

1.4.2.5. Estudio del engarce entre los dos procesos declarativos en el supuesto de la sentencia totalmente ilíquida.

En relación al engarce de los dos procesos declarativos que eran necesarios cuando el fallo era totalmente ilíquido, es interesante recoger, a modo de exposición diacrónica, la opinión de ARIAS LOZANO, pues explica de una manera precisa y sucinta la configuración de esta condena con reserva en la LEC de 1855, al sostener que “había un proceso en el que se discutía la existencia de la deuda sí, pero se dejaba para otro proceso posterior –el que correspondiese a la concreta cuantía reclamada- para determinar el *quantum*.”²¹³ Seguidamente afirma este autor que: “Parece incuestionable que en el antecedente principal de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la condena con reserva se articula mediante la promoción de dos procesos declarativos ordinarios, con los que las posibles objeciones o perjuicios que respecto de la naturaleza de un incidente de liquidación en ejecución se pudieran tener, no son oponibles. En el primer proceso se discute la naturaleza y el modo de ser de determinada prestación (si se debe o no el pago de frutos, intereses, daños o perjuicios). Y la sentencia que lo finaliza declara la efectiva existencia de la obligación de indemnizar. En el segundo proceso opera la función positiva o prejudicial de cosa juzgada, de la <<cosa>> juzgada en el proceso anterior: existe una obligación de indemnizar. Se discute ahora el *quantum*. La sentencia que estima la demanda *condena* al demandado a pagar una cantidad de dinero. Y si no paga es título ejecutivo suficiente para abrir un proceso de ejecución.”

Hay poco que añadir al anterior discurso, cuyas aseveraciones me parecen intachables. Aún así, permítanme retroceder casi ciento cincuenta años, a los efectos de

²¹³ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., pág. 11163.

poder recoger un par de opiniones que considero aquí relevantes, proferidas por insignes juristas coetáneos de la primera LEC. Entre ellas quiero destacar la de MANRESA y otros²¹⁴, quienes retrataron la mecánica de este segundo juicio dentro del conjunto del ordenamiento procesal entonces vigente, defendiendo que: “Este segundo juicio, aunque aquel fallo sea de la Audiencia, habrá de entablarse ante el Juez de primera instancia que hubiere conocido de la cuestion principal, y se seguirá por los trámites del juicio ordinario con arreglo á la disposicion general del art. 221, [...]. Sin embargo, como en la demanda habrá de precisarse la cantidad que la parte reclame por los conceptos antes espresados, se dará á este nuevo juicio la tramitacion que le corresponda segun sea de mayor ó de menor cuantia; [...]. No fija la Ley término para entablar este nuevo juicio, y por lo tanto deberá observarse lo que, con aplicacion á este caso, dispone la ley Recopilada (1)²¹⁵, segun la cual, <<la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescribe por veinte años y no ménos:>>”. Se pronunció en parecido sentido VICENTE Y CARAVANTES, quien sostuvo también que ese “otro juicio” del que hablaba el art. 63 LEC 1855: “deberá ser el civil ordinario, de mayor ó menor cuantía ó verbal segun el importe de la reclamacion”²¹⁶.

1.4.2.6. Principal crítica a la anterior normativa.

La crítica más recurrente frente a la anterior configuración de la sentencia con reserva fue la referente a la **remisión a un segundo declarativo** que el art. 63 LEC 1855 ordenaba, cuando no fuera ni tan solo factible fijar las bases para la posterior liquidación. Esta crítica, que recogerá la LEC de 1881 al remitir la liquidación directamente a los incidentes declarativos normados en sede ejecutiva, se explicitó en los principales comentaristas de esta última norma. De esta forma, REUS, al comentar el cambio operado en este punto por el artículo 360 ALEC, afirmó que se había introducido con este último “una modificación tan beneficiosa como importante, con respecto de lo que disponía la ley de 1855”²¹⁷, considerando en el mismo sentido

²¹⁴ *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, opus cit., pág. 208.

²¹⁵ A pie de página recoge la Ley 5ª, del título 8º, del libro 11 de la Nov. Rec.

²¹⁶ *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., pág. 293.

²¹⁷ De esta forma sostenía que “en la ley anterior y en los artículos 898 y siguientes, se señalaba un procedimiento breve para efectuar la liquidación, cuando sólo se hubieren fijado en la sentencia las bases a que debería ajustarse, y para el caso en que ni se hubiera determinado la cantidad líquida ni base alguna, se disponía en el art. 63 que se haría la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio

MANRESA, que dicha remisión²¹⁸ “era notoriamente irregular, y por eso se ha modificado [en la LEC de 1881] tal disposición”²¹⁹. Crítica de la que se hicieron eco diversos autores, y que se ha reproducido hasta prácticamente nuestros días²²⁰.

1.4.3. Breve comentario sobre la demanda.

Siguiendo en este punto la metodología empleada en los anteriores apartados²²¹, lo primero que en este momento cabe constatar es que, la relación de los **requisitos** que se exigían con respecto a la demanda, poco habían variado²²². En cuanto al **tratamiento procesal** de la misma, se clarificó algo la cuestión, como expuso en aquel momento

se fijara su importancia”. Este segundo juicio “tenía que ser el ordinario o el declarativo de mayor o menor cuantía según procediere”. REUS, EMILIO (director), *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, Concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de D. Emilio Reus y precedida de una Introducción crítica por el Excmo. Sr. D. Eugenio Montero Ríos*. Tomo I. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1881, pág. 242.

²¹⁸ Que además de a otro juicio, “tenía que ser el ordinario, con sus pesados y costosos trámites, [con lo que] resultaba casi siempre que sus gastos importaban mucho más que los frutos, daños o perjuicios reclamados”. MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 con los formularios correspondientes a todos los juicios por D. José María Manresa y Navarro*, cuarta edición aumentada con la jurisprudencia posterior y arreglada a los últimos textos y disposiciones legales que derogan y modifican algunos de los preceptos de dicha ley por RIVES Y MARTÍ, FRANCISCO DE P., tomo II, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1919, pág. 106.

²¹⁹ Ídem.

²²⁰ V. gr. MORON PALOMINO, MANUEL, consideró que esta remisión que efectuaba el artículo 63 LEC de 1855 a un segundo juicio era un criterio que: si bien era “correcto desde el punto de vista lógico, no lo era desde el económico, pues ese *otro juicio* era el declarativo ordinario. De ahí que el legislador de 1881 mantuviera el criterio de la remisión a otro juicio, pero no al declarativo ordinario sino a un trámite específico, que se inserta en la regulación de la ejecución de las sentencias y que se regula en los arts. 928 a 945 Lec.” *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 332.

²²¹ He dedicado varias páginas en los anteriores apartados de esta obra a tratar de la demanda, desde su regulación en las Partidas. Su estudio era instrumental, pues buscaba acreditar la correlación entre la obligatoriedad de dictar sentencias líquidas por parte de los órganos judiciales con la carga de la parte actora de determinar convenientemente en su demanda la correspondiente cuantía. Y ello no se ha considerado en absoluto baladí, pues la congruencia es una cuestión intrínseca a la problemática que aqueja a la sentencia con reserva, llegándose a reflejar dicha cuestión en el propio artículo 219 LEC 2000, el cual regula conjuntamente las mencionadas cargas del actor y obligación del tribunal sentenciador. Por las anteriores razones, haré en este punto un breve examen del estado de la cuestión bajo la vigencia de la LEC de 1855, pero ciñéndome de forma estricta, en el margen de lo posible, al antedicho objetivo.

²²² V. gr., NOUGUÉS SECALL, M., afirmaba que: “Si en la redacción del libelo en general debe ser tan escrupuloso el demandante, todavía lo debe ser más en la de la súplica, que es la parte predominante [...]. La súplica puede concebirse en forma declarativa, condenatoria ó mista; puede pedir el demandante que se declare que le pertenece una cosa, y como consecuencia que el demandado sea condenado á entregarla: puede pedir desde luego que sea condenado al pago de una cantidad ó hacer ó dar alguna cosa.” *Tratado de práctica forense novísima*, tomo segundo, opus cit., pág. 27.

NOUGUÉS SECALL: “Hasta ahora era cuestionable si el juez podía repeler de oficio las demandas viciosas, distinguiendo generalmente los autores entre los defectos de derecho público, ó que decían relacion á los requisitos sustanciales exteriores, y los que únicamente podían afectar á la parte; [...]. Pero el art. 226 ha sido mas explícito resolviendo las dudas y estableciendo como regla inconcusa, que los jueces repelerán de oficio las demandas no formuladas con claridad y que no se acomodaren á las reglas establecidas. Por consiguiente el juez podrá repeler la demanda [...] la en que se vea oscuridad ó inconexión, pero estos últimos vicios deben ser muy patentes para que el juez se decida á la repulsa y debe andarse con gran cuidado para no descender del asiendo de su imparcialidad convirtiéndose en abogado de la parte demandada. Entre una excesiva tolerancia, y una escrupulosidad nimia hay un medio, y este medio lo enseñan la prudencia y el tacto fino, y no las lecciones no los comentarios.”²²³ En parecido sentido se expresaron los restantes autores del momento consultados, como por ejemplo VICENTE Y CARAVANTES²²⁴ y ORTIZ DE ZUÑIGA²²⁵.

Por otra parte, el **carácter accesorio** que originariamente se predicaba de los conceptos integrantes del supuesto de hecho de la sentencia con reserva, se desvela con mayor claridad al observar la estrecha unión que se seguía estableciendo en la doctrina entre los conceptos en aquélla recogidos (frutos, rentas, etc.), y el ejercicio de un *ius ad rem*²²⁶. Ello se debía tanto al origen causal de estos bienes, como a la concepción que en

²²³ Ídem, págs. 27 *in fine* y 28.

²²⁴ Cuando, en relación a la “*Cosa que se pide*”, afirmó que: “El art. 225 de la ley de Enjuiciamiento dispone, conforme con nuestras leyes de Partida y recopiladas y con la de Enjuiciamiento mercantil, que se fijara con precision lo que se pida, para que pueda quedar instruido el juez, y arreglar su sentencia á la demanda, segun previene el art. 61, y que vea el demandado si le conviene litigar ó no, y contestar y excepcionar lo que juzgue oportuno. [...]. Careciendo la demanda de dicha claridad y especificacion, no debe ser admitida, segun previenen las leyes 15, 25, 26 y 31, tít. 2, Part. 3 y 4, tít. 3, lib. 11, Nov. Recop., y el art. 226 de la de Enjuiciamiento civil, salvo en aquellos casos en que se puede poner demanda general”. Y un poco más adelante, en el siguiente párrafo, sigue: “Tambien debe pedir el demandante que se condene al demandado á la devolucion de la cosa litigiosa, y al pago de los intereses y resarcimiento de daños ó perjuicios, en cuyo caso debe fijarse su importe en cantidad líquida, ó se estableceran por los menos las bases, con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion, segun dispone el art. 63, que expondremos al tratar de las sentencias.” *Tratado histórico, crítico filosófico...*, opus cit., pág. 10.

²²⁵ Cuando afirmó que: “No haciéndolo asi el actor [no redactando la demanda conforme a lo establecido en las leyes vigentes en aquel momento], puede el juez, como acaba de indicarse, desechar la demanda, hasta que se exprese bien lo que se pide, á no ser en aquellos casos en que se puede poner demanda general, como sobre herencia, cuenta de menores [...]”. *Práctica General Forense...*, tomo II, 1856, opus cit., pág. 194; a pie de dicha página reseña, en relación a este punto, las Leyes 15 y 26 del título 2 de la Partida 3, y la Ley 4, del título 3, del libro 11, N. R.

²²⁶ V. gr., LOPEZ CLAROS, P., propuso dos escritos de demanda diferentes para cada una de ellas, siendo en la acción real en la que se suplicará que se condene al demandado: “á que le deje libre y desembarazada [la casa] mandando que la restituya con los frutos y rentas producidos y podido producir desde que la está detentando, [...], pido justicia con costas”. *Diccionario Teorico-practico del*

aquel entonces se tenía de la acción, en donde la más relevante de las distinciones entre ellas se establecía en la dicotomía acción real-personal (existiendo, entre ambas, también las mixtas)²²⁷. Esta accesoriedad era tal, que incluso hacía variar la naturaleza de la acción. Sobre esto último, y sobre su inextricable conexión con la sentencia con reserva, resultan muy reveladoras las siguientes palabras de GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN: “Puede suceder que la lesion causada por el demandado contenga hechos que por sí mismos produzcan una obligacion: el que retiene, por ejemplo, indebidamente una propiedad fructífera, al privar al propietario de los frutos que deberia percibir le causa una pérdida que le obliga al resarcimiento. Esta obligacion deberia dar lugar á una accion personal que concurriera con la real: la real tendria por objeto la restitution; la personal la condenacion de perjuicios: pero como esta condenacion de perjuicios depende necesariamente de la cuestion de propiedad, de aquí dimana que para simplificar los pleitos, y no tratar separadamente de acciones tan ligadas entre sí, la accion personal se considere en este caso como accesion de la real.”²²⁸ Y más específicamente con respecto a la acción reivindicatoria, señalaron que uno “de los derechos en la cosa” es el dominio, el cual: “produce la reivindicacion ó la accion reivindicatoria, llamada frecuentemente por excelencia accion real. Esta es la *que compete al que es dueño de una cosa contra el que la posee y pretende retenerla, para que este la entregue con sus frutos y acciones.*”²²⁹ Congruentes con las características y peticiones que llevaban aparejada esta acción lo han de ser los correspondientes pronunciamientos de la sentencia, por lo que: “El juez en el caso de juzgar contra el

Enjuiciamiento Civil, opus cit., págs. 239 a 241, pág. 240 para el anterior fragmento; por contraposición a la acción personal en la que se sigue pidiendo la condena pero ahora: “al pago de dicha cantidad, y a las costas á que diese lugar”. Ídem, pág. 241. También es buen ejemplo ORTIZ DE ZUÑIGA, M., cuando dijo que: “En los pleitos sobre accion real, si no procede la absolucion debe mandarse en la sentencia la entrega de la cosa demandada con los frutos percibidos y podidos percibir, desde la contestacion, tasándose y moderándose por lo que resulte de las pruebas, sin remitir esta graduacion al parecer de contadores (2).” *Práctica General Forense...*, tomo II, 1856, opus cit., pág. 97; en (2), y a pie de la antedicha página, recoge la Ley 6, del título 16, del libro 11, de la N.R.

²²⁷ Durante este periodo se seguirá diferenciando, básicamente, entre demandas para el ejercicio de acciones reales y personales, al ser todavía muchos los autores que siguieron considerando ésta como la principal de sus divisiones. Por todos baste con citar a GOMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J. M., quienes, después de definir la acción como: “*la facultad de perseguir en juicio nuestros derechos*” (*Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, opus cit., pág. 287), sostuvieron que: “Suponiendo toda accion la existencia y la lesion de un derecho, es claro que la division capital de acciones debe estar basada sobre la diferencia de los derechos que garantizan. Y como estos derechos son *en ó á la cosa*, cuando la lesión es de un derecho *en la cosa*, la accion es *real*; y cuando es de un derecho *á la cosa*, la accion es *personal*.” Ídem, págs. 287 y 288 *ab initio*.

²²⁸ Ídem, pág. 290.

²²⁹ Ídem, pág. 291.

demandante debe absolver al demandado, y si juzga contra este, debe mandar que restituya la misma cosa con sus frutos y acciones.”²³⁰ Consecuentemente con la anterior concepción de la acción, entendieron que: “La sentencia que se pronuncie en conformidad á una *accion in rem*, debe prescribir no tan solo la entrega de la cosa objeto de la cuestion sino también la de los frutos percibidos y que se pudieron percibir desde la contestacion. Y tanto en este caso en que hubiere condena de frutos, como cuando la hay *de intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, ó se establecerán por lo menos las bases con arreglo á las cuales debe hacerse la liquidacion*. Debe procurarse por todos los medios posibles evitar nuevas cuestiones y nuevas diferencias entre las partes, á que daría lugar la incertidumbre de lo que habia de satisfacerse, y por eso nunca se recomendará bastante la utilidad de la observancia de aquella disposicion, y solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro se hará la condena, reservando á las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia (3).”²³¹

Ahora bien, el anterior sistema, basado en exigir a la parte actora concretar la cuantía de lo accesorio, no parece casar bien con lo que sucedía **en la praxis forense**. En este sentido resulta interesante traer a colación el comentario de PASO Y DELGADO, quien, pronunciándose sustancialmente en la misma dirección que los anteriores autores, nos ofrece una fotografía más realista de lo que acontecía en el foro. De esta forma sostuvo, en relación a la “conclusion ó súplica” de la demanda, que: “En cuanto á frutos (hablando de acción real, sea la reivindicatoria ú otra análoga: como la que llamaban *publiciana* los romanos), se usa una fórmula un tanto vaga, para pedir la devolucion de *frutos ó rentas*; con el objeto de comprender los dos casos de haber estado la finca labrada por el detentador que ha recolectado los frutos, ó dada á renta que aquel ha percibido; y se dice *los que ha producido ó debido producir*”²³², por si acaso un cultivo

²³⁰ Ídem, pág. 293. Seguidamente expusieron “algunas doctrinas generales” para la restitución de los correspondientes frutos y “gastos hechos por el poseedor en la cosa litigiosa”.

²³¹ Ídem, pág. 450. En (3), y a pie de la antedicha página, reseñan lo siguiente: “Art. 62 de la ley de Enjuiciamiento. La omision de la fijacion de la cantidad y valor de los frutos en los casos en que se ha debido hacer espresion de ellos, da lugar al recurso de casación (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 4 de Enero de 1858)”; *vid.* el extracto y comentario de la anterior sentencia en la nota a pie de página núm. 194.

²³² Fíjese, con la siguiente lectura de uno de los *considerandos* de la siguiente sentencia, la importancia de utilizar de forma precisa la pertinente fórmula: *Y considerando, por último, que habiéndose limitado la petición del demandante respecto de los frutos a los producidos por las fincas reclamada, debió la Sala de la Audiencia limitar tambien su decisión á lo pedido; y que por no haberlo hecho así, ampliando, por el contrario, la condenacion á los frutos debidos producir, infringió la ley 16, tít. 22 de la Part. 3.ª, según*

indiscreto ó descuidado, ó un arrendamiento desproporcionado ó injusto por su baratura, han hecho que la finca rinda ménos de lo que natural ó normalmente es susceptible de rendir. Y no se fija desde cuando ha de entenderse la restitucion de los frutos ó rentas, porque *a priori* no es fácil determinar qué clase de posesion ha tenido el demandado: si este ha obrado de buena ó mala fe, y si se le ha de condenar á la entrega de los frutos percibidos ó debidos percibir desde el principio de la detentacion, ó solo desde que, por la contestacion á la demanda, defendiéndose, se ha constituido en la situacion de poseedor de mala fe.”²³³

De lo anterior se deduce la existencia de un sistema que, a mi entender, por exageradamente flexible, se acababa tornando casi en paradójico pues, al mismo tiempo que los arts. 61 y 63 LEC 1855 mandaban imperativos a los órganos jurisdiccionales para que las sentencias fueran ciertas (completas), en la práctica, y al amparo del mismo art. 63 LEC 1855, se planteaban fórmulas como la referida de: *los que ha producido ó debido producir*, cuya generalidad parece difícilmente superable. Ahora bien, esa aporía muchas veces no llegaba a ser tal ya que, aunque la demanda fuera ilíquida, la sentencia no necesariamente acababa también siéndolo pues, en estos casos, a través del proceso se solía ir concretando esa liquidación. A este fenómeno lo he denominado (con permiso de CARNELUTTI) la *formación progresiva de la pretensión* pues, lo que se iba forjando no era únicamente lo que se acabaría resolviendo sino, más bien, lo que se

la cual las sentencias deben ajustarse á los términos de la demanda, **sentencia de 20 de junio de 1859**, extraída de *Jurisprudencia Civil*, tomo IV, 1860, pág. 338. Cabe destacar que, entre los magistrados que la dictaron, encontramos nombres tan ilustres como los de Juan Martin Carramolino o Manuel Ortiz de Zúñiga, y de la que fue ponente Antero de Echarri. Ahora bien, obsérvese que con dicha fórmula (*los que ha producido ó debido producir*) difícilmente se puede entender que se cumpla con la carga de ser lo adecuadamente preciso en la demanda, al no liquidarse cantidad alguna. Así tampoco sorprenderá que la correspondiente sentencia no fije las debidas cantidades, aunque con la fijación de los correspondientes periodos se podría defender que sí las bases para aquélla. De esta forma, y a modo de ejemplo, en la **sentencia de 18 de diciembre de 1862**, en la que se demandaba la devolución de una serie de bienes *con los frutos producidos y debidos producir desde que los detentaba* [el demandado] se dicta en primera instancia sentencia en la que se condena a restituirlos *con los frutos producidos ó debidos producir desde que ilegítimamente los detentaba*. No se discute en ningún momento sobre la necesidad de su liquidación en sentencia, y en la sentencia dictada en apelación de nuevo la condena es *con los frutos ó rentas producidos desde la contestacion á la demanda*, entrándose en casación únicamente a discutir desde qué época se meritaron. Extraída de *Jurisprudencia Civil*, tomo VII, 1862, sentencia núm. 309, págs. 773 y 774.

²³³ PASO Y DELGADO, NICOLÁS DE, *Novísimo manual de práctica forense*, Granada, Imprenta de D. Paulino Ventura y Sabatel, 1870, pág. 28. En el siguiente párrafo distinguió claramente estos conceptos de otros, aglutinándolos bajo la palabra “productos”, afirmando que: “Suele ocurrir, que además de los productos, hay que reclamar accesiones ó aumentos que la cosa ha tenido, y tambien mejoras de aquellas que son perdidas, por la mala fe con que se hacen ó por la clase á que corresponden”.

iba reclamando, cuyo único límite era el solicitarlo, aunque fuera de una forma totalmente genérica²³⁴. Finalmente, para cerrar este apartado, apuntaré simplemente que, con la nueva normativa procesal civil sobre las demandas, se consiguió establecer un cierto paralelismo (ahora ya sí) en relación con lo regulado en esta materia en el **ámbito procesal mercantil**²³⁵.

1.5. LA REGULACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881.

1.5.1. Introducción.

El antecedente inmediato del actual artículo 219 LEC se hallaba recogido en el artículo 360 de la LEC de 1881 (en adelante ALEC)²³⁶. El estudio en este apartado de la

²³⁴ De esta forma, lo único que dejó claro al respecto la jurisprudencia fue que estos conceptos accesorios se tenían que peticionar, no pudiéndose condenar a los mismos de oficio. Así, la **Sentencia de 12 de abril de 1866**, sobre el avalúo de una serie de heredades en relación a una partición de bienes, expresamente recogió, después de considerar la sentencia recurrida en casación era ajustada a lo prescrito en los artículos 61 y 62 LEC 1855, que: *Considerando que por no haberse deducido por las partes pretension alguna acerca de los frutos, intereses, daños ó perjuicios que debieran abonarse, no ha podido hacerse en la sentencia declaracion de ninguna especie sobre tales extremos, y no se ha infringido por lo tanto el art. 63 de la citada ley [LEC 1855].* Extraída de *Jurisprudencia civil*, tomo I, 1866, pág. 464.

²³⁵ Para ello recojo, nuevamente, las enseñanzas de GOMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J. M., quienes defendieron que, en este ámbito: “Los tribunales pueden desechar de oficio las que se propongan confusa ó indeterminadamente, y en caso de que no lo hicieren, podrá reclamarlo así la parte que se considere perjudicada (4).” *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, opus cit., pág. 360; en (4), y a pie de la antedicha página, refieren los artículos 41 y 42 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil. Por tanto, había idéntico tratamiento procesal para la demanda defectuosa en ambos ordenamientos, lo que también se puede predicar con respecto a las sentencias, en las que vale lo dicho con respecto a la LEC de 1855. Ello no debe sorprender si se recuerda que ésta última siguió, en este tema, lo reglado en la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830. Véase en prueba de lo anterior, lo que también expusieron los citados GOMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J. M.: “La sentencia ha de contener decision espresa, positiva y precisa con arreglo á las acciones deducidas, condenando ó absolviendo en el todo ó en parte, y fijando la persona condenada y absuelta y la cosa sobre que recae la absolucion ó condenacion (3). Si contuviese condenacion de frutos, réditos ó daños debe fijar, ó bien la cantidad de la condenacion si resulta liquida, ó al menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidacion, y cuando no haya méritos ni para lo uno ni para lo otro, se reserva para el juicio correspondiente la accion sobre los frutos, réditos ó daños. Por último, ha de contener tambien espresa condenacion de costas cuando el actor no prueba ó desampara su accion, las cuales se imponen al demandado cuando fuere contumaz (4).” Ídem, pág. 459; en (3), y a pie de la antedicha página, reseña el artículo 91 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil; y en (4) los artículos 93, 165 y 168 de la misma.

²³⁶ Esta norma se aprobó por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 y se basó en los presupuestos establecidos por las diecinueve bases fijadas en la Ley de Bases encargada por el ministro de Gracia y Justicia a la Comisión de Codificación, presidida por Alonso Martínez. Estaba formada por 2.181 artículos repartidos en tres libros: el primero referente a disposiciones comunes, y el segundo y tercero a las jurisdicciones contenciosa y voluntaria respectivamente. ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO, afirma que se trata del más extenso cuerpo legal no sólo de España sino incluso la más amplia ley de procedimiento civil de Europa; esto último al parecer se debió a que incluía la jurisdicción voluntaria, que no se solía incluir en las leyes procesales de los restantes países. *Curso de Historia del Derecho*, 6ª edición, Madrid, 1990, pág. 920.

sentencia con reserva se limitará a una exposición general de la misma y a una sucinta relación de los autores que la comentaron hasta los años veinte del pasado siglo. Los motivos de este método son dos. En primer lugar, y como se verá, valdrán para un enfoque histórico de esta cuestión en la LEC de 1881 la mayoría de las reflexiones expuestas en relación a la LEC 1855, al ser muy parecidas ambas normativas, de las que sí resaltaré las diferencias, no variando tampoco sustancialmente la doctrina²³⁷ ni la jurisprudencia relacionadas con esta materia durante las primeras décadas de su vigencia. Por otro lado, y en aras a evitar redundancias, se dejarán los temas más de fondo solamente apuntados, para analizarlos conjuntamente con la regulación de la LEC 2000, al aparecer a partir de los años treinta nuevos enfoques doctrinales y nuevas reflexiones en el foro que valdrán igualmente para ambas normativas, pues estuvo aquélla vigente hasta hace poco más de una década. Sólo se citarán autores más modernos en aquellos casos en que el discurso lo requiera.

1.5.2. Regulación legal, del inextricable entrelazamiento entre los artículos 359 y 360 ALEC y de las consecuencias del mismo en la configuración de la incongruencia *citra petita* y en la dinámica interna de la sentencia con reserva bajo la vigencia de la ALEC.

Como se ha apuntado, el precepto que regulaba en la anterior ley de enjuiciamiento las sentencias con reserva de liquidación era el **artículo 360 de la LEC de 1881**²³⁸, el cual prescribía que:

²³⁷ La doctrina de la época no abordó la mayoría de los temas tratados en el punto anterior, de una forma novedosa. Así, por ejemplo, la cuestión de la **acción** seguía enfocándose a la manera antigua; v. gr. FÁBREGA Y CORTÉS, MAGÍN, seguía recogiendo la definición de la misma de Celso y, en cuanto a su clasificación, también seguía empezando con la manida diferenciación entre acciones reales, personales y mixtas. *Apuntes de Procedimientos judiciales*, Barcelona, Sociedad Anónima La Neotipia, 1907, págs. 334 y 335. Exactamente lo mismo se puede decir en cuanto a la cuestión de las **tutelas reconocidas**, hilando FÁBREGA, M., estas tutelas con la ley 15 del título 22 de la Partida 3ª y con el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al afirmar la necesidad de acabar condenando o absolviendo, estando abolida, en el ámbito civil, la absolución de la instancia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en 1849. Ídem, pág. 398. Deberemos esperar, por tanto, a autores más originales y científicos, surgiendo la mayoría a partir ya de los años cuarenta (empezando por el pionero Beceña, y siguiendo por Prieto-Castro, Guasp, Fairén, Fenech, Gómez Orbaneja...), para empezar a vislumbrar importantes avances en estas materias.

²³⁸ Para una edición comparada de la ALEC y la actual LEC se puede acudir a *La Nueva y la Derogada Ley de Enjuiciamiento Civil Comparadas*, edición preparada por MIRA ROS, CORAZÓN, Madrid, Editorial EDIJUS, S.L., 2000.

Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.

En primer lugar, y desde un punto de vista **topológico**, se observa que dicho artículo 360 ALEC se encuadraba dentro de la Sección Primera (“De las sentencias”, artículos 359 a 368) del Título VIII (“Del modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales”) del Libro I (“Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria”). En segundo lugar, y desde un punto de vista meramente **terminológico**, se percibe que la sentencia que regulaba el primer párrafo del artículo 360 ALEC se ceñía al supuesto de hecho de la “condena de frutos, intereses, daños o perjuicios”, estableciéndose en el segundo párrafo, después de la ya consabida doble imposibilidad que el mismo enunciaba, que dicha condena se hacía “a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia”²³⁹. Como sucedió con la LEC de 1855, lo normado en el citado artículo 360 ALEC se ha de relacionar con lo dispuesto en otros preceptos, si se quiere esclarecer el motivo por el cual se diferenciaban este tipo de sentencias de los demás pronunciamientos de condena. Bastaría, en principio, con lo prescrito en el **artículo 359 ALEC**:

Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes²⁴⁰ con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones

²³⁹ En cuanto al uso de estos términos FENECH, MIGUEL, al relacionar este precepto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, simplemente enunció: “Sentencia condenatoria a indemnización de daños o a rendición de cuentas”. *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, Volumen II, Artículos 72 al 459, Madrid, Aguilar, S.A. de Ediciones, 1956, págs. 3408 a 3469. Por su parte, ARIAS LOZANO, D., afirma que tanto condena “con reserva” como “a reserva” o “genérica” serían “términos sinónimos para designar cualquier condena a prestación ilíquida –frutos, intereses, daños o perjuicios-, aquella que precisa de liquidación antes de poder, voluntaria o forzosamente, cumplirse.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., nota a pie de la pág. 11141.

²⁴⁰ Muchos fueron los procesalistas que, ya en un primer momento, abordaron estos requisitos de la sentencia, a los que FÁBREGA, M., denominaba como “intrínsecos”. *Apuntes de Procedimientos judiciales*, opus cit., págs. 397 a 400. Concretamente dicho autor relacionaba, en las anteriores páginas, directamente la necesidad de que la sentencia fuera clara y precisa con la ley 5, título 22 de la Partida 3ª, y la necesidad de congruencia con la ley 16, de los mismos: título y Partida. Poco nuevo aportaron los autores de la época a lo ya comentado; v. gr., GUTIERREZ-CAÑAS GUTIERREZ, DEMETRIO, parece

que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Cuando éstos hubieren sido varios, se hará, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Precepto al que cabría también añadir lo regulado en el **artículo 361 ALEC**:

Los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito.

Del tenor de los anteriores preceptos llama poderosamente la atención, en cuanto al tipo de **tutelas reconocidas**, el cambio de dicción del art. 359 ALEC (*haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado*) con respecto al de su inmediato precedente art. 61 LEC 1855 (*declarando, condenando ó absolviendo de la demanda*). El motivo de esta variación lo aclararon ya QUINTÍN PALACIOS y MIGUEL Y ROMERO, quienes arguyeron que: “En la antigua ley de enjuiciar, se disponía que la sentencia debía dictarse *declarando, absolviendo o condenando* y aunque la vigente ha suprimido el primero de dichos términos, no ha querido derogarle en absoluto y precisamente en la práctica se continua empleando, porque en muchas cuestiones es imposible absolver o condenar sin declarar previamente el derecho discutido a favor del demandante o del demandado; la reforma no ha tenido otro objeto que *evitar que se dicten por los Jueces resoluciones ambiguas o intermedias* en las que, lejos de determinar de modo categórico y concreto por parte de quien está la razón, se limiten a declarar la existencia del derecho sin absolver ni condenar a ninguno de los litigantes, olvidándose de que, *sententia de finit totam litem.*”²⁴¹

que sólo reconoció las hoy llamadas sentencias constitutivas, cuando afirmó que: “Las Sentencias por lo mismo que deciden sobre lo principal del juicio, y por ellas se resuelven, crean, modifican ó extinguen derechos y obligaciones, han merecido en todos tiempos que la ley determine con precisión los extremos que deben tener, especialmente desde que se exige que sean fundadas.” *Ensayo sobre la Filosofía del procedimiento judicial, la técnica y la moral en el foro*, tomo I, Valladolid, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, 1900, pág. 271.

²⁴¹ PALACIOS Y HERRANZ, QUINTÍN y MIGUEL Y ROMERO, MAURO, *Tratado de Procedimientos Judiciales*, segunda edición, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez y Valladolid, Tipografía de Andrés Martín Sánchez, 1925, pág. 727.

Por otro lado, obsérvese (como ya sucedía en la LEC que la precedió) cómo estos preceptos se hallaban entrelazados, regulando el artículo 359 ALEC cómo debían ser todas las sentencias, precepto de carácter regular y general, el cual se complementaba con la **norma especial/excepcional** establecida en el mentado artículo 360 ALEC (sobre este punto se volverá posteriormente, al analizar su naturaleza jurídica). De forma idéntica a lo examinado en la LEC de 1855, esta última limitaba su ámbito de aplicación a las sentencias de condena (punto controvertido que también se analizará al tratar su naturaleza jurídica) que se dictaran en relación a los casos tipificados en su párrafo primero pero, a diferencia de su inmediata antecesora, en estos supuestos, y dándose la ya estudiada doble imposibilidad de liquidar/fijar las pertinentes bases, se permitía dictar una sentencia con reserva *de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución* de esa misma sentencia.

Ahora bien, relacionando nuevamente ambos preceptos (arts. 359 y 360 ALEC), sorprende la ingente jurisprudencia que abordó el segundo de ellos, lo que me hace coincidir con los autores que defienden que, bajo la regulación de 1881²⁴², las condenas con reserva **se utilizaron frecuentemente**, configurándose (nominalmente) como una especie del género de las sentencias de condena. Ahora bien, releyendo con atención la norma, se observa diáfano cómo las sentencias con reserva eran una excepción a la mencionada regla regular y general²⁴³ consistente en el tener que fijar en la sentencia la cantidad líquida que se reconocía en el marco de la cantidad, también líquida, reclamada. O dicho de otra manera, el hipertrofiado uso de las mismas no varió su carácter excepcional.

La anterior conexión entre ambas normas fue ya examinada por uno de los más reputados comentaristas de la LEC de 1881: JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO²⁴⁴, quien relacionó el estudio del artículo 360 ALEC con el del 359

²⁴² Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *Notas sobre las sentencias con reserva de liquidación*, en *Práctica de Tribunales*, Año III, Número 26, Abril 2006, págs. 17 a 29.

²⁴³ Así, por ejemplo, CORDÓN MORENO, FAUSTINO, cita jurisprudencia que sigue esta interpretación. En esta línea se hallan la STS de 22 de mayo de 1884, de 14 de julio de 1988, 22 de febrero de 1991, de 22 de junio de 1991, de 18 de noviembre de 1991, de 5 de marzo de 1992 y de 28 de julio de 1995. En todas ellas existe un punto en común que no es otro que la consideración como más o menos excepcional de la posibilidad de utilizar la reserva de liquidación para la ejecución de sentencia. *El Proceso de Ejecución*, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., A Thomson Company, 2002, pág. 91.

²⁴⁴ Existen diversas ediciones de sus famosos *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880: con los formularios correspondientes a todos los juicios*. De las diversas consultadas, se ha seguido especialmente la cuarta edición de RIVES

ALEC²⁴⁵ iniciando su análisis con las siguientes y sugerentes palabras: “Se comprenderá la grande importancia de estos dos artículos sin más que considerar que en ellos se establecen los principios, con sujeción a los cuales tribunales y jueces han de pronunciar las sentencias, ya sean resolutorias de la cuestión principal del pleito, ya sean incidentes para los cuales prevenga la ley esta forma de fallo.”²⁴⁶ De las anteriores palabras se deduce que los primeros comentaristas de la ALEC ya habían **disociado** completamente **sentencia con reserva** y **liquidación de lo accesorio**²⁴⁷, conexión que se había ido debilitando desde la misma aparición de aquella. Esta relación entre los artículos 359 y 360 ALEC será puesta de relieve por muchos otros autores en el decurso de las siguientes décadas, principalmente al abordar el estudio de la **congruencia de las sentencias**²⁴⁸.

Y MARTÍ, FRANCISCO DE P., *augmentada con la jurisprudencia posterior y arreglada a los últimos textos y disposiciones legales que derogan y modifican algunos de los preceptos de dicha ley*, tomo II, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1919, en la que, a pie de sus páginas 107 a 110, amplía la jurisprudencia referente a este artículo 360 ALEC.

²⁴⁵ El artículo 359 ALEC abordaba fundamentalmente la problemática de la congruencia de las sentencias y recibió una gran atención por parte de la doctrina, existiendo varias monografías sobre el tema. Cfr. ARAGONESES ALONSO, PEDRO, *Sentencias Congruentes, Pretensión, Oposición, Fallo*, Madrid, Aguilar, S.A., de Ediciones, 1957; MILLAN, CARLOS, *La incongruencia civil*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1983; DE PADURA BALLESTEROS, MARÍA TERESA, *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Madrid, McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A.U., 1998; sin olvidar la citada *Doctrina procesal del Tribunal Supremo*, Vol. II de FENECH, M., en la que se dedican las páginas 2697 a 3408 a dicho precepto. En este mismo volumen, se refieren las siguientes páginas 3408 a 3469 al artículo 360 ALEC; simplemente comparando el número de páginas que este último autor otorga a la jurisprudencia vertida en relación a ambos preceptos, nos podemos hacer una idea de la diferente atención que suscitaron ambos artículos.

²⁴⁶ *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., pág. 94. Como observó este autor, el artículo 360 de la LEC de 1881 no se crea “ex novo” sino que se ha de engarzar con el anterior artículo 63 de la LEC de 1855 (*vid.* apartado anterior de la presente obra).

²⁴⁷ Por otra parte, sostenía también este autor que ambos preceptos se referían al fondo, a los requisitos internos de las sentencias, no perteneciendo, por tanto, al orden del procedimiento. Justamente por ello el Tribunal Supremo los admitía como motivo de casación en el fondo, como también sucedió con sus antecesores: artículos 61 a 63 LEC de 1855. Aún así, el citado autor afirmaba que: “No se entienda por esto que los creamos mal colocados en la presente ley; siendo la sentencia el objeto y fin del pleito, a la ley que ordena el procedimiento corresponde dictar las reglas para terminarlo”. Ídem, pág. 95. Sobre ello se volverá al abordar el **recurso de casación** en relación con lo regulado sobre esta materia en la LEC del 2000.

²⁴⁸ A ello se dedica un apartado posterior de la presente obra. Anticiparé únicamente la posición de ARAGONESES, P., a los efectos de esbozar en este momento dicha problemática. Concretamente, el citado autor, analizó el artículo 360 ALEC al estudiar la **incongruencia “citra petita”** por “Aplazamiento de la resolución”. Cfr. páginas 130 a 136 para el tema de la incongruencia “*Por aplazamiento de la resolución*”, y más concretamente páginas 132 a 136 sobre la “*Condena genérica*” en *Sentencias Congruentes...*, opus cit. Como comenta dicho autor (y como ya se apuntó en el examen de la LEC 1855), cabe recordar que uno de los tipos de incongruencia por omisión se produce “por no decidir sobre las cuestiones que han sido objeto del debate en los casos en que se aplaza la decisión.” Ídem, pág. 130. Relacionando lo anterior con la “*Condena genérica*”, percibió este jurista que la misma se configura como: “Un aspecto particular del aplazamiento [...] aplazamiento para la ejecución.” Ídem, pág. 132. Aquí siguió el comentario de Guasp sobre este tipo de condena, al que me referiré posteriormente (en este

Derivada de la anterior configuración del artículo 360 ALEC como excepción a la norma general que contenía su inmediato predecesor (artículo 359 ALEC)²⁴⁹, se conformaba la **dinámica interna de la sentencia con reserva**. En relación a la misma, ya REUS²⁵⁰ afirmó que este artículo 360 ALEC contenía “tres disposiciones, que establecen una especie de gradación sobre lo que los Jueces y Tribunales deben hacer en el punto de que se trata, y cuya importancia no puede desconocerse.”²⁵¹ De esta forma, en primer lugar se debía intentar fijar el importe en cantidad líquida. Como “primera regla supletoria [...], por lo menos, se habrán de fijar las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación”. Y como, sostuvo seguidamente, “sólo para el último caso de no ser posible lo uno ni lo otro [...], en concepto de segunda disposición supletoria, [...] se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.”²⁵²

mismo punto del trabajo), acudiendo directamente a la fuente original. De forma similar al anterior, muchos fueron los que observaron que la relación entre este tipo de incongruencia (llamémosle “por aplazamiento”) y la sentencia con reserva de liquidación, pivotaba sobre el alcance que debía tener el contenido de la misma; es decir, sobre si aquélla se podía circunscribir a la cuestión de la existencia del crédito, o si, además, debía abordar la problemática referente a su importe. Sin perjuicio de analizar con mayor profundidad este tema en un punto posterior del presente estudio (pues dicha problemática sigue subsistiendo con el artículo 219 LEC), cabe apuntar que esta cuestión se centraba en el segundo párrafo del mencionado artículo 360 ALEC, y que la jurisprudencia se ocupó con prontitud de colocar los límites para considerar cuándo el aplazamiento para la ejecución de la correspondiente liquidación infringía el principio de congruencia. Nótese que ARAGONESES, P., denomina a este tipo de sentencias de “condena genérica”, lo que él mismo relaciona (a pie de la página 133 opus cit.) con la ya citada obra de Calamandrei, P., *La condanna genérica ai dani*. Finalmente destacaré la jurisprudencia que relaciona este autor en este punto; concretamente y con respecto a la incongruencia “por aplazamiento de la resolución” extracta las STS de 22-11-1881, de 25-9-1889, de 7-2-1890 y de 24-4-1929; y, específicamente con respecto a la “condena genérica”, extracta las sentencias de 11-11-1882 sobre infracción del art. 61 LEC 1855, de 7-7-1891, de 4-7-1893, de 4-6-1902, de 21-11-1907, de 4-7-1925, de 29-11-1930, de 22-1-1934 y de 1-3-1954 (*vid.* el apartado referente a la congruencia de las sentencias de este mismo trabajo).

²⁴⁹ Este carácter de excepción también ha sido resaltado por RIBELLES ARELLANO, JOSÉ MARÍA, cuando asevera que: “Este precepto [el art. 360 ALEC] venía considerándose como una excepción a los principios de exhaustividad y congruencia de las sentencias proclamados en el artículo 359 de la misma Ley, por cuanto permitía al tribunal, de no ser posible fijar el importe líquido de la condena ni las bases con arreglo a las cuales debía hacerse la liquidación, dictar una sentencia de <<condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de sentencia>>.” FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFÀ SOLER, JOSÉ MARIA; VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Barcelona, Iurgium, primera reimpresión de febrero 2001, pág. 846.

²⁵⁰ Cfr. *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881...*, opus cit., págs. 237 y ss.; dedica al artículo 360 ALEC concretamente las páginas 241 *in fine* a 243 *ab initio*. En la página 237 recoge una interesante reflexión sobre el término sentencia, palabra que deriva de la voz latina *sentiendo*, sintiendo; “el Juez declara ó decide en el pleito según lo que *siente* ú opina”. También recoge la definición de SALA según la cual la sentencia “es la decisión legítima del Juez sobre pleito ó causa ante él controvertida.”

²⁵¹ Ídem, pág. 242.

²⁵² Advierte REUS, E., que “el importe de las costas no puede servir de base al efecto de apreciar el valor de la costa litigiosa.” Ídem, págs. 242 *in fine* y 243 *ab initio*. Aporta como jurisprudencia la sentencia de 4 de enero de 1858 según la que: “La sentencia en que se condena a la devolución de frutos, debe marcarlos o consignar bases con arreglo a las cuales pueda llevarse a efecto.” Ídem, pág. 243. En la misma

Interpolando en este momento un enfoque posterior, cabe recoger que GUASP, exponiendo esa dinámica interna del precepto en la misma dirección que el anterior²⁵³, derivó de la misma dos grandes consecuencias. De un lado: “Que la parte no puede pedir discrecionalmente la condena genérica, sino sólo en el caso de que le sea imposible demostrar, durante el período de instrucción ordinario, la cuantía de lo que se le debe”. Ahora bien, este mismo autor seguidamente reflexionaba diciendo que “sin embargo, en la práctica, tal facultad discrecional existe porque, de probar sólo la existencia de la deuda y no su cuantía, el Juez en la sentencia no tendrá otro remedio, salvo la utilización eficaz de una de las <<diligencias>> para mejor proveer, que hacer la reserva que establece el art. 360².”²⁵⁴ De otro lado concluía: “Que aunque la parte no

dirección, SIDRO Y SURGA, JOSÉ, consideraba que, en cuanto al segundo párrafo del artículo 360, no se debía tomar en cuenta el importe de las costas para juzgar el valor de la cosa litigiosa, aportando como jurisprudencia la Sentencia de 18 de diciembre de 1866. *La Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada con sujeción a las bases establecidas en la Ley de 21 de junio de 1880, y publicada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881. Concordada con sus precedentes y, anotada con numerosas disposiciones prácticas, y las reglas de jurisprudencia que le son aplicables, según sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, con el fin de hacer fácil su ejecución y cumplimiento a todos los funcionarios del poder judicial*, Madrid, Imprenta de J. Cruzado, Peñón, 7, pág. 108. Curiosamente BROCA, G. M^o., únicamente hace mención al relacionar este artículo 360 ALEC (a pie de página) al caso de las costas, conectando con el acceso al recurso de casación, afirmando que: “El Tribunal Supremo ha declarado en muchas sentencias que la Sala sentenciadora resuelve definitivamente sobre las costas, no siendo admisible por la sola razón de éstas el recurso de casación. Pero cuando en primera instancia se condena a costas a una de las partes, la cual interpone apelación exclusivamente sobre este extremo, la sentencia que sobre él recaiga tiene el carácter de aquellas contra las que procede el recurso de casación. (*Sent. 11 noviembre 1861.*)”. *Manual de Formularios ajustados a la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones legales de carácter procesal*, undécima edición adicionada según las disposiciones vigentes por el Dr. D. Mariano Rubió Tudurí, Tomo I, Barcelona, Librería Bosch, 1926, pág. 122. Por tanto, no realiza adición alguna con respecto a su *Manual de Formularios ajustados á las leyes de Enjuiciamiento civil y demás de igual índole*, novena edición, Barcelona, Librería de Agustín Bosch, 1913, en la que hace idéntica referencia a pie de su página 145.

²⁵³ Concretamente argumentó que el artículo 360 ALEC sólo admitía la condena genérica con carácter subsidiario, lo que comportaba que: “En primer término, [...] en la sentencia debe fijarse su importe líquido”. GUASP, JAIME, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo Primero, Madrid, Editor: M. Aguilar, 1943, pág. 977. En congruencia sostenía que: “Por lo tanto, el supuesto normal es el de que dicha condena genérica no exista: [...], la sentencia no sólo debe declarar la existencia de la obligación sino su cuantía, determinando su importe líquido, esto es, expresándolo numéricamente mediante una cifra.” Ídem, págs. 977 y 978 *ab initio*. A continuación comentó que: “Por ello, la parte, durante el período instructorio del proceso e incluso el Juez utilizando los medios que la ley concede: <<diligencias>> para mejor proveer del art. 340, deben aportar y probar los datos necesarios para la decisión de ambas cuestiones: la de la existencia y la de la cuantía.” En su defecto debían fijarse “las bases con arreglo a las cuales haya de hacerse la liquidación”. Ídem, pág. 978. GUASP, J., definía las bases de liquidación como “aquellos datos que permiten, sin la práctica de nuevos actos instructorios, llegar a la determinación de una cantidad líquida”. Sólo cuando lo anterior no fuera posible cabía la condena genérica, la cual se realizaba reservando para la ejecución de la sentencia la fijación de “su importancia”. Por tanto, y al igual que en la LEC 1855, sólo cabía este tipo de condenas cuando a la parte le resultara imposible demostrar la cuantía de lo debido.

²⁵⁴ Ídem, pág. 978.

pueda la condena genérica, puede el Juez establecerla en caso de imposibilidad de fijar la cuantía sin que por ello incurra su fallo en incongruencia”²⁵⁵. En cuanto a esa dinámica del precepto cabe aseverar que, en parecido sentido a los anteriores, se pronunciaban los restantes procesalistas de la época²⁵⁶.

1.5.3. Mecánica procedimental.

En consonancia con la dinámica interna del propio precepto, el citado artículo 360 ALEC necesariamente se tenía que relacionar con el **artículo 928 ALEC**²⁵⁷, que

²⁵⁵ Ídem. El mismo autor señalaba que este tema era discutido. A favor de este punto de vista aportaba las Ss de 5 de mayo de 1922, 11 de abril y 13 de octubre de 1927 y 1 de marzo de 1930. En contra las Ss de 27 de diciembre de 1915, 21 de diciembre de 1921 y 15 de marzo de 1917.

²⁵⁶ Por citar algunos, se puede mencionar a PALACIOS Y HERRANZ, Q., y MIGUEL Y ROMERO, M., quienes se limitaron a exponer que: “También puede contener la sentencia expresa condena de *costas*, fundada en la temeridad o en la mala fe de alguna de las partes. Y de *frutos, intereses, daños, o perjuicios*, en cuyo caso hace falta fijar en la sentencia su importe en cantidad líquida, o las bases a que la liquidación ha de someterse, de conformidad siempre con la prueba practicada en el pleito, y solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se determinará aquella en los trámites de ejecución de sentencia.” *Tratado de Procedimientos Judiciales*, opus cit., págs. 726 *in fine* y 727 *ab initio*. O a ORTIZ ARCE, DAVID, quien sostuvo que: “Las sentencias se redactarán expresando: [...]; 4.º, se pronuncia, por último, el fallo claro, preciso y congruente, absolviendo o condenando y resolviendo cuantos puntos hayan sido objeto del debate, y si hay condena de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijando su importancia en cantidad líquida o las bases para liquidar, y a no ser esto posible, reservándolo para la ejecución de la sentencia.” *Procedimientos judiciales: obra ajustada al Programa de Oposiciones a Notarías determinadas*, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1924, pág. 55. Por su parte, AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE, y P. RIVES Y MARTÍ, FRANCISCO DE, sobre este extremo simplemente comentan que: “cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, excepto en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, en cuyo caso se hará la condena con reserva de fijar su importancia, y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.” *El Derecho Judicial Español*, tomo II, Madrid, editorial Reus (S.A.), 1923, pág. 447; a pie de la misma, manifiestan que los artículos 359 y 360 LEC 1881 tenían el mismo contenido que los **artículos 284 y 285 del Código de procedimiento civil de la zona de protectorado español en Marruecos**.

²⁵⁷ Este era el primero de los preceptos que regulaban el procedimiento incidental de liquidación de daños y perjuicios (artículos 928 a 931 ALEC), normándose también el procedimiento relativo a los frutos, rentas, utilidades y productos (artículos 932 a 945 ALEC), el de rendición de cuentas (artículo 946 ALEC) y el de frutos en especie (artículos 947 y 948), todos ellos incluidos en la Sección 1ª (De las sentencias dictadas por los Tribunales y Jueces españoles), del Título VIII (De la ejecución de las sentencias), del Libro II (De la jurisdicción contenciosa). En relación al anterior bloque normativo, es conveniente hacerse eco de la opinión más o menos extendida, de que la regulación referente a la ejecución de sentencias históricamente ha adolecido de cierta dejación legislativa, jurisprudencial y doctrinal. A pesar de ello, algunas materias han sido objeto de análisis y estudio. A título de ejemplo ORTIZ DE ARCE, D., afirmaba que: “Las reglas más importantes que da la ley son las que se refieren a las condenas de indemnización de daños y perjuicios; en ellas vienen a refundirse, según hemos visto, otras condenas, resultando, en definitiva, la verdadera garantía de la mayor parte de los deberes jurídicos, que por no ser coercibles directamente reciben el calificativo de imperfectos.” *Procedimientos judiciales...*, opus cit., pág. 119. La gran importancia que da este autor a la indemnización de daños y perjuicios permite que se explaye en la misma aunque, en mi opinión, de una forma algo desafortunada pues, en su escrito, parece confundir la excepción con la regla general al afirmar que: “El que obtuviere una sentencia que contenga indemnización de daños y perjuicios presentará, con la solicitud en que se

establecía: *Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en aquélla las bases para la liquidación, el que haya obtenido la sentencia presentará, con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose, en su caso, a dichas bases.* A diferencia de lo que estableció su predecesora de 1855, en el artículo 360 de la ALEC se permitía, cuando no era posible la fijación del importe líquido ni las bases para ello, condenar reservando la determinación de la cuantía de esa condena a la ejecución de la sentencia. Es por ello que el artículo 928 ALEC partía de una sentencia en la que no se fijaba un importe en cantidad líquida, siendo aplicable **con independencia de que se hubiera podido fijar o no unas bases** para ello (*háyanse establecido o no en aquélla las bases para la liquidación*). Esta importante conexión fue analizada por la jurisprudencia y por la doctrina con cierto detenimiento²⁵⁸, dándose en ocasiones una visión sobre la misma, que luego la realidad se encargará de refutar, que partía de la supuesta simplicidad de estos trámites. En este sentido consideraba MANRESA²⁵⁹ que “ninguna dificultad puede ofrecer el que se fije su importancia y se haga efectiva por los trámites breves y sencillos que se establecen en los artículos 923 y siguientes para la ejecución de las sentencias que contiene tales condenas”. A la par, se afirmaba la escasez de supuestos en que sería necesario el dictado de una sentencia totalmente ilíquida; el mismo

reclame el cumplimiento, una relación del importe de éstos...”; siendo éste caso en realidad una excepción a la norma general regulada en el anterior artículo 360. Semejante reduccionismo padece este autor cuando trata del caso del pago de una cantidad determinada de frutos en especie y del supuesto de la rendición de cuentas de una administración y de entrega del saldo de las mismas, siendo necesario acudir en el estudio de esta materia a otros autores más autorizados (como por ejemplo Manresa) para poder hacer una correcta intelección de la susodicha regulación.

²⁵⁸ V. gr., y relacionando ambas, FENECH, M., conectaba ambos preceptos afirmando que era el artículo 928, justamente en relación con el 360, el que permitía que en una sentencia condenatoria se hiciera la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia: “siendo potestativo del Juzgado o Tribunal –según la jurisprudencia- adoptar cualquiera de estos criterios (SS 23 diciembre 1902, 26 octubre 1906, 14 junio 1907, 12 febrero 1908, 13 mayo 1913, 28 junio 1922, 27 mayo 1924, 1 de marzo 1926 y 8 octubre 1928)” aunque el mismo autor reconocía que si la sentencia fijaba la cantidad era ésta la que se había de ejecutar. *Derecho Procesal Civil, Introducción. Procedimientos ordinarios de declaración y de ejecución*, Agesa, Madrid, 1980, pág. 548.

²⁵⁹ Quien también compartía con los demás autores de su época parecida visión de la dinámica interna del art. 360 ALEC, al afirmar que era carga de las partes el hacer “prueba conveniente” sobre la fijación de dicha cantidad, siendo factible acordarse para “*mejor proveer*” aquellas diligencias que permitía el artículo 340 ALEC. *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., pág. 105. Ahora bien, cuando “no puedan reunirse en el proceso datos bastantes para que el juez forme juicio acerca del importe en que deba fijar la cantidad líquida” se debía fijar “por lo menos [...] las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación”. De forma subsidiaria a las dos anteriores posibilidades “cuando no pueda fijarse en cantidad líquida” el correspondiente importe “ni tampoco establecerse las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación” es cuando se debía hacer uso de la condena con reserva de liquidación en sede de la ejecución de la sentencia. Ídem, pág. 106.

MANRESA comentó que: “Muy raros serán los casos en que no puedan fijarse las bases para la liquidación, o en que no vayan indicadas en los términos de la misma sentencia.”

Por tanto, **en teoría**, estos incidentes deberían partir **normalmente** de unas **bases** predeterminadas en la sentencia. En este punto, el mismo MANRESA²⁶⁰ ejemplificó cómo se debía dictar la correspondiente condena, dependiendo de si ésta se refería a frutos, intereses o daños y perjuicios. De esta forma en cuanto a los **frutos** se debían fijar “las bases con arreglo a las cuales ha de abonarse la liquidación, que son: 1.^a, la clase de frutos que han de abonarse, y 2.^a, el tiempo o período, dentro del cual han de haber sido producidos.” En el supuesto de los **intereses** “necesariamente ha de fundarse la condena en la mora o en el pacto” y en relación a los **daños o perjuicios** “como el que los reclama tiene la obligación de probar haberlos sufrido, o la existencia de ellos, y la culpa del que se supone obligado a prestarlos, [...], en la apreciación de esos hechos y en los fundamentos de la condena estarán las bases para su liquidación”²⁶¹.

En cuanto a los **diversos incidentes de liquidación** que se articulaban **en la ejecución**, los mismos se normaban dentro del Libro II (*De la jurisdicción contenciosa*), Título VIII (*De la ejecución de las sentencias*), Sección 1^a (*De las sentencias dictadas por los Tribunales y Jueces españoles*) de la ALEC²⁶². Esta regulación fue estudiada desde diversas perspectivas²⁶³. No pretendiendo este trabajo analizar detalladamente la referida regulación baste, por su claridad, la visión general que sobre dicho tema aporta MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ²⁶⁴. Este autor dividía los anteriores procedimientos en dos: uno de carácter específico, cuando la sentencia contenía una condena ilíquida a indemnizar daños y perjuicios²⁶⁵ (arts. 928 a 931 y, en

²⁶⁰ Ídem, pág. 107.

²⁶¹ En todos estos supuestos, si no era posible fijar ni la cantidad líquida ni las correspondientes bases para su liquidación, se acudía a la ejecución de la sentencia para fijar su importancia “con audiencia de ambas partes, por el procedimiento que se establece en los artículos 928 y siguientes.”

²⁶² Abarcando la regulación de cada uno de ellos los siguientes artículos:

- a) El procedimiento relativo a los daños y perjuicios: artículos 928 a 931.
- b) El procedimiento relativo a los frutos, rentas, utilidades y productos: artículos 932 a 945.
- c) La rendición de cuentas: artículo 946.
- d) Los frutos en especie: artículos 947 y 948.

²⁶³ Cfr. SIDRO Y SURGA, J., *La Ley de Enjuiciamiento Civil...*, opus cit., que incluye una interesante introducción y recoge las 19 bases de la Ley de 21 de junio de 1880.

²⁶⁴ FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Procesal Civil III*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1997, Madrid, págs. 207 y ss.

²⁶⁵ Demostrándose nuevamente cómo este concepto va adquiriendo progresivamente mayor relevancia. Así se reflejaba desde hacía tiempo en la doctrina, v. gr., ROBLES POZO, JOSÉ, *Derecho Procesal de España (Primera Parte)*, *La Ley y la Jurisprudencia vigentes del Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta

su caso, arts. 937 a 945), y otro de carácter general, que se utilizaría en los demás casos en los que hubiese de cuantificarse una condena ilíquida (arts. 933 a 945). Aunque también añadía un tercer procedimiento, cuando la sentencia condenase al pago de una determinada cantidad de frutos en especie (arts. 947 y 948) considerándolo afín al previsto para la obtención de una cosa mueble determinada.

1.5.4. Análisis comparativo con el artículo 63 de la LEC de 1855.

Como se concluyó en el estudio de esta materia en la Primera Ley de Enjuiciamiento Civil, en la misma se establecían (concretamente en su citado artículo 63) dos tipos de sentencias ilíquidas: la sentencia propiamente con reserva de liquidación, que obligaba al actor a acudir a un segundo declarativo, y la sentencia que fijaba unas bases para la liquidación, que permitía el acudir a los incidentes regulados en los mencionados artículos 898 a 921 LEC 1855.

Si se compara lo prescrito en la LEC de 1855 con lo estudiado en relación a la LEC de 1881²⁶⁶, se observa que, tanto en un caso como en el otro, los artículos que regulaban

de la Revista de Legislación, 1888, en la que dedica a la “Demanda de daños y perjuicios” sus páginas 363 a 372, relacionando este tipo de demanda con los arts. 359 y 360 ALEC y con diversa e interesante jurisprudencia del Tribunal Supremo. O FÁBREGA Y CORTÉS, MAGÍN, *Apuntes de Práctica Forense (procesal segundo curso), Tomados de las explicaciones dadas por el Catedrático de la asignatura en la Universidad de Barcelona*, manuscrita, en la que únicamente recoge este supuesto al decir que: “Cuando en la demanda o en la contestación se han pedido daños y perjuicios debe la sentencia fijarlos si es posible, y en caso de imposibilidad fijar las bases sobre que habrán de calcularse.” Pág. 140. Idéntico contenido encontramos en su posterior libro: *Lecciones de Práctica Forense (segundo curso de procedimientos judiciales)*, segunda edición, Barcelona, Imprenta La Neotipia, 1921, pág. 113.

²⁶⁶ En las primeras obras que abordaron el análisis del artículo 360 ALEC se cita jurisprudencia anterior que engarza, obviamente, con la precedente normativa. Así, inserta dentro de BIBLIOTECA JUDICIAL, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Reformada, para las Islas de Cuba y Puerto-Rico*, Tomo Primero, Madrid, Establecimiento Tipográfico de P. Nuñez, 1885, se recogen las Sentencias de 23 de febrero de 1867, de 18 de diciembre de 1868, de 29 de noviembre de 1872, de 26 de mayo de 1873, de 17 de abril de 1874 y de 7 de julio de 1875 (a pie de página 120). Curiosamente en esta obra parece haber un error en la numeración del correspondiente articulado, relacionándose en el artículo 359 el contenido del artículo 360 ALEC. En este mismo sentido, aunque más exhaustiva y sin el anterior error, se puede acudir a la citada obra de ROBLES POZO, J., *Derecho Procesal de España...*, en la que se relaciona, haciendo un breve resumen de la misma, jurisprudencia anterior e inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la LEC de 1881. Concretamente cita, en cuanto a los *frutos*, la **sentencia de 4 de enero de 1858**, en la que se estableció que los mismos se deberán, en la sentencia, marcar “ó consignar las bases con arreglo á las cuales pueda llevarse á efecto”; en cuanto a las *costas* la **sentencia de 23 de diciembre de 1858**, afirmando que el importe de las mismas “no debe tomarse en cuenta para juzgar el valor de la cosa litigiosa”; finalmente, en cuanto a los *daños y perjuicios*, cita dos bloques de sentencias. Un primer bloque, **sentencias de 11 de marzo y 25 de mayo del 1882, 12 de octubre de 1877** y “otras” que no

las sentencias con reserva se configuraban como normas especiales/excepcionales; así, el artículo 63 LEC 1855 lo era en relación a lo prescrito en los artículos 61 y 62 LEC 1855, de forma equivalente a la relación que existía entre los artículos 360 (especialidad/excepción) y 359 y 361 (norma regular y general) LEC de 1881²⁶⁷.

En ambos preceptos, su dinámica interna, en concordancia con su naturaleza, era similar²⁶⁸, ciñéndose²⁶⁹ la diferencia entre ellos a lo que sucedía en el último de los

específica, de las que se derivaría que el que los demanda “tiene la obligación de probar haberlos sufrido ó la existencia de ellos, y la culpa del que se supone obligado á prestarlos, pues de otro modo no puede prosperar su reclamación porque en la aprobación de esos hechos y en los fundamentos de la condena estarán las bases para la liquidación cuando no haya sido posible fijar su importe en cantidad líquida”. El segundo bloque, en el que cita únicamente una **sentencia de 4 de enero de 1887**, refiere que: “Tanto el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento civil como la constante jurisprudencia de este Tribunal que se invoca en los dos motivos del recurso, presuponen como base fundamental de la condena de daños y perjuicios la prueba legal de su existencia; y por consiguiente que al condenar la Sala sentenciadora al abono de los daños y perjuicios que *hubiere* irrogado en las fincas litigiosas, infringe aquellas disposiciones legales, fallando sobre el punto en cuestión de manera incierta”. Pág. 250. También en la obra de EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS MUNICIPALES: *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881*, séptima edición, Madrid, Administración: calle de don Pedro, núm. I, 1894, se cita la Sentencia de 4 de enero de 1887 (a pie de sus páginas 145 y 146). Añade seguidamente (a pie de la página 146) “algunos axiomas” que había en la “jurisprudencia antigua” que relaciona con dicho artículo 360 ALEC como “reglas que deben tenerse presentes para condenar ó absolver al demandado”. En realidad recoge únicamente una máxima que, hoy en día, se relacionaría con el tema de la carga de la prueba (artículo 217 LEC), cuestión que se analizará pormenorizadamente al examinar la regulación vigente. Ese “axiomas” sería: “*Actore non probante, reus est absolvendum*”, lo que desarrolla afirmando: “que siempre que el demandante no pruebe su derecho, ha de ser absuelto el demandado. Nace de la presunción de derecho que hay siempre a favor del que posee”. Sigue posteriormente con lo que hoy se denominaría principio de aportación de parte: “El Juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes aun cuando él, por otros medios particulares, sepa lo contrario. Nace de la necesidad de evitar la arbitrariedad judicial”. Finalmente concluye este apuntamiento con la siguiente cuestión: “Cuando el demandante no prueba cumplidamente su acción ni el demandado sus excepciones, ¿qué se hará? Antes, á veces se *absolvía de la instancia* al demandado; declaración cuyos efectos eran dejar abierto el juicio y al actor se derecho á salvo para entablar la demanda en la forma correspondiente, en lo cual se distinguía de la *absolución de la demanda* que termina el litigio. Hoy no puede admitirse en lo civil esta absolución en la instancia que deja pendiente la contienda y dudosos los derechos”. Obsérvese que el autor de finales del siglo XIX (1894) ya relaciona dicho artículo 360 ALEC con otras cuestiones como la carga de la prueba, el principio de aportación de parte o la congruencia de la sentencia. Dichas conexiones serán posteriormente estudiadas por muchos otros juristas, cuyas conclusiones se abordarán al analizar la normativa vigente.

²⁶⁷ Obsérvese que el contenido de los **artículos 61 de la LEC de 1855**: *Las sentencias deben ser claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo de la demanda. No podrán bajo ningún pretexto los Jueces ni los Tribunales aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito* y **62** de dicha norma: *Cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos* equivalen a lo establecido en el **artículo 359 ALEC**: *Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos* y **361 ALEC**: *Los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito.*

²⁶⁸ En ambos casos, la determinación del *quantum* debido era la norma regular y general: *se fijará su importe en cantidad líquida* (dicen de forma idéntica ambas normas), a la cual se añadían dos supuestos

supuestos que normaban (el de la sentencia con total reserva de liquidación). Así, en la LEC de 1855 se prescribía que, en este caso, *se hará la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia*, mientras que en la LEC de 1881 se establecía que *se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia*. De esta forma, en ambas regulaciones se establecían, en realidad, dos supuestos de sentencias ilíquidas: aquellas en las que se fijaban las correspondientes bases, y aquellas en que ni tan sólo había sido posible hacerlo²⁷⁰. Pero, mientras que en la LEC de 1855, y para el referido supuesto de la sentencia con reserva *stricto sensu*, se debía acudir a un nuevo proceso declarativo a los efectos de fijar las correspondientes cantidades (en el que la previa sentencia con reserva ejercería los consabidos efectos positivos de la cosa juzgada), bajo la vigencia de la LEC de 1881, y para el idéntico caso, se habilitaba el poder acudir directamente a los respectivos incidentes en sede de ejecución.

En este sentido, ARIAS LOZANO²⁷¹, en su estudio sobre este artículo 360 ALEC, afirmaba que la única novedad en relación a su predecesor artículo 63 LEC de 1855 era la de “la <<comprensión>> del proceso ordinario posterior de liquidación [que se establecía en la LEC de 1855] en un proceso especial –y más breve- de declaración situado en sede de ejecución forzosa”²⁷². El cambio en la normativa **se justificaba** en el intento de agilizar y, en consecuencia, abaratar, la tramitación de las correspondientes cuantificaciones. En este sentido cabe aquí evocar con qué nitidez lo explicitó

específicos (también idénticos en su contenido): *se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación y el caso de no ser posible lo uno ni lo otro*.

²⁶⁹ Al ser también idéntico el supuesto de hecho que ambas normativas recogían: *Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios*, y obviando la diferente remisión a sus respectivos incidentes declarativos en sede ejecutiva.

²⁷⁰ Para el primero de estos tipos de sentencias, establecía la LEC de 1855 los incidentes de los artículos 898 a 921, en congruencia con su mismo artículo 944 que prohibía el despacho de la ejecución de cantidad ilíquida; para **ambos** tipos, en cambio, regulaba la LEC de 1881 los incidentes de los artículos 928 a 948; recuérdese lo prescrito en el primero de ellos: *Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en aquélla las bases para la liquidación*.

²⁷¹ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., págs. 11163 y 11164.

²⁷² En este momento cita a Manresa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Reus, Madrid, 1953, página 114, en relación a la justificación que el mismo sostiene en relación a dicha variación. Por otro lado, insistió ARIAS LOZANO, D., en que “tanto en nuestro Derecho histórico como en el vigente [el de la LEC de 1881], el fundamento de la condena <<con reserva>> es la imposibilidad de dictar condena líquida, no por falta de prueba del actor, sino por la naturaleza específica del supuesto de hecho”. En apoyo de esta afirmación trae a colación la argumentación de Fernández de la Rúa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856, tomo I, págs. 94 y ss. Sobre este último punto se volverá en un apartado posterior de este mismo trabajo.

MANRESA, quien consideraba que la remisión al segundo declarativo que ordenaba la LEC de 1855 “era notoriamente irregular, y por eso se ha modificado tal disposición”²⁷³. Por tanto, el Legislador de 1881 tuvo la intención de evitar otro juicio que además: “tenía que ser el ordinario, con sus pesados y costosos trámites, resultaba casi siempre que sus gastos importaban mucho más que los frutos, daños o perjuicios reclamados.”²⁷⁴ De las anteriores afirmaciones se concluye que, el artículo 360 de la LEC de 1881, comportó **un único cambio** con respecto a la regulación contenida en la primera LEC, consistente en la posibilidad de acudir, directamente, a efectos de cuantificar lo fallado en una sentencia totalmente ilíquida, en los supuestos de “condena” a daños y perjuicios, frutos e intereses, a la fase de ejecución de la misma. Ahora bien, la trascendencia de esta modificación tendrá un alcance muy significativo en multitud de aspectos, como se verá en posteriores apartados de esta obra.

1.5.5. Crítica.

Este artículo 360 ALEC²⁷⁵ fue objeto de algunas críticas doctrinales²⁷⁶. GUASP, por ejemplo, criticó la opción escogida por la LEC de 1881, en el sentido de que la misma “desconoce la verdadera naturaleza del proceso de ejecución el cual no tiende a formar o a completar la formación de la convicción judicial sobre un punto determinado sino a actuarla”²⁷⁷. Esta fue su principal objeción al citado precepto: la **desnaturalización de la ejecución**, en donde se decidía “la cuestión por medio de auto, en realidad una verdadera sentencia, que a su vez ha de someterse luego a nueva, y ahora auténtica, ejecución”, lo que tenía **consecuencias prácticas muy relevantes** como eran las referentes a “las posibilidades de impugnación” que eran “distintas y más limitadas”. En

²⁷³ *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., pág. 106.

²⁷⁴ *Ídem*.

²⁷⁵ Que, como se ha comentado, remitía a los anteriores artículos 928 y siguientes ALEC para la tramitación del correspondiente incidente de liquidación en sede de ejecución.

²⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS MARÍA, *Jurisprudencia § 411. Gerardo D.G. y D. y D. César W. A. c. D. Alcides L. C., TS 1.ª S 17 julio 2000, § 411. Sentencia de condena con reserva: deber de congruencia del tribunal y otras cuestiones procesales*, en *Tribunales de Justicia* números 8-9, agosto-septiembre 2001, págs. 75 a 79. Recoge opiniones contradictorias, citando expresamente al profesor GUASP DELGADO como de los más críticos, al considerar que la introducción de un incidente declarativo en la ejecución adulteraba su naturaleza ejecutiva, frente a posturas con una visión más positiva del precepto, como la de J. MANRESA NAVARRO, para quien era un mal menor frente a la liquidación de la condena en un declarativo posterior.

²⁷⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 979.

parecido sentido se pronunciaron otros autores²⁷⁸. Obsérvese cómo el anterior reproche (esa hipertrofia del proceso ejecutivo) contrasta frontalmente con la principal censura que se hacía de su antecesor art. 63 LEC 1855, la cual radicaba precisamente en la remisión en estos supuestos a un proceso declarativo posterior. El antagonismo entre ambas posiciones evidencia la complejidad de la cuestión.

Ahora bien, si el giro que significó la implementación del art. 360 ALEC se puede considerar como copernicano, fue debido fundamentalmente al empleo que de la misma se hizo **en el foro** el cual, con un **uso marcadamente exorbitante** de la previsión excepcional de la reserva, convirtió en usual dicho tipo de condena²⁷⁹. Este hecho ha sido explicado por causas diversas. Así, GONZÁLEZ GARCÍA²⁸⁰ afirma que se debió fundamentalmente a dos motivos; en primer lugar a la busca por parte de los Letrados que no se condenase en costas al no existir vencimiento total en la instancia (artículo 523 ALEC), y por otra parte, por la comodidad de los propios tribunales que buscaban finalizar de la forma más rápida posible el propio proceso declarativo. Este abuso de la sentencia con reserva constituirá la principal crítica a su regulación en la LEC de 1881. Diáfananamente lo expuso ARIAS LOZANO cuando afirmó que: “Desgraciadamente el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es hoy en nuestro Derecho más una arma estratégica de Abogados habilidosos que una forma [norma] dirigida al Juez. De su uso artero pueden desprenderse no pocos prejuicios para el demandado y que, como

²⁷⁸ Como por ejemplo VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, quien, al comentar el art. 360 ALEC, sostuvo que: “Desde un punto de vista estrictamente técnico, la solución de la ley deja que desear, porque el proceso de ejecución tiene por objeto actuar la declaración del fallo, pero nunca debe tender a formarlo, a completarlo, ya que una vez determinada la cantidad líquida puede decirse que comienza verdaderamente la ejecución de la sentencia.” *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.ª edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1991, pág. 406.

²⁷⁹ En este sentido SÁNCER PELEGRINA, JOSÉ ANTONIO, afirma que el procedimiento de los artículos 712 y siguientes sólo se puede utilizar cuando el título judicial invocado sea diferente de la sentencia pues, una de las principales novedades de la Ley es justamente superar la práctica anterior de diferir la liquidación al momento de la ejecución, en aplicación del anterior artículo 360. *Procedimiento de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Tribunales de Justicia, Marzo 2003. Por otro lado y en la misma dirección de constatar que en la práctica se hizo un uso generalizado de la facultad de dejar para la fase de ejecución la exacta cuantificación de la condena pecuniaria se pronuncia FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 17.

²⁸⁰ § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77.

mínimo, se le condena a un necesario proceso de liquidación cuyas costas deberá inexorablemente pagar.”²⁸¹ Y en esta misma línea se han pronunciado otros autores²⁸².

1.5.6. Breves conclusiones sobre la regulación legal de las sentencias con reserva de liquidación en la ALEC.

I. La configuración de la sentencia con reserva en la ALEC fue **sustancialmente idéntica a la de la LEC 1855** que la precedió. Como en aquella, este tipo de sentencia se incardinaba en un sistema más amplio en el que la norma regular estaba recogida en el art. 359 ALEC, actuando el art. 360 ALEC a modo de excepción de aquella. Como en

²⁸¹ Ante esta situación propugnó “la no condena en costas del demandado en el incidente de liquidación” al no tratarse “en puridad de una ejecución” y no iniciarse “por ninguna reticencia de éste al pago (no sabe qué pagar), sino por una característica especial de la prestación reclamada –su iliquidez– que en modo alguno le es imputable”. Consideraba también que se debía “reconducir la condena con reserva a los estrechos cauces por los que únicamente procede, y cortar de raíz los abusos que provoca”. *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11170.

²⁸² V. gr., en parecido sentido, pero ya con la perspectiva de la LEC 2000, LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, sostienen que: “El artículo 360 LEC 1881 también exigía que, cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, la sentencia fijara su importe en cantidad líquida. También se permitía que, como mínimo, se establecieran las bases para realizar la liquidación en la ejecución de la sentencia. Sólo se exceptionaba esta regla en los casos en que no fuera posible ni lo uno ni lo otro, permitiéndose entonces las sentencias con reserva de liquidación, esto es, a reserva de determinar la cantidad líquida de la condena en la fase de ejecución de la sentencia. Pero la realidad es que se impuso una interpretación excesivamente flexible de este régimen excepcional de las sentencias con reserva de liquidación, convirtiéndose en la regla general, siendo lo excepcional que se cumpliera con el mandato del artículo 360 LEC 1881.” GIMENO SENDRA, VICENTE (Director); ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARIA, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, TOMÁS, ORTELLS RAMOS, MANUEL y PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Proceso civil práctico*. III-1. Artículos 206 a 240. Los actos procesales (II), La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010-2011, pág. 294. Antes ya se había pronunciado en esa dirección también TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, cuando sostuvo que con la nueva redacción del art. 219 LEC: “la Ley pretende atajar el uso inapropiado que del antiguo artículo 360 se venía haciendo. El recientemente derogado precepto permitía que el actor, al ejercitar una acción de condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, si no podía precisar la cantidad concreta de la condena, estableciera las bases con arreglo a las cuales debiera hacerse la liquidación; y sólo cuando no fuera posible ni siquiera establecer las bases, solicitara del Juzgador una sentencia de condena <<a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de sentencia>>. El uso que los litigantes venían haciendo de esta posibilidad y el que el propio tiempo realizaban los tribunales en la sentencia provocó que, por diversas circunstancias que no vienen al caso, en muchas ocasiones los tribunales difirieran a la fase de ejecución de la sentencia la liquidación del importe de los daños, rentas, frutos; con lo que la fase de ejecución se llegaba a convertir en otro proceso declarativo, con la consiguiente insatisfacción que el retraso en la ejecución producía al solicitante de la tutela.” En la obra coordinada por ella misma conjuntamente con CORDÓN MORENO, FAUSTINO, ARMENTA DEU, TERESA, MUERZA ESPARZA, JULIO J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Arts. 1 a 516, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, SA, 2001, pág. 797. Y también RIBELLES ARELLANO, J. M., cuando sostuvo que: “La finalidad última del precepto [del art. 219 LEC] resulta ser la de poner coto a la llamada condena genérica o condena con reserva, que se extendió –fundamentalmente en el ámbito de la indemnización de daños y perjuicios– de forma abusiva al amparo del artículo 360 de la LEC de 1881.” FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, opus cit., pág. 846.

su antecesora, se articulaba internamente este precepto partiendo de lo prescrito en la citada norma regular (determinación precisa del *quantum*), a lo que seguía la exigencia de fijar, al menos, unas bases para la posterior liquidación, regulando finalmente el peor de los posibles supuestos (su completa reserva). Tampoco varió la consideración de esta sentencia como **de condena** pero, a diferencia de lo que sucedió al interpretarse (inicialmente) la normativa anterior, se **perdió** totalmente su **vinculación con el carácter accesorio de los supuestos** que recogía²⁸³.

II. La **principal innovación** del art. 360 ALEC fue la **remisión** de la liquidación de la sentencia totalmente ilíquida, a unos incidentes declarativos regulados en los **arts. 928 a 948 ALEC**. Este mecanismo, ideado para agilizar y abaratar ese tipo de liquidaciones, fue utilizado de manera abusiva al remitirse, en numerosas ocasiones en bloque (aún en supuestos donde la fijación del *quantum* era posible en sede declarativa, bien numéricamente, bien mediante el establecimiento de unas bases para ello), al mismo. Ello propició que fuera en sede ejecutiva, donde se debatieran cuestiones que deberían haber sido discutidas y resueltas en la correspondiente sentencia, perjudicándose la tutela jurídica de los intereses de las partes y el funcionamiento de la justicia, al duplicarse las actuaciones²⁸⁴.

Ese abuso del sistema instaurado en la LEC de 1881, llevará a prohibir, en la LEC del 2000, el dictado de sentencias que reserven la liquidación para la fase de ejecución²⁸⁵.

²⁸³ Sobre este punto resulta muy clarificadora la exposición que realiza GUASP, J., cuando, después de una cita a Calamandrei, inicia su análisis del art. 360 ALEC haciendo múltiples referencias al tema de lo accesorio, desballestando completamente una relación unívoca entre sentencia con reserva y pretensión accesorio. De esta forma nos dice que: “Es posible que la pretensión de la parte a la que la sentencia debe ajustarse para ser congruente tenga por objeto, de modo principal o secundario, la entrega de una cantidad no fijada *a priori* ni susceptible de fijación sin practicar una serie de operaciones destinadas precisamente a este fin. Los casos más importantes que integran tal supuesto son precisamente los que enumera el art. 360¹ de la LEC: cuando la condena haya de referirse a frutos, intereses, daños y perjuicios: en el caso de frutos e intereses, se tratará probablemente de una petición accesorio a otra principal; en el caso de daños y perjuicios no será tan raro que se trate de la pretensión principal”. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., págs. 976 y 977 *ab initio*.

²⁸⁴ En correlación con lo anterior, el uso de los procedimientos referentes a la liquidación de daños y perjuicios, frutos e intereses y de rendición de cuentas de una administración en sede ejecutiva, ideados con unas finalidades muy concretas, resultó en la práctica muy excesivo, sustituyendo en parte la función proyectada para el anterior proceso de declaración. Además, la ejecución presentaba problemas estructurales, como la división de la misma según se ejecutara una sentencia u otro título ejecutivo diferente, que se reflejaron en estos procedimientos incidentales, al limitarse su aplicabilidad a los supuestos de ejecución de sentencias de condena.

²⁸⁵ En este sentido se pronuncia PEREDA GÁMEZ, FRANCISCO JAVIER, quien afirma que la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 31 de octubre de 1988, de 7 de mayo y de 10 de junio de 1991, entre otras)

Ahora bien, ¿fue ello siempre indubitado en la mente del nuevo Legislador? Para responder a la anterior pregunta, y a las que se formularon al inicio de esta indagación histórica, resulta necesario estudiar el *iter* legislativo que concluyó con la actual redacción del art. 219 LEC.

1.6. GESTACIÓN PARLAMENTARIA DEL ART. 219 LEC.

A modo de introducción, resultan interesantes las observaciones de dos autores que concuerdan en lo esencial. En primer lugar, CORDÓN MORENO²⁸⁶ afirma que la evolución legislativa de este artículo, se caracterizó por una búsqueda de la **restricción de las excepciones admisibles** a la regla general de prohibición de sentencias con reserva de liquidación. De esta manera se puede observar que en un principio (art. 214.2 del Borrador de Anteproyecto, art. 219 del Anteproyecto y art. 221 del Proyecto de Ley) se permitía la sentencia con reserva de liquidación cuando la reclamación de daños y perjuicios, frutos y rentas, utilidades o productos **fuese accesoria**. En cambio esta posibilidad se **elimina** en la actual regulación. Por su parte, TAPIA FERNANDEZ considera que: “La redacción final del artículo 219 ha sido el producto de una evolución importante a lo largo del <<iter>> parlamentario. Desde el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido idea constante del legislador, impedir las sentencias con reserva de liquidación, de tal modo que sólo cuando la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase fuese accesoria, la condena podría hacerse con reserva de liquidación (art. 214.2 del Borrador de Anteproyecto; 219 del Anteproyecto y 221 del Proyecto de Ley). En el informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (de 27 de julio de 1999), y aunque no se presentaron enmiendas al artículo 221 del Proyecto de Ley, la Ponencia propuso a la Comisión de Justicia e Interior el texto que figura en el Anexo de dicho informe; texto que ha sido el recogido en el artículo que se comenta.”²⁸⁷ Ahora bien, aún concordando con los anteriores autores en que el Legislador se propuso limitar al máximo el ámbito

queda arrumbada por los actuales artículos 209 y 219, puesto que, desde la entrada en vigor de estos preceptos, ya no se puede defender que se permita que la sentencia principal reconozca simplemente la existencia de unos perjuicios dejando su cuantificación para la fase de ejecución. Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial, 53, Madrid, 2004, *La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (la mal llamada ejecución forzosa “específica”)*, págs. 345 a 405, pág. 385 para el anterior comentario.

²⁸⁶ *El Proceso de Ejecución*, opus cit., pág. 92.

²⁸⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, opus cit., pág. 797.

de aplicación de la sentencia con reserva (v. gr., véase la Exposición de motivos LEC, IX), cuestión muy diferente es que lo consiguiera. A dilucidar esto último se dedicarían varios apartados de esta obra, entre ellos el constituido por las siguientes líneas.

El primer texto que ahora interesa, es el contenido en el **artículo 219 del Anteproyecto** (que ya se intitulaba: *Sentencias con reserva de liquidación*) y cuyo tenor literal era el siguiente:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse la condena a pagarlos, con fijación de las bases con arreglo a las cuales haya de hacerse la liquidación.

2. Cuando la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase fuere accesoria, la condena podrá hacerse con reserva de liquidación.

El anterior redactado será idéntico en el Proyecto²⁸⁸, sin ser objeto de especial valoración ni en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, ni en el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 1998 relativo al mismo Anteproyecto. Ya en sede parlamentaria, el **Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil** fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG en adelante)²⁸⁹ recogiéndose en su **Exposición de motivos** (IX, que en este extremo es el mismo que el de la actual LEC) que: *Novedad de esta Ley son también las normas que, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más autorizadas, expresan reglas atinentes al contenido de la sentencia. Así, los preceptos relativos a la regla «iuxta allegata et probata», a la carga de la prueba, a la congruencia y a la cosa juzgada material. Importantes resultan también*

²⁸⁸ En el mencionado Anteproyecto, este precepto se hallaba sito dentro del Libro I (Disposiciones generales), Título V (De las actuaciones del juicio), Capítulo VIII (De las resoluciones judiciales y de las diligencias de ordenación), Sección 2ª (De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos; sección que abarcaba los artículos 214 a 221).

²⁸⁹ BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: 13 de noviembre de 1998. Núm. 147-1 PROYECTOS DE LEY, 121/000147 Enjuiciamiento Civil.

las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible, y sobre las condenas de futuro.

Por otro lado, el contenido del artículo 219 del Anteproyecto pasa a formar parte del **artículo 221** del Proyecto, titulado de igual forma y con idéntico contenido que el del Anteproyecto. En el trámite de enmiendas²⁹⁰ se observa que, con respecto a este artículo 221 del Proyecto, no se formulan (“Sin enmiendas”). De todas formas, el precepto sufrirá modificaciones en el Congreso de los Diputados, como consta²⁹¹ en el momento en que se publica el “Informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (núm. expte. 121/000147)”. Concretamente se menciona sobre el mismo que: “Aunque no se han presentado enmiendas, **la Ponencia propone a la Comisión el texto que figura en el Anexo a este Informe**”. Este texto es el siguiente:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el número anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.

3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o

²⁹⁰ BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: 13 de abril de 1999. Núm. 147-10 PROYECTOS DE LEY.

²⁹¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: 27 de julio de 1999. Núm. 147-12 PROYECTOS DE LEY.

productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se deje para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

Las anteriores modificaciones están justificadas en las “consideraciones finales” realizadas en el mismo documento, en el que se manifiesta: “El presente Informe y su Anexo recogen las enmiendas, transacciones y correcciones de orden técnico-jurídico cuya incorporación al texto del Proyecto de Ley propone la Ponencia a la Comisión de Justicia e Interior, permaneciendo por tanto vivas para su debate y votación en posteriores trámites parlamentarios las restantes enmiendas presentadas, salvo retirada expresa de las mismas por sus autores.”

El texto no sufrirá más modificaciones en el Congreso²⁹². En el Senado tiene entrada el Proyecto en fecha 5 de octubre de 1999 ordenándose su remisión a la Comisión de Justicia y fijándose la finalización del plazo para la presentación de enmiendas. Como en el Congreso, en el Senado no se presentan enmiendas al artículo, pero el precepto se modificará nuevamente pues (como consta en la publicación en el BOCG del Informe emitido por la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Justicia para estudiar el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil) con respecto al artículo 219 se menciona que: “Se aprueba el texto del Congreso de los Diputados, con las **correcciones gramaticales efectuadas en los apartados 2 y 3**, según figuran en el Anexo”. De esta forma, el precepto queda ya definitivamente redactado como permanece en la actualidad²⁹³.

²⁹² Se publicó en el BOCG (Serie A: 7 de septiembre de 1999 Núm. 147-13 PROYECTOS DE LEY) el “DICTAMEN DE LA COMISIÓN Y ESCRITOS DE MANTENIMIENTO DE ENMIENDAS PARA SU DEFENSA ANTE EL PLENO”, recogiendo el artículo 221 en los términos anteriormente mencionados. Seguidamente (BOCG Serie A: 5 de octubre de 1999 Núm. 147-15 PROYECTOS DE LEY) se publicó la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 23 de septiembre de 1999, del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁹³ Concretamente con el siguiente tenor literal: Artículo 219. *Sentencias con reserva de liquidación.*

1. *Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.*

2. *En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.*

3. *Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero,*

Como es sabido, este es el texto que aprobaría definitivamente el Congreso, en su Pleno del día 16 de diciembre de 1999²⁹⁴.

De todo lo anterior, resulta destacable por un lado, cómo, un precepto tan polémico en el ámbito de la doctrina procesal, fue **aprobado sin especial crítica** ni en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998, ni en el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 1998, ni en sede parlamentaria (en donde no sufrió ni una sola enmienda). Las modificaciones a las que se le sometió en el Congreso no aparecen suficientemente justificadas, siendo en el Senado de carácter meramente gramatical. De otro, resulta también interesante conjugar lo que manifiesta la LEC en su propia Exposición de Motivos, IX, y cuyo espíritu reflejan los autores citados al inicio de este apartado, con la siguiente opinión que, en relación a este *iter* legislativo, vertió

frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

Con posterioridad se publicó en el BOCG el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, con el mentado contenido del artículo 219. Seguidamente en el BOCG (Serie II: PROYECTOS DE LEY 14 de diciembre de 1999, Núm. 154 (h), Congreso Diputados, Serie A, núm. 147 Núm. exp. 121/000147) se publica el texto aprobado por el Senado en el Pleno del día 2 de diciembre de 1999, remitiéndose al Congreso de los Diputados. En el Senado (BOCG, Serie A: 16 de diciembre de 1999 Núm. 147-16 PROYECTOS DE LEY) se ordena la publicación de las Enmiendas del mismo al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, mencionándose que con respecto a los: “Artículos 215, 217, 219 y 224, rúbrica del Capítulo X del Título V del Libro Primero y artículo 233 Se llevan a cabo correcciones de estilo y gramaticales.”

²⁹⁴ BOCG. Serie A: PROYECTOS DE LEY de 29 de diciembre de 1999. Núm. 147-17. Para ver todo el *iter* seguido en sede parlamentaria con respecto a lo que es la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, a modo de esquema de lo relacionado en el texto principal, resulta muy interesante el índice de las publicaciones del Boletín Oficial de las Cortes Generales; acudiendo a la VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 7 de marzo de 2000, se halla la relación del conjunto de publicaciones del mentado boletín referidas al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (121/000147). El índice lleva concretamente la numeración 147-18. El contenido de este índice es el siguiente: BOCG CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: Iniciativa: A-147-1 de 13 de noviembre de 1998. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-2 de 1 de diciembre de 1998. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-3 de 10 de diciembre de 1998. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-4 de 16 de diciembre de 1998. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-5 de 3 de febrero de 1999. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-6 de 17 de febrero de 1999. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-7 de 3 de marzo de 1999. Ampliación plazo de enmiendas: A-147-8 de 10 de marzo de 1999. Enmiendas: A-147-9 de 26 de marzo de 1999. Índice de enmiendas al articulado: A-147-10 de 13 de abril de 1999. Avocación del debate y votación: A-147-11 de 18 de mayo de 1999. Informe de la Ponencia: A-147-12 de 27 de julio de 1999. Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno: A-147-13 de 7 de septiembre de 1999. Escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno (continuación): A-147-14 de 14 de septiembre de 1999. Aprobación por el Pleno: A-147-15 de 5 de octubre de 1999. Enmiendas del Senado: A-147-16 de 16 de diciembre de 1999. Aprobación definitiva: A-147-17 de 29 de diciembre de 1999. Índice de las publicaciones: A-147-18 de 7 de marzo de 2000. DIARIO DE SESIONES: Debate de totalidad: DS. Pleno, núm. 217 de 25 de febrero de 1999. Avocación por el Pleno: DS. Pleno, núm. 239 de 13 de mayo de 1999. Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior: DS. Comisiones, núm. 737 de 27 de julio de 1999. Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior: DS. Comisiones, núm. 741 de 28 de julio de 1999. Aprobación por el Pleno: DS. Pleno, núm. 260 de 23 de septiembre de 1999. Aprobación definitiva: DS. Pleno, núm. 282 de 16 de diciembre de 1999. BOE: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7).

PEREDA GÁMEZ, al afirmar: “*Con respecto al Anteproyecto y el Proyecto la reserva de liquidación ha sufrido importantes cambios. Inicialmente se pretendía que las acciones de daños y perjuicios, frutos, rentas, utilidades y productos no se limitaran a peticiones meramente declarativas, forzando al actor a concretar la prueba de su existencia y a un pedimento cuántico específico o a la fijación de bases claras para la liquidación en ejecución de sentencia.*”

*El trámite parlamentario ha supuesto un cambio radical: cualquier reclamación de cantidad (ya no sólo la de daños y perjuicios) ya de los frutos o rentas, utilidades o productos ha de incluir la petición de condena a su pago cuantificando exactamente su importe, sin posibilidad de remitir a la ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases, de manera que la liquidación consista en una “pura operación aritmética”. Fuera de los casos anteriores se reserva para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de cantidades.”*²⁹⁵

En **mi opinión**, efectivamente hubo “un cambio radical”, pues en ese *iter* se pasó de prever la sentencia con reserva únicamente para *la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase* cuando además la misma *fuere accesoria*, a admitirla cuando se peticionara *la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada*. De esta **extraña manera** se procuró **restringir a los casos en que era imprescindible**: ampliando extraordinariamente el supuesto de hecho de la norma, y desplazando su aplicabilidad de lo accesorio a lo principal.

1.7. ALGUNAS RESPUESTAS A VARIAS PREGUNTAS QUE OFRECE EL ANTERIOR ENFOQUE HISTÓRICO.

Al inicio de este primer apartado se formularon diversas interrogaciones con la esperanza de que, una visión histórica de esta materia, aportara un interesante foco de

²⁹⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *Los procesos declarativos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, Director: Manuel Ortells Ramos, *La sentencia: pronunciamiento [sic] principales y régimen de la condena en costas*, págs. 233 a 317, pág. 292 para el anterior fragmento.

luz sobre ellas. Cuestiones a las que, ahora, daré una respuesta algo provisional (al amparo del anterior camino recorrido), y que se irán fortaleciendo con posteriores argumentos:

¿A qué se debe que una norma que regula un tipo de sentencia (art. 219.1 LEC) contenga, en su primer apartado, un *mandato dirigido al actor*? Obedece a la corresponsabilidad que, como se ha visto, siempre se ha exigido a las partes (y a sus letrados) en la correcta prosecución de los procesos y en la obtención de una sentencia justa y completa, y a una inadecuada técnica legislativa que debería normar, en sede de demanda, tanto esa carga del actor, como las consecuencias de su incumplimiento.

¿Por qué se *une al concepto “cantidad de dinero”* otros tan variopintos como los de “frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase” muchos de los cuales han caído, desde hace tiempo, en desuso? Por *confusión*, al no distinguirse lo principal de lo accesorio (añadiéndose al de *dinero* conceptos tradicionales cuya característica común radicaba precisamente en su carácter accesorio, aunque olvidándose del más relevante en la actualidad de todos ellos: el de daños y perjuicios) y al mezclarse los bienes perseguidos (dinero en la inmensa mayoría de los casos) con la causa de su reclamación (v. gr. el ser el producto de un bien discutido). Dicha confusión se debe a una trasposición algo acrítica, de segmentos de una normativa ideada en pleno S. XIX, a otra aprobada en el 2000.

¿A qué obedece que en estos casos se *limite la tutela de mera-declaración*, obligando (siempre) a solicitar la correspondiente condena? A que esa tutela de mera declaración aún no ha ganado suficiente fuerza, como para que se pueda entender legítimo el acudir a ella en todos los casos en que se requiera.

¿Por qué se explicita que la cuantificación de una sentencia ilíquida *nunca* pueda realizarse *en sede ejecutiva*? Porque bajo la ALEC se hizo un uso tan abusivo de esa posibilidad, que el Legislador la ha proscrito completamente.

¿Qué justifica que en su apartado tercero permita, en los mismos supuestos en que lo prohíbe en su apartado primero, una sentencia de condena con reserva, cayendo en evidente *contradicción interna*? Nada, aunque se explica por una deficiente ideación (y

consecuente redacción) del mismo, que lo convierte en un nuevo intento frustrante y frustrado de reconocimiento de la tutela de mera declaración en el ámbito de lo liquidable.

¿Por qué, además, se exige que sea *ésta exclusivamente la pretensión planteada* para que se pueda facultar dicha reserva? Nuevamente por confusión, no teniendo ningún sentido desde un punto de vista histórico. Es más, dicha frase parecería contradecir la misma esencia de este tipo de sentencias.

¿Qué conmina a llamar *de condena* a una sentencia que no puede llevar nunca aparejada ejecución? La mencionada falta de recepción, en este precepto, de una teoría moderna de la acción.

Concluido el anterior análisis histórico pasaré, en los siguientes apartados, al estudio de la sentencia con reserva de liquidación en su conformación actual (artículo 219 LEC). Como se verá, la nueva regulación de este tipo de sentencias tiene implicaciones teóricas y prácticas de enorme transcendencia en campos muy diversos (v. gr. el referente a la tutela de mera declaración) con lo que, a las anteriores preguntas, se irán añadiendo otras que surgirán al hilo del análisis de esta antigua figura. A ellas trataré de dar respuesta en el decurso de las siguientes páginas, añadiendo nuevos focos a este punto de vista (y de partida) histórico.

CAPÍTULO SEGUNDO. SOBRE LA RECLAMACIÓN EN JUICIO DEL PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO DETERMINADA O DE FRUTOS, RENTAS, UTILIDADES O PRODUCTOS DE CUALQUIER CLASE. ANÁLISIS DEL PRIMER APARTADO DEL ARTÍCULO 219 LEC.

2.1. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 219 LEC Y PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES QUE SUSCITA SU PRIMER APARTADO.

Desde un punto de vista **sistemático**, el artículo 219 LEC se halla enclavado en la Sección II (*De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos*) del capítulo VIII (*De las resoluciones procesales*) del Título V (*De las actuaciones judiciales*) del Libro I (*De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*) de la LEC²⁹⁶. Los preceptos integrados en esta Sección II, son preludiados y relacionados en el **artículo 209 LEC** (referente a las *Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias*), y concretamente en su **regla cuarta**, cuando prescribe que: *El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley.* Como advierte en relación al mismo FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, se trata de un precepto “de orden público. Sobre todo impone al Juez la obligación de dictar sentencia líquida sin más excepciones que las previstas en el art. 219 y que tienen un alcance práctico muy limitado. No es un precepto que tenga por destinatario a los litigantes; de forma que el Juez debe aplicarlo de oficio y con absoluta independencia de lo que hayan pedido las partes.”²⁹⁷

²⁹⁶ Comparte esa Sección II con los siguientes preceptos:

Artículo 216. *Principio de justicia rogada.*

Artículo 217. *Carga de la prueba.*

Artículo 218. *Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.*

Artículo 219. *Sentencias con reserva de liquidación.*

Artículo 220. *Condenas a futuro.*

Artículo 221. *Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.*

Artículo 222. *Cosa juzgada material.*

²⁹⁷ *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Iurgium, 2001, pág. 105. A pie de página añade que: “La Nueva LEC es incluso algo obsesiva

Vimos pormenorizadamente en el análisis histórico efectuado en el apartado anterior de esta misma obra, que el emplazamiento normativo de la sentencia con reserva no se consideró nunca algo aleatorio o baladí²⁹⁸. Como se expuso allí, se debía aprehender la idea de que este tipo de sentencias se incardinaban dentro un sistema más amplio²⁹⁹. En este sentido, y ya en las postrimerías de la vigencia de la LEC de 1881, ARIAS LOZANO relacionó hábilmente los artículos 359, 360 y 361 ALEC en su análisis del segundo de ellos³⁰⁰. De esta forma sostuvo que, del artículo 359 ALEC, se derivaba la obligación del juez de “resolver *todos* los puntos objeto del debate”, mientras que del artículo 361 ALEC el hacerlo “*inmediatamente*”. De ambos preceptos se extraía la conclusión de que el juez debía resolver no solamente sobre la existencia de los frutos, intereses, daños o perjuicios sino también la fijación de “*su importe en cantidad líquida*”. El artículo 360 ALEC, en relación con los dos anteriores, haría fundamentalmente dos cosas:

- “anunciar/enunciar determinado presupuesto de hecho: *la condena de frutos, intereses, daños o perjuicios*”.

en la prohibición de la condena con reserva. Lo dice en el art. 209 4ª cuando habla del contenido de las sentencias [...]. Lo dice en el art. 219 1 y lo vuelve a decir en el art. 219 3.”

²⁹⁸ Lo cual no debería extrañar si consideramos a la ley procesal como algo estructurado, como un lenguaje jurídico articulado, con respecto al cual vale la definición que recoge SAUSSURE, FERDINAND DE, de *lenguaje articulado*, según la cual: “En latín *articulus* significa ‘miembro, parte, subdivisión en una serie de cosas’; en el lenguaje, la articulación puede designar [...] la subdivisión de la cadena de significaciones en unidades significativas; [...]. Ateniéndonos a esta segunda definición, se podría decir que no es el lenguaje hablado el natural al hombre, sino la facultad de constituir una lengua, es decir, un sistema de signos distintos que corresponden a ideas distintas.” *Curso de lingüística general*, traducción, prólogo y notas de Amado Alonso, séptima edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1969, págs. 52 y 53 *ab initio*. Por otro lado, recuérdese que su predecesor (el art. 360 ALEC), estaba encuadrado dentro de la Sección Primera (*De las sentencias*, artículos 359 a 368) del Título VIII (*Del modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales*) del Libro I (*Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria*).

²⁹⁹ En esta dirección ARIAS LOZANO, D., afirmaba que: “Por su situación, se deduce claramente que el precepto [el art. 360 ALEC] *está dirigido al Juzgador*, y no a las partes. Además, está ubicado detrás de la *máxima general* proclamada en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la sentencia deberá condenar o absolver y decidir *todos* los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Y delante del artículo 361: el Juez no podrá bajo ningún concepto aplazar, dilatar o negar la resolución de las cuestiones objeto del pleito.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11144; se han respetado las cursivas del original consultado. Por su parte, DE PADURA BALLESTEROS, M. T., se hace eco de la citada opinión de ARIAS LOZANO, recalcando lo significativo de la ubicación sistemática del art. 360 ALEC, situado “en medio de la obligación de decisión sobre todos los puntos objeto del debate y de la prohibición de negar, aplazar o dilatar la resolución de las cuestiones objeto del pleito”. *Omisión de pronunciamiento...*, opus cit., pág. 205. *Vid.*, para una visión de conjunto de las opiniones vertidas sobre esta materia por la doctrina antigua, el primer capítulo de la presente obra.

³⁰⁰ Ídem, págs. 11144 a 11146.

- Formular una excepción a la norma configurada por los otros dos antedichos preceptos. Dicha excepción se desdoblaría en dos; la consistente en la fijación de las bases de la liquidación si no fuera posible determinar la cantidad líquida y la referente a la reserva de su fijación para la ejecución de sentencia si ni tan sólo se pudieran fijar las mencionadas bases. Una excepción obviamente en relación a los mencionados artículos 359 y 361 ALEC. Esta excepción era “la única en toda la LEC”, los únicos casos en que el juez “podrá deferir a un momento posterior la liquidación”³⁰¹.

Sin perjuicio de que las relaciones de especialidad/excepcionalidad que presenta la actual regulación de la sentencia con reserva en relación con la restante estructura procesal, se analizan pormenorizadamente en otra sede de este mismo estudio (concretamente dentro del examen de su naturaleza jurídica) a la que ahora me remito, sí quiero aquí apuntar que, desde un punto de vista estrictamente sistemático, las anteriores observaciones de ARIAS LOZANO siguen siendo, en lo sustancial, válidas en la actualidad. Conclusión que viene reforzada si se rememora que el precepto que contiene la sentencia con reserva se halla ubicado, precisamente, tras el artículo titulado: “Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación” (218 LEC³⁰²), y si se tiene presente que el contenido de este último engloba lo que anteriormente estaba prescrito en los mencionados artículos 359 y 361 ALEC³⁰³. Con ello ya se puede concluir que sigue sirviendo lo comentado en el apartado primero del presente estudio, en referencia a las ilaciones entre los artículos 61 a 63 LEC de 1855 (e incluso los arts. 91 a 93 LEM 1830) y arts. 359 a 361 LEC de 1881; es decir, se sigue estando ante unos

³⁰¹ En apoyo del susodicho carácter excepcional relaciona la STS de 19 de mayo de 1958; RAJ 1.746.

³⁰² Este artículo es del siguiente tenor literal:

1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

³⁰³ Lo que sí ha variado trascendentalmente es el contenido de los dos artículos que le siguen, al regular por primera vez los otros dos tipos de sentencias que el Legislador ha querido especificar: las “Condenas a futuro” y las “Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios” (artículos 220 y 221 respectivamente de la LEC). *Vid.* el apartado de esta misma obra referente a la delimitación entre figuras afines.

preceptos (ahora arts. 218 y 219 LEC) que, aún teniendo su propio ámbito autónomo de actuación, se han de entender como complementarios, jugando el primero de ellos el papel de norma general, y el segundo de excepción a la misma³⁰⁴.

Prosiguiendo con el análisis sistemático de **artículo 219 LEC**, pero centrándome ya en su **primer apartado**, cabe recoger que el mismo prescribe que: *Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia³⁰⁵, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.* Se percibe inmediatamente que este primer apartado, y a diferencia de lo que sucedía con los artículos que le precedieron, va dirigido al actor, y no al juez, aún siendo un precepto que está contenido dentro de la mencionada sección: *De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos*, y de que el artículo en cuestión trata de un tipo de sentencias (*con reserva de liquidación*). Obsérvese el cambio operado en este punto con respecto al artículo 360 ALEC, en el que, como afirmaba ARIAS LOZANO³⁰⁶: “La condena con reserva ni está ni puede estar en relación directa o indirecta con las peticiones realizadas por el actor en su demanda. Por la sencilla razón de que, como ya hemos señalado, en nuestro ordenamiento jurídico está regulada como una norma imperativa para el Juez y no dispositiva para las partes”³⁰⁷. Surgen de este modo instantáneamente las interrogaciones de ¿por qué el legislador ha considerado oportuno dedicar este primer párrafo a la reclamación del actor? Y de si ¿se puede considerar defectuosa la ubicación en esta sede de dicha regulación? Sobre este tema aporta luz CALDERÓN CUADRADO, al sostener que: “Quizá los problemas que, al amparo de aquel precepto, se produjeron sobre el cumplimiento por la sentencia dictada de los requisitos de

³⁰⁴ *Vid.* el apartado de esta misma obra dedicado a la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva de liquidación, en donde se argumenta que la misma es ahora también excepción a lo que regula el apartado primero del mismo art. 219 LEC. Cfr. Exposición de Motivos de la actual LEC, IX.

³⁰⁵ Cfr. regla 4ª del artículo 209 LEC.

³⁰⁶ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11165.

³⁰⁷ A raíz de ello, pasaba a analizar en su estudio las relaciones que podían darse entre la petición del actor y los pronunciamientos de la sentencia. Ídem, págs. 11165 a 11167.

exhaustividad y congruencia hicieron al legislador referirse primero a la demanda y después a la resolución judicial. Quizá solamente se quería dejar claro –sin condicionamiento alguno similar y a pesar de su <<confusa>> redacción- los poderes de las partes y las facultades del tribunal en relación con esta materia. Pero lo cierto es que la referencia legal se sitúa en los principales actos procesales de uno y otro.”³⁰⁸

Por mi parte, la contestación a la anterior problemática la desarrollo detalladamente en sede del análisis de la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva, en donde definiendo la necesidad que tuvo el Legislador del 2000 de incluir este apartado primero como norma excepcional frente al novedoso reconocimiento generalizado de la tutela de mera declaración (art. 5 LEC). Como allí se expone, el art. 219.3 LEC ahora se configura como una excepción, no solamente frente a la necesaria exhaustividad de las sentencias (art. 218 LEC) sino también, frente a la proscripción de la tutela de simple declaración en el ámbito de lo dinerario (art. 219.1 LEC). Ello, independientemente de la crítica que en su momento se efectuará, emplaza a enumerar ya las siguientes **cuestiones**:

- A) El artículo 219.1 LEC fija cuáles son los casos incluidos en el ámbito de aplicación de las sentencias con reserva de liquidación.
- B) Proscribe la tutela de mera declaración en los anteriores supuestos.
- C) Prohíbe dejar para la ejecución de sentencia la determinación de las cantidades objeto de condena.
- D) Prescribe la obligación del demandante de cuantificar el importe de lo reclamado o de fijar las bases con arreglo a las cuales se deberá efectuar la liquidación.

El estudio de los tres últimos asuntos planteados no se puede ceñir a este primer apartado del artículo 219 LEC, pues aparece como muy difícil (por no decir imposible)

³⁰⁸ CALDERÓN CUADRADO, MARIA PÍA, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 402. Relacionando el comentario de esta autora con el del anterior (ARIAS LOZANO) se puede observar cómo este último, ya conectó la actuación de la parte actora con la imperatividad del entonces vigente art. 360 ALEC. Véanse en este sentido sus siguientes palabras, relacionadas con una negada interpretación del art. 360 ALEC en la que la obligación de fijar el correspondiente importe de lo debido se dejara a la libre voluntad del actor: “De ser esto así, en adelante, cualquier abogado cambiaría el modo de plantear toda demanda de condena al pago de una cantidad de dinero. En vez de hacer objeto del proceso la prestación que se pretende del demandado, fijar con precisión todo lo que se cree que es a lo que tiene derecho, cuantificarlo, y probar en el proceso de declaración que se tiene derecho a ello, podría utilizarse este otro mucho más cómodo y barato camino: hacer objeto del proceso de declaración sólo la existencia del contrato y pedir la condena genérica del demandado a cumplirlo... y sólo si se obtiene sentencia favorable, pedir en ejecución de sentencia, la determinación concreta del alcance y de la cuantía de la prestación pecuniaria.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11151.

realizarlo de forma independiente a lo normado en su propio apartado tercero, siendo precisamente la inextricable interrelación que existe entre ellos una de las características idiosincráticas de dicho precepto y, a mi entender, el nudo gordiano del mismo. Por ello, únicamente procederé en esta sede al análisis de la primera de las anteriores materias, pues sólo ésta puede abordarse ya sin merma de su correcta intelección, difiriendo el detenido estudio de las restantes cuestiones al del análisis del artículo 219.3 LEC.

2.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: MÁS ALLÁ DE LOS SUPUESTOS RELACIONADOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 219.1 LEC.

El ámbito objetivo al que es de aplicabilidad la sentencia con reserva presenta dos grandes bloques de cuestiones. En primer lugar, la referente al estudio de los supuestos a los que es extensible su radio de acción. En segundo lugar, la atinente a si sus prescripciones también rigen en el campo del arbitraje³⁰⁹.

2.2.1. Análisis de los casos englobables en la sentencia con reserva de liquidación.

2.2.1.1. El art. 219.1 LEC como *numerus apertus*, y reflexiones sobre la inclusión del supuesto de los daños y perjuicios.

El artículo 219.1 LEC explicita los conceptos susceptibles de una sentencia con reserva de liquidación, determinando el supuesto de hecho de la norma, y fijando su ámbito objetivo de aplicación. Ahora bien, la primera cuestión que se plantea es si los casos que explicita (*una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase*) forman un *numerus clausus* o si, por el contrario, se está ante un **listado no exhaustivo** de aquellos. Sobre este tema ya se pronunció la jurisprudencia bajo la vigencia de la ALEC, como explica RIBELLES ARELLANO, al comentar que el artículo 219 LEC “va más allá del artículo 360 de la LEC de 1881, que

³⁰⁹ Este mismo macro-esquema lo sigue FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., dedicando al epígrafe que titula “Ámbito de aplicación” del art. 219.3 LEC, parte de sus págs. 22 y 23.

limitaba su alcance a la <<condena de frutos, intereses, daños o perjuicios>>. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que el artículo 360 LEC de 1881 no contenía una relación exhaustiva de acciones, sino que debía interpretarse en sentido amplio, extendiéndose a cuantos supuestos no permitan a priori concretar la liquidez de las sumas que constituyen el objeto de la controversia (STS de 13 de febrero de 1997 y 17 de octubre de 1990)³¹⁰, manteniendo seguidamente que: “Idéntica interpretación amplia o extensiva deberá efectuarse del artículo 219 LEC, por lo que habrá que entender que no contiene una relación exhaustiva y completa de acciones sujetas a las exigencias que el propio precepto impone, sino que éstas alcanzarán a cualquier pretensión condenatoria –en último término, al pago de una suma de dinero- cuya liquidez no se pueda precisar en la demanda.”³¹¹ Por otro lado, y desde la perspectiva de la **causa de pedir**, también se suele hacer una interpretación amplia de este precepto, como es de ver, v. gr., en CALDERÓN CUADRADO, quien sostiene que: “El objeto mediato de la petición es, por tanto, la obtención de dichos bienes [cantidad de dinero determinada, frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase]; la *causa petendi*, sin embargo, parece carecer de restricción.”³¹² Finalmente, y ahora desde un punto de vista **temporal**, es interesante hacer constar la apreciación de CORDÓN MORENO³¹³, quien afirma que el citado artículo abarca todas las sentencias tanto si condenan a entregar una determinada cantidad de dinero como si lo hacen a la entrega de frutos, rentas, utilidades y productos de cualquier clase, arguyendo que el procedimiento de liquidación de los artículos 712 y siguientes LEC es únicamente de aplicación “a la

³¹⁰ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á. y otros; (coordinadores): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo I, opus cit., pág. 847. En este momento se remite a pie de la misma página, en la que extracta parte de la STS de 13 de febrero de 1997 (La Ley 1997, 1727), que asimismo se remite a las de 22 de diciembre de 1967 y de 17 de octubre de 1990. Por su parte, ARIAS LOZANO argumentaba, bajo la vigencia de la ALEC, que: “La dicción literal del artículo 360, induce a pensar que estos supuestos constituyen un férreo *numerus clausus*. Sin embargo, el artículo 932 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que inicia el procedimiento de liquidación de condenas ilícitas distintas de los daños y perjuicios, se refiere a <<frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase>>, lo cual parece contradecir esta tesis. Así lo ha interpretado, en alguna ocasión aislada el Tribunal Supremo”; en apoyo de esta argumentación relaciona las SSTs de 4 de noviembre de 1961 (RAJ 4.075) y de 22 de diciembre de 1967 (RAJ 338). *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11146. Por otro lado, también aseveró este autor que la sentencia con reserva sólo procedía “en supuestos de obligaciones ilícitas. Si se trata de obligaciones líquidas, por muy complicada que sea su computabilidad, jamás procederá condena genérica.” En apoyo de este requisito aportó la STS de 15/01/1941 (RAJ 5). Ídem, pág. 11148.

³¹¹ Ídem, pág. 848 *ab initio*.

³¹² *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 400.

³¹³ *El Proceso de Ejecución*, opus cit., pág. 438.

liquidación de los frutos, rentas, utilidades o productos que se hayan podido producir desde la firmeza de la sentencia hasta el momento en que se ejecuta definitivamente”³¹⁴.

De las anteriores aportaciones se deduce una conceptualización amplia de los supuestos comprendidos por la norma, quedando éstos únicamente delimitados por la naturaleza liquidable de su objeto mediato, y por la necesidad de que su devengo se produzca durante el proceso de declaración. Desde esta perspectiva no es de extrañar que sorprenda, y se censure, el hecho que en el actual artículo 219 LEC, y a diferencia de lo que sucedía con la anterior regulación, se omita el supuesto de **los daños y perjuicios**³¹⁵. La importancia de esta omisión se debe al hecho de que este supuesto (el de los daños y perjuicios) ha constituido el eje central sobre el que ha girado la sentencia con reserva, al menos desde finales del S. XIX³¹⁶, habiendo sido en este

³¹⁴ Ídem, pág. 439. Sin perjuicio de que la relación entre sentencia con reserva de liquidación y los procedimientos de los artículos 712 y siguientes de la LEC será objeto de estudio posterior, interesa ahora traer a colación la anterior afirmación, pues fija un claro límite temporal a la aplicación de este precepto: sólo abarca las liquidaciones que se produzcan hasta el dictado de la sentencia firme.

³¹⁵ Así, por ejemplo, se extraña RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, de que no se mencionen, entre los supuestos legales, justamente el de las reclamaciones de daños y perjuicios que califica de “caso paradigmático”. *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, tomo II, Atelier, Libros jurídicos, Barcelona, 2008, pág. 1361. También CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., recoge la crítica al precepto en el sentido de que no se menciona en el mismo la reclamación de daños y perjuicios. *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 400 a 402, citando a pie de su página 400 a Damián, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, I, pág. 1434. Dicha autora sostiene que “si bien se mira, una pretensión similar se concreta en la condena a percibir una suma pecuniaria lo que impediría, a estas últimas y a otras similares, su exclusión. No se olvide, además, la interpretación amplia efectuada por el Tribunal Supremo del supuesto de hecho del artículo 360.II de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil”, extractando seguidamente (ídem, págs. 401 y 402) la SAP de Murcia 24/2005, de 19 de enero (BD, marginal JUR 2005/63944), y citando (a pie de la página 401) a Ribelles, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, pág. 847 y a Fernández López, *Notas sobre las sentencias con reserva de liquidación*, en *Práctica de Tribunales*, 2006 n.º 26, pág. 22, en sostenimiento de la opinión que la relación contenida en el artículo 219 LEC no es exhaustiva.

³¹⁶ Desde un punto de vista jurisprudencial así se puede comprobar, por ejemplo, acudiendo a FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, vol. II, opus cit., en donde, recogiendo la establecida entre el 1.º de abril de 1881 al 31 de diciembre de 1953, hace una exhaustiva relación de la dictada en relación al art. 360 ALEC (págs. 3.408 a 3.469), versando prácticamente toda ella en torno justamente a pretensiones relativas a daños y perjuicios. Aún es más clara su relevancia desde un punto de vista doctrinal. Así, por ejemplo, la principal obra de referencia en esta materia de nuestra doctrina, hasta la publicación del trabajo de ARIAS LOZANO, D., ha sido muy probablemente la de CORDÓN MORENO, F., *La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios*, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, vol. 8, Palma de Mallorca, 1984, págs. 41 a 64, cuyo título ya resulta muy revelador. Este mismo autor explicita que: “Si he elegido la sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios es porque se trata del supuesto tipo y por ser el más frecuente en la práctica diaria ante nuestros Tribunales.” Ídem, pág. 41. Por su parte, el mentado ARIA LOZANO también resalta este hecho, cuando afirma que: “Se habla [al tratar de la condena genérica] de daños y perjuicios por ser el supuesto más frecuente en la práctica.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11142 *in fine*. E incluso desde una perspectiva de derecho comparado, la importancia de este supuesto se evidencia con sólo tener en cuenta el título de la principal obra de referencia en este ámbito: *La condanna generica ai danni*, de CALAMANDREI, P.

ámbito su utilidad práctica especialmente significada³¹⁷. La pléyade de casos que pueden generarlos es tan diversa que, el sólo intento de enumerarlos, excede claramente los objetivos del presente trabajo. A modo ejemplificativo (y a los solos efectos de poder intuir la magnitud de su importancia), esta temática ha sido tratada con especial detenimiento por nuestros procesalistas en materias tan complejas como la referida a los **accidentes de tráfico**. Muchas han sido y son los estudios y monografías que han abordado el ocasionamiento de daños y perjuicios en estos lances, y el uso que, en su resolución, se ha hecho de la sentencia con reserva³¹⁸. Por todos valga la opinión de MONTERO AROCA, quien afirmó con contundencia que la sentencia con reserva de liquidación era “plenamente posible en el juicio verbal de tráfico. Naturalmente carece de sentido que después de un juicio verbal en el que se ha probado la existencia de unos daños y la obligación del demandado de indemnizarlos, se proceda a absolver a éste con la única consideración de que el actor no ha llegado a probar el importe exacto de los mismos.”³¹⁹

Relacionado con el anterior, aunque sin llegar a compartir género, están también los supuestos en los que los daños y perjuicios se derivan de una conducta tipificada como

³¹⁷ En este sentido, decía muy gráficamente el TS en **S de 31/01/1916**, que en la condena “al pago de daños y perjuicios basta la prueba de su existencia, porque en la mayor parte de los casos ni al formular la demanda, ni muchas veces al dictarse la sentencia, es posible determinar su cuantía”. Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3468. También se ha resaltado esa importancia por la doctrina. V. gr., GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., sostiene que: “La utilidad de las condenas con reserva es patente en las reclamaciones de cantidad en que el actor no es capaz de determinar cantidad líquida alguna en su demanda, lo que ocurre muy frecuentemente en procesos de condena a indemnizar daños y perjuicios (presupuestos de cuya estimación son, como es sabido, el establecimiento del nexo causal entre la conducta ilícita y el daño producido, y la determinación del *quantum* indemnizatorio)”. § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, pág. 77.

³¹⁸ Por este motivo, dichas obras se van a ir nombrando al hilo del respectivo discurso, para un enfoque poliédrico de la sentencia con reserva. Entre ellas se van citar las siguientes: GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, FERNANDO, *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor*, 6ª edición ampliada y puesta al día conforme a L.O. 10/95 y L. 30/95 con la colaboración de José Pérez Curiel, Oviedo, Editorial FORUM, S.A., 1998; MONTERO AROCA, JUAN, *El juicio verbal de tráfico*, Valencia, tirant lo blanch, 1999; REVILLA GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *El juicio verbal por daños en la circulación de vehículos a motor*, 2ª edición, Valencia, tirant lo blanch, 1999; y MÉNDEZ, ROSA M., *El procedimiento declarativo del automóvil*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2006.

³¹⁹ *El juicio verbal de tráfico*, opus cit., pág. 386. Aporta a continuación un extracto de la **SAP Valencia de 13/10/1997** (DER. 97/13964), de la cual destacaré que, en su fundamento primero (y entre otros extremos) fijó que: *La sentencia de instancia desestima la demanda por no haber quedado acreditada la cuantía del daño mediante la presentación de un presupuesto que no ha sido averado. Para, a continuación, en el segundo, sostener que: La falta de prueba sobre la cuantía indemnizatoria de un daño no puede obstar a que se produzca una sentencia condenatoria, como señala el artículo 360 de la L.E.C. siempre que el daño esté acreditado, como en este caso ocurre, en que queda probada la colisión del autobús con un turismo, y además se presenta un presupuesto. Tampoco es posible sentar las bases con arreglo a las que se ha de hacer la liquidación dado que no se sabe si el coche ha sido reparado, ni el taller en que se haya podido hacer, pero esto tampoco es óbice para que se estima la demanda, como establece el indicado artículo>>>. Ídem.*

delito o falta³²⁰. De nuevo en este caso nos encontramos con extensa bibliografía que explicita las relaciones existentes entre acción penal y acción de responsabilidad civil y en las que, con respecto a ésta última, expresamente se analiza el uso que podía hacerse de la sentencia con reserva. En este sentido, y desde la óptica del proceso penal, el planteamiento de la cuestión la encontramos ya en REYES³²¹, al preguntarse “si, lo mismo que en el proceso civil, cuando en la demanda se reserva la fijación de la cuantía de la reparación para un momento posterior, es posible en el penal obtener un pronunciamiento declarativo de esa indemnización, pero sin precisar hasta dónde, cuantitativamente, se ha estimado, o lo que es igual, sin fijación del *quantum*.”³²² Se inclinó este autor por una respuesta afirmativa, citando expresamente la S de 31/03/1930, de la Sala de lo Civil, la cual estimó “infringido el artículo 1.902 del Código Civil cuando la sentencia absuelve al demandado porque no justificó durante el proceso la cuantía de los perjuicios reclamados, porque la determinación de la misma puede hacerse en período de ejecución, como reiteradamente-dice-tiene sostenido dicho tribunal.”, y comentando asimismo la S de 13/02/1912, la cual “es más importante para nosotros (por cuanto se aplica por la Sala de lo Criminal)”³²³. Sobre ésta última resaltó que dispuso “que, tratándose de incidentes surgidos en el trámite de ejecución de sentencia, lo cual compete, en materia criminal, al tribunal de esta jurisdicción, tiene éste exclusiva competencia para fijar la cuantía de la indemnización, no procediendo, contra las resoluciones que se dicten en tales incidentes, recurso de casación. De aquí se desprende que la fijación se había efectuado en incidente de ejecución.”³²⁴

Observado lo anterior, y volviendo a engarzar con la cuestión de esa supuesta laguna del art. 219.1 LEC, cabe constatar que diversos autores han optado por **entender que** los daños y perjuicios también **deben incluirse** dentro del ámbito de la sentencia con

³²⁰ Recuérdese que el **artículo 100 de la LECrim** prescribe que: *De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.*

³²¹ Hay que apuntar que este autor parece circunscribir la posibilidad del dictado de sentencia ilíquida al concepto “perjuicios”, al diferenciar claramente este vocablo del de “daños”; de hecho titula el apartado en que recoge las reflexiones que seguidamente se relacionarán como: “*En los casos en que procede indemnización de perjuicios, ¿cabe la indeterminación de su cuantía en período de ejecución de sentencia?*”. REYES MONTERREAL, JOSE MARIA, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, tercera edición, Madrid, Gráficas Menor, 1958, págs. 288 y 289; para la distinción mencionada entre ambos conceptos *vid.* el apartado 2.2.1.2 de esta misma obra.

³²² Ídem, pág. 288.

³²³ Ídem, pág. 288.

³²⁴ Ídem, págs. 288 *in fine* y 289 *ab initio*.

reserva. V. gr., en esta dirección se pronuncia GONZÁLEZ GARCÍA³²⁵ al defender la aplicabilidad en estos casos del artículo 219 LEC, por considerar que el incidente de los artículos 712 y siguientes LEC únicamente sería de aplicación a la liquidación de condenas no pecuniarias y cuando la Ley se remitiera expresamente al mismo³²⁶, o FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien considera que este supuesto también se ha de entender incluido en el ámbito de aplicación del art. 219.3 LEC puesto que, el “que no se haga mención expresa de la condena al pago de daños y perjuicios, [...] no significa que quede excluida, máxime cuando en la práctica es este último el supuesto que tiene lugar con mayor frecuencia.”³²⁷ De hecho esta autora afirma “que se trata de un caso que cae claramente dentro de lo que el precepto considera <<pago de una cantidad de dinero>>”³²⁸, argumento al que añade “que los daños y perjuicios sí aparecían expresamente mencionados en el art. 360 LEC de 1881, [...], lo que apoya la idea de que pueda tratarse de un simple olvido del legislador o de que éste ha considerado más acertada la expresión <<cantidad de dinero>> por ser más amplia y abarcar, por tanto, un mayor número de casos.”³²⁹

Frente a las anteriores opiniones, otros autores han considerado que **no** se pueden entender **incluibles** aquéllos dentro del ámbito de la sentencia con reserva. Así, por

³²⁵ Concretamente GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., sostiene que: “La exclusión del enunciado legal del caso de las demandas de daños y perjuicios, sí incluidas en el derogado art. 360.I LEC de 1881, no constituyen menoscabo para la aplicación de las mismas, dado que la posibilidad de su liquidación en el incidente que regula el art. 712 LEC (sucesor del art. 928 LEC de 1881) para la liquidación de condenas en sede de ejecución forzosa no es de recibo, al restringirse en la Ley la procedencia de este incidente a los casos de liquidación de sentencias de condenas no pecuniarias y a aquellos otros en que la Ley se remita expresamente al mismo”. § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit. pág. 79.

³²⁶ De esta forma, considera este autor que no se podría utilizar el incidente del artículo 712 LEC para liquidar otros daños y perjuicios, lo que critica cuando los mismos se produjeran en el seno del propio proceso. En relación con lo anterior, y a pesar de lo que se verá al analizar el engarce entre el artículo 219 y los procedimientos regulados en los artículos 712 a 720 LEC, opino que no deja de ser un motivo más de apoyo para la inclusión en el supuesto de hecho del 219 LEC del caso de los daños y perjuicios el que, dentro de éstos incidentes declarativos en sede de ejecución, se recoja expresamente (y como primer procedimiento) el de la liquidación de los mismos (artículos 713 a 716).

³²⁷ *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 22.

³²⁸ Ídem. Menciona a Damián Moreno, J. y a Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. en el mismo sentido de considerar que, este supuesto “está afectado también por la excepción a la prohibición de reserva de liquidación”.

³²⁹ Ídem. Ahora bien, esta autora también sostiene que no podrían ser ilíquidas “las sentencias de condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios cuando puedan fijarse, al menos, las bases para su liquidación”, lo que sucedería “por ejemplo, con las indemnizaciones por daños corporales y morales provocados con ocasión del uso y circulación de vehículos a motor, sometidas a unos baremos que se actualizan anualmente. En materia de daños y perjuicios la posibilidad de iliquidez se reduce, pues, a supuestos como daños morales (piénsese, por ejemplo, en los daños provocados por vulneración del derecho al honor), daños ambientales por emisiones contaminantes o daños patrimoniales difícilmente cuantificables y no sometidos a baremación (como puede suceder con algunos supuestos de cuantificación del lucro cesante).” Ídem, pág. 25.

ejemplo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS³³⁰, quien después de esclarecer que: “Nada dice la LEC de los “daños y perjuicios”, que ha venido siendo el supuesto más importante en la práctica. De hecho, la expresión “*frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase*” (tomada del art. 932 de la LEC y que son tres formas arcaicas de decir la misma cosa) suele contraponerse a la expresión “*daños y perjuicios*” de suerte que, aunque pudiera ser difícil precisar qué son “utilidades” y qué “productos de cualquier clase”, está claro que es esta expresión no se incluyen los daños y perjuicios.”³³¹, se pregunta precisamente sobre: “¿Qué sucede con los daños y perjuicios?”, argumentando que: “Puesto que la LEC no exceptúa las condenas de daños y perjuicios, no queda otra posibilidad que entender que sólo es posible una condena al pago de daños y perjuicios si el actor fija, en la demanda, la cantidad exacta a la que desea que el deudor sea condenado. Ni puede pedir que se fijen las bases de una futura liquidación, ni, desde luego, puede pedir –como tan frecuente era con la anterior LEC– que se declare en el proceso la obligación de indemnizar y se deje su cuantificación a la fase de ejecución de sentencia.”³³² Ahora bien, este mismo autor se da cuenta que es en estos casos: “donde podría resultar de mayor utilidad la condena con reserva de liquidación [...]. En nuestra sociedad el derecho de daños crece en frecuencia y en complejidad” siendo “en algunas ocasiones [...] razonable dejar abierta la posibilidad a que el juez fije en la sentencia las bases que servirán para cuantificar los daños y perjuicios, pero deje la cuantificación para la ejecución de sentencia.”³³³ Y, en parecido sentido que el anterior, se puede añadir la opinión de PEREDA GÁMEZ, quien, al analizar las sentencias con reserva de liquidación, sostiene que la prohibición de la condena con reserva de liquidación, alcanzaría también (“prima facie”): “a la cuantificación de daños y perjuicios, rendición de cuentas de administración, reducción a dinero de frutos en especie y a cualquier otro supuesto de liquidación (liquidación societaria o de sociedad conyugal, rendición de cuentas de cualquier tipo...)”, precisando (en el siguiente párrafo) que: “Sin embargo, respecto a liquidación de régimen económico matrimonial debemos tener en cuenta la regulación de un procedimiento específico en los arts. 806 y ss. NLEC y en cuanto a daños y perjuicios,

³³⁰ Al hablar del “enigmático art. 219”, y después de observar que, en dicho artículo, se establece “una aparente excepción a la prohibición absoluta de condena con reserva, que afecta a frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase (219 1.)” *La ejecución forzosa...*, opus cit., págs. 105 a 109.

³³¹ Ídem, págs. 105 *in fine* y 106 *ab initio*.

³³² Ídem, pág. 107.

³³³ Ídem.

la previsión de los arts. 712 y ss., que regulan específicamente el proceso de liquidación.”³³⁴

Ahora bien, en mi opinión, el anterior debate se puede considerar actualmente zanjado, al menos en la práctica y en la jurisprudencia, pues con posterioridad a la mayoría de las anteriores opiniones han sido numerosísimas las sentencias que han aplicado, a estos supuestos, la figura de la reserva de liquidación³³⁵, habiéndose pronunciado explícitamente el **Tribunal Supremo** en favor de una interpretación amplia de los supuestos incluibles dentro del citado precepto, como es de ver en su **sentencia (Sala 1ª) de 13/10/2010**³³⁶, en cuyo fundamento de derecho cuarto expuso que: *La LEC ha establecido límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deduce de los artículos 209 y 219 LEC cuya finalidad es impedir, en lo posible, las condenas no susceptibles de ejecución inmediata porque haya de sobrellevarse una compleja ejecución para dilucidar cuestiones que podrían haber sido solventadas en el proceso de declaración. Estas normas permiten una interpretación comprensiva de cualquier pretensión condenatoria cuya liquidez no se pueda precisar y no solo limitada a aquellos casos en los que el único objeto del proceso haya sido la condena al pago de una cantidad de dinero o de otra clase de productos. Con ello se sigue la línea de este Tribunal que mantuvo una interpretación amplia o extensiva del artículo 360 LEC 1881, más allá de la estricta literalidad de la norma, permitiendo su aplicación a cuantos supuestos no fueran a priori susceptibles de concretar la liquidez de las sumas objeto de la controversia (STS de 13 de febrero de 1997, RC n.º 1018 / 1993).*

A modo de **conclusión** se puede aseverar que la relación que establece el artículo 219.1 LEC es abierta. Este *numerus apertus* se aprecia especialmente con la inclusión,

³³⁴ C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 293.

³³⁵ Ello se advierte ya en las primeras resoluciones que se dictaron en este ámbito, pudiéndose citar en este sentido, a título puramente ejemplificativo, la **SAP de Alicante (Sección 7ª), de 26/05/2003**, resolutoria del recurso nº 103/03 sobre acción reivindicatoria, la cual afirma en su fundamento de derecho cuarto que: *En lo que concierne a la indemnización por daños y perjuicios, el art. 219.1 LEC establece que [...se recoge a continuación el texto del articulado]. En el supuesto de autos la parte actora ni en la demanda, ni posteriormente en el acto de la audiencia previa, ni a lo largo del juicio, cuantifica de forma exacta el importe de los daños y perjuicios que reclama, ni tampoco fija las bases con arreglo a las cuales se deba fijar la liquidación, por lo que, de conformidad con el precepto citado, procede acordar la desestimación del motivo del recurso alegado.*

³³⁶ Dictada en resolución del rec. 146/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de sentencia 647/2010, LA LEY 181848/2010.

tanto jurisprudencial como doctrinal, del caso de los daños y perjuicios. La cuestión ahora a dilucidar es la de delimitar a qué otros supuestos se puede extender la aplicabilidad de la sentencia con reserva; o lo que es lo mismo, habrá que explicitar las circunstancias que permitan asimilarlos a los anteriores. A esta finalidad se dedican los dos siguientes subapartados de este estudio.

2.2.1.2) Análisis desde el punto de vista del derecho civil de los supuestos explicitados por la norma y de algunos otros a los que su aplicabilidad resulta casi indubitada, y deducción jurídico-semántica de un meta factor común.

De lo dilucidado en el apartado anterior se extrae que, los casos comprendidos en el mentado artículo 219.1 LEC, son, como mínimo, los siguientes:

- Dinero determinado.
- Frutos.
- Rentas.
- Utilidades.
- Productos.
- Daños y perjuicios.

Como se advierte de su mera lectura, los cinco primeros, que son los regulados expresamente en el citado precepto, hacen referencia a distintos tipos de bienes, mientras que los daños y perjuicios son causa para la reclamación del primero de ellos (“dinero”). Para su clasificación y entendimiento se ha de acudir al derecho civil sustantivo, al ser éste el encargado de configurar, en cada momento, su contenido³³⁷. Al

³³⁷ El marco más general lo establece el **artículo 333 del Código Civil** (CC) al prescribir que “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles”. La clasificación de los bienes inmuebles instaurada en el siguiente **artículo 334 CC** establece, expresamente, que tienen esta consideración (entre otros): “2º Los árboles y plantas y los frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.” Siguiendo en este punto las enseñanzas de MEDINA DE LEMUS, MANUEL, en RAMS ALBESA, JOAQUÍN (coordinador), *Comentarios al Código Civil III. Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2001, págs. 40 y 41, se trataría, en este caso, de inmuebles de los denominados por la doctrina civilista por “incorporación”; bienes que no se consideran como inmuebles sino bienes que forman parte integrante de una finca; se requiere por tanto, en estos casos, una vinculación física que habrá de determinarse según la apreciación social. Por otro lado, los **artículos 335 a 337 CC** tratan de los bienes muebles. En el primero de estos artículos expresamente se definen como bienes muebles “los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.” Igualmente interesante es

ser, por tanto, cuestiones pertenecientes a la rama material del Derecho Civil³³⁸, su estudio se considerará como instrumental en este trabajo. Por otro lado, como es sabido y repetido, al no radicar el conocimiento en materias sitas en compartimentos estancos, sino antes bien, al relacionarse constantemente unas con otras, se hace necesario el presente estudio para mejor comprender las implicaciones de la vigente regulación procesal, sin pretender realizar un análisis tan exhaustivo que pudiera desbordar su fin. Apuntado lo anterior, trataré ya de forma específica de cada uno de los casos señalados en el artículo 219.1 LEC.

1.- Dinero determinado. Difiriendo por el momento el estudio del adjetivo “determinado”, y desde un punto de vista sustantivo, cabe evocar, como mantiene CASTÁN TOBEÑAS³³⁹, que la palabra dinero proviene del latín *denarius*: una moneda del Estado romano. Siguiendo las enseñanzas de este autor, y en una acepción amplia, sería dinero: “el conjunto de aquellas cosas que en el tráfico corriente se usan como medida y signo de valor.” Y en una acepción estricta: “aquellas cosas que el Derecho reconoce como signo de valor y, por consiguiente, tienen que ser admitidas en las transacciones, en concepto valor.” Este segundo sería el sentido considerado como más jurídico³⁴⁰. Por su parte, MEDINA DE LEMUS afirma que el dinero merece una consideración especial dentro del grupo de las cosas genéricas, comentando que: “las

el artículo 336 CC el cual prescribe que son también inmuebles: “las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas o títulos representativos de préstamos hipotecarios.” Finalmente el artículo 337 CC, los diferencia entre fungibles o no fungibles estableciendo que: “A la primera especie pertenecen aquéllos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás.” La doctrina civilista al tratar este precepto suele diferenciar entre cosas fungibles y no fungibles por un lado y cosas genéricas y específicas por otro. En el concepto de fungibilidad se destaca la identidad de todas las cosas de la cual deriva su sustituibilidad. Ídem, pág. 47. En cambio el género no es algo que sea objetivo, sino que se trataría más bien de un concepto lógico, en el que se aíslan notas comunes a diferentes objetos, reduciéndolos a una unidad en el pensamiento; la diferencia en este caso se ejemplifica en los artículos 1167 y 875 CC: de los mismos se extrae que la fungibilidad es una cualidad que tienen las cosas, mientras que la genericidad lo es de la prestación que se debe. Ídem, pág. 48.

³³⁸ Lo que ya fue advertido por GUASP, J., cuando nos recordó que: “Los casos en que procede dicha condena [del art. 360 ALEC], es decir, en que hay obligación de abonar frutos, intereses y daños y perjuicios no corresponde determinarlos, en general, al derecho procesal sino al derecho civil.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., a pie de su pág. 977.

³³⁹ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II. Decimoquinta edición, revisada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, ANTONIO M., Madrid, Reus, S. A., 2007, págs. 584 a 589.

³⁴⁰ Como comenta el antedicho autor, en la actualidad se sostiene que las especies de dinero son: el dinero metálico y el dinero papel. Al mismo tiempo el primero se subdivide en dinero efectivo, en el que el valor intrínseco del metal corresponde sustancialmente con el valor expresado en la moneda, y en moneda fraccionaria, en el que el valor del metal es inferior al nominal y siendo obligatoria solo para pagos pequeños. Asimismo, se concibe el dinero como una cosa mueble, fungible y consumible, pudiendo ser objeto de los derechos reales de dominio, posesión, usufructo o prenda.

unidades monetarias son sustituibles por naturaleza, en cuanto medida de valor de las cosas pues se trata simplemente de un término de comparación, y no es objeto de derechos ni de obligaciones. Por otra parte, en cuanto se trata de algo que se cambia por cosas o servicios, tampoco es necesario que tenga existencia física. Se usa perfectamente para pagar pequeñas deudas y para atesorar, pero en la actualidad es más frecuente utilizar la cuenta corriente bancaria y los instrumentos que de ella se derivan: cheques, talones, tarjetas de crédito, etc.”³⁴¹

Este concepto “dinero” resulta ser un término central en el ámbito procesal, especialmente en sede ejecutiva. Recuérdese en este sentido, que la LEC del 2000 diferencia entre dos grandes tipos de ejecuciones a partir precisamente de la citada noción, al dividir las entre dinerarias y no dinerarias. Por ello no extraña que, las investigaciones llevadas a cabo por nuestra doctrina procesalista en este campo, giren en torno a ésta clasificación. Ahora bien, al no presentar el concepto “dinero” especial controversia, baste para complementar las definiciones de los anteriores civilistas, la descripción que aporta TAPIA FERNÁNDEZ, quien sostiene que el dinero: “no es un bien cualquiera, sino un bien de mediación, de naturaleza muy particular, económica y jurídicamente”³⁴²; “el dinero no perece, existe siempre en el tráfico, porque su genericidad es absoluta”, señalando seguidamente que: “además, el dinero es un bien ultrafungible, ya que [...] es común denominador de las demás cosas y bienes [...]. Es un bien inconsumible en sentido propio, por cuanto no se destruye por su utilización, ya que siempre existe en el tráfico. Pero es un bien particularmente consumible, toda vez que se considera consumido cuando ha sido “gastado”, es decir, cuando ha salido del patrimonio del que lo utiliza”³⁴³.

Por otro lado, varios autores han alertado sobre el peligro de confundir lo dinerario con lo genérico³⁴⁴. En este sentido se pronuncia PÉREZ DEL BLANCO³⁴⁵, quien

³⁴¹ *Comentarios al Código Civil III...*, opus cit, pág. 48.

³⁴² TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *Las condenas no pecuniarias: (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, pág. 48.

³⁴³ Ídem, págs. 48 *in fine* y 49 *ab initio*. En esta misma página 49, la mencionada autora afirma que “obligación genérica y ejecución genérica no tienen correspondencia. En cambio, obligación dineraria y ejecución de sanciones dinerarias sí que la tienen, al menos “prima facie””.

³⁴⁴ Entre ellos la misma TAPIA FERNÁNDEZ, I., quien afirma que, si bien se puede diferenciar entre procesos de ejecución genérica y específica, el sentido de estos conceptos no puede ser el que se da en el ámbito de las obligaciones (ídem, pág. 47), argumentando que “la relación obligatorio que se intenta

arguye que: “la ejecución denominada genérica es sólo la de aquellas condenas que obligan a pagar una cantidad de dinero, y en ningún caso cualquier otro tipo de cosa genéricamente consideradas”³⁴⁶, puntualizando que “en el ámbito de la ejecución los términos dineraria y genérica, así como no dineraria y específica, no son sinónimos”; pues “mientras que los primeros, dineraria y no dineraria, se refieren al contenido de la sentencia, los segundos, genérica y específica, se refieren al resultado que se pretende obtener”, afirmando que en este último caso “se debería utilizar la terminología de ejecución *in natura* o en sus propios términos y ejecución por equivalente”³⁴⁷.

2.- Frutos. Como se comentó en el primer apartado de la presente obra, este concepto tuvo una importancia capital hasta bien entrado el S. XIX. Su configuración legal se ha de buscar en los artículos 354 a 357 CC³⁴⁸, considerándose en el **artículo 355 CC** como frutos naturales: *las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales*; como industriales: *los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo*; y como civiles: *el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.*³⁴⁹

Para delimitar su concepto nuevamente se debe acudir a la doctrina civilista, la cual ha tratado profusamente este tema. En primer lugar, y siguiendo ahora a SIERRA GIL DE

hacer valer en el proceso de ejecución tenga por objeto una suma de dinero, o tenga por objeto cualquier otro bien, ésta es la línea divisoria que debe marcar, en principio, la distinción entre un proceso de ejecución llamado genérico y otro específico”. Ídem, pág. 48 *ab initio*.

³⁴⁵ PÉREZ DEL BLANCO, GILBERTO, *La ejecución dineraria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, León: Ediciones Universidad, 2001, págs. 15 a 21.

³⁴⁶ Ídem, pág. 16, citando en el mismo sentido a Catalá Comas y a Moreno Catena.

³⁴⁷ Ídem, pág. 17. En este punto afirma seguir una opinión doctrinal en la que se identifica “la ejecución específica y ejecución *in natura*”, la cual sustentarían autores como Ramos Méndez, Montero Aroca, Moreno Catena o Fernández López. Como Catalá Comas y Tapia Fernández, llega a la conclusión que, “por razones de pura practicidad y de claridad terminológica lo más adecuado es la utilización de los conceptos de “dineraria” o “no dineraria””. Ídem, pág. 18. Posteriormente relaciona otras divisiones de los tipos de ejecuciones y cita el término de “monetarias”, en las que se deriva, de la sentencia, “la obligación de entregar una suma de dinero”. Ídem, pág. 20; cita a De Miguel y Alonso, Carlos. En cuanto a las restantes divisiones me remito a la página 21 de la antedicha obra, por exceder del objeto del presente estudio.

³⁴⁸ Dentro de la regulación del derecho de accesión, el **artículo 354 CC** prescribe que: *Pertenecen al propietario:*

1º Los frutos naturales.

2º Los frutos industriales.

3º Los frutos civiles.

³⁴⁹ Por su parte, el **artículo 357 CC** prescribe que: *No se reputan frutos naturales, o industriales, sino los que están manifiestos o nacidos.*

Respecto a los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.

LA CUESTA³⁵⁰, cabe reseñar con éste que la clasificación que se realiza en el artículo 354 CC no se puede reputar como encalvada en un parámetro de “*numerus clausus*”. Teniendo en cuenta lo anterior, se observa de la mera lectura de los antedichos preceptos que los frutos se dividen legalmente en tres tipos, considerando la doctrina civilista que:

- 1.- Los frutos naturales serían los producidos directamente por la cosa fructífera.
- 2.- Los frutos industriales serían aquellos que se obtendrían a través de la intervención del hombre³⁵¹.
- 3.- Los frutos civiles serían aquellos producidos por razón de una relación jurídica constituida sobre una cosa, criticándose la definición de Código Civil al considerarse enumerativa de supuestos concretos, corta y pobre. SIERRA GIL DE LA CUESTA los define como: “aquél que a diferencia de los frutos naturales e industriales que provienen directamente de la cosa fructífera, dimana de una relación jurídica respecto de esa cosa, que otorga el disfrute de la misma, y que tiene una base de entidad económica, sea en dinero o sea en especie.”³⁵² A diferencia, por tanto, de los frutos naturales (cosas corporales) los frutos civiles serían siempre cosas incorpóreas (básicamente derechos de crédito)³⁵³.

Existe un ingente número de definiciones de este concepto, algunas de las cuales se han recogido al hilo del análisis histórico de la sentencia con reserva. En este sentido se

³⁵⁰ Quien considera que los frutos tienen los siguientes elementos que los caracterizan:

- a) Su periodicidad.
- b) La conservación de la sustancia de la cosa que los produce.
- c) La no alteración del destino económico de la cosa productora.
- d) Su accesoriedad: es una utilidad de la cosa productora.
- e) Su separabilidad.
- f) Su reproducibilidad.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (coordinador), *Comentario del Código Civil. Libro II De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Arts. 333 al 608*, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 2000, pág. 132.

³⁵¹ Normalmente se considera que éstos son también frutos naturales, al faltar suficiente fundamento para diferenciar entre ambos tipos. En ambos casos se sostiene que se derivan de la misma cosa fructífera.

³⁵² Ídem, pág. 135.

³⁵³ El mismo SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., afirma que otra clasificación más genérica es la que se basaría en la situación actual en que se encuentran en relación a la cosa productora, y se dividirían entre: no aparentes (no nacidos), pendientes (aún no separados de la cosa fructífera, pero ya perceptibles), los percibidos (ya separados de la cosa fructífera) y los consumidos. Ídem, pág. 133.

puede citar al mismo MANRESA, quien ya se refirió a los frutos³⁵⁴ al analizar el artículo 360 ALEC, considerando por tales los: “producidos y aun a los debidos producir por la cosa cuya reivindicación o entrega es objeto de su demanda, y deben abonársele, ya desde una época anterior al pleito, como desde la muerte del testador, en las herencias y legados específicos, o bien desde la contestación a la demanda, en que cesa la buena fe del poseedor que le daba derecho a los frutos”³⁵⁵. En cuanto a las conceptualizaciones más modernas, y por recoger algunas a modo puramente ejemplificativo, se puede empezar mencionando la del citado SIERRA GIL DE LA CUESTA, para quien sería “toda utilidad que se extrae de la cosa, sin alteración de su sustancia y conforme a un especial destino económico.”³⁵⁶ Para ALBALADEJO sería jurídicamente fruto: “toda cosa que es rendimiento económico de otra (cosa-madre) conforme a su destino y si alteración de su sustancia”³⁵⁷, pudiendo ser producidos por los derechos, en cuyo caso serían frutos naturales o civiles de una cosa: “cuando dicho derecho recae sobre la cosa y atribuye a su titular los frutos de ésta”³⁵⁸. Para LACRUZ BERDEJO, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN el término frutos encierra dos conceptos: el físico de producto de la naturaleza (que incluiría los naturales e industriales) y el económico de producto de la explotación (civiles)³⁵⁹. Finalmente, CASTÁN TOBEÑAS define fruto en sentido amplio como “todo producto o utilidad que constituye el rendimiento de la cosa conforme a su destino económico y sin alteración de su sustancia.”³⁶⁰

³⁵⁴ *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., págs. 103 a 109.

³⁵⁵ Ídem, págs. 103 y 104. En esta misma obra (véase los pies de las páginas 107 y 108) este mismo autor ilustra sus comentarios con jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la condena de frutos. En relación a la fórmula más corriente utilizada por la misma, sería la condena a la restitución de una finca “*con los frutos producidos o debidos producir desde la contestación a la demanda*” (STS de 23 de noviembre de 1900). Comenta que la jurisprudencia sobre esta materia es “copiosísima”, destacando las siguientes resoluciones: STS de 6 de julio de 1899, sobre infracción de la ley 22 del código *De reivindicacione* y STS de 18 de marzo de 1904, sobre terminación de un contrato de arrendamiento de un predio rústico por desahucio, en la que se defiende que dicha terminación “no extingue los derechos del arrendatario para recolectar o percibir los frutos correspondientes al año agrícola dentro del que nacieron aquéllos derechos, cuando el arrendador ha percibido a su vez el importe de la renta íntegra correspondiente...”.

³⁵⁶ *Comentario del Código Civil. Libro II...*, opus cit., pág. 135.

³⁵⁷ ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, decimosexta edición, *Puesta al día de la legislación y jurisprudencia*, Madrid, EDISOFER, S.L., 2004, pág. 546.

³⁵⁸ Ídem, pág. 549.

³⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS y PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al derecho*, tercera edición, Madrid, DYKINSON, 2002, págs. 110 a 112.

³⁶⁰ *Derecho civil español, común y foral*, opus cit., pág. 598.

Debido a la profusión de exposiciones sobre esta materia, conviene acudir a autores que hayan intentado organizar el abundante acerbo científico existente. Con esta finalidad, aludo a LUIS DÍEZ-PICAZO³⁶¹, quien relaciona las diversas teorías doctrinales referentes a la conceptualización de los frutos, en la sistematización realizada por MOSCO³⁶²; serían las siguientes:

- La teoría orgánica de los frutos, para la que serían: “productos orgánicos que se separan de una cosa en virtud de una función biológica.”
- La teoría de la separación, para la que “son frutos las partes de una cosa que, en virtud de su separación de aquélla, a la que se considera como cosa principal, adquieren independencia.”
- La teoría económico-jurídica, en la que: “La cualidad de frutos se determina por la relación existente entre la persona y los bienes. Se puede decir que algo constituye fruto cuando es la renta que una determinada cosa ajena produce, se percibe sin disminución de la fuente de producción y se destina al consumo del titula.” “Es fruto en sentido jurídico lo que es renta en sentido económico.”
- Las posiciones eclécticas, en las que tres elementos serían esenciales en la construcción del concepto “frutos”: la periodicidad, la conservación de la sustancia y la observancia del destino de la cosa productora.

3.- Rentas. En relación a ellas, es necesario traer a colación el artículo **336 CC**, el cual prescribe que: *Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.*

³⁶¹ Este autor arguye que, tradicionalmente, por fruto se entenderían: “los rendimientos o las percepciones que una cosa permite obtener o, por lo menos, aquellos rendimientos, productos o percepciones que reúnan unas determinadas características.” Sostiene que el concepto ya era utilizado por ULPIANO y por PAULO y que la idea romana se recogió en el artículo 547 del Código Civil francés. Cfr. *Fundamentos del derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, quinta edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, S. A., Thomson, Civitas, 2008, págs. 929 a 937, pág. 929 para la anterior cita.

³⁶² Ídem, págs. 933 a 935.

La relación existente entre este concepto y el de “frutos” se ha significado por la doctrina civilista, diciéndose que los frutos son la renta del patrimonio³⁶³. También se ha sostenido que la renta de dinero puede ser llamada fruto; en este caso sólo sería necesario que se obtuviera como resultado de la explotación de forma regular y ordinaria de unos bienes³⁶⁴. Son interesantes en este punto las reflexiones que hace LUIS DÍEZ-PICAZO³⁶⁵ en lo que intitula: “El concepto económico de renta y el concepto jurídico de frutos”. Este autor defiende que, para poder construir adecuadamente el concepto jurídico de frutos, se ha de acudir al concepto económico de renta. El concepto de renta iría, por tanto, ligado más a la ciencia económica y se podría definir en un sentido amplio como: “los ingresos monetarios obtenidos en un período de tiempo como derivados del trabajo de los individuos o de la propiedad o titularidad de los factores de producción.” En un sentido económico también se la puede conceptuar como: “un excedente económico: son las ganancias derivadas de la titularidad o de la utilización un factor de producción, deduciendo la suma necesaria para mantenerlo en uso e impedir que pase a otros.” De esta forma fruto sería en sentido jurídico lo que la renta en sentido económico-jurídico: un excedente económico: un incremento positivo en el patrimonio de una persona. Pero el incremento no debería corresponder a la enajenación de activos (plusvalías) en el caso de que exista una diferencia entre el precio de costo y el de enajenación, ni a los incrementos extraordinarios obtenidos de una sola vez (ej.: una herencia), ni tampoco a las percepciones por las que se restituyen bienes de capital. Por el contrario, sí que serían fruto y renta los incrementos procedentes del rendimiento de un capital y los rendimientos del trabajo personal.

LUIS DÍEZ-PICAZO llega a la siguiente conclusión³⁶⁶: “De todo lo anterior, parece deducirse que para poder hablar de fruto y de renta es necesario referirse a los rendimientos del trabajo personal y de los bienes de capital. En cuanto estos últimos, es preciso, que el rendimiento se produzca por insertarse dichos bienes como factores

³⁶³ Así, por ejemplo, PASTOR VITA, FRANCISCO JAVIER en RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL y MORENO-TORRES, MARÍA LUISA (coordinadores), *Conceptos básicos de derecho civil*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 133.

³⁶⁴ En este sentido CARRASCO PERERA, ÁNGEL (director), *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, segunda edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, pág. 246. También se afirma en esta obra que no es fruto el precio que se obtiene de la enajenación de una cosa, ni su misma sustancia, ni las plusvalías de un bien, ni su uso. Sí en cambio la caza obtenida por el titular de un coto.

³⁶⁵ *Fundamentos del derecho civil patrimonial III...*, opus cit., págs. 935 y 936.

³⁶⁶ Ídem, pág. 936.

específicos de producción o por virtud de su cesión a terceras personas, de acuerdo con su destino económico objetivo y con la normalidad de su uso social. En cambio parece intrascendente que la percepción de los frutos se produzca mediante un cobro monetario o mediante un cobro en especie. Sí es, en cambio, preciso que se produzca el incremento patrimonial.”

4.- Utilidades. El término utilidad es poco empleado (como concepto autónomo) por la actual doctrina civil. La palabra, procedente del latín (*utilitas, atis*), es definida como: “Provecho, conveniencia, fruto que se obtiene de alguna cosa” o como: “Aptitud de un bien o servicio para satisfacer una humana necesidad.”³⁶⁷

5.- Productos. Según ALBALADEJO³⁶⁸ el concepto de fruto no coincide con el de fruto orgánico sino que abarca también cualesquiera otros productos que se obtienen de las cosas o de hacerlas objeto de una relación jurídica. Es dentro de esta teoría donde cabe diferenciar ambos conceptos: el de fruto y el de producto; por fruto se entendería: “aquello que la cosa madre da por su aptitud creadora, y que, por tanto, deja íntegra la materia de aquélla; los frutos se reproducen”; mientras que el concepto de producto se referiría a: “todo lo demás que de una cosa se obtiene, reproducíase o no (así, el mineral de la mina)”. Pero este mismo autor aclara que nuestro Derecho positivo no formula un concepto general de producto (como figura diferenciada de la del fruto); tampoco establece una regulación distinta para ambas figuras. Por tanto, cabría concluir que dentro del concepto de frutos naturales se han de incluir tanto los llamados orgánicos como los calificados de productos³⁶⁹. En parecido sentido, CASTÁN TOBEÑAS afirma que en: “la doctrina extranjera es frecuente establecer una distinción entre frutos y

³⁶⁷ Así se define por VILLA-REAL MOLINA, RICARDO, y por DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *Diccionario de términos jurídicos*, pág. 532. Estos autores también apuntan el concepto de utilidad marginal o utilidad límite que correspondería al “valor atribuido a un bien o a una mercancía medidos por su capacidad para satisfacer necesidades concretas, menos urgentes y últimas.” Citan a los economistas de la escuela subjetivista que defienden que “la esencia del valor de los bienes se halla en su utilidad para la satisfacción de necesidades.” Traen a colación la opinión del economista austriaco Friederich von Wieser (1851-1926) el cual definía esta utilidad marginal “como la que se encuentra al final del bien que se valora.” Citan también a Smart quien, como otros, sostiene que “el valor del bien lo constituye la utilidad marginal y no la máxima, ni la media, ni la mínima.” Como definen estos autores este nivel de la utilidad marginal al final está en función “de las necesidades de la persona y de la cuantía de sus medios.”

³⁶⁸ *Derecho Civil I...*, opus cit., pág. 546.

³⁶⁹ En este sentido también se pronuncia ALBALADEJO, M., ídem, pág. 547.

productos, atendiendo a su periodicidad o no periodicidad. Pero en el Código civil español parecen estar confundidos ambos conceptos...³⁷⁰.

6.-Daños y perjuicios. La primera nota a destacar es la referente a que, en este caso, y a diferencia de los anteriores, el concepto analizado alude a la causa y no al objeto demandado³⁷¹. Por ello, el concepto de daños se ha habitualmente abordado desde la óptica de la posible responsabilidad civil derivada de su causación. En este sentido decía ya MANRESA que la indemnización de los daños y perjuicios se debía por los “que le haya causado el demandado por no haber cumplido la obligación contraída”³⁷², debiendo quien los reclama “de probar haberlos sufrido, o la existencia de ellos, y la culpa del que se supone obligado a prestarlos, pues de otro modo no puede prosperar su demanda, según tiene declarado el Tribunal Supremo³⁷³. De hecho, y como nos recuerdan LACRUZ BERDEJO y otros³⁷⁴, a quienes seguiré en las siguientes líneas, ya desde el derecho romano el causante de un daño, siempre que fuera culpable de esa causación, estaba obligado a indemnizar. Actualmente, en nuestro **Código Civil** es el **artículo 1902** el que regula la responsabilidad extracontractual, estableciendo que *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*, siendo dos los pilares en los que se funda: la existencia de un daño y que el mismo sea causado por culpa. Este habría sido el régimen tradicional de la responsabilidad por culpa; pero, con el desarrollo de las nuevas

³⁷⁰ *Derecho civil español común y foral*, opus cit., págs. 598 y 599. Cita concretamente a Colin y Capitant quienes dicen que los frutos serían lo que la cosa produce periódicamente, sin una alteración o disminución posible de su sustancia, mientras que el término productos se referiría a aquellos en que la cosa produce al que la explota, pero sin periodicidad y con disminución de su sustancia (como ejemplo se citan los casos de una cantera y de una renta vitalicia).

³⁷¹ Pues, como ya afirmó el TS en su **sentencia de 21/11/1913**: “La responsabilidad de daños y perjuicios puede exigirse por el mero incumplimiento de toda obligación, como en el presente caso ocurre, conforme a repetidas declaraciones de este TS del art. 1.101 del CC”; extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3424-25.

³⁷² *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., pág. 104.

³⁷³ Ídem pág. 107; como jurisprudencia en este sentido cita las SSTSS de 12 de octubre de 1877, 11 de marzo y 25 de mayo de 1882, 2 de marzo, 6 de julio y 30 de septiembre de 1898 y 7 de junio de 1899. También es interesante la jurisprudencia sobre daños y perjuicios que, en los pies de las páginas 109 y 110, aporta sobre esta materia. De esta forma cita la STS de 23 de febrero de 1900 sobre infracción de los artículos 1.100 y 1.108 CC; STS de 12 de junio de 1900 sobre la ley de Policía de los ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 y el reglamento de 8 de septiembre de 1878; STS de 18 de abril de 1901, sobre la ley única, título 47, libro 7º del Código de Justiniano, artículo 61 de la ley procesal de 1865 [sic], 360 ALEC y 1.106 CC; STS de 15 de noviembre de 1901, sobre artículo 928 ALEC; STS de 15 de enero de 1902, sobre sobreseimiento provisional y declaración de responsabilidad de daños y perjuicios; STS de 19 de febrero de 1902, sobre competencia de los Tribunales de los criminal en este ámbito; STS de 19 de febrero de 1904, sobre que la existencia de los perjuicios se debe probar en el pleito y no en ejecución de las sentencia; STS de 6 de diciembre de 1912, sobre noticias injuriosas y STS de 21 de noviembre de 1913, sobre el contrato con cláusula penal para el caso de incumplimiento.

³⁷⁴ *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, opus cit., págs. 253 y ss.

tecnologías, y el peligro que en algunos casos conllevan, habría variado el fundamento del derecho a indemnizar, naciendo en ciertos casos el deber de indemnizar por la mera causación del daño, convirtiéndose la responsabilidad en objetiva³⁷⁵.

Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS³⁷⁶ considera que, en torno al concepto de daño, hay que resaltar dos teorías:

- La del valor objetivo: en la que se tiene en cuenta el valor corriente de las cosas que lo sufren.
- La del interés o valor subjetivo (teoría diferencial): en la que se tiene en cuenta la situación especial e individual del lesionado; el daño se entiende el menoscabo que se ha producido por el hecho dañoso en el patrimonio³⁷⁷.

Finalmente cabe significar que, varios autores, han diferenciado los dos términos que conforman este binomio. V. gr. ARAGONESES MARTINEZ, cuando afirmó que: “Aunque es difícil dar un concepto de daño por la diversidad de matices que abarca, podemos decir, con SANTOS BRIZ, que daño es <<todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra>>”, mientras que los perjuicios: “Equiparados generalmente al concepto de daño”, se podrían “definir como <<la ganancia lícita que deja de obtenerse o los deméritos o gastos que se ocasionan por un acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar, además del daño o detrimento material causado por modo directo>>.”³⁷⁸

³⁷⁵ Por otro lado, los presupuestos de la obligación de reparar serían:

- Una acción u omisión antijurídica: es necesario que el que sufre el daño no tenga conforme a derecho que soportarlo.
- Que intervenga dolo o culpa.
- Que haya un daño: que puede ser material o moral (aquel perjuicio que afecte al patrimonio espiritual; a la salud, el honor, la libertad o análogos).
- Que medie una relación de causalidad (nexo causal) entre la acción y el daño. En este punto es especialmente relevante el problema de las concausas y circunstancias.

³⁷⁶ *Derecho civil español común y foral*, opus cit., págs. 637 y 638.

³⁷⁷ Por otro lado cabe reseñar que, el resarcimiento, abarcaría generalmente el daño positivo: la disminución de patrimonio (*damnum emergens*), y el negativo: el aumento dejado de obtener (*lucrum cessans*). Al mismo tiempo la responsabilidad comprendería el daño directo y el indirecto.

³⁷⁸ ARAGONESES MARTINEZ, SARA, *Las <<Astreintes>>*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1985, pág. 60; la cita a Santos Briz, “*Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 106 y ss.”, al que manifiesta seguir “en esta exposición”. Es especialmente interesante de esta obra (en relación con el presente estudio) el apartado de la misma titulado: “Indemnización por daños y perjuicios” (págs. 60 a 66) en el que intenta diferenciar claramente este tipo de indemnización de la figura que da título a la citada obra. En ella encontramos el engarce entre el ideal **cumplimiento in natura** y el mucho más común cumplimiento subsidiario por indemnización. Muy elocuentemente nos lo expresa dicha autora cuando sostuvo que: “Una vez

Desde la óptica del proceso penal también los distinguió, por ejemplo, REYES cuando aseveró que “sabido es que, aunque han de ser consecuencia del delito o del falta, los perjuicios, a diferencia del daño, ya dijimos que pueden apreciarse desde ahora o posteriormente y, en este caso último, se hará preciso que la estimación de los mismos se haga en la sentencia, pero la fijación de la cuantía haya de reservarse al momento de la ejecución de aquélla, cuando su entidad sea perfectamente determinable en el numerario.”³⁷⁹

producida la infracción, las normas jurídicas pretenden como solución ideal restablecer la situación en que se hallaba el perjudicado al cometerse el hecho productor de los daños, de manera que aquél se encuentre en la misma situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido. Unicamente [sic], si el restablecimiento de la situación originaria no es posible, se acude entonces a la indemnización en dinero, que, por consiguiente, tiene un carácter subsidiario. Sin embargo, en la práctica son tan numerosas las dificultades que presenta la reparación natural que han determinado el predominio de la indemnización en dinero.” Ídem, página 61. Y aunque probablemente en nuestro ordenamiento no se ha producido una denotada confusión entre esta figura tan prominente en el derecho francés, tal vez pueda ser de cierta utilidad recoger las diferencias que dicha autora percibió entre ambas (entre **astricción e indemnización**) de cara a delimitar aún más pulcramente el concepto de ésta última. De esta forma las diferencias versarían sobre:

- 1.- Por la función, siendo la de la astricción conminatoria, y la de la indemnización resarcitoria.
- 2.- Por la cuantía, estableciéndose la indemnización “*en función de los daños y perjuicios realmente causados*”, mientras que en la astricción la cuantía es exagerada, establecida “*en función de la buena o mala fe del deudor, del grado de su resistencia y de su caudal económico*”, cabiendo “la sanción aunque no se haya acreditado ni invocado ningún perjuicio.”
- 3.- Por su carácter definitivo (indemnización) o “*provisional y revisable*” (astricción).
- 4.- Por su carácter ineludible (indemnización) o discrecional (astricción).
- 5.- Por ser la astricción acumulable “*a la eventual indemnización por daños y perjuicios.*” Ídem, págs. 65 y 66.

³⁷⁹ *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, ous cit., pág. 289. La distinción es interesante pero se ha de circunscribir a la referida perspectiva del ámbito de lo penal. El problema de fondo en este caso es sustancialmente el mismo que intenta solventar el proceso civil, pues en realidad se trata de una acción civil cuya especificidad reside en que nace de un delito o falta. En el momento en que escribe este autor, era el artículo 103 CP el que regulaba la forma de estimar ese **daño**, lo que había de realizarse: “libremente por el Tribunal, [...], estamos en presencia de un arbitrio judicial de amplio sentido, que ha tenido que plasmar en una constante jurisprudencia determinante, como en su lugar veremos, de que en la fijación de esa cuantía, por haber de estimarse libremente, no cabe la casación.” Ídem, pág. 237. Ahora bien, para este autor las nociones de daños y de perjuicios no son idénticas en el ámbito penal y en el civil, debiéndose distinguir dichos conceptos. Por ello comentó que “es preciso evitar el indistinto manejo que suele hacerse en la práctica de los conceptos <<reparación>> e <<indemnización>>, puesto que, en buena técnica, debe siempre tenerse presente que, conforme nos enseña la doctrina, cuando se hable de daños debemos entender que nos estamos refiriendo a un concepto amplísimo, comprensivo de dos elementos que lo integran: el daño propiamente dicho, o valor de la cosa en sí, y el perjuicio que la pérdida de la misma nos ha producido o nos puede producir para el futuro, expresiones cuyo contenido todos conocemos con las denominaciones de *daño emergente* y *lucro cesante*, y por esta distinción, cuando se habla de reparar o de indemnizar daños, hay que entender comprendido en la expresión tanto la reparación del daño actual, necesario, como del futuro o que se ha de apreciar, más o menos, a la larga.” Ídem, págs. 237 y 238 *ab initio*. Hasta aquí no hizo diferencia REYES entre la conceptualización de estos conceptos en los ámbitos civil/penal. Pero prosiguió, en el siguiente párrafo, su argumentación manifestando que: “Pero es que ahora [1958], como el artículo 101 del Código Penal, con terminología a nuestro juicio más precisa, habla de la *reparación del daño* y, como concepto independiente, de la *indemnización del perjuicio*, nosotros, para seguir lo que indudablemente ha querido precisar el legislador penal, tenemos que borrar aquella idea que tenemos del daño, procedente del Derecho civil, y considerar simplemente como objeto de la reparación el daño actual, el inmediatamente apreciado como consecuencia de la infracción, sin mezclar para nada la satisfacción del perjuicio, por más que haya sido inmediata o remota consecuencia del delito o falta, pues todo lo que

7.- Otros supuestos. Si se parte de una enumeración no limitada, de un *numerus apertus*, en la relación que efectúa el art. 219.1 LEC, surgen inmediatamente muchos otros conceptos³⁸⁰ que parecerían poder incluirse en su supuesto de hecho, entre los que

suponga un lucro cesante, perjuicio o daño, lo vamos, desde ahora, a referir al artículo 104 del mismo Código Penal, regulador de la indemnización, prescindiendo de aquel concepto en el estudio del artículo 103, atinente a la reparación del daño en estricto sentido, porque para la terminología del Código Penal, tiene un remedio distinto a la reparación: la indemnización propiamente dicha.” Ídem, pág. 238. Haciendo un esquema de lo que propuso este autor, la cuestión se podría representar así:

Art. 101 CP: distinción: reparación daño/indemnización perjuicio.

Art. 103 CP: **reparación daño**, en sentido estricto, actual, inmediatamente apreciado como consecuencia infracción.

Art. 104 CP: **indemnización perjuicio**, incluye lucro cesante y perjuicios y daños no actuales.

Congruentemente con lo anterior abordó REYES la cuestión de la “*indemnización del perjuicio*”. Por contraposición al ya analizado término “daño” conceptualizado, en consonancia a lo ya visto, “como daño actual, como pérdida o deterioro de la cosa, como ataque a nuestra integridad física, independientemente de lo que haya implicado una pérdida de capacidad de trabajo, una posibilidad de ganancia futura” (ídem, págs. 263 *in fine* y 264 *ab initio*), el concepto de **perjuicio** se circunscribiría justamente a esto último. El por qué de la distinción que efectúa este autor la hemos de buscar en el Código Penal del momento, y la explicitó cuando nos dijo que: “Quizá sin proponérselo, nuestro Código Penal ha empleado aquí dos conceptos perfectamente diferenciados, perfilando su respectivo contenido: el artículo 101 dice que la responsabilidad civil abarca, además de la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización del perjuicio. Y esto nos obliga a considerar que, si vamos a manejar indistintamente los conceptos de daño efectivo o emergente y lucro cesante o perjuicio económico futuro, el designio de nuestro legislador penal de innovar normas clásicas del Derecho civil, caería por su desuso.” Ídem, pág. 264. Actualmente cfr. **artículo 100 de la LECrim**, y **arts. 109 a 115 del Código Penal** vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), enclavados dentro del Capítulo Primero (*De la responsabilidad civil y su extensión*) del Título V (*De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales*) de su Libro Primero (*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*). De entre estos últimos cabe destacar, en referencia a la distinción terminológica entre daños y perjuicios, los artículos 109.1, 110, 112 y 113 CP, en cuanto a la posibilidad de fijación de bases, el art. 115 CP y en relación a la preferencia del cumplimiento *in natura*, el art. 111.1 CP.

³⁸⁰ De esta forma, relacionó la sentencia con reserva con el concepto **intereses MANRESA**, vinculación que no resulta sorprendente si se recuerda que, desde la Nueva Recopilación hasta la ALEC, fue uno de los supuestos recogidos por las sucesivas normas que se dictaron en este ámbito, habiendo sido por primera vez obviado su enunciado (del ámbito de aplicación de la sentencia con reserva) en la LEC del 2000. El mencionado autor, al comentar el artículo 360 ALEC, afirmó que el demandante tenía derecho, a veces, “a los intereses legales de la cantidad reclamada desde esta última época [aquí se refiere a desde la contestación a la demanda], o desde que el deudor se constituye en mora”. *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., pág. 104. En esta misma obra (pies págs. 108 y 109) el mencionado autor destaca ciertas sentencias del Tribunal Supremo sobre la condena al pago de intereses; de esta forma menciona la STS de 13 de julio de 1899, desestimatoria al no haberse aún producido mora, la STS de 17 de octubre de 1899, sobre mora y requerimiento judicial, STS de 22 de febrero de 1901, que arguye que no hay mora “cuando depende de un juicio previo la determinación de la cantidad debida”, SSTTSS de 28 de mayo de 1900 y 26 de marzo de 1903, en que se afirma que “Tampoco se deben intereses mientras no se haga en el periodo de ejecución de sentencia una liquidación de lo que realmente tenga que entregar el deudor a su acreedor al tenor del derecho declarado.”. En parecido sentido cita la STS de 13 de julio de 1904. Cita la STS de 14 de marzo de 1901, sobre requerimiento judicial; la STS de 15 de octubre de 1902, sobre crédito escriturario del año 1884; SSTTSS de 4 de octubre de 1890, 25 de julio de 1891 y 16 de enero de 1897, referentes a Cataluña, en relación a la ley 4ª título 47, libro 6º del Código; también sobre esta ley menciona la STS de 6 de junio de 1897 y finalmente relaciona la STS de 16 de enero de 1897. Sobre el tipo de interés legal menciona la STS de 3 de junio de 1901. Actualmente esta cuestión se ha de poner en relación con el **art. 576 LEC** en lo referente a los intereses de mora procesal. Para los restantes tipos de

destacaré, a modo puramente ejemplificativo, el de los **gastos**³⁸¹ y **mejoras**. Como señala ALBALADEJO³⁸² por gasto se ha de entender: “todo empleo patrimonial que se

intereses se deberá acudir a su normativa específica, y no es raro encontrar este concepto relacionado con la sentencia con reserva y, además, no únicamente circunscrito al proceso civil. Como botón de muestra de lo anterior es interesante la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 5/11/2012**, en cuyo fundamento de derecho tercero se expuso que: *1.El tercer motivo del recurso plantea la cuestión relativa al momento final, "dies ad quem", para la actualización del capital objeto de rescate. Se cuestiona si esa actualización, o cálculo de la rentabilidad del plan, debe hacerse hasta el día en que se reconoce y concreta el derecho por primera vez en sentencia o hasta el día en que se hace efectivo el rescate de los derechos consolidados en el plan de pensiones.*

La controversia ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas en el presente recurso, a efectos de hacerlo viable por concurrir los requisitos que, según el art. 217 de la L.P.L. condicionan su admisión a trámite. La sentencia recurrida ha estimado que la actualización debe hacerse hasta el día de la efectiva liquidación y abono de los derechos consolidados, porque los artículos 219 de la L.E.C. y 99 de la L.P.L. permiten fijar las bases para la liquidación del importe de la condena con una sencilla operación aritmética. La sentencia de contraste, dictada el 25 de octubre de 2006 por el mismo Tribunal que la recurrida en el recurso de suplicación 1873/03, ha entendido que el capital de rescate se actualiza a la fecha de la sentencia que reconoce el derecho por primera vez y que a partir de ella se adeudan los intereses por mora procesal. [...].

2. Entrado a conocer del fondo de la cuestión planteada, debe señalarse que la recurrente alega la infracción de los artículos 99 de la L.P.L. y 216 y 219 de la L.E.C., preceptos de los que se deriva la condena al pago de cantidad líquida o con bases para liquidarlas claras, lo que no se ha respetado en el caso de la sentencia recurrida, razón por la que el día final para el cálculo del valor de rescate coincidiría con el de la sentencia de la instancia.

[...]. De lo dicho se infiere que la negativa a reconocer derecho consolidado alguno y a su movilización o abono fue la causa del presente litigio y que la sentencia que reconoció el derecho debió cuantificarlo a ese momento, cual requiere el artículo 99 de la L.P.L., sin que, conforme al artículo 219 de la L.E.C., quepa dejar para liquidar en ejecución de sentencia el importe de intereses o actualizaciones que se realizarán con base en tipos de interés o hechos desconocidos al tiempo de dictarse la sentencia. La sentencia cuantifica el derecho consolidado y a partir de ella se deberán los intereses por mora procesal del artículo 576-1 de la L.E.C., intereses con los que se actualiza el importe de la condena a partir de la sentencia. La recurrente incurrió en mora cuando rechazó el rescate de derechos, su deuda quedó fijada en sentencia y a partir de esta se devengan los intereses por mora procesal que con carácter general marca el art. 576-1 de la L.E.C., al no existir norma legal o fraccionada al efecto.

*En atención a lo razonado, procede estimar el recurso en ese particular y casar y anular los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre ese extremo declarando que a partir de la sentencia de instancia no se actualizan los derechos consolidados en el plan, según sus reglas, sino que se deben intereses por mora procesal. Dictada en resolución del rec. 390/2012 y de la que fue ponente López García de la Serrana, José Manuel, LA LEY 181271/2012. Por su parte, y en cuanto al caso de la **rendición de cuentas**, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., destaca (sólo por detrás, en frecuencia, del de la “condena a indemnizar daños y perjuicios”) el supuesto de los “procesos sobre rendición de cuentas de una sociedad (cuando se solicita la condena a rendir cuentas de una Administración, pero se desconoce al tiempo de demandar el importe a que asciende el saldo).” § 411. Sentencia de condena con reserva..., opus cit., pág. 77.*

³⁸¹ Como un ejemplo de aplicación a este concepto de la sentencia con reserva se puede citar la **sentencia de 1/03/1930**, en la que se dijo que: *No puede prevalecer el recurso por estar basado en un hecho inexacto, pues lejos de ser cierto lo que se afirma, la sentencia recurrida declara la obligación del demandado de abonar a la actora cuantos gastos le produjo la instalación de la tubería, así como los que se realizaron para construir sobre terreno las juntas de los tubos, y no puede estimarse tenga el alcance que el recurrente pretende el dejar para ejecución de sentencia la liquidación de dichos gastos en relación a la factura presentada, ni tampoco puede estimarse que constituya incongruencia, cual se afirma, en el recurso, el hecho de diferir a este período del juicio la expresada liquidación, pues aun no habiéndolo solicitado las partes, puede ordenarlo el Tribunal sin incurrir en el dicho vicio, según la concordante doctrina de esta Sala cuando ello no conduzca a dar más de lo pedido y se trate de diligencias que tiendan a la debida ejecución de lo pedido y reconocido en la sentencia, evitando con ello en determinados casos un nuevo pleito.* Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3460.

³⁸² *Derecho Civil I...*, opus cit., pág. 551.

realiza en ella (la cosa)”; éstos pueden realizarse para conservar una cosa o su normal función económica o para mejorarla, hablándose en este supuesto de mejoras las cuales, a su vez, se subdividen en: útiles, de puro lujo o mero recreo, o de carácter social (para estas últimas véase la L.A.R.). También CASTÁN TOBEÑAS³⁸³ se refiere expresamente a estos dos conceptos. Afirma, siguiendo en este punto a MANRESA, que el término gasto: “equivale a desembolso, dispendio que se hace, cantidad que se invierte”; mientras que mejora se definiría como: “aumento de valor de la cosa, acrecentamiento de su utilidad, beneficio real, esencial o accidental, sobre lo que existía.” Aún así el mentado autor reconoce que muchas veces se utilizan ambos términos de forma equivalente³⁸⁴.

Visto todo lo anterior, e intentando profundizar algo más en el discurso, se puede plantear la hipótesis según la cual, en realidad, el problema principal en cuanto a la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 219 LEC, se ciñe a una cuestión de **uso del lenguaje**³⁸⁵. Como se ha visto al definirlos, los supuestos que regula este precepto son, hasta cierta punto, confusos (incluso tautológicos), debido en gran parte a lo que LUIS DÍEZ-PICAZO³⁸⁶ denomina la “inadaptación del lenguaje codificado en relación a los esquema de le economía moderna”. Este autor cita a R. SAVATIER quien: “al estudiar la sociedad conyugal (París, 1970) puso de relieve los arcaísmos y la general inadaptación que presenta el lenguaje jurídico codificado en relación con la economía moderna. Los Códigos se encuentran montados, en la importante cuestión de la explotación económica y de la distribución de los productos y rendimiento, sobre el concepto de frutos. En ellos, son en muy buena medida extrañas las ideas de ingresos,

³⁸³ *Derecho civil español común y foral*, opus cit., págs. 601 a 603.

³⁸⁴ En cuanto a la clasificación de los gastos (también denominados impensas) se diferenciarían los de carácter ordinario y los extraordinarios (de conservación o aumento de valor de la cosa); su regulación se halla en los **artículos 452 y 453 del CC**. El art. 452 CC se referiría a los gastos ordinarios, mientras que los extraordinarios se subdividirían también en: necesarios, útiles y voluntarios o de puro lujo o mero recreo (453 CC).

³⁸⁵ En algunas sentencias los mismos tribunales explicitan dicha cuestión. Así, por ejemplo, cuando se aseveró que: *Para que exista incongruencia y se estime infringido el art. 359 de la LEC es preciso que la sentencia no guarde conformidad con lo pedido y discutido en el pleito, lo que no ocurre con el fallo recurrido, porque si bien la parte actora de la cantidad de 22.000 ptas. por las cosechas y réditos de las fincas que viene disfrutando desde la muerte de su marido hasta la cosecha de 1919 a 1920, y aquel fallo la condena al abono de frutos y rentas por el mismo tiempo, aunque limitándola a dicha suma, como por cosecha entiende el conjunto de frutos que se recogen de la tierra, hay una verdadera sinonimia entre los vacablos [sic] cosecha y frutos, que, por lo mismo, tienen igual significación. Sentencia de 11/04/1927*, extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3459-60.

³⁸⁶ *Fundamentos del derecho civil patrimonial III...*, opus cit., págs. 931 y 932.

rentas y beneficios que, sin embargo, posteriormente han encontrado reflejo en algunas leyes especiales como pueden ser la Ley de Sociedades Anónimas o las leyes fiscales.³⁸⁷

Lo anterior lleva a los mentados autores a considerar la inadecuación del viejo concepto de frutos y, por consiguiente, la necesidad de su reconstrucción. Ahora bien, entiendo que, el problema que estos juristas observan con respecto al concepto de frutos, se puede hacer extensivo a las demás nociones relacionadas en el artículo 219.1 LEC. Pues, si parece incuestionable que ha quedado anticuado en esta temática el término “fruto”, más en desuso han caído aún otros como las citadas “utilidades” o “productos”, conceptos que ni tan siquiera tienen a su favor el haber sido empleados desde el origen de la sentencia con reserva (recuérdese que en su génesis, en el art. 93 LEM de 1830, se acotó su ámbito a las nociones de *frutos, réditos ó daños*).

Por otra parte, se hace preciso diferenciar entre el “dinero” y los demás bienes enunciados. Y ello por varias razones. En primer lugar es de notar que aquél, conforme se ha explicitado, es un concepto claramente delimitado. Por el contrario, los demás términos que contiene el art. 219.1 LEC pecan de un gran solapamiento entre sí³⁸⁸. Ello

³⁸⁷ Estos arcaísmos serían según SAVATIER:

- El hecho de que el trabajo no sea considerado como bien fructífero o como factor de producción.
- La abstracción en los frutos del trabajo humano y de los elementos del precio de costo o de producción.
- Los frutos de un bien se atribuyen aisladamente por título de accesión; cuando en realidad la ganancia lo es de un patrimonio.

³⁸⁸ En casos como estos es donde se puede observar la utilidad de la distinción entre su análisis sincrónico o diacrónico. Porque, como dice SAUSSURE: “Lo primero que sorprende cuando se estudian los hechos de la lengua es que para el sujeto hablante su sucesión en el tiempo es inexistente: el hablante está en un estado. Así el lingüista que quiere comprender ese estado tiene que hacer tabla rasa de todo lo que ha producido y desentenderse de la diacronía [sic].” *Curso de lingüística general*, opus cit., pág. 149. Así, en mi opinión, el jurista debería también analizar el motivo por el cual son esos los conceptos escogidos y cuál su significado, para poder hacer inteligible el precepto en un momento (sincrónico) y no únicamente su significado desde un punto de vista dinámico, evolutivo (diacrónico). Porque, aunque ambos enfoques sean complementarios, en el fondo: “La oposición entre los dos puntos de vista – sincrónico y diacrónico – es absoluta y no tolera componendas.” Ídem, pág. 151. Y traigo a colación a este eminente lingüista porque sus enseñanzas (salvando las abisales distancias entre el estudio centenario/milenario de una lengua y el de algo más de siglo y medio de existencia de la sentencia con reserva) encajan perfectamente en un caso como el del objeto de la sentencia con reserva, en donde los conceptos que lo delimitan parecen haber sido elegidos casi al azar, aparentando corroborar que: “La diacronía [sic] supone, por el contrario, un factor dinámico por el cual se produce un efecto, un algo ejecutado. Pero este carácter imperativo no basta para que se aplique la noción de ley a los hechos evolutivos; no se habla de ley más que cuando un conjunto de hechos obedece a la misma regla, y, a pesar de ciertas apariencias contrarias, los sucesos diacrónicos siempre tienen carácter accidental y particular.” Ídem, pág. 165. Aplicando estas enseñanzas a nuestro caso, parecería que los diversos conceptos que delimitan la sentencia con reserva obedezcan a una regla preestablecida, cuando en realidad son supuestos elegidos de forma accidental y particular; cambios semánticos que sólo cobrarían “la apariencia de una ley porque se realiza en un sistema: lo que crea la ilusión de que el hecho diacrónico obedece a las mismas condiciones que el

se ha constatado al contrastar el concepto *fruto* y el de *renta*, cuya relación era tan estrecha que llegaba a evidenciarse la confusión entre ambos, y al tratar de discriminar el término *frutos* de las *utilidades* y *productos*, llegando a caer algunos autores en verdaderas tautologías, al utilizar los unos, para definir a los otros. Ello se debe, en parte, a la diversa conceptualización que, sobre estos vocablos, existe entre los civilistas³⁸⁹, a lo que coadyuva también el ser términos con una larga subsistencia. Un estudio cabal del tema requeriría no sólo la participación de éstos, sino (muy probablemente) la de filólogos, lingüistas, sociólogos, etc., al ser una cuestión (la pragmática del lenguaje) que excede, con mucho, el ámbito de la ciencia jurídica. Ahora bien, para el objetivo del presente estudio bastará con decir que tanto los frutos, como las rentas, como las utilidades y los productos son conceptos que pivotan sobre un mismo centro de gravedad (que utilizaré a modo de meta-factor): el término **rendimiento**. Son, por tanto, bienes que provienen de la explotación de otros bienes; se trata, en consecuencia, de rendimientos económicos derivados de bienes de carácter productivo. Y ello los diferencia nuevamente del *dinero*, que puede provenir de muy diversas causas, siendo una de ellas la causación de un daño o perjuicio, pues los demás supuestos parecen circunscritos a ese mencionado origen común.

Por ello, desde mi punto de vista, y circunscribiéndome a este primer análisis de carácter civilista y semántico, cuando se quiera hacer una valoración específica sobre la

sincrónico es la disposición rigurosa del sistema.” Ídem, pág. 166. En este sentido también se podría concluir con este autor que resulta inútil intentar tomar un punto de vista “pancrónico”, es decir, intentando buscar “en la lengua leyes en el sentido en que las entienden las ciencias físicas y naturales, esto es, como relaciones que se verifican en todas partes y siempre” (ídem, pág. 168), porque los diversos conceptos que ahora nos interesan se escapan a este enfoque ya que: “El punto de vista pancrónico nunca alcanza a los hechos particulares de la lengua.” Ídem, pág. 169.

³⁸⁹ Como ya afirmó SAUSSURE: “Psicológicamente, hecha abstracción de su expresión por medio de palabras, nuestro pensamiento no es más que una masa amorfa e indistinta. Filósofos y lingüistas han estado siempre de acuerdo en reconocer que, sin la ayuda de los signos, seríamos incapaces de distinguir dos ideas de manera clara y constante. Considerado en sí mismo, el pensamiento es como una nebulosa donde nada está necesariamente delimitado. No hay ideas preestablecidas, y nada es distinto antes de la aparición de la lengua.” Ídem, pág. 191. En nuestro caso en concreto, resulta muy complejo intentar analizar los conceptos objeto de la sentencia con reserva, pues “lo arbitrario del signo nos hace comprender mejor por qué el hecho social es el único que puede crear un sistema lingüístico. La colectividad es necesaria para establecer valores cuya única razón de ser está en el uso y en el consenso generales; el individuo por sí sólo es incapaz de fijar ninguno” (ídem, pág. 193); y en nuestro caso no parece que ese consenso exista, ni en la doctrina civil ni en la procesalista. Tal vez en este punto de la cuestión nos puedan servir las siguientes palabras del gran lingüista, cuando afirmó que no sería correcto: “creer que se puede comenzar por los términos y construir el sistema haciendo la suma, mientras que, por el contrario, hay que partir de la totalidad solidaria para obtener por análisis los elementos que encierra.” Ídem, pág. 194 *ab initio*. Esta visión holística es la que he tratado de imprimir al estudio de esta cuestión.

inclusión o no de un caso concreto en el ámbito del artículo 219.1 LEC, habría que partir de la naturaleza de esa pretensión, la cual debería reunir la característica de ser dineraria o bien, siendo cuantificable, provenir de un rendimiento económico ocasionado por un bien de carácter productivo³⁹⁰. Siguiendo este el criterio, se podrían incluir en este precepto los citados casos de los daños y perjuicios, gastos y mejoras, etc. puesto que en todos ellos la pretensión se centrará en el primero de los supuestos relacionados: el pago de una cantidad de dinero³⁹¹. Ahora bien, este análisis se ha de complementar necesariamente con un segundo enfoque histórico y teleológico, al que dedicaré el siguiente apartado de esta obra y que acabará resultando esencial para el esclarecimiento de esta materia.

2.2.1.3. Interpretaciones histórica y teleológica de los anteriores conceptos: lo dinerario como supuesto de hecho de la norma.

Uno de los principales males del artículo 219 LEC radica en el hecho de haber transpuesto, de forma acrítica, normas forjadas en los mismos albores del siglo XIX (cfr. art. 93 LEM 1830) que, asimismo, pretendían entroncar con leyes aún más pretéritas. El problema, obviamente, no reside en que una regulación sea antigua, sino en que haya devenido anticuada, llegando a tornarse en confusa cuando incluso se olvida el motivo para la cual se ideó. De esta forma, no resulta complicado seguir el hilo conductor del supuesto de hecho que recoge la actual sentencia con reserva, hasta las mismas Partidas, las cuales ya diferenciaban en la sentencia (como se vio) entre *la cosa*

³⁹⁰ En este sentido, desde un punto de vista de derecho comparado, resulta interesante la aportación de ROSENBERG, quien sostuvo que la resolución del § 304 (que es la figura alemana más afín a la sentencia con reserva española) se aplicaba “solamente a los casos de pretensiones por sumas ciertas de dinero que deben fijarse por el tribunal, o sobre entrega de cosas fungibles ([...]) o sobre liberación de deudas de esta clase ([...]), y es particularmente frecuente en los casos de pretensiones de indemnización y enriquecimiento.” *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., pág. 322.

³⁹¹ Como se ha apuntado anteriormente, la casuística es ilimitada, y debe ser examinada en conexión con las normas especiales que regulan ciertos incidentes en sede ejecutiva. Véase una muestra de ello en la **SAP de Zamora de 25/07/2002**, dentro de cuyo fundamento séptimo se explicita que: *El artículo 219 de la L.E.C. no es aplicable al supuesto de autos, pues se refiere a reclamaciones en juicio de pago de cantidades de dinero determinada o en frutos, rentas, utilidades o productos que no se puede limitar la demanda a pedir una sentencia declarativa sino que debe solicitarse su determinación en la fase del juicio sin reservarla para la ejecución de sentencia. Por tanto, el citado precepto no prohíbe que en la fase de ejecución de la sentencia que fije el inventario de la sociedad de gananciales pueda valorarse alguno o varios de los bienes que no se han valorado en la fase declarativa*. Fue Ponente de la misma García Garzón, rec.: 201/2002; extraída de COBO PLANA, JUAN JOSÉ, *Doctrina de los Tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, 2ª edición, Madrid, DIJUSA Editorial, S. L., 2003, págs. 410 y 411.

principal y los frutos ó de la renta della. A la regulación Alfonsina siguieron la Nueva y la Novísima Recopilaciones, que se refirieron a los *frutos e intereses*, pasando en las dos Leyes de Enjuiciamiento decimonónicas el supuesto de hecho a ser: *Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios.* También se ha aludido a cómo, en el *iter* legislativo del precepto estudiado, y concretamente en el artículo 219 del Anteproyecto, los casos que recogía eran: *el pago de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase*, admitiéndose únicamente la condena con reserva cuando la reclamación de los mismos *fuere accesoria*. Finalmente, el actual artículo 219 LEC determina, como casos reservables: *el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase.*

La anterior relación atestigua que, históricamente, la regulación de esta materia se ha debatido entre dos grandes polos inextricablemente relacionados: de un lado, la dicotomía **principal/accesorio** y, de otro, la definitiva **concreción de los casos** que acababa recogiendo explícitamente el supuesto de hecho de la norma. Como se analizó en el primer bloque del presente estudio, el concepto central, dentro de ese universo de casos, y hasta bien entrado el siglo diecinueve, fue el de *frutos*, al cual acompañaron los de *rentas, intereses y daños y perjuicios*. Estos términos que, exceptuando el último de ellos, pivotan sobre el macro-factor rendimiento, solían aparecer acumulados de forma accesoria al ejercicio de una acción real (acción principal), al dimanar habitualmente del dominio sobre un bien productivo. Con el paso del tiempo, fue adquiriendo mayor importancia la noción de *daños y perjuicios*, a la par que se iba perdiendo ese carácter accesorio que, en un principio, les había aunado bajo una misma regulación. Obviamente, los *daños y perjuicios* no se podían vincular tan diáfananamente con el ejercicio de un *ius ad rem*, ni era ya nítido su carácter secundario³⁹², aplicándose rápidamente la sentencia con reserva tanto para diferir la cuantificación de lo accesorio, como de lo principal. Ante una materia ciertamente compleja, la actual LEC ha conseguido coligar el pasado con el presente de la manera más intrincada posible añadiendo, por primera vez en nuestra historia procesal, un supuesto más a los

³⁹² Nótese que, aún así, la accesoriidad de los daños aparecía como evidente en el art. 93 LEM 1830, siendo también fácilmente conceptualizables de esta manera en las restantes normativas procesales. Piénsese, v. gr., en los que se podrían producir en caso de solicitarse el cumplimiento de un contrato, en donde esto último se reclamaría como lo principal, pudiendo pedirse asimismo, de forma accesoria, los daños y perjuicios ocasionados por el retraso ya sufrido que, como es sabido, no es más que una de las posibles consecuencias de la mora.

contenidos en sus antecesoras (*el pago de una cantidad de dinero determinada*) y obviando al mismo tiempo el que llegó a ser su supuesto más paradigmático (el de *daños y perjuicios*). Habiéndose ya analizado esta última omisión, resulta pertinente centrar ahora el estudio en la *sorprendente* inclusión de aquél.

Ha sido una auténtica novedad el haber introducido, en el listado de casos objeto de la sentencia con reserva, la reclamación de una *cantidad de dinero* y, para mayor enredo, se ha especificado que ésta ha de ser *determinada*. Obviamente, si fuera *determinada* no tendría sentido que se reservara su liquidación, con lo que se ha de entender por no puesto este adjetivo, lo cual ya hace el mismo precepto en su propio apartado tercero cuando se refiere únicamente a *cantidad de dinero*, a menos que se defienda una lógica paradójica del tipo heraclitiano en la que A y no A puedan ser y no ser al mismo tiempo³⁹³. Aclarado lo anterior, procede seguidamente intentar comprender el por qué de la inclusión en el supuesto de hecho de esta norma de la mencionada reclamación de una *cantidad de dinero*. Al hilo de lo anterior, surgen dos apremiantes interrogaciones:

³⁹³ Sobre este punto parece no haber dudas en la doctrina. Así, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., llega a afirmar que: “El primer inciso del art. 219 1. (“Cuando se reclame una cantidad de dinero determinada...”) debe tenerse por no puesto.” *La ejecución forzosa...*, opus cit., pág. 106. A pie de página aclara que la antedicha referencia (a “Cuando se reclame una cantidad de dinero de terminada”) “Es, sin duda, producto de la irreflexión del Legislador y carece de sentido. De un lado, porque si el actor efectivamente reclama una cantidad de dinero determinada [...] no se plantea necesidad alguna de hacer reserva de liquidación [...]; de otro lado, porque la expresión “cuando se reclame una cantidad de dinero determinada” queda sin continuación sintáctica, pues lo que dice el resto del art. 219 1. se refiere sólo a qué sucede cuando lo que se reclaman son frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase. Es probable –sólo probable– que lo que el Legislador quisiera decir con este primer inciso del art. 219 1. es que, solicitada una cantidad determinada en la demanda, el Juez no puede condenar “a reserva de liquidación en ejecución de sentencia”. Pero, ni eso es lo que dice el art. 219 1. y eso mismo lo dicen mejor los arts. 209 4º y 219 3.]”. Personalmente coincido con el anterior autor el que se debería tener por no puesto el comentado “determinado”. Ahora bien, también considero que el artículo 219 LEC no se quiere solamente referir a los casos de frutos, rentas, utilidades o productos, lo que el mismo precepto corrobora en su apartado tercero al hablar de “condena al pago de dinero”, sin el “determinada” que, efectivamente, sobra. Por su parte, CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., afirma que: “Resulta difícil establecer el significado del adjetivo <<determinada>> que califica la cantidad de dinero reclamada. Si nos acercamos al artículo 572 de la LEC equivaldría a líquida, lo cual no tiene sentido, y, si se quiere excluir del supuesto de hecho de la norma en cuestión los procesos de cuantía indeterminada (art. 249.2), menos todavía pues la relación con este tipo de sentencias es prácticamente inexistente.” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., a pie de su pág. 400. En la misma dirección que los anteriores, RAMOS MÉNDEZ, F., considera un error la dicción del artículo 219 LEC cuando habla de una cantidad de dinero “determinada” pues afirma que: “es difícil averiguar cómo se pretende aplicar la norma a estos casos. ¡Por definición, parece obligado entender que, en estos supuestos, la determinación excluye cualquier baile de cifras!”. *Enjuiciamiento civil...*, opus cit., pág. 1361. Y también en este sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., asevera que: “Evidentemente, constituye una petición de principio que el legislador prohíba que la demanda se limite a pretender una sentencia merodeclarativa <<cuando se reclame el pago de una cantidad de dinero determinada>>: no se nos ocurre supuesto alguno en que, reclamado el pago de una cantidad líquida (acción de condena), se limite el suplico de la demanda a <<pretender una sentencia merodeclarativa del derecho>> a pericibirla.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., págs. 78 *in fine* y 79.

¿Acaso cuando se reclaman frutos, intereses, etc., no se está normalmente solicitando precisamente una cantidad de dinero? ¿Quizás los procedimientos liquidatorios no buscaban justamente fijar una determinada cantidad de dinero?

Ya en la LEC de 1855 (arts. 898 a 921), lo que se pretendía en los incidentes de liquidación de las correspondientes bases, era fijar *la suma* (art. 900 LEC de 1855) objeto de la correspondiente liquidación, la *cantidad que deba abonarse con arreglo a la ejecutoria y a las pruebas practicadas* (art. 906 LEC de 1855). Para este mismo objetivo, la LEC de 1881 (arts. 928 a 948) establecía los correspondientes incidentes declarativos en sede ejecutiva; se trataba de especificar nuevamente *la suma* (art. 930 LEC de 1881), procurando los diferentes procedimientos de liquidación asignar una determinada cantidad de dinero³⁹⁴. En cambio, en la actual LEC, los incidentes regulados en sus artículos 712 a 720 LEC ya no se dirigirían a liquidar las cantidades que resten indeterminadas en la sentencia (sobre ello se volverá con mayor detenimiento en el correspondiente apartado de este estudio), sino que básicamente tratarían de convertir en líquidas condenas de carácter no dinerario que ya no se puedan cumplir *in natura*, o fijar cantidades *intraprocesales*, es decir, derivadas de ciertos gastos y dispendios que se producen a raíz del mismo proceso.

Por tanto, tradicionalmente, lo que caracterizó el supuesto de hecho de la norma no fue tanto el que se solicitara una cantidad de dinero, pues era lo habitualmente pretendido, como el origen de aquella suma que se particularizaba, al menos originariamente, por su accesoriedad. Como se analizó anteriormente, la sentencia con reserva surgió desde el foro, en donde se había demostrado que, en demasiadas ocasiones, lo secundario se tornaba difícil de concretar; y, pudiéndose ya resolver lo principal, se acabó tolerando diferir la concreta cuantificación de lo accidental, que fue tratado así de forma específica en pos de una mayor eficiencia procedimental. El anterior razonamiento hace fácilmente comprensible la delimitación de la sentencia con reserva a los clásicos *frutos, intereses, daños o perjuicios*. Pero, como también se ha

³⁹⁴ Incluso el último de ellos (artículos 947 y 948 ALEC) en donde se pretendía convertir (reducir) a dinero *una cantidad determinada de frutos en especie, si el deudor no los entregare en el plazo que se le fije* (artículo 947 ALEC). En esta dirección ya apuntó ARIAS LOZANO, D., cuando afirmó que: “A fin de cuentas [...] para eso [petición de “entrega de una cantidad de dinero”] estaría el procedimiento de los artículos 928 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ... ¡para cuantificar condenas pecuniarias!...” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11151.

comentado, el anterior discurso se quebró al irse extendiendo la aplicabilidad de esta norma también a lo principal ya que, interpretada de esta forma, se acabó desmoronando lo que cohesionaba a supuestos tan dispares.

Lo anteriormente relacionado explica también los obtusos avatares sufridos por esta institución a lo largo de su *iter* legislativo. Si retomamos el artículo 219 del Anteproyecto, vemos como los casos que albergaba eran los de *daños y perjuicios o de frutos, rentas*, es decir, los supuestos típicos, a los que se añadían, para introducir mayor confusión si cabe, las *utilidades o productos de cualquier clase*, resultando muy revelador el que, la sentencia con reserva, sólo se habilitase para cuando su reclamación fuera de forma *accesoria*. Frente a la anterior propuesta, el artículo 219 LEC ha contemplado finalmente, los siguientes y repetidos *cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase*, sin diferenciar si pueden ser peticionados de forma principal y/o accesoria. De esta forma, con la nueva regulación, la reserva de liquidación se amplía a **cualquier pretensión de carácter dinerario, independientemente de su origen**, con lo que resulta casi redundante añadir a la demanda de dinero la de los restantes conceptos del precepto pues, en la inmensa mayoría de casos, también se dirigen a idéntica finalidad³⁹⁵. En realidad, en el artículo 219.3 LEC, se produce una confusión entre el objeto mediato de la acción y el origen de ésta; en el caso de la petición de una cantidad de dinero el Legislador se refiere al *petitum* del actor, que debería ser congruente con el fallo de la sentencia; en los demás supuestos (*frutos, rentas...*) se solicita habitualmente lo mismo (una cantidad de *dinero*³⁹⁶) pero el Legislador, en lugar de referirse a ese fin mediato del proceso, lo hace ahora a la causa del mismo (lo que aparece como obvio en el caso de los *daños y*

³⁹⁵ En parecido sentido parece pronunciarse TAPIA FERNÁNDEZ, I., cuando afirma que “el artículo 219, hace alusión a la petición de tutela de una condena dineraria determinada o determinable, para prohibir de forma generalizada la denominada <<sentencia de condena con reserva de liquidación>>, tan usual en nuestros tribunales.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 796.

³⁹⁶ Aunque también se presentan casos de reclamaciones a la entrega de bienes muebles, su incidencia es muy inferior, no siendo la sentencia con reserva en absoluto idónea para otro tipo de prestaciones, como, por ejemplo, las de hacer. En cuanto a esto último, tituló precisamente FENECH, M., uno de los subapartados de su citada *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, de la siguiente forma: “*La reserva que previene el art. 360 no se refiere a las condenas que imponen una obligación de hacer*”, en la que recogió una única resolución: la **S de 5/07/1946** (pág. 3467). En este caso la sentencia recurrida, en lo que ahora interesa, había condenado a llevar a cabo unas *determinadas obras*, considerando el TS que el hecho de *fixar el alcance de las obras a ejecutar en caso de falta de conformidad de las partes en ejecución de sentencia* no quebranta el art. 360 ALEC, pues el mismo *se refiere concretamente a un caso totalmente distinto: el de que no se puedan fijar los perjuicios en cantidad líquida en la sentencia*. Valga también esta resolución para incidir en la importancia que el concepto *daños y perjuicios* había tomado en el ámbito de aplicación de la sentencia con reserva.

perjuicios). La LEC del 2000, de hecho, extiende, al menos en teoría, enormemente los supuestos en que puede ser dictada una sentencia con reserva, al permitir que cualquier pretensión dineraria pueda insertarse en su objeto, mostrándose como único requisito insoslayable el que resulte por el momento imposible el cuantificar la concreta pretensión. ¿Con ello el Legislador no se está contradiciendo a sí mismo, al defender claramente la *imprescindibilidad* de dicho recurso en su Exposición de Motivos?

En mi opinión, el ensanche del supuesto de hecho a cualquier pretensión pecuniaria no es, ni mucho menos, absurdo. Lo sería si esta modificación se hubiera operado bajo las anteriores regulaciones pero, como se verá con mayor profundidad en el análisis de la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva, no sucede lo mismo bajo el imperio de la LEC del 2000. Como es sabido, el actual **artículo 5 LEC** permite con carácter general la tutela de mera declaración. Al aceptarse ahora explícitamente este tipo de tutela, la sentencia con reserva habría perdido virtualmente todo su sentido pues, como se verá posteriormente, la misma tendría idéntica significación procesal que aquélla, al haberse eliminado toda remisión a los incidentes declarativos en sede ejecutiva. Por ello, el Legislador del 2000, queriendo prohibir el ejercicio de la simple declaración en el ámbito de lo pecuniario, se ha visto compelido a introducir en el cuerpo de la sentencia con reserva (concretamente en el art. 219.1 LEC) un elemento extraño, referido a la pretensión del actor, en aras a excepcionar esa permisión general de lo mero declarativo. Esta proscripción es lo único que legitima la subsistencia de la sentencia con reserva (art. 219.3 LEC).

Desde esta perspectiva, y avanzando que existe una cierta equivalencia funcional entre la condena con reserva y la tutela de mera declaración, se observa diáfamanamente cómo el supuesto de hecho de la norma se ha vuelto anacrónico, al haberse casi reproducido en el artículo 219 LEC el redactado de su antecesor 360 de la LEC de 1881, a pesar de las sustanciales modificaciones operadas sobre gran parte del resto de la normativa. Por ello, ese supuesto de hecho se ha tornado en una incoherente amalgama de términos que ya resultaban, en algunos casos, provectoros a finales del diecinueve, a los cuales se ha hermanado, como por casualidad, el concepto de dinero que, en la práctica, los incluye y

supera a todos. Entiéndase, por tanto, que el Legislador se refiere en ese supuesto de hecho a *toda deuda pecuniaria*³⁹⁷.

2.2.2) Aplicabilidad del artículo 219.3 LEC a los laudos arbitrales.³⁹⁸

Bajo la regulación de la **LEC de 1881** el tema de la liquidación de los laudos arbitrales fue tratado tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Entre los autores que abordaron esta cuestión se encuentra LORCA NAVARRETE, quien bajo el epígrafe: “La ejecución forzosa del laudo arbitral en los casos en que el laudo no condene al pago de cantidad determinada y líquida” se planteó cinco hipótesis en los que el laudo “no

³⁹⁷ Por contraposición (esencialmente) a las no dinerarias, dejando a salvo los escasos supuestos de entrega de cosa mueble, y en consonancia con la diferenciación que realiza entre los dos grandes tipos de ejecución pues, desde mi punto de vista, carece de sentido discriminar entre los diversos supuestos, al resultar irrelevante el origen del que provenga la cantidad que se pretenda. Una prueba más de lo anterior se aprecia en la nueva funcionalidad dada a los incidentes normados en los artículos 712 a 720 LEC. Sin perjuicio que sobre ello se volverá con mayor abundamiento con posterioridad, valga anticipar que, de lo que tratan fundamentalmente estos preceptos es de encauzar la transformación de una prestación no dineraria en otra que sí lo sea, constituyendo el *punte* entre ambos tipos de condenas. En cambio, la sentencia con reserva no llega a cruzar nunca ese *punte* al limitarse a diferir (para un segundo declarativo) la cuantificación dineraria de la deuda que ya declara como existente. La diferencia entre ambas vías reside en que, en este último caso, la cuantificación formará parte constitutiva de la misma condena, mientras que, con los supuestos normados en los artículos 712 y siguientes LEC, se pretende tornar en dineraria una condena de carácter no dinerario cuyo objeto quedó ya completamente determinado en el correspondiente proceso de declaración. Por lo tanto, desligados estos incidentes de liquidación de la sentencia con reserva, se resalta todavía más lo vacuo de intentar discriminar, en el ámbito objetivo de aplicación de la sentencia con reserva, entre las diversas génesis de las correspondientes pretensiones de carácter dinerario.

³⁹⁸ Sobre el estado de esta cuestión en el derecho italiano se pueden consultar a MENCHINI, SERGIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Wolters Kluwer Italia, 2010, en la que aborda esta cuestión (*vid.* pág. 213) de la que quiero destacar la cita (a pie de la misma) a Cavallini (en *Condanne speciali e arbitrato rituale*, págs. 681 y ss.) de quien dice que “si pronuncia a favore della compatibilità con la condanna generica, ricostruita come mera declaratoria *iuris*, il cui oggetto sarebbe limitato al risarcimento, la potenzialità dannosa del fatto illegittimo e la colpa, e quindi potrebbe essere recepito in un lodo non definitivo su questione, mentre la provvisoria contenendo un accertamento pieno e definitivo sulla somma liquidata potrebbe essere oggetto di lodo parziale di merito: l'autore ritiene poi che ogni qualvolta nel proceso arbitrale si verifici l'occasione per una pronuncia di condanna con riserva, sia proprio e solo il lodo parziale di merito il provvedimento capace di riceverne il contenuto e la funzione.” También se puede acudir a la de SAMMARTANO MAURO, RUBINO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Wolters Kluwer Italia, 2010, quien, dentro de las “*Condanne speciali*” analiza la condena genérica en sus páginas 363 *in fine* y 364. Comenta este autor que: “La decisione sull'*an*, ove positiva, naturalmente costituisce una sentenza non definitiva, in quanto essa non definisce l'intero giudizio (mentre per l'arbitro essa è definitiva, nel senso che non può essere da esso modificata nella propria successiva pronuncia definitiva.”, mencionando un poco más adelante que: “Stante la sopra discussa possibilità per l'arbitro di emettere lodi parziali, non vi sono preclusioni che l'arbitro renda, ove richiesto, una condanna generica e si assiste non di rado a decisioni in tal senso.” Sosteniendo en el siguiente párrafo que: “Su un piano diverso si pongono invece le valutazioni circa il possibile vantaggio che ne derivi. Chi scrive ritiene che una decisione sull'*an* possa produrre l'effetto positivo di spingere le parti a definire bonariamente la controversia senza attenderne l'esito finale.” Ídem, pág. 364.

sólo contemple el pago de cantidad determinada y líquida”³⁹⁹. Estos cinco supuestos serían aquellos en los que el laudo contuviera condenas: “*de hacer o de no hacer o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida*”, o al pago de “*cantidad líquida o ilíquida*”, “*de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida*”, “*de cantidad ilíquida procedente de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, hayanse [sic] o no fijado las bases para la liquidación*”, o “*de una cantidad determinada de frutos en especie.*” Como afirmó este mismo autor, estas hipótesis “se corresponden con las que son posibles hallar, a su vez, en la LEC a propósito del título VIII Libro II LEC [...] por lo que al no presentar fisura alguna la confluencia *laudo-sentencia* a efectos de ejecución forzosa, las conclusiones que puedan derivarse serían las siguientes:

- a) Se determina la aplicación de la normativa de la LEC, relativa a la ejecución de sentencias, al laudo.
- b) Que, consecuentemente, se trata de una ejecución singular no reconducible a ningún supuesto del artículo 1.428 LEC o sea <<títulos que llevan aparejada ejecución>>.
- c) Que se descarta el trámite procedimental del llamado <<juicio ejecutivo>> (núm. 890).
- d) Que el trámite de ejecución de sentencia, y no otro, será el de aplicación (Título VIII Libro II LEC).”⁴⁰⁰

La relación entre el arbitraje y la sentencia con reserva también se analizó desde un **punto de vista jurisprudencial**⁴⁰¹ desde diversos enfoques, que coinciden substancialmente con la problemática propia de este tipo de sentencias, por lo que me remitiré en todo lo no específico del laudo arbitral a las consideraciones que se realizarán con respecto a aquéllas.

Valga para empezar observar que, en el ámbito del arbitraje, se diferenciaba claramente entre las **pretensiones de mera declaración** y las **de condena**,

³⁹⁹ LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA y SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUIN, *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 1994, pág. 457.

⁴⁰⁰ Ídem, páginas 457 *in fine* y 458.

⁴⁰¹ Interesante resulta en este campo la obra de MUÑOZ SABATÉ, LUIS, *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991)*, Barcelona, José M.^a Bosch editor, S.A., 1992, a la que me remitiré en las resoluciones obtenidas de ella.

admitiéndose ambos tipos. Así, por ejemplo, la **STS de 16/12/1931** (Aranz. 2315)⁴⁰², consideró: *Que anotada por modo claro y preciso la misión confiada a los amigables componedores en la cláusula o estipulación segunda de la escritura de compromiso que les confiere resolver sobre la siguiente cuestión: <<¿están las Compañías aseguradoras en el caso de hacer efectivo el seguro convenido en la expresada póliza número 10.118, relacionada en la expedición de esta escritura o por el contrario, carece de derecho a indemnización el señor G.V., derivado del contenido de ese contrato de seguro marítimo?>>; es palmario que a este solo extremo debió referirse el laudo, y al no hacerlo así por cuanto después de fallar que las Compañías aseguradoras reunidas <<V.>> y <<R.>> están en el caso de hacer efectivo el seguro convenido, añade que en su consecuencia debe abonar al asegurado son R. G.V. las cantidades que se fijan en los Considerandos quinto y penúltimo del laudo; se ha extralimitado resolviendo sobre un punto no sometido a su decisión, cual es el de fijar una indemnización sin que tal facultad se hubiera atribuido en la escritura de compromiso a los arbitradores, por lo cual procede estimar el recurso en los términos señalados por el artículo 1.780 de la Ley Procesal.*

Por otro lado, diversas fueron las sentencia que trataron la cuestión de si el laudo de condena al pago de una cantidad podía **diferir su liquidación a sede de su ejecución**, verdadero nudo gordiano del art. 360 ALEC en sede de sentencias, pudiéndose destacar algunas de ellas, como la **STS de 6/04/1942**, (Aranz. 459)⁴⁰³. Se había alegado en el correspondiente recurso *que el componedor se extralimitó en sus atribuciones al fijar el saldo o cantidad líquida abonable por el señor V. al señor C., por no estar autorizado para llevar a efecto la liquidación de daños y perjuicios, que, en todo caso, debió remitir al trámite de ejecución de sentencia.* Ahora bien, el Alto Tribunal considera *que el motivo así formulado no puede prosperar, porque [...], como de modo expreso se reconoce además en la súplica de los escritos que los contendientes dirigieron al*

⁴⁰² Extraída de ídem, págs. 457 y 458. Comenta MUÑOZ SABATÉ, L., que: “Se distingue aquí, tal vez con excesivo rigor, entre una pretensión declarativa y una pretensión de condena determinando la incongruencia del laudo que acoge esta última cuando la cuestión planteada era sólo fallar si estaban las compañías aseguradas en el caso de hacer efectivo el seguro convenido. Puesto que no pocas veces las controversias arbitrales se plantean inadvertidamente en términos declarativos, conviene que no pase desapercibida esta matización.” Pág. 458.

⁴⁰³ Extraída de ídem, págs. 465 y 466. Opina MUÑOZ SABATÉ, L., con respecto a esta sentencia que: “No parece verosímil que se quiera dejar para la fase de ejecución de sentencia, en manos de la jurisdicción ordinaria, lo que son una interpretación más flexible del encargo puedan determinar los propios árbitros en su laudo.”

amigable componedor y al mismo resultado se llega si se inquiere la voluntad interna o intención de los comprometidos, pues tanto por razones de economía procesal que a las dos partes afectan, como por tratarse de un sencillo problema de liquidación, constando con el aseveramiento pericial, que en autos se practicó, lo verosímil es que quisieran investir al Juez, común amigo, de facultades amplias –sin limitación alguna, dice el compromiso- para obtener de él una resolución definitiva de todas las diferencias controvertidas, más bien que cercenar sus atribuciones dejando para el procedimiento de ejecución de sentencia ante la jurisdicción ordinaria, con las dilaciones y gastos consiguientes, la simple liquidación de daños y perjuicios, meramente declarados en el laudo. Y también la STS de 15/11/1971 (Aranz. 4840)⁴⁰⁴, en la que, en el primer motivo del recurso, se alegaba que los árbitros habían resuelto puntos no sometidos a su decisión, fudándolo [sic] en que han dejado la fijación de la indemnización a la ejecución del Laudo, que en realidad no ha habido extralimitación, lo que ha ocurrido es que han dejado sin fijar la indemnización, sin perjuicio de haber señalado el trámite para hacerlo, encomendándolo a la autoridad encargada de la ejecución “y como no se da el recurso de nulidad porque se dejen cuestiones sin resolver, sino por resolver las no fijadas en el compromiso, se hace obligada la desestimación del motivo.” MUÑOZ SABATÉ realiza un interesante comentario de esta resolución, en donde afirma que: “Deferir algunos extremos de la controversia a la fase de ejecución –costumbre bastante habitual en el proceso ordinario- tiene en el proceso arbitral una lectura muy especial. Significa nada menos que transferir la facultad juzgadora del árbitro al Juez; equivale, en cierta manera, a una dejación e incompletud del mandato arbitral. No será, según la sentencia, causa de nulidad del laudo pero es un inconveniente del que sólo debiera hacerse uso en casos muy excepcionales, pues además de no cerrar la controversia la cambia bruscamente de escenario.”⁴⁰⁵ Dicho autor relaciona esta resolución con la STS de 31/01/1972 (Aranz. 252)⁴⁰⁶, en la que se partía de la denuncia del hecho de que los árbitros no han llevado a cabo las operaciones de división, liquidación y adjudicación de los bienes pertenecientes a cada uno de los otorgantes, en el modo y forma que especifica el pacto 4.º de la escritura de compromiso, sosteniendo el tribunal que al no tener elementos

⁴⁰⁴ Extraída de ídem, pág. 573.

⁴⁰⁵ Ídem, pág. 573.

⁴⁰⁶ Ídem, pág. 575.

*bastantes [los árbitros] para precisar un punto determinado, con las garantías que merecen las partes, en actos que ya de por sí son <<ejecutorios>>, sobre las bases que se dan para ello, resulta plenamente <<factible>> acudir como se hace, el incidente que en trámite de ejecución autoriza el art. 31 de la Ley de 22 de diciembre 1953, en su relación con el 360 de la Ley Rituaria Civil. Como afirmaba escuetamente MUÑOZ SABATÉ: “En fase de ejecución del laudo es perfectamente posible acudir al incidente del art. 360 L.E.C.”*⁴⁰⁷

Otra sentencia interesante, ahora en relación también a la **carga de la prueba**, es la **STSJ Catalunya de 4/03/1991** (R.J.C. n.º 3, página 622)⁴⁰⁸, en la que la problemática versaba sobre la no determinación del importe de un legado por parte de los árbitros *dada la carencia de pruebas suficientes para ello*. En este caso, considera el tribunal, entre otros extremos, que: *Ciertamente hay <<non liquet>> en el sentido de que la falta de prueba hace imposible cuantificar determinados créditos, pero ello ha de entenderse como pronunciamiento absolutorio, semejante a la consecuencia que produciría la aplicación de la doctrina de la carga de la prueba en un juicio de derecho (y no meramente de equidad). Pero no hay <<non liquet>> en el sentido de no resolver, de abstención de pronunciamiento, [...]; por otro lado, ni siquiera en los juicios de derecho cabe deferir para una ejecución la cuantificación de un crédito cuando es factible hacerlo mediante la aportación probatoria en período declarativo, y no se hizo sin causa justificada; y además, admitir la eventualidad de que en procesos judiciales se subsanen inactividades probatorias de los juicios de arbitraje abriría una brecha peligrosa en el sistema, tanto más que en el caso presente se pretende se resuelva jurídicamente, lo que convencionalmente se acordó lo fuera en equidad.*

⁴⁰⁷ Ídem, pág. 575.

⁴⁰⁸ De la que fue ponente Jesús Corbal; extraída de ídem, págs. 547 a 550. Comentando esta sentencia, MUÑOZ SABATÉ, L., sostiene “que cuando los árbitros laudan en el sentido de no poder determinar un hecho jurídico cuya declaración se pretensionaba por la parte, por más incluso que el laudo sea de equidad, ello no equivale a un *non liquet* ni una absolución en la instancia, sino que constituye una verdadera absolución sobre el fondo justificada por una insuficiente dosis de prueba, la cual produce frente a una posterior intervención de la jurisdicción ordinaria el efecto característico de la cosa juzgada tanto en su aspecto positivo o prejudicial como en el negativo o preclusivo.” Añade en el siguiente párrafo que: “Por otro lado la imposibilidad de pronunciarse los árbitros sobre alguna cuestión, vista a la luz de la experiencia que nos brinda esta sentencia, tampoco es susceptible de tratarse como incongruencia *citra petita*.” Ídem, pág. 550.

Y relacionando también ejecución y, ahora, **cosa juzgada**, se puede citar la **STS de 31/03/1966** (Aranz. 1678)⁴⁰⁹, en la que se afirmó que *se ha de reconocer que el laudo, denominado también sentencia por aquella ley adjetiva [LEC de 1881] en sus artículos 833, 834 y 835, entre otros, tiene para las partes, por la virtualidad de los artículos 1.816 y 1.821 del Código Civil y conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, fuerza y eficacia iguales a las que asisten a las sentencias ejecutorias recaídas en juicio contradictorio, llevando esto a entender, y así lo tiene dicho también la jurisprudencia repetidamente, que lo resuelto por los amigables componedores dentro del término y de las facultades fijadas para el ejercicio de su jurisdicción por los interesados goza de autoridad de cosa juzgada*. Como afirma MUÑOZ SABATÉ comentando esta sentencia: “En el fondo el mensaje de esta sentencia va más dirigido a los árbitros que no al Juez ejecutor. Si se quiere que el arbitraje cumpla con su virtud integral de solucionar para siempre la controversia nada mejor que pronunciar un laudo pormenorizado evitando diferir puntos a la fase de ejecución.”⁴¹⁰

Ya bajo la vigencia de la **LEC del 2000**, se ha pronunciado sobre esta cuestión FERNÁNDEZ LÓPEZ⁴¹¹, quien, después de plantear la posibilidad de “pensar en una respuesta negativa”⁴¹² y el problema “de determinar cuál es el mecanismo adecuado para su liquidación [del laudo]”⁴¹³, acaba considerando “que la reserva de liquidación prevista en el art. 219.3 LEC es también aplicable a los laudos, de modo tal que ante una resolución arbitral ilíquida cabría, bien acudir a un proceso declarativo para proceder a su liquidación (en los mismos términos previstos para las sentencias ilíquidas que ahora veremos), bien acudir a un nuevo arbitraje para discutir exclusivamente acerca de la determinación de la condena⁴¹⁴.” Con respecto a esto último concuerdo plenamente con la citada autora, pues la normativa de la LEC es de aplicación a la

⁴⁰⁹ Extraída de ídem, págs. 571 y 572 *ab initio*.

⁴¹⁰ Ídem, págs. 571 *in fine* y 572 *ab initio*.

⁴¹¹ *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 22 *in fine* y 23.

⁴¹² Lo que permitiría que en fase ejecutiva se llavasen “a cabo las correspondientes operaciones de liquidación del laudo arbitral”; cita en este momento (a pie de la página 23) como defensor de esta posición a Cerdón Moreno, F.

⁴¹³ Problema que se derivaría de que el laudo carecería “de eficacia ejecutiva como consecuencia de su iliquidez” (lo que relaciona con el art. 549 LEC), con lo que “no podría iniciarse la ejecución forzosa” ni acudir al “procedimiento previsto en los arts. 712 y ss. LEC.”

⁴¹⁴ En este momento cita (a pie de la pág. 23) a Ortells Ramos como autor que “llega a una solución similar cuando señala que el procedimiento de los arts. 712 y ss. LEC no es aplicable a la liquidación de laudos arbitrales”, pero en “sentido contrario” menciona a De la Oliva Santos, A. y a Daza Velázquez de Castro, R.

ejecución de los laudos arbitrales⁴¹⁵, no siendo los arts. 712 y ss. LEC un cauce ideado para la liquidación del correspondiente título ejecutivo (*vid.* apartado referente a la ejecución definitiva de este mismo estudio). Ahora bien, cuestión diferente es la de si afecta al arbitraje la limitación del art. 219.1 LEC. En este caso la respuesta también parece clara, pero esta vez en sentido negativo. Como es sabido, en lo referente a la sustanciación de las actuaciones arbitrales la LEC no es de aplicación ni tan siquiera supletoria, estructurándose en la LA un sistema basado en la libre configuración de la sumisión a arbitraje de la controversia⁴¹⁶, con lo que difícilmente se podrá sostener en este ámbito una limitación basada en el carácter mero-declarativo de la misma⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Cfr. art. 44 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en adelante LA.

⁴¹⁶ Cfr. art. 9 LA.

⁴¹⁷ Cfr. STS de 16/12/1931 ya comentada.

CAPÍTULO TERCERO. EL ARTÍCULO 219.2 LEC Y LAS SENTENCIAS CON FIJACIÓN DE BASES; DE LAS BASES PARA SU LIQUIDACIÓN, Y DE SU REMISIÓN A LA EJECUCIÓN.

3.1. EL ARTÍCULO 219.2 LEC Y LAS SENTENCIAS CON FIJACIÓN DE BASES.

El artículo 219.2 LEC establece que: *“En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución”*⁴¹⁸.

De su simple lectura se observa que este segundo apartado del artículo 219 se refiere, exclusivamente, a la sentencia, a diferencia de lo que sucede con el apartado que le precede, que trata de la reclamación del actor, y de lo que ocurre en el que le sigue, que regula de forma conjunta tanto la pretensión del demandante como el contenido de la sentencia. Se trata, por tanto, de un mandato dirigido al juzgador, como sucedía en las dos leyes de enjuiciamiento civil que le precedieron, cuyo contenido engarza perfectamente con el recogido en el apartado que le antecede al establecer, de forma consecuente con la carga del demandante de cuantificar exactamente el importe de su reclamación o fijar claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación (art. 219.1.in fine), que de la misma manera queda obligado el juez a sentenciar. Por tanto, la congruencia y claridad de ambos apartados en este punto es meridiana, no pudiéndose considerar, desde un punto de vista sistemático, como un precepto redundante, pues añade algo a lo establecido en el artículo 218 LEC. Y ese algo se refiere a la fijación *con claridad y precisión* de las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la

⁴¹⁸ En comparación con el anterior, prescribían en este punto sus antecesoras que: **Artículo 63 LEC 1855:** (...) se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. **Artículo 360 de la LEC de 1881:** (...) se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Cabe recordar también que, en las dos regulaciones anteriores, se remitía la liquidación de las referidas bases a los correspondientes incidentes declarativos en sede ejecutiva (como ya se ha analizado pormenorizadamente en este estudio) estableciéndose claramente dicho extremo en el **artículo 928 ALEC** al ordenar que: *“Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en aquélla las bases para la liquidación, el que haya obtenido la sentencia presentará, con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose, en su caso, a dichas bases.”*

ejecución, configurándose como una primera regla especial a la norma general que consiste, justamente, en la determinación del *importe exacto de las cantidades respectivas*.

Este carácter especial (que no excepcional) queda patente si se analiza históricamente dicha institución (como ya se ha hecho en este trabajo) tanto en relación a la LEC de 1855 como en lo atinente a su sucesora de 1881. De esta forma, desde 1855 dicha fijación de las bases para la liquidación se configuraba como una primera regla especial y subsidiaria de la norma general que propugnaba la cuantificación exacta del importe debido. En este sentido se pronuncia (y se viene pronunciando) la generalidad de la doctrina; v. gr. RIBELLES ARELLANO⁴¹⁹ explicita ese carácter subsidiario de la reserva de liquidación, al sostener que el demandante, en su escrito de demanda, y el tribunal, en su sentencia, están obligados (si es posible) a precisar el importe de la reclamación. Si ello no es posible, tienen, como segunda obligación, que fijar las bases para la cuantificación⁴²⁰. Y en esa misma dirección se ha pronunciado la antigua y la moderna jurisprudencia, como se plasma diáfananamente, por ejemplo, en la **sentencia nº 10/2003 dictada por la AP de Cuenca, el 16 de enero del 2003**⁴²¹, en cuyo fundamento de derecho tercero se estableció que: *Ante la imposibilidad de fijar la cantidad exacta en que las demandadas debieron ser condenadas por el Juez de Primera Instancia, procede acudir a lo dispuesto en el artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y establecer las bases que han de servir para que, en defecto de acuerdo entre las partes litigantes, quede determinada la cantidad aludida, como correspondiente a los daños causados por el vehículo de las demandadas [...], incluidas puertas, aletas, faldón, piso, paragolpes, faros y elementos propios de esta parte del vehículo, con su mano de obra, hasta el límite de 2.133,59 euros...*

La aparente sencillez de este segundo apartado del art. 219 LEC no debe oscurecer que, en realidad, está agrupando **dos tipos diferentes de sentencias**. En el primer

⁴¹⁹ *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 848.

⁴²⁰ Por otro lado, resulta interesante la comparación que el mentado autor realiza seguidamente con el anterior artículo 360 ALEC opinando que, frente a aquél, la actual LEC introduce dos novedades:

- Ahora la obligación se impone al tribunal y al demandante: antes sólo al tribunal.

- Ahora siempre las bases de la liquidación se han de concretar en el fallo; con la ALEC el tribunal podía dejar para la ejecución la determinación de las bases.

Cita la STS de 9 de febrero de 1998 (la Ley 1998, 3.503).

⁴²¹ Resolutoria del recurso nº 301/2002, y de la que fue ponente Muñoz Hernández, Mariano, La LEY 8870/2003.

grupo, aquellas en que se establece el importe exacto de las cantidades respectivas, engloba las sentencias líquidas; en el segundo, aquellas en que se fije con claridad y precisión las bases para su liquidación, incluye las que, al parecer del Legislador del 2000, serían un tipo de sentencias con reserva de liquidación. Y aunque resulte obvio que el nombre *sentencias con reserva de liquidación* no se utiliza habitualmente para referirse a este último tipo de resoluciones, lo que incluso podría llevar a confundirlas con las normadas en el art. 219.3 LEC, aún así su naturaleza como sentencias con reserva de liquidación es defendible si se atiende a:

1.- Que el propio artículo 219.2 LEC difiere en estos casos la liquidación, al establecer que la misma: “deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución”.

2.- Que el apartado tercero del mentado artículo prescribe que: *Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. A contrario sensu, los casos anteriores también serían un supuesto de reserva de liquidación.*

3.- La regulación de esta materia en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, ya que en las mismas se trataba a este tipo de sentencias como merecedoras de liquidación, a través de los correspondientes incidentes declarativos en sede de ejecución⁴²².

Si se conviene que el legislador ha querido normar dos tipos de sentencias con reserva de liquidación, como también hicieron sus predecesores, resulta del todo punto necesario distinguir las reguladas en este apartado de las contenidas en el apartado tercero de este mismo artículo 219 LEC. Por ello, a este primer tipo de sentencias las denominaré *sentencias con fijación de bases*, en contraposición a las comprendidas en el apartado tercero del citado precepto, a las que llamaré simplemente sentencias con reserva de liquidación a lo largo de este estudio. Frente a esta conceptualización se puede oponer la argumentación de RAMOS MÉNDEZ quien afirma que: “Desde siempre, todo el mundo había entendido que este tipo de condenas pendientes de meras

⁴²² Vid. las opiniones y comentarios vertidos y recogidos, en relación a esta cuestión, en el primer capítulo de esta obra.

operaciones aritméticas eran líquidas. Sólo el legislador parece no haberse enterado.”⁴²³ En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ GIL al sostener que se deben entender por sentencias líquidas “no sólo las que establecen una cantidad fija de dinero sino también aquellas que fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en ejecución.”⁴²⁴ Anteriormente GUASP (comentando al art. 360 ALEC) también había considerado que en estos casos tampoco “se trata de una verdadera condena genérica puesto que las operaciones matemáticas que sea preciso realizar para hallar la cifra de la condena pueden hacerse normalmente en el período de ejecución sin alterar la naturaleza de éste.”⁴²⁵ Y en esta misma dirección también se han pronunciado otros autores⁴²⁶.

Frente a los anteriores pareceres hay que reseñar que, tradicionalmente, la liquidez de este tipo de sentencias no era un tema tan indubitado. En este sentido, ARIAS LOZANO, comentando el artículo 360 ALEC, afirmaba que “parecería que sólo el último supuesto es el que provocaría la condena a reserva; y lo cierto es que también cuando se fijan las bases de liquidación la condena es genérica y necesita del incidente de liquidación del 929 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”⁴²⁷ En la misma dirección

⁴²³ *Enjuiciamiento civil...*, opus cit., pág. 1361.

⁴²⁴ En ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO (director-coordinador), *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, tecnos, Madrid, 2008, págs. 332 y 333.

⁴²⁵ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 978. Precisamente en consonancia con éste último autor, CORDÓN MORENO, F., afirmaba que en estos casos “estas operaciones no constituyen un verdadero acto de instrucción (prueba), por lo que la sentencia en que las bases queden fijadas no es una sentencia de condena genérica o a reserva de liquidación en sentido estricto, sino que puede, sin dificultad, reconducirse al supuesto normal [aquí se remite a pie de la página 42, citando a GUASP].” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 42.

⁴²⁶ Sin ánimo de ser exhaustivo, pues considero que con las opiniones recogidas queda clara la posición adoptada por este sector de la doctrina, si quiero citar a TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., y CASERO LINARES, L. quienes relacionan esta cuestión con los artículos **571** y **572 LEC**. Según estos juristas “una deuda dineraria es líquida en uno de estos dos supuestos: 1) cuando se encuentra perfectamente fijada en una cantidad concreta; 2) cuando para determinarla solo hay que realizar una sencilla operación matemática.” En cuanto al “primer supuesto no suele presentar especiales problemas, y a él se refiere el artículo 572.1 al dar criterios interpretativos de la liquidez.” En cuanto al segundo, el que ahora nos interesa, sostienen que el mismo “se deriva de una construcción doctrinal, al entender que debe ser considerada líquida aquella cantidad que, por los propios datos que aparezcan en el título o que puedan extraerse ajenamente a él, pero que en definitiva respondan a las bases acordadas por las partes en el título, sea posible obtener con simples operaciones matemáticas. Aunque no se menciona directamente tal posibilidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí parece hacer referencia a ello en el art. 571 al mencionar que del título se derive <<directa o indirectamente>> el deber de entregar una cantidad de dinero líquida, disposición que se halla en línea de coherencia con la contenida en el artículo 219.2 de la propia Ley.” Con GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002, pág. 163.

⁴²⁷ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11145. En este punto recoge la posición de Ortells (en *Derecho jurisdiccional*, con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo, Bosch, Barcelona, 1994, II, 1.º, pág. 312), quien se pronunciaría en el mismo sentido de considerar que es asimismo ilíquida la sentencia que contiene las bases de la liquidación (relacionando el artículo 360

parece apuntar TAPIA FERNÁNDEZ cuando argumenta que: “El apartado 3 del artículo 219 refuerza en su inciso primero lo establecido en los apartados anteriores, de modo que, salvo la posible sentencia de condena ilíquida pero cuya liquidación consiste en puras y simples operaciones aritméticas, <<no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución>>.”⁴²⁸ A las anteriores opiniones se podrían unir muchas de las enseñanzas expuestas por los procesalistas del diecinueve que, si algo tenían claro era que, la sentencia que fijaba las correspondientes bases, era una sentencia con reserva⁴²⁹.

De todos modos, si bien se mira, ambas posiciones doctrinales podrían ser compatibles pues, a mi entender, estamos ante un concepto jurídicamente indeterminado (*bases*) de cuya definición dependerá tanto la resolución de esta cuestión, como la complejidad del subsiguiente procedimiento de liquidación. Si dichas *bases* resultaran ser tan genéricas que, para su integración, se acabara requiriendo un auténtico juicio posterior, se estaría ante una verdadera sentencia ilíquida; por el contrario, si fueran tan precisas como para no ser necesarias más que simples operaciones casi automáticas, la sentencia debería considerarse de carácter líquido. Por tanto, las anteriores posturas doctrinales podrían ser compaginables si se tiene en cuenta la modificación operada en este asunto por el actual artículo 219 LEC, cuya dicción es ahora todavía más exigente, en lo tocante a la fijación de las correspondientes bases, que sus predecesores. En este sentido, la LEC del 2000 ordena que esas bases se fijen *con claridad y precisión* de tal forma que la liquidación debe consistir *en una simple operación aritmética*, mientras que sus antecesoras prescribían simplemente el establecimiento de las mismas. De esta forma se podría concluir que, aunque bajo las anteriores normativas era lógico considerar a la sentencia que establecía las correspondientes bases como ilíquida, pues requería de un posterior incidente declarativo en sede ejecutiva para proceder a su definitiva liquidación, con la nueva LEC ese razonamiento se habría perdido, al resultar evidente que, para efectuar *una simple operación aritmética*, no hace falta comparecer

ALEC con el 928 ALEC), afirmando que también en este supuesto se ha de determinar el importe de la condena (antes de iniciar la ejecución) mediante el incidente declarativo de los artículos 928 y siguientes ALEC.

⁴²⁸ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 799.

⁴²⁹ *Vid.* el análisis histórico realizado en el capítulo primero de la presente obra.

ante el juez y realizar (en principio) prueba alguna. Ahora bien, de *lege data*, y más allá del anterior debate doctrinal, lo que parece claro es que, tanto para el Legislador del 2000 como para sus dos predecesores decimonónicos, éstas también fueron y son sentencias con reserva de liquidación, por lo que considero necesaria dejar apuntada la anterior distinción.

3.2. LA FIJACIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES BASES PARA LA LIQUIDACIÓN.

Como se ha podido comprobar en el apartado anterior, el art. 219.2 LEC no presenta, desde una perspectiva eminentemente teórica, un complejo encaje en el conjunto de un sistema en el que, a la determinación concreta de la cuantía de lo debido le sigue, en orden de preferencia, la fijación de unas concretas bases para ello. Sin embargo, desde un encuadre más práctico, suscita este precepto una ardua problemática en relación a **cómo** y **cuándo** se han de fijar aquéllas y **qué consecuencias** se derivan de no hacerlo en adecuada forma. En referencia a estas cuestiones, y en primer lugar, cabría esperar que las correspondientes bases se establecieran en la sentencia misma, puesto que, lo que se difiere, es únicamente su liquidación, no así su fijación⁴³⁰, aunque esto no siempre ocurra⁴³¹. Ahora bien, el nudo gordiano de esta problemática radica en elucidar

⁴³⁰ En este sentido se han pronunciado muchas Audiencias. Como ejemplo de resolución que se percata explícitamente de esta necesidad se puede extraer la **sentencia nº 184/2005 de la AP de León (Sección 1ª), de 30 de junio del 2005**, en cuyo fundamento de derecho segundo se afirmó que *sólo procede reclamar los atrasos correspondientes a los últimos cinco años, art. 1.966.1º del Código Civil que, en el caso, se computaran en los cinco años anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud de modificación de medidas, el día 18 de febrero de 2004, pues, las anteriores estarían prescritas. Estimando en tal sentido este motivo de recurso; por el contrario, no puede acogerse la alegación referente a no computar para la actualización y revalorización de la pensión el mes en que el padre tiene consigo a la hija por la sencilla razón que dicha actualización se realiza por anualidades vencidas o transcurridas, con independencia de que la pensión se pague o no y por eso precisamente se actualiza la pensión desde el año siguiente a su reconocimiento aunque no se haya satisfecho. Procede, así pues, estimar el recurso en la forma que se ha expuesto anteriormente, así como también parcialmente la adhesión formulada por el Ministerio Fiscal, fijando las bases aritméticas para materializar lo acordado en fase posterior, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 219.2 de la L.E.C. Dictada en resolución del recurso nº 25/2005, y de la que fue ponente García Prada, Manuel, La LEY 147884/2005.*

⁴³¹ Véase, en este sentido, la **sentencia nº 351/2002, de la AP de Cantabria (Sección 4ª), de 15 de octubre del 2002**, en cuyo fundamento de derecho segundo se dijo que: *En el caso de autos, puede afirmarse que la sentencia recurrida no solo no fija con precisión las bases con arreglo a las cuales deba liquidarse el crédito en ejecución, sino que en absoluto concreta esas bases. Así, tras decirse en el fundamento cuarto que «no se facilitaron en la instancia los elementos necesarios para dicha cuantificación», se añade que «no cabe otra solución que remitirse a ejecución de sentencia para concretar esos daños y perjuicios ocasionados», pero sin establecer base alguna para la fijación de*

lo que se ha de entender por su fijación *con claridad y precisión*⁴³². El propio precepto da una pista interpretativa cuando seguidamente añade que la liquidación *deberá consistir en una simple operación aritmética*. Ello entronca directamente con el ya comentado artículo 219.1 LEC, al compeler al actor a determinar *claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética* y, en consecuencia, con la necesaria congruencia de las sentencias (artículo 218 LEC)⁴³³. Ahora bien, interpretando esta cuestión desde la literalidad del precepto surge en seguida la siguiente pregunta: ¿si las bases fijadas sólo requieren de una simple operación aritmética, por qué se ha de efectuar ésta en la ejecución, y no directamente en la sentencia o en la demanda ejecutiva? Evidentemente hay algo en la dicción del precepto que no acaba de cuadrar y a ello me referiré en las siguientes líneas⁴³⁴.

Como se dijo en el apartado anterior, los anteriores (en apariencia) sencillos vocablos forman, en realidad, un conjunto de conceptos jurídicamente indeterminados, cuya

éstos. Como consecuencia de ello, la sentencia no llega a declarar cuál es el concreto crédito resarcitorio del demandante, sino que en realidad apuntar la mera posibilidad de que exista, pues si los daños y perjuicios deben probarse en ejecución de sentencia, y son esos elementos los que conforman el crédito, entonces no hay declaración de crédito, ya que el crédito mismo --y no solo su liquidación-- queda pendiente de lo que se decida en ejecución de sentencia. Buena prueba de cuanto decimos es que el fallo de la sentencia no establece la certeza del crédito, pues se limita a condenar a la cantidad que «podiera resultar» en ejecución de sentencia. Por lo demás, la consecuencia de la falta de fijación de las bases no puede ser otra que la negación judicial del crédito. Dictada en resolución del recurso nº 697/2001, y de la que fue ponente Tafur López de Lemus, Joaquín, La LEY 170381/2002.

⁴³² Para una visión del estado de la materia en la jurisprudencia anterior a 1954, resulta interesante el apartado que titula FENECH, M., “*Mediante la fijación de bases en la sentencia declarativa*” en *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3467 *in fine* a 3469.

⁴³³ Una sentencia que, bajo la vigencia de la LEC de 1881 tocó directamente este tema, fue la **S de 4/02/1926**, en la que el TS explicitó que en ese caso “la Sala sentenciadora en cuanto acordó las bases para fijarlo [lo reclamado], varió las formuladas por la parte demandante, esencial y completamente, infringiendo el art. 359 al no limitarse a los pronunciamientos que lo solicitado por los litigantes, requería, conforme a dicha disposición legal, y es por ello manifiesta la procedencia de la casación por el motivo quinto del recurso.” Extraída de ídem, pág. 3468; precisamente FENECH, M., titula el sub-epígrafe, en el que recoge esta única sentencia, con las siguientes palabras: “*El Tribunal de instancia, no obstante, no puede variar esencialmente las bases propuestas por la actora, sin incurrir en el vicio de incongruencia.*”

⁴³⁴ Bajo la vigencia del art. 360 ALEC, GUASP, J., expuso la forma en qué se debían fijar las correspondientes bases, sosteniendo que normalmente consistirían en: “la fijación de la clase de unidades que el condenado en la sentencia haya de entregar, generalmente dinero: la cantidad debida por unidad de tiempo y el número de unidades de tiempo que deben tenerse en cuenta.” A partir de este razonamiento proponía la siguiente fórmula: $x = n \times t$, en la que la x era “la condena de frutos, intereses o daños y perjuicios”, la n “la cantidad a entregar por cada unidad de tiempo” y la t el “número de estas unidades”. La sencillez de estas operaciones eran lo que le llevaban a considerar a las mismas como no verdaderos actos de instrucción y, en consecuencia, a considerar “la sentencia en que ambos [n y t] queden determinados” no como “de condena genérica sino que puede sin dificultad reconducirse al supuesto normal.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., a pie de su pág. 978.

correcta intelección se ha intentado delimitar por varios autores. Entre ellos destacaré la opinión de PEREDA GÁMEZ, quien a la pregunta: “¿Qué habrá de entenderse por “pura” o “simple operación aritmética”?”, responde⁴³⁵ que: “Nos parece que debe pues entenderse por operación aritmética pura o simple aquella para cuya aplicación sean precisos conocimientos matemáticos más complejos de los que habitualmente posea el juez como los propios del cálculo de intereses simples o complejos, cálculos actuariales o de economía financiera”, añadiendo (en el siguiente párrafo) que: “Deberán quedar excluidos de la posibilidad de cálculo en ejecución aquellas operaciones matemáticas que, sin implicar o implicando juicio de valor y aplicando conocimientos contables precise de actuaciones periciales, pues en tal caso no cabe justificadamente relegar a ejecución lo que haya sido posible aportar con la demanda o practicar en periodo probatorio.”⁴³⁶

Ahora bien, partiendo de que las bases sólo se deberían fijar ante la imposibilidad de una determinación exacta de la suma debida, de tal forma que si se pudo efectuar aquella en el momento de dictar la sentencia, y a pesar de que se hayan determinado las pertinentes bases, se estaría ante una infracción del art. 219.2 LEC⁴³⁷, se advierte

⁴³⁵ A continuación de afirmar en el párrafo anterior que: “En principio, una operación aritmética simple o pura es la que deriva de la aplicación de una fórmula matemática predeterminada. Salvo que sea compleja (o dependa de parámetros variables) el juez normalmente ha de poder aplicarla en los fundamentos de derecho para cuantificar en el fallo.”

⁴³⁶ Sosteniendo finalmente, en el siguiente párrafo, que: “Cabe no obstante entender como pura o simple operación aritmética la que derive de la aportación a los autos en fase declarativa de instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevada a cabo con fine contables (arts. 265.1.2.º, 299.2 y 384.1 NLEC), de manera que fijada la existencia y alcance de dichos instrumentos sea preciso fijar saldos o cuantificar resultados.” C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., págs. 294 y 295 *ab initio*. En apoyo a esa necesidad de que la pericial se practique en sede declarativa se puede reseñar la **SAP de Lleida (2ª) de 25/03/2002**, en la que (dentro de su fundamento primero) se arguyó que: *Impugna la parte demandada dos pronunciamientos concretos de la sentencia de primera instancia cuales son el relativo al abono de la crema de avena mediante liquidaciones anuales y el que se refiere a la reposición del aparato Termomix. [...]*

La resolución recurrida se ajusta a lo previsto en el artículo 219.2 LEC puesto que fija claramente las bases para la liquidación correspondiente, bastando en este caso con presentar anualmente las facturas de compra, sin que se advierta inseguridad ni posibilidad de fraude alguno puesto que en el Fundamento de Derecho Tercero, atendiendo a lo informado por el perito judicial D. Félix, ya se concreta que el uso de la crema de avena será necesario de forma indefinida, en la cantidad de una o dos cajas por mes, sin que ofrezca duda alguna que esta es la cantidad máxima que se refleja en el propio texto de la sentencia, no siendo necesario, por tanto, remitir a las partes al procedimiento contradictorio para su concreción. Dictada en resolución del rec. 24/2002, siendo ponente de la misma Sainz Pereda; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 406 y 407.

⁴³⁷ Ahora bien, sería una vulneración que no comportaría la ineficacia de la correspondiente sentencia. En este sentido se puede citar, *ad exemplum*, la **sentencia nº 239/2004 de la AP de Ávila, de 23 de febrero del 2004**, en cuyo fundamento de derecho primero se estableció que: *Se interpone en esta alzada recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia, en la que estimando de forma parcial la demanda interpuesta se condenaba a la recurrente al pago de la cantidad en que se determinen las cuotas vencidas e impagadas de la Comunidad de Propietarios actora desde el año 1995.*

rápidamente que la anterior definición explica, a pesar de su impecable corrección conceptual, de una manera muy insuficiente los innumerables supuestos en los que, **en el foro**, se ha aplicado (y se habrá de aplicar) este art. 219.2 LEC⁴³⁸. Para comprender la anterior aseveración, cabe en primer lugar recordar la **teleología** que informa, con igual fuerza, todos los apartados del precepto. Para ello resulta útil traer a colación la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18/12/2009**⁴³⁹, en la que se recuerda la

Como motivos de la oposición de la recurrente se alegan [...] en tercer lugar se estima que la sentencia infringe el art. 219.3 LEC al efectuar una condena con reserva de liquidación indeterminada, que no fue solicitada por la parte.

Por otra parte, la recurrente no ha cumplido con la obligación exigida en el art. 449.4 LEC, al no pagar o consignar la cantidad a la que ha sido condenada. Su argumento es que la cuantía a que se condena no está determinada. Ello es cierto, pero también lo es que su determinación no es en absoluto complicada, bastando con deducir de la cuantía reclamada las cuotas debidas anteriores a 1995. Lo cierto es que tal operación no ha sido efectuada en sentencia, y que la parte apelada nada ha expresado en su recurso, no se ha opuesto a la admisión de la apelación con este defecto y no ha aportado la liquidación en la que se especifiquen las cantidades debidas; motivos todos ellos que hacen procedente el examen del recurso. Seguidamente, en su fundamento de derecho segundo, afirmaba que: Y ya que se acaba de mencionar el contenido del fallo de la sentencia, examinaremos primero el tercero de los motivos de recurso de la apelante. No se estima que la sentencia incurra en la infracción formal que se denuncia. Nos encontramos ante una reclamación de una cantidad líquida, perfectamente determinada. A dicha reclamación se ha opuesto la parte alegando entre otros motivos la pluspetición, alegación realizada, si no en su escrito de oposición, sí en el acto del juicio, como consta en el acta videográfica, y permitida en el art. 818 LEC.

Admitida tal alegación, por aplicación de art. 9 LPH, resulta evidente que la estimación completa no es posible. Ante ello el juez condena al pago de la cantidad debida por los periodos que se determinan, fallo que en caso alguno es indeterminado, pues su determinación consistirá en una pura operación aritmética, como se ha expresado en el párrafo final del fundamento anterior, autorizada por el art. 219.1 LEC. Resolutoria del recurso nº 60/2004, y de la que fue ponente Pando Echevarría, Ignacio, La LEY nº 46236/2004.

⁴³⁸ Bajo la vigencia de la **LEC de 1881** fueron numerosísimos y extremadamente diversos los casos en que se fijaron las correspondientes bases, con lo que deviene una tarea quimérica el intentar hacer una sistematización de las mismas cuyo único límite era el de la clásica **precisión y claridad** con la que debían ser hechas. Valga como botón de muestra en este sentido la **sentencia de 2/06/1931**, en la que se estableció que *el Tribunal que dictó la sentencia recurrida, consignó en los considerandos de ésta que el demandante, por el incumplimiento del contrato de compraventa había sufrido perjuicios consistentes en el mayor precio en relación con el de compra, a que, de haber sido el contrato cumplido, hubiera podido vender el aceite objeto de la compraventa referida, y en el fallo condenó a dicho demandado al pago de esos perjuicios que habrían de liquidarse en la ejecución de la sentencia, sentando como base para la liquidación la diferencia del precio de la expresada mercancía en el contrato incumplido y el que la misma obtuvo en los últimos quince días de jul y en los meses de ago y sep 1928, base de liquidación que, por su claridad y precisión, se ajusta a lo ordenado en los arts. 359 y 360 LEC.* Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3460.

⁴³⁹ Concretamente en su fundamento de derecho primero expuso que: *La sentencia que da lugar al recurso, en su doble vertiente de infracción procesal y de casación, difiere para el trámite de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de la condena que resulta de las relaciones mantenidas entre Márquese Producciones SL y Aplicaciones Tecnológicas y Telemáticas, para la explotación y comercialización de Servicios telefónicos relacionados con líneas de tarificación adicional, fijando como bases: "la facturación correspondiente a los meses de noviembre de 2001 a enero de 2002 y marzo y abril de 2002, deducidas las cantidades ya abonadas por este periodo, atendiendo a las liquidaciones realizadas por la entidad UNI 2 correspondientes a los números de teléfono relacionados en el documento de 8 de febrero de 2002, y de acuerdo con los criterios fijados en el contrato suscrito por las partes, con el límite máximo de las cantidades reclamadas en la demanda".*

doctrina ya apuntada por este mismo Tribunal, y que evoca al extractar que: *El artículo responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden puede incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética; norma que ha*

El recurso extraordinario por infracción procesal se analiza a partir del primero y segundo motivo basado en la infracción de los artículos 217, 218.1 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la recurrente considera que los hechos en los que se basó la demanda, no fueron debidamente acreditados, resultando dudosos, y la sentencia no es, además, congruente con la demanda, pues se ha pronunciado con reserva de liquidación, en contravención a lo dispuesto en el artículo 219 de la misma Ley, no habiendo solicitado ninguna de las partes que la determinación de la deuda quedase para ejecución de sentencia.

Se estima el segundo motivo y se desestima el primero. El artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha puesto fin a una viciosa práctica de pedir y de conceder determinadas indemnizaciones, cuya concreción dejaban los Tribunales para la ejecución de sentencia, sumando un juicio a otro, sin tener en cuenta que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución. Y, como consecuencia, a una jurisprudencia que, al amparo de la Ley de 1881, rechazaba la tacha de incongruencia hecha a una sentencia por aplazar al trámite de ejecución la determinación de los perjuicios si no era posible cumplimentar lo dispuesto por el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ordenaba hacerlo cuando los medios probatorios lo facilitaban, como remedio y reserva última si ello no era posible (SSTS 24 de septiembre 1999; 17 de julio 2000; 10 de noviembre de 2005, entre otras). [...].

El artículo responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden puede incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética; norma que ha restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma "ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración" (STS 18 de mayo de 2009).

No es lo que hizo la sentencia, antes al contrario. La incompatibilidad de lo acordado con los arts. 219 y 218 de la Ley es patente si se tiene en cuenta que la parte actora no se limitó en la demanda a pretender una sentencia declarativa del derecho a percibir una determinada cantidad, ni se solicitó del Tribunal que pospusiera su determinación al trámite de ejecución de sentencia con arreglo a unas determinadas bases. Lo que se reclamó en la demanda es una cantidad de dinero determinada - 705.710,44 euros-, en virtud de la relación contractual existente con la demandada, haciéndolo sin reserva para un pleito posterior de la prueba y determinación concreta de las cantidades resultantes de la liquidación correspondiente a los meses a que se refiere. Y es evidente que no obstante reconocer la realidad de la deuda existente a favor de la actora, a cuyo abono se condena al demandado (lo que deja sin contenido la infracción del artículo 217 de la LEC), la sentencia, en virtud de un defectuoso entendimiento de la norma procesal, deja para el trámite de ejecución la cantidad a abonar por la demandada complementando la de 1ª Instancia mediante el establecimiento de unas bases cuya concreción económica dista mucho de la simple operación aritmética exigida como única posibilidad de reserva de liquidación en los procesos declarativos sobre pago de cantidades. Hay, por tanto, incongruencia entre el Fallo de la sentencia y las peticiones de las partes puesto que se resuelve a partir de la fijación de unas bases que no se habían solicitado, en evidente contravención de los artículos indicados. Dictada en resolución del rec. 879/2005, y de la que fue ponente Seijas Quintana, José Antonio, nº de Sentencia: 822/2009, LA LEY 254304/2009.

restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma "ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración" (STS 18 de mayo de 2009).

Ahora bien, al vincular de esta férrea forma los principios dispositivo y de aportación de parte con la necesidad de fijar las bases de una manera tan precisa, se origina inevitablemente el problema de la **congruencia** de la sentencia pues, y a diferencia de lo que sucedía bajo la ALEC, parecería constreñir al órgano jurisdiccional en el momento de establecerlas a los márgenes de lo fijado, debatido y probado por la parte a quien correspondiere. Esta doctrina se expone nítidamente en la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13/10/2010**⁴⁴⁰, en cuyo fundamento de derecho cuarto se dijo que: *El artículo 219.2 LEC permite al juez dictar una sentencia en la que no se establezca el importe exacto de la condena siempre que se fijen con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. Es una norma en perfecta correlación con la imposición que establece el artículo 219.2 LEC a la demandante, de manera que la sentencia que se dicte deberá tener en cuenta, para la fijación de las bases de liquidación, los términos en que ha quedado planteado el debate, si no quiere incurrir en incongruencia (SSTS de 15 de mayo de 2008, RC n.º 752 / 2001, 27 de abril de 2009, RC n.º 1168 / 2004), de forma que ni la parte puede pedir ni la sentencia puede otorgar otra cosa que no sea la condena al pago de una cantidad determinada o determinable con arreglo a las bases fijadas en la sentencia, mediante una pura o simple operación aritmética. [...] La sentencia impugnada declara que no ha sido probado el importe del coste de las obras de reparación en los elementos privativos y condena al pago del importe de las reparaciones que se lleven a cabo en la totalidad de las viviendas afectada en ejecución de sentencia.*

Este pronunciamiento infringe el artículo 219.2 LEC por las siguientes razones: a) remite a las partes a un incidente en ejecución de sentencia que excede de la simple comprobación de parámetros indiscutibles o cálculos aritméticos, b) si la demandante ha optado por adelantar a la fase declarativa la decisión sobre las consecuencias del incumplimiento de la condena a la reparación in natura [en la sustancia original],

⁴⁴⁰ Dictada en resolución del rec. 146/2007 y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de Sentencia 647/2010, LA LEY 181848/2010.

pidiendo la condena al pago de los costes de reparación, tiene la carga de probar los hechos constitutivos de esta pretensión, incluida su cuantía, según dispone el artículo 217 LEC, y la insuficiencia probatoria no justifica desconocer la imposición del artículo 219.2 LEC.

De lo anterior parecería derivarse como necesaria la existencia de algún tipo de **incertidumbre** en alguno de los elementos sobre el que se aplicarían aquellas bases⁴⁴¹. En este sentido se puede entender la argumentación de RIBELLES ARELLANO, quien defiende que el artículo 219.2 LEC no se debe interpretar de forma literal en lo referente a que “consista en una pura operación aritmética”, por cuanto opina que si se tratara de una simple operación aritmética “el Juzgado estaría obligado a realizarla en la propia sentencia.” Por tanto, al fijar estas bases, el tribunal lo que debe hacer es “extremar la precisión a la hora de determinar las bases, de tal suerte que, aun cuando alguno de los parámetros de la liquidación permanezca incierto en sentencia –por ejemplo, número de días de incapacidad o valor medio de mercado de una determinada finca-, una vez concretado, pueda obtenerse con facilidad el importe exacto.”⁴⁴²

Ahora bien, esa falta de certeza puede deberse a muy diversas causas como, por ejemplo, la desidia de la demandante, en cuyo caso no se debería habilitar el acceso a este art. 219.2 LEC, al proscribirlo el citado principio de aportación de parte. Por ello, la citada incertidumbre se ligaría a cuestiones que cayeran fuera del alcance abarcable por la parte actora, vinculándose normalmente con el **factor tiempo**⁴⁴³. O, dicho de otra

⁴⁴¹ En este sentido también se podrían traer a colación las siguientes palabras de ARIAS LOZANO, D., que, si bien refirió a la imposibilidad de determinar una cuantía como líquida (y bajo la vigencia de la ALEC), resultan ahora pertinentes: “A nuestro juicio no son encuadrables aquí cualesquiera supuestos en que la fijación de la concreta cuantía sea simplemente <<difícil>>. Supuestos en los que para cuantificar haya que realizar complicadas operaciones financieras o complejas peritaciones no son supuestos que deban provocar condenas con reserva. La dificultad será idéntica en la sustanciación del delincuente [incidente] de liquidación y la posición del demandado ejecutado mucho más desfavorable.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11154.

⁴⁴² En FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 850. En apoyo de esta opinión arguye también que: “La complejidad del incidente de liquidación [el regulado en los art. 712 a 720 LEC] –de mediar oposición, la Ley prevé que se sustanciará por las normas del juicio verbal- corrobora que ésta no queda limitada a la realización de una simple <<operación aritmética>> partiendo de las bases fijadas en la sentencia, sino que va mucho más allá, teniendo por objeto la práctica de todas aquellas actuaciones necesarias para concretar los parámetros que permitan determinar la cantidad líquida.” Ídem, pág. 851.

⁴⁴³ En relación con esta materia la exposición de ARIAS LOZANO, D., me parece algo confusa, al comentar, si bien en relación a la imposibilidad de determinar una cuantía como líquida, y bajo la vigencia de la ALEC, que: “Y, salvo que entendamos que la condena con reserva es una condena <<de futuro>> -pretensión a todas luces insostenible- [aquí se remite a pie de la página 11154, citando a LÓPEZ SIMÓ], tampoco puede tratarse de hechos, acaecidos *con posterioridad* a la sentencia. Sin

forma, con el desconocimiento de algún componente necesario para aplicar la correspondiente fórmula, por no poder saberse del mismo con anterioridad al dictado de la correspondiente sentencia. Esta forma de interpretar el precepto se observa en múltiples resoluciones dictadas por diversas Audiencias. Así, de modo puramente ejemplificativo, véase lo relatado en la **sentencia nº 425/2007 de la AP de Madrid (Sección 21ª), de 17 de julio del 2007**⁴⁴⁴, en cuyo fundamento de derecho cuarto se afirmó que: *El valor del Derecho Especial de Giro del Fondo Monetario Internacional y su conversión a la moneda euro se publica diariamente por el Banco Central Europeo y su cálculo no ofrece dificultad alguna, tratándose de una simple operación matemática a los efectos del artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien la conversión del Derecho Especial de Giro del Fondo Monetario Internacional a la moneda euro debe efectuarse a la valoración que tenga a la fecha de esta sentencia, y de la suma resultante se deben deducir los 297,59 euros ya satisfechos por la demandada. En tales términos ha de revocarse la sentencia recurrida, estimando el recurso de apelación interpuesto.*⁴⁴⁵ Casos como el anterior serían diáfanos, ya que la obtención de un simple dato, cuya consecución permaneció vedada durante el proceso declarativo, permitiría el cálculo de la pertinente cantidad con la sola aplicación de una fórmula matemática. A mi entender ésta sería la forma correcta de establecer las correspondientes bases. Ahora bien, como ocurrió bajo la vigencia del art. 360 ALEC,

embargo, sí podrían ser los supuestos de prestaciones periódicas y las obligaciones de tracto sucesivo supuestos en los que se justificase la condena <<con reserva>>.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11154 *in fine*.

⁴⁴⁴ Dictada en resolución del recurso nº 577/2005, y de la que fue ponente el Ripoll Olazábal, Guillermo, La LEY 169558/2007.

⁴⁴⁵ Y en el mismo sentido que la anterior, sirva también como ejemplo, la que proponen LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO: **AAP Lugo (Sección 2ª), de 5 junio 2001** (LA LEY 113003/2001), la cual versó sobre una demanda en que se peticionaba *que se declare que los demandados deben abonar al demandante la cantidad de 196.128 ptas., condenándolos a abonar dicha suma incrementada conforme a lo establecido en el artículo 20 de la ley del contrato de seguro...* Dicha demanda no fue admitida por el juez de la primera instancia al considerar que no se cumplían las previsiones de los arts. 219, 437 y 209.4 de la LEC 1/2000, pues no se cuantifica exactamente el importe, conforme previene el art. 219. La AP discrepó de la anterior interpretación al considerar que en este caso lo único que cumple determinar es si se estima el importe principal y el de los intereses solicitados que son los del art. 20 LCS y que, por su misma esencia, han de ser liquidados calculando como dies ad quem el del pago, extremo éste que no puede ser previsto por el demandante que mal puede saber cuándo la aseguradora va a hacer el pago de lo reclamado. Pero, en todo caso, la sentencia ya puede contar con datos objetivos para fijar las bases de lo que se ha de calcular, con una simple operación aritmética, en ejecución de sentencia, esto es el importe del principal –una cifra exacta- y los intereses que correspondan con arreglo a la fecha en que la aseguradora haga frente a sus obligaciones. Extraída de GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 304. Esta misma resolución se encuentra extractada en COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 407 y 408 *ab initio*, en la que se recoge que fue ponente de la misma Fernández Cloos, siendo el rec.: 135/2001.

no es raro observar un uso exacerbado de este instrumento, llegándose a remitir, en la fijación de aquéllas, a hechos anteriores al dictado de la propia sentencia, cuyo conocimiento no tendría por qué haber estado vedado a las partes y, por tanto, a través de ellas, al tribunal⁴⁴⁶.

Pero valga decir aquí que el universo de casos es inabarcable y que, asimismo, la obtención de ese *simple* dato todavía incierto puede haberse dejado sin concretar lo suficiente, como para poner en tela de juicio que se haya cumplido con lo prescrito en el art. 219.2 LEC⁴⁴⁷. Por ello, a pesar de las múltiples interpretaciones que se pueden hacer

⁴⁴⁶ Esta interpretación *flexible* se puede observar, por ejemplo, en la siguiente **sentencia del Tribunal de Marca Comunitaria de 16/01/2009**, en cuyo fundamento de derecho quinto se dijo que: *Una vez declarada la infracción del ius prohibendi, las pretensiones de condena deducidas por la actora son, de un lado, la de cesación en la comercialización de los bolsos identificados con los signos infractores y; la de indemnizar los daños y perjuicios en la cuantía del uno por cien de la cifra de negocios. El régimen normativo aplicable es el establecido en los artículos 40 y siguientes de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, como consecuencia de la remisión al Derecho interno de los Estados miembros contenida en los artículos 14.1, 97.2 y 98.2 RMC.*

En primer lugar, se condena al demandado a la cesación en el uso de los signos infractores que se identifican como "signos usados por el demandado" en las páginas 13 y 14 del recurso de apelación deducido por la actora pues su utilización son los que han generado los actos de violación.

En segundo lugar, la pretensión indemnizatoria interesada es la denominada "mínima", prevista en el artículo 43.5 de la Ley 17/2001, esto es, "el 1 por 100 de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados."

El criterio para delimitar el concepto de "cifra de negocios" nos lo facilita la norma 11ª de la Tercera Parte del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre: "El importe neto de la cifra anual de negocios se determinará deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión." En aplicación de ese criterio, la cifra de negocio realizada por el demandado será la determinada por el importe de la venta de los bolsos ilícitamente identificados con los signos antes indicados, una vez deducido el IVA, al no haberse acreditado la existencia de otras posibles bonificaciones ni reducciones, en el establecimiento "La Perla Marina, Lámparas, Basar" sito en el Paseo de Sant Joan nº 54-bajo de Barcelona y en la tienda anexa denominada "Banlear, Venta, Basar" en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la demanda.

La fijación de la indemnización se difiere al posterior proceso de ejecución de Sentencia (artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) aplicando las siguientes bases: 1.-) se determinará el número de bolsos ilícitamente marcados con los signos infractores que hayan sido vendidos durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la demanda; 2.-) se multiplicará el número de bolsos por su precio de venta respectivo, deduciendo previamente el IVA); 3.-) el producto resultante será la base sobre la que se aplicará el 1 %. Dictada en resolución del rec. 19/2008, y de la que fue ponente García-Chamón Cervera, Enrique, nº de sentencia 20/2009, LA LEY 5483/2009.

⁴⁴⁷ Véase en sostén de la anterior aseveración, el caso contenido en la **SAP de Valladolid (1ª) de 7/06/2002**, en cuyo fundamento sexto se dijo que el artículo 219 LEC, en sus apartados primero y segundo, prevé expresamente la posibilidad de imponer una condena fijando con claridad y precisión las bases de liquidación consistentes en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. *Esto es lo que hace el Juez de Instancia, quien considera que la cantidad a abonar a la actora será, según los términos del contrato, el diez por ciento del salario neto del jugador, que es lo pactado en el contrato, pues lo que se reclama en la demanda no es propiamente dicha suma sino la correspondiente al diez por ciento del contrato negociado entre el agente y el club, pero que por las circunstancias que han concurrido en el presente caso con la intervención de un segundo agente, no se ha acreditado que fuese*

en este ámbito, para dilucidar si se cumple o no con lo ordenado en el antedicho precepto, resultará primordial valorar si, con la fijación de esas bases, se cierra o no la correspondiente controversia, resultando ello objetivable mediante la contrastación de si será o no necesario realizar un nuevo juicio declarativo en sede ejecutiva⁴⁴⁸. Si esto

efectivamente esa la cantidad convenida y la que se ha percibido en realidad como salario, sin que por otra parte el hecho de que en el pleito no se haya discutido propiamente sobre el importe real y efectivo del referido salario implique una aceptación del hecho relativo al importe reclamado en los términos del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la parte demandada ha negado expresamente que la cantidad percibida por el jugador como salario fuese la indicada en la demanda. No puede por tanto estimarse que el Juez haya dictado sentencia con reserva de liquidación, y por tanto el pronunciamiento efectuado deberá mantenerse en los términos en que ha sido realizado, en el bien entendido sentido y para salvar el principio de congruencia, que la cantidad a fijar en ejecución no podrá en ningún caso superar el límite de lo que ha sido reclamado en la demanda. Dictada en resolución del rec. 234/2002, y de la que fue ponente Alonso-Mañero Pardal; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 409 *in fine* y 410. Como se deriva de su lectura, para fijar la fórmula que recoge del 10% del salario neto, se necesitará saber la cuantía de ese salario, con las dificultades que ello puede conllevar, con lo que se puede poner en duda la aplicación correcta en este supuesto de lo prescrito en el art. 219.2 LEC. Otro caso en que esa indeterminación es más evidente es el contenido en la **sentencia nº 496/2006, de la AP de Pontevedra (Sección 1ª), de 26 de septiembre del 2006**, en cuyo fundamento de derecho segundo se estableció que *el coste de las obras reparatorias ha sido calculado sin el correspondiente incremento de I.V.A., que, según criterios de normalidad y racionalidad, será repercutido a la actora, interesada en la subsanación de los daños, por la empresa a la que encargue su ejecución. Ahora bien, la discrepancia de las partes personadas en el recurso entorno al tipo impositivo aplicable (16% ó 7%), motiva al acogimiento de dicho motivo indemnizatorio en el sentido de condenar a los demandados al porcentaje de I.V.A. que finalmente corresponda repercutir sobre el coste de ejecución de las obras pericialmente calculado [...] conforme al tipo impositivo que se determine en la factura que se emita a la actora por la ejecución de las referidas obras, a acreditar en trámite de ejecución de sentencia, al amparo del inciso final del apartado 2 del art. 219 de la LEC.* Dictada en resolución del recurso nº 464/2006, y de la que fue ponente Valdés Garrido, Francisco Javier, La LEY 143512/2006. En este supuesto parece obvio que, para la determinación del *quantum*, no bastará realizar una simple operación aritmética; de hecho la remisión al artículo 219.2 LEC aparenta efectuarse de forma analógica, pues no se fija ningún tipo de bases, sino que se deja para la ejecución no tan sólo la demostración de un hecho futuro e incierto (la realización de la correspondiente ejecución y la emisión de la correlativa factura), sino la fijación de lo discutido en manos del emisor de la correspondiente factura, lo cual no casa bien con lo prescrito en el mencionado precepto.

⁴⁴⁸ Sobre esta cuestión fue muy clara la **sentencia nº 177/2003 de la AP de Zamora, de 24 de junio del 2003**, en cuyo fundamento de derecho tercero se estableció que: *El primer motivo debe prosperar, pues efectivamente la actora en su demanda determinó con claridad y exactitud que se condenase a la hoy apelante a una cantidad determinada de dinero, en concepto de daños y perjuicios y la sentencia en el fallo viene a efectuar, entre otros pronunciamientos, la condena a la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, de conformidad con las bases establecidas en el fundamento tercero, a saber: relación detallada de todos los servicios funerarios realizados sin que mediara aseguramiento, durante el período que va desde la edición de la guía paginas amarillas y paginas blancas 2000-- 2001 hasta su sustitución, información ésta que debe ser cotejada con los datos existentes en los respectivos registros civiles, respecto a la funeraria y datos contables específicos respecto a la Clínica Veterinaria, siendo la diferencia multiplicada por el coste medio de dichos servicios, la que dará la cantidad a indemnizar por periculum mora, o ganancia dejada de obtener. Claramente, a la vista del contenido del fallo, la sentencia viene a infringir el párrafo 2 del art 219, que dice textualmente: [...]. Pues, para determinar las ganancias dejadas de obtener, no basta, como manifiesta la apelada, una simple operación matemática, sino que primeramente será preciso determinar cuales son los servicios sin asegurar, cotejarlos a continuación con los registros civiles y, finalmente, determinar su precio [...]; pero aún mas complicado sería saber las ganancias dejadas de obtener por la clínica veterinaria, pues para ello sería necesario llevar a cabo un peritaje contable para conocer los beneficios obtenidos por la clínica, para lo cual [...], lo que sin lugar a dudas se llegaría a unas cantidades que podían a su ver impugnarse,*

último fuera así, se infringiría no únicamente la literalidad del precepto sino, también, su finalidad pues, aunque formalmente se hubieran establecido unas bases, éstas serían demasiado imprecisas, burlando la prohibición de que *la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución* (art. 219.3 LEC). En este sentido, en su **Sentencia de 17/06/2010**⁴⁴⁹, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) estableció que: *El art. 219.1 LECiv se*

operaciones todas ellas que sin lugar a dudas exceden de unas simples operaciones matemáticas y darían lugar a abrirse un verdadero juicio declarativo dentro de la ejecución, que es precisamente lo que trata de impedir el art. 219 de la Lec.[...]. Por todo lo expuesto procede estimar el primer motivo del recurso, si bien ello no da lugar a la nulidad de la sentencia, sino simplemente a entrar en el contenido de la acción ejercitada y, en su caso, si está determinado el incumplimiento y en su caso, probados los perjuicios que se reclaman. Dictada en resolución del recurso nº 217/2003, y de la que fue ponente Encinas Bernardo, Andrés Manuel, La LEY 111109/2003.

⁴⁴⁹ Concretamente en su fundamento de derecho segundo se expuso: [...] *Para la correcta comprensión de las razones que llevan a la estimación de este recurso deben resumirse en este momento los diferentes aspectos del proceso.*

1º En la demanda, SATRAVILL pidió en relación al aspecto del daño emergente derivado de la necesidad de demoler el edificio:

a) los gastos debidamente justificados por:

i) El coste económico a que ascienda los trabajos de demolición de la obra realizada en el solar de SATRAVILL, S.A. en Villarreal, incluyendo mano de obra y materiales, respetando la cimentación por ser una partida de obra útil, y el coste económico, con aportación de mano de obra y materiales también, a que ascienda la reconstrucción del edificio para dejarlo en el mismo estado constructivo en el que se encontraba al instante en que se paralizó la ejecución de la obra, pero en condiciones de resistencia y estabilidad, y de conformidad con su diseño originario.

ii) La cantidad económica en la que se incremente el coste por la ejecución, con inclusión de mano de obra y materiales, del resto del edificio una vez reconstruida su estructura, en relación con el precio convenido entre SATRAVILL, S.A. y LUIS BATALLA, S.A. en el contrato de ejecución de obra de 5 de agosto de 1999.

iii) El importe económico que SATRAVILL, S.A. ha satisfecho a OCTÓGONO CASTELLÓN, S.L. por los servicios profesionales prestados por el Aparejador D. Florentino, consistentes en la elaboración del Estudio de Seguridad y Salud y en la dirección de la obra.

iv) El coste económico a que ascienda los honorarios profesionales de los técnicos por la elaboración del proyecto de ejecución de demolición de la estructura del edificio, y por la elaboración del estudio de seguridad y salud laboral por la ejecución de dichos trabajos así como por la dirección técnica en la ejecución material de la demolición, y por la revisión y aprobación del plan de seguridad y salud, y por cualquier otro que sea exigible legalmente en su momento.

v) El importe a que ascienda la tasa y cualquier otro gasto a abonar al Excmo. Ayuntamiento de Villarreal, u Organismo competente, por la tramitación y concesión de la licencia para el derribo de la construcción, o cualquier otra que se exija legalmente.

y b) La cantidad de 35.406,92 €, pagada a la empresa constructora por extinción del contrato de ejecución de obra. Esta última cantidad devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. [...].

A la vista de lo anterior, la presente sentencia debe plantearse dos cuestiones: La primera, referida a la existencia o no de "bases", de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 219.1 LECiv; la segunda, relativa a si verdaderamente existieron las bases pretendidas."

Y en su fundamento de derecho tercero se expuso: "El art. 219.1 LECiv prohíbe las sentencias meramente declarativas cuando lo que se reclame sea una cantidad de dinero y establece que no puede solicitarse la determinación del importe en ejecución de sentencia, aunque sí permite la fijación clara de "las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética". La sentencia de 18 diciembre 2009 explica las razones de esta regulación y dice que "[...]", en un caso en que se discutía la cuantía de unas determinadas rentas.

El art. 219.1 LECiv se refiere a aquellos conceptos que permiten determinar inmediatamente una cantidad debida, sin necesidad de recurrir a posteriores operaciones periciales u otras semejantes. La ley exige, pues, que se extreme la precisión a la hora de determinar las bases, de manera que aun cuando alguno de los parámetros de la liquidación no se conozca con exactitud a la hora de dictar sentencia,

*refiere a aquellos conceptos que permiten determinar inmediatamente una cantidad debida, sin necesidad de recurrir a posteriores operaciones periciales u otras semejantes. La ley exige, pues, que se extreme la precisión a la hora de determinar las bases, de manera que aun cuando alguno de los parámetros de la liquidación no se conozca con exactitud a la hora de dictar sentencia, una vez sea concretado pueda determinarse con facilidad el importe exacto y más en aquellos casos en que se trate de una condena de indemnización por daños y perjuicios y éstos hayan quedado acreditados durante el procedimiento, como ocurre en el presente litigio. Doctrina reiterada por esa misma Sala en su **sentencia de 9/02/2012**⁴⁵⁰.*

Finalmente, resulta relevante también apuntar que ese elemento incierto **no** puede ser de tal magnitud que llegue a convertir la **sentencia** en **condicional**. Con respecto a este

una vez sea concretado pueda determinarse con facilidad el importe exacto y más en aquellos casos en que se trate de una condena de indemnización por daños y perjuicios y éstos hayan quedado acreditados durante el procedimiento, como ocurre en el presente litigio.”

Y en su fundamento de derecho cuarto se expuso que: “Teniendo en cuenta lo anterior, debe examinarse a continuación si la demanda contenía criterios suficientemente especificados y objetivados como para entender que se habían concretado las bases a que se refiere el art. 219.1 LEC.

A tal efecto hay que concluir que están redactados en el sentido especificado en el Fundamento anterior los puntos de la demanda, que se han reproducido en el Fundamento segundo. Estos conceptos integran el daño sufrido, y son fácilmente cuantificables por diversos medios, como ocurre, por ejemplo, con la presentación de las respectivas facturas. Dictada en resolución del rec. 141/2006, y de la que fue ponente Roca Trías, Encarnación, nº de sentencia 370/2010, LA LEY 93456/2010.

⁴⁵⁰ *Al exponer, en su fundamento de derecho tercero, que: El segundo de los motivos de este recurso alega la infracción del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en principio, elimina la llamada "reserva de liquidación" ya que, se expone en el desarrollo del motivo, que la sentencia de instancia (de primera, confirmada en la de segunda) condena al pago de cantidades, pero en dos ocasiones, emplea la expresión "sin perjuicio...". Pero no es así, ya que no es un precepto absoluto, sino que, como dice la sentencia de 19 de diciembre de 2011*

El artículo 219 LEC ha puesto fin a una viciosa practica de pedir y de conceder determinadas indemnizaciones, cuya concreción dejaban los Tribunales para la ejecución de sentencia, sumando un juicio a otro, sin tener en cuenta que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución. Dicho precepto responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética (STS 18 de diciembre de 2009); norma que ha restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma «ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración» (STS 18 de mayo de 2009).

En el caso presente, tan sólo queda pendiente lo que es imposible prefijar, unas ulteriores liquidaciones y una puesta a disposición de la Agencia Tributaria de un determinado saldo que no se conoce al tiempo de dictar sentencia. Dictada en resolución del rec. 1708/2008, y de la que fue ponente O'Callaghan Muñoz, Xavier, nº de sentencia 65/2012, LA LEY 12841/2012.

punto me remito al apartado 4.4.5 de esta misma obra, referente a la distinción entre figuras afines.

A modo de **resumen** se puede concluir que, a pesar de la gran disparidad de casos que se pueden plantear, y a los efectos de no adular la finalidad de la norma, deberían resolverse a través de este art. 219.2 LEC únicamente aquellos en los que, además de no haberse podido obtener durante la tramitación del correspondiente declarativo un elemento necesario para la cuantificación exacta del importe de lo debido, éste fuese lo suficientemente determinado y determinable como para no haber de realizar, para su consecución, un nuevo juicio. Ahora bien, todo lo expuesto en este apartado se ha de conectar con lo que se analizará en los apartados 4.4, 4.6, 4.7, 4.8 y 4.10 de este mismo trabajo, en donde se verá como este sistema quiebra por los cuatro costados.

3.3. ESTUDIO SOBRE LA REMISIÓN QUE EFECTÚA EL ART. 219.2 LEC A LA EJECUCIÓN.

La segunda de las grandes cuestiones que se ha discutido en relación a la dicción del artículo 219.2 LEC es la remisión que hace a la ejecución al establecer que, cuando la liquidación consista en una pura operación aritmética, ésta *se efectuará en la ejecución*⁴⁵¹, siendo éste el único supuesto en el que cabe acudir a sede ejecutiva para realizar esa determinación⁴⁵².

⁴⁵¹ Problema, en el fondo, íntimamente relacionado con lo que se conoce como la necesidad de **autointegración/heterointegración de los títulos ejecutivos** y, en especial, de las sentencias. Así justamente titula ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ (“La autointegración y heterointegración del título de ejecución”) uno de los apartados de su libro *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 150 a 152. Enfocando esta problemática sobre la sentencia con reserva, comenta esta autora que, al permitir el art. 219 LEC que tan sólo se fijen unas bases para la posterior liquidación: “El proceso de declaración confiesa en este precepto su incapacidad para fijar la importancia exacta de la condena y remite al proceso de ejecución, en el que habrán de realizarse una serie de operaciones que, en puridad, constituirán más bien actividades jurisdiccionales de declaración, aunque se realicen en la llamada ejecución de sentencia.” Ídem, pág. 151. En estos casos, empero “la verdadera condena está en la sentencia, la cual se integra con la liquidación practicada en el proceso de ejecución, en el que no se podrán introducir modificaciones que alteren la condena básica.” (Ídem). Confronta a continuación esta autora el art. 219 LEC con su predecesor (art. 360 ALEC), y constata que el primero de ellos “resulta bastante más restrictivo [...], ya que exige que las bases para la liquidación estén fijadas con claridad y precisión a fin de que la liquidación consista en una pura operación aritmética.” Ídem, págs. 151 *in fine* y 152 *ab initio*. Supuesto este (el de la fijación de las bases) que la autora claramente diferencia de la condena con reserva propiamente dicha, pues en este caso (art. 219.3 LEC) “no se va a producir una integración de la sentencia en fase de ejecución y ello por el mero hecho de que la sentencia dictada no podrá ejecutarse hasta que su liquidación se concrete en un ulterior proceso

Desde la doctrina se ha criticado, en este punto, el tenor del precepto. A modo de síntesis de las diversas opiniones, y graduándolas según el papel que otorgan a esa remisión, se pueden citar las tres siguientes. En primer lugar, CORDÓN MORENO⁴⁵³ es de la opinión que, ya que en la ley se prohíbe expresamente en este caso iniciar un incidente contradictorio sobre la cuantificación, y ante la posibilidad de que el condenado quiera cumplir voluntariamente la sentencia, la necesidad de que se efectúe en ejecución no es la mejor solución. Este autor opina que sería preferible **dejar al actor realizar la operación aritmética en la misma demanda** fijando la cantidad, sometiéndose a contradicción del demandado y, por tanto, fijarse ya en la sentencia el resultado, pues sería “desproporcionado” haber de acudir a un proceso de ejecución para simplemente realizar una operación aritmética. Por su parte TAPIA FERNÁNDEZ⁴⁵⁴, considera que esa remisión a la ejecución “no tiene excesivo sentido; pues si el actor solicitó la condena del demandado al pago de una cantidad ilíquida pero fijando las bases con arreglo a las cuales se deberá efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética (art. 219.1), y si el tribunal deberá fijar en la sentencia de condena las bases para la liquidación, consistiendo ésta siempre en una

de carácter declarativo.” Ídem, pág. 152; esta cuestión se trata con mayor profundidad en el correspondiente apartado de esta misma obra.

⁴⁵² Sin perjuicio que sobre este tema se ahondará en el apartado correspondiente a la relación existente entre ejecución y sentencia con reserva, caba ahora avanzar que lo anteriormente afirmado es precisamente lo que se enfatiza en la siguiente resolución, que muy gráficamente tituló el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo como: “**Congruencia. Relegación del importe de la condena a la fase de ejecución: sólo es admisible se han fijado con precisión las bases para su determinación**”: *El artículo 219.2 LEC solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación que deberá consistir en una simple operación aritmética, norma que está en perfecta correlación con la imposición que establece el artículo 219.2 LEC a la parte demandante. Fuera de este supuesto, según indica expresamente el artículo 219.3, inciso primero, LEC, no se permitirá al tribunal que al dictar sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación para la fase de ejecución.*

»Este sistema normativo se completa con lo previsto en el artículo 219.3, inciso segundo, LEC, conforme al cual «se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades»

»De estas normas se sigue que la sentencia que, al margen de los términos en que se ha planteado el debate, relegue para ejecución de sentencia la fijación del importe de la condena, sin fijar las bases para la liquidación de forma que esta consista en una simple operación aritmética, incurre en incongruencia. **Sentencia de 4/03/2011** (REIP 206/2008, FDº cuarto), de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída de la relación efectuada por el GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA PRIMERA (Letradas Gabinete Técnico TS GONZÁLEZ TIMOTEO, ALICIA Y LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, ANTONIA), *Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera. Cuestiones procesales LEC 2000.*

⁴⁵³ *El Proceso de Ejecución*, opus cit., pág. 93.

⁴⁵⁴ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., págs. 798 *in fine* y 799.

<<simple operación aritmética>> (art. 219.2), es lógico preguntarse por qué el juzgador no realizó esa pura y simple operación aritmética, sin necesidad de remitir para la ejecución de sentencia su realización. Desde mi punto de vista, la liquidación consistente en cálculos sencillos aritméticos realizada en la sentencia evitaría la necesidad de acudir –como parece imponer el precepto- al proceso de ejecución si el tribunal se limitara a fijar las bases de la liquidación, que, como se ha dicho, <<deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución>> (art. 219.2). De cualquier forma, entiendo que, fijadas las bases para la liquidación en la sentencia, no será necesario en todo caso abrir la fase de ejecución, puesto que el condenado podría estar dispuesto a cumplir espontáneamente la condena, sin la coacción que supone el proceso de ejecución. Las sencillas operaciones aritméticas podrían ser realizadas fuera y al margen del eventual proceso de ejecución.” Asimismo apunta seguidamente la mencionada autora que: “Si el actor acude al proceso de ejecución, y aunque el precepto que se comenta nada dice, el incidente de liquidación habrá de adecuarse a lo establecido en el Capítulo IV (De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas) del Título V (De la ejecución no dineraria) del Libro III (De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares). Más en concreto, los artículos 718-719 LECiv hacen referencia a la liquidación de la condena a frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase.”⁴⁵⁵ Hay coincidencia, en cuanto a esto último, con lo que defiende RIBELLES ARELLANO⁴⁵⁶, quien afirma que el procedimiento de liquidación de las sentencias con reserva de liquidación es el regulado en los mentados artículos 712 y siguientes LEC. Ahora bien, considera asimismo este autor que la complejidad del incidente de liquidación corrobora que la misma no puede quedar limitada a la realización “de una simple <<operación aritmética>> partiendo de las bases fijadas en la sentencia, sino que va mucho más allá, teniendo por objeto la práctica de todas aquellas actuaciones necesarias para concretar los parámetros que permitan determinar la cantidad líquida.”

En mi opinión, la liquidación debería realizarse de forma previa al despacho de la ejecución por dos motivos principales:

- Para permitir el cumplimiento voluntario de la condena⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Ídem, pág. 799.

⁴⁵⁶ *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 851.

⁴⁵⁷ Cfr. art. 548 LEC.

- Para poder establecer la cantidad objeto de la ejecución forzosa⁴⁵⁸.

Coincido con algunas de las anteriores opiniones en que no se acaba de comprender la remisión a la ejecución que efectúa el Legislador del 2000, en la que, además, no se dice ni cómo, ni cuándo, ni de qué forma se ha de hacer. De todas formas esta es una cuestión que, en la práctica, se ha unido inextricablemente a la relación que se ha establecido entre sentencia con reserva y ejecución definitiva, por lo que ahora me remito a ese apartado, sobre todo, a los efectos de analizar el estado de esta cuestión en la jurisprudencia más reciente.

⁴⁵⁸ Cfr. arts. 571 y 572 LEC.

CAPTÍTULO CUARTO. EL ARTÍCULO 219.3 DE LA LEC DEL 2000. LAS SENTENCIAS CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN.

4.1. INTRODUCCIÓN: TELEOLOGÍA DE LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y ENUNCIACIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA.

Al estudiar el apartado primero del artículo 219 LEC diferí el análisis de tres cuestiones que el mismo planteaba, al entender que únicamente se podían abordar cabalmente con un estudio previo del apartado tercero de dicho precepto. Son las siguientes:

- A) La proscripción la tutela de mera declaración en los supuestos de hecho que relaciona.
- B) La prohibición de dejar para la ejecución de sentencia la determinación de las cantidades objeto de condena.
- C) La obligación del demandante de cuantificar el importe de lo reclamado o de fijar las bases con arreglo a las cuales se deberá efectuar la liquidación.

Por extraño que resulte, con el estudio de lo expresado en el artículo 219.1 LEC se podría llegar a unas conclusiones sobre las anteriores tres cuestiones muy diferentes a las que se obtienen, si se realiza el análisis de forma conjunta con lo dictado por su apartado tercero, debiéndose ello a la sorprendente redacción de este último. Se vislumbrará tal dificultad con su simple lectura: *Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.* De un primer examen, y comparando ambos apartados del anterior artículo, se evidencia que el precepto se remite a su propio enunciado, permitiendo finalmente lo que en un principio parece negar⁴⁵⁹. Por otro lado, regula conjuntamente la actividad de la parte demandante y la del tribunal, como si buscara

⁴⁵⁹ Esta característica ha sido resaltada por diversos autores. V. gr., GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., afirma que: “El juego de las remisiones internas del precepto lleva a soluciones diferentes y dispares, según cómo se entienda cuáles son los casos anteriores.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 79.

una cierta síntesis que no consiguió en sus dos primeros apartados. La complejidad de la lógica paradójica que parece regirlo, obliga a hacer un estudio separado de las tres cuestiones planteadas, y en dialéctica con aquellas otras que surgen de la propia dicción de este último apartado, si se pretende arribar a conclusiones que resulten de interés.

Difícilmente se puede conseguir lo anterior, y realizar un análisis cabal de una institución como la sentencia con reserva de liquidación, sin tener en cuenta, en primer lugar, cuál es su *télos*, su finalidad, pues a ésta se hallan inextricablemente unidas las demás cuestiones que suscita. Ahora bien, el fin que da sentido y autoridad a esta norma se ha de buscar más allá de los estrechos márgenes de la misma. Como se ha examinado en su desarrollo histórico, la sentencia con reserva de liquidación se configuró, desde los mismos inicios del enjuiciamiento codificado, como un instituto excepcional, característica que sólo se suele predicar de un instrumento al que se la atribuya una indudable utilidad. Al abordar detenidamente la evolución histórica de esta institución (a la cual ahora me remito) se observó cómo, por los monarcas Carlos V y Felipe II, se intentó prohibir con denuedo cualquier tipo de reserva de liquidación, prescribiendo que las sentencias habían de ser siempre líquidas. Se vio también cómo, la normativa regia, fue desoída por una praxis que, antes y después de la misma, siguió postergando la determinación de las cantidades debidas a posteriores pleitos, y cómo esta situación provocó que la LEC de 1855, a las que siguieron en esto las posteriores de 1881 y la actual, rendida ante esa tozuda realidad, cediera el permitir que, en ciertos casos, las sentencias no fueran completas como predicaba la norma general.

Ahora bien, la sentencia con reserva no se creó en el vacío, sino que respondía a unas dificultades que, en la práctica, eran muy reales. En este sentido valga, a modo introductorio, relacionar parte de la valoración que hizo GUASP del anterior artículo 360 ALEC⁴⁶⁰. Consideró este autor que, en los casos abordados por la sentencia con reserva se partía de que “el material que ha de servir al Juez para decidir el litigio puede estimarse como desdoblado en dos grandes categorías: la de los datos referentes al problema de si se debe la cantidad o no: problema de la existencia, y la de los datos

⁴⁶⁰ En las siguientes líneas seguiré lo que expuso en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., págs. 955 y 976 a 980.

relativos a su cuantía: problema del importe”⁴⁶¹. Partiendo de este enfoque planteó seguidamente las siguientes cuestiones: “puesto que es posible que la instrucción practicada en el proceso permita resolver el primero de estos problemas pero no el segundo, ¿cuál debe ser el contenido de la sentencia que se dicta? ¿se rehusará ésta mientras no esté comprobada la cuantía de lo debido o, por el contrario, se fallará sobre la existencia de la deuda dejando para otro proceso la determinación de tal cuantía?”⁴⁶²

Por tanto, el conflicto que sustenta ontológicamente la sentencia con reserva parte de la divisibilidad lógica en la noción *débito* entre su existencia y su cuantificación, a la que se añade el que, únicamente, se puede (o se quiere) determinar (ya) lo primero. Planteándolo a modo de fórmula matemática se podría representar de la siguiente manera: **E sí + Q no = ?**⁴⁶³ GUASP intentó resolver las anteriores interrogaciones, distinguiendo, por razón de su extensión, dos tipos de sentencias: las totales⁴⁶⁴ y las parciales⁴⁶⁵, citando precisamente, como ejemplo de *sentencia parcial*, el caso “de la sentencia que, recayendo en un proceso en el que se discute la obligación de una parte a satisfacer a otra una indemnización, p. e. decide afirmativamente sobre la procedencia de dicha indemnización pero no sobre su cuantía por ser insuficiente la instrucción practicada a este respecto en el momento en que la sentencia se dicta”⁴⁶⁶, considerando a las citadas sentencias parciales como las técnicamente idóneas para resolver estos

⁴⁶¹ Ídem, pág. 977. Muy bien explica este fenómeno también CORDÓN MORENO, F., cuando explica que: “Se produce así, en este tipo de acciones, una escisión del juicio en dos fases perfectamente diferenciadas: por un lado, el juicio sobre la existencia de la obligación y, por otro, el juicio sobre la determinación concreta de su cuantía, hallándose ante lo que Carnelutti ha denominado “caso típico del fenómeno de pluralidad de procesos respecto de una litis” [aquí se remite, a pie de la página 43, a la obra de éste último *Condena genérica al resarcimiento del daño*].” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 43. Y en el mismo sentido se expresa ARIAS LOZANO, D., cuando afirma que, cuando la sentencia con reserva “entra en acción, existencia del daño y determinación del daño se escinden; hoy se dice <<qué>> se debe y se deja para mañana determinar (previa audiencia de las partes y oportuna prueba) <<cuánto>> se debe.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11142.

⁴⁶² *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 977.

⁴⁶³ Donde E significa existencia de lo debido, y Q su cuantificación.

⁴⁶⁴ Las totales serían las que “deciden todas las cuestiones que constituyen el fondo del litigio”. Ídem, pág. 955.

⁴⁶⁵ Las parciales serían aquellas sentencias “que sólo deciden parte de dichas cuestiones quedando para una etapa ulterior del procedimiento la resolución de las demás”. Ídem. El citado autor diferencia claramente entre sentencias interlocutorias y parciales; las parciales resuelven el fondo del litigio (una parte del mismo); en cambio las sentencias interlocutorias no entran en el fondo del litigio.

⁴⁶⁶ Ídem. Avanzándose a lo que dirá en las páginas 976 a 980 de esta misma obra, GUASP ya comenta que estas sentencias parciales no tenían aplicación con la ALEC, puesto que precisamente el artículo 360 ALEC establecía que en el caso que hubiera de fijarse la extensión de una condena a frutos, intereses, daños o perjuicios la misma no se realizaba en una etapa ulterior del proceso de cognición, sino en la etapa de ejecución de la sentencia.

supuestos⁴⁶⁷ pues “decidiendo alguna o algunas de las cuestiones que integran el fondo del litigio, dejan en pie algunas otras que habrán de aclararse en una fase ulterior del mismo procedimiento, no de otro distinto”. De esta forma se evitaban “los dos inconvenientes de las soluciones extremas: la denegación del fallo y la remisión a otro proceso posterior y distinto porque la fase del procedimiento que sigue a la emisión de una sentencia parcial no supone tantas dilaciones como la apertura de un nuevo pleito en toda su amplitud”⁴⁶⁸.

Sin perjuicio de que esa supuesta utilidad de la sentencia parcial como instrumento idóneo para la resolución del problema planteado se abordará con mayor detenimiento al hilo del estudio de la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva, basten ahora las interesantes reflexiones de este autor para tener ya por planteada la teleología de la sentencia con reserva, cuya esencia radicaría en el posibilitar una **solución intermedia** a la antedicha cuestión, situándose entre las opciones consistentes en la desestimación completa de la demanda y la remisión en bloque a un nuevo proceso de toda la controversia, decidiendo ya en parte (parcialmente) ésta. Ahora bien, aunque resulte evidente que nuestro ordenamiento jurídico civil no recoge, ni lo ha hecho nunca, dichas sentencias parciales⁴⁶⁹, esta forma de exponer la materia resalta el hecho de que estamos ante un único objeto (débito), que aparece de esta forma como desdoblado o escindido, resolviéndose en un primer momento (juicio) sobre su existencia y en otro posterior sobre su cuantía. En otros ordenamientos de nuestro entorno⁴⁷⁰ ese diferimiento se realiza a un momento posterior dentro de un único procedimiento. En el nuestro, la remisión siempre se ha hecho a un nuevo declarativo (LEC de 1855 y LEC del 2000) o

⁴⁶⁷ Este autor circunscribió el ámbito de aplicación del artículo 360 ALEC a aquellas pretensiones de entrega de una cantidad no fijada, cuyos casos más relevantes serían justamente los recogidos en dicho artículo 360 ALEC.

⁴⁶⁸ Ídem, pág. 977. Sobre este punto vuelve posteriormente, cuando afirma que: “El núcleo de la solución dada por la LEC al problema de la condena genérica no ofrece dificultades en cuanto a su explicación: en vez de denegar el fallo mientras la cuantía de la deuda no esté demostrada o limitar dicho fallo a una declaración de su existencia dejando para otro proceso de cognición la determinación del importe, el art. 360² admite dicha condena genérica y deja para otro proceso per, en principio, no de cognición, sino de ejecución, la necesaria fase de instrucción ulterior; de este modo se han tratado de evitar los inconvenientes que la apertura de un nuevo juicio declarativo ordinario supondría.” Ídem, pág. 979.

⁴⁶⁹ El mismo GUASP, con un deje de amargura nos dice que: “Nuestro derecho positivo no se inspira sin embargo en el criterio apuntado [el de la utilización de las sentencias parciales] y, puesto ante el mismo dilema que otras legislaciones, da una solución distinta y más imperfecta técnicamente.” Ídem, pág. 977. También por este motivo, al tratar de la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias, mi análisis pivotará sobre los tipos de tutela declarativa que recoge la actual LEC en su artículo 5.

⁴⁷⁰ *Vid.*, con respecto al italiano y al alemán, el apartado sobre la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva de este mismo estudio.

a los pertinentes incidentes declarativos en sede de ejecución (LEC de 1881). Por tanto, de los dos “inconvenientes” de que hablaba GUASP sólo uno de ellos se intentó siempre evitar con la sentencia con reserva: “la denegación del fallo”⁴⁷¹. El otro fin: la no remisión a otro proceso posterior “porque la fase del procedimiento que sigue a la emisión de una sentencia parcial no supone tantas dilaciones como la apertura de un nuevo pleito en toda su amplitud” no es consustancial a la sentencia con reserva, al menos como ha sido configurada en la actual LEC del 2000⁴⁷².

Dando un paso más en este análisis interesa traer a colación la opinión, vertida también bajo la vigencia de la ALEC, de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, quien enfocó ese problema nuclear que la sentencia con reserva pretendía solucionar de una forma muy parecida a la que hemos visto que expuso GUASP⁴⁷³. Concretamente quiero destacar aquí sus siguientes palabras: “la dificultad se presenta simplemente por una deficiencia probatoria de las partes o, al menos, de la parte interesada en la determinación de la cantidad líquida que persigue como daño, o perjuicio, o frutos, o intereses, y que el órgano decisor no ha podido corregir valiéndose de las diligencias para mejor proveer”⁴⁷⁴, entendiéndolo asimismo que: “La parte no puede pedir *ab initio* que se dicte una sentencia declarativa y genérica, ya que ello debe resultar de la deficiencia

⁴⁷¹ Esta finalidad ha sido resaltada por muchos autores. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., afirma que: “Este tipo de condenas son, por tanto, excepción a la regla general que impone, en el propio art. 360 LEC de 1881, el deber de señalar en demandas pecuniarias la cantidad líquida reclamada, regla cuya estricta aplicación podría conducir a situaciones injustas de no existir la posibilidad de demorar el momento de la liquidación, puesto que al Juez no le quedaría otra salida que dictar sentencia absolutoria aun demostrada en el proceso la certeza del derecho del actor.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77.

⁴⁷² Su finalidad (*de lege data*) es única: determinar si se debe algo, independientemente de la fijación de la correspondiente cantidad de lo debido. Accesorio a esa primigenia finalidad serán los límites y los requisitos que se exigirán para que sea procedente el dictado de esa sentencia y la configuración del segundo proceso de liquidación. El fallo de la sentencia con reserva nada entiende de eso; su único contenido es la declaración de la existencia de un crédito que, necesariamente, ha de ser valorable pecuniariamente, pues ha de permitir una posterior cuantificación del mismo.

⁴⁷³ Concretamente afirmó que: “Cuando la condena de frutos, intereses, daños o perjuicios no pueda fijar su importe en cantidad líquida, genera un problema que mal resuelto propone, de una parte, una solución imposible legalmente, y que consistiría en la denegación del fallo, en contra de lo dispuesto por los arts. 359, 361 LEC y 7 Cc; de otra parte, la remisión a otro proceso ulterior y distinto. La LEC ha optado por una tercera solución radicalmente óptima y que consisten en que se establezca en la sentencia por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, y aun en el caso de no ser posible esto, reservar la determinación para la etapa de la ejecución de sentencia, pero todo ello dentro del mismo proceso.” VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., págs. 404 *in fine* y 405. En parecido sentido se pronunció MONTERO AROCA, J., al sostener que el art. 360 ALEC daba, cuando habilitaba acudir a ejecución de sentencia para liquidar las correspondientes bases o la condena plenamente ilíquida, “una salida al juez que debe necesariamente dictar sentencia, y que debe hacerlo aún en el caso de que no se haya probado el importe de los daños o perjuicios.” *El juicio verbal de tráfico*, opus cit., pág. 386.

⁴⁷⁴ Ídem, pág. 405.

probatoria y, por tanto, como consecuencia de una negligente o deficiente actividad de la parte. Pero, por otro lado, aunque la parte lo pida creyendo que se encuentra debidamente acreditado, el Juez puede negarse a determinar en la sentencia la cantidad líquida o las bases para su determinación, si considera que la prueba aportada resulta insuficiente a tales efectos.⁴⁷⁵ Esta observación resulta crucial en el ordenamiento hispánico. Da la clave para acabar de comprender la teleología de la sentencia con reserva en nuestro ordenamiento, ya que elucida que esa falta de cuantificación se ha de deber exclusivamente a una **falta/insuficiencia de la prueba aportada/obtenida**⁴⁷⁶. Y ello, como se verá a lo largo de este estudio, es un elemento idiosincrático de la sentencia con reserva española pues, en otros ordenamientos, la autonomía de la resolución sobre la existencia del crédito se articula con base a distintos fines. De esta manera, la antedicha fórmula quedaría ahora configurada del siguiente modo: **E sí + Q no (x no prueba) = sentencia con reserva**. Así se ha resuelto en nuestras leyes este problema, explicándose con facilidad a partir de esta conclusión tanto las tres reglas que, de forma subsidiaria, ha contenido tradicionalmente la sentencia con reserva en España, como el complejo juego de cargas/facultades/obligaciones que, en torno a la misma, se han dispuesto en la relación entre el órgano jurisdiccional y las partes⁴⁷⁷. Y relacionando lo anterior con el hecho de que, tanto la doctrina como la jurisprudencia,

⁴⁷⁵ Ídem, págs. 405 y 406 *ab initio*.

⁴⁷⁶ Ello aparece como indubitado en nuestra doctrina. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. sostiene que: “La utilidad de las condenas con reserva es patente en las reclamaciones de cantidad en que el actor no es capaz de determinar cantidad líquida alguna en su demanda, lo que ocurre muy frecuentemente en procesos de condena a indemnizar daños y perjuicios ([...]) y también, con frecuencia menor, en procesos sobre rendición de cuentas de una sociedad”. § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77.

⁴⁷⁷ Muy bien explica ARIAS LOZANO, D., en su análisis del artículo 360 ALEC, estas cuestiones, al entender que dicho artículo obligaba “al Juez que conoce de una acción de condena de frutos, intereses y daños y perjuicios, a condenar en cantidad líquida. Sólo ante la imposibilidad de hacerlo, permite la Ley que *por lo menos* se fijen las bases para la liquidación. Finalmente, casi a regañadientes, y *sólo* para el caso de que no sea posible ni lo uno ni lo otro, soporta el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la condena con reserva sin fijación base alguna”, concluyendo que “Si la condena líquida es *posible*, la condena debe ser, por imperativo legal, líquida”, y reafirmando que “en España, el recurso a la condena <<con reserva>> es una *ultima ratio* de *ius cogens* y su fundamento es, pues, la imposibilidad de fijar cantidad líquida en el proceso de declaración: la Ley, casi toda la doctrina y la totalidad de la jurisprudencia son unánimes al respecto”. *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., págs. 11146 y 11147. Cita dicho autor a M. A. Fernández en el mismo sentido de fundamentar la condena con reserva justamente en la imposibilidad de fijar una condena líquida (en *Derecho procesal civil*, con De la Oliva, C.e.r.a., Madrid, 1992, tomo III, pág. 164; también relaciona en esta misma dirección las STS de 29 de enero de 1969; RAJ 422, de 14 de junio de 1956; RAJ 2.701 y de 5 de julio de 1946, RAJ 848). En sentido contrario recoge la opinión de Cerdón Moreno, en <<La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios>>, *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, nº 8, 1984, pág. 44, quien sostendría la posibilidad de fundar también este tipo de sentencia en “razones de oportunidad y conveniencia”.

entendían que la sentencia con reserva sólo se podía utilizar ante la **imposibilidad** de dictar una sentencia líquida (o liquidable)⁴⁷⁸, resulta obvio que esa inviabilidad se vinculaba directamente con el resultado de la correspondiente actividad probatoria. La cuestión, como sucede habitualmente con el uso de términos jurídicos indeterminados, se centrará ahora en el arduo empeño de concretar en qué supuestos se consideraba que aquella imposibilidad existía.

Percibió muy claramente esta última problemática ARIAS LOZANO, quien dedicó a este asunto una atención especial en su análisis, al considerar el tema de la “cuantificación imposible en el proceso de declaración” como “uno de los puntos trascendentes de este estudio”⁴⁷⁹. Diferenció este autor **dos tipos de imposibilidades**:

- La causada porque “la obligación sea *hic et nunc* iliquidable”.
- La ocasionada porque “el actor no haya acreditado su exacta cuantía pudiendo haberlo hecho”.

Su crítica a este segundo supuesto fue muy contundente⁴⁸⁰, llegando a manifestar que: “La condena con reserva se convertiría *de facto* en una facultad estratégica del actor”⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ De ello se deducía también el que fuera una institución que sólo se aceptara en supuestos en que resultara **imprescindible**, ya que la necesidad de fijar las correspondientes cantidades obedecía a “<<razones de economía procesal y del deber de poner punto final a las situaciones litigiosas en beneficio de todos los litigantes>>” (STS 22/02/1991, RJ 1991, 1589); extraída de CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 1996, pág. 290; autor que, al hilo de lo establecido en la anterior sentencia, y en virtud de lo que prescribía el art. 360 ALEC, manifiesta que la fijación del correspondiente *quantum* sólo era “deferible a aquel trámite de ejecución en el supuesto de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de los daños, ya que la reserva que supone trasladar dicha cuantificación al trámite de ejecución, con el efecto, añadido al dilatorio, de dejar abierta la posibilidad de un nuevo pleito, es, sobre indeseable, de utilización excepcional, máxime cuando la posibilidad de discusión ha estado abierta”. Ídem, págs. 290 *in fine* y 291 *ab initio*. Idéntico término utiliza la Exposición de Motivos de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando explícitamente afirma que: *Importantes resultan también las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible*.

⁴⁷⁹ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., págs. 11141 a 11172. Valga decir que, para este jurista, “el fundamento de la condena con reserva sólo puede ser, como señala con acierto M. A. FERNÁNDEZ, <<la imposibilidad de imponer una condena líquida>>. Si la condena líquida es *posible*, la condena debe ser, por imperativo legal, líquida.” Ídem, págs. 11146 *in fine* y 11147 *ab initio*; la cursiva se ha respetado del original consultado. A continuación transcribe unos breves fragmentos de las SSTs de 29/01/1969 (RAJ 422) y de 5/07/1946 (RAJ 848), en apoyo de la anterior aseveración. Y es que para ARIAS LOZANO, D., “tanto en nuestro Derecho histórico como en el vigente, el fundamento de la condena <<con reserva>> es la imposibilidad de dictar condena líquida, no por falta de prueba del actor, sino por la naturaleza específica del supuesto de hecho.” Ídem, pág. 11164.

⁴⁸⁰ Sostuvo que este segundo caso se buscaría intencionadamente, en ocasiones, por el actor, quien considerando en realidad incierta la existencia de una deuda “arteramente lo que artificialmente pone en duda –niega– es la posibilidad de determinar la cuantía” haciendo “bascular el proceso sobre un elemento *a priori* no conflictivo”, con la finalidad de litigar por una cuantía indeterminada, abaratando sus costes (“bastanteos”), evitando la prueba sobre la cuantía, salvaguardándose de unas mayores costas y (para el

En su opinión, la falta de prueba del demandante debía comportar “una total absolución del demandado o, cuando menos, una falta de condena en los extremos que expresamente no han sido objeto del proceso [...], pero nunca la necesidad de incoar un nuevo proceso (el proceso declarativo especial de liquidación) en el que se le dé una segunda oportunidad para probar (a cosa [costa] del demandado que deberá, entre otras cosas, pagar las costas) lo que antes no había querido probar pudiendo haberlo hecho”⁴⁸². Lo anterior lleva al mencionado autor a concluir que “cuando la obligación que se dice ilícida *pueda* liquidarse antes de (o durante) el proceso de declaración y no se liquide por desidia, impericia o voluntad del actor, el Juez no podrá (*rectius* no deberá) hacer uso de la excepcional facultad que le confiere el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [(...)] al otorgarle un cauce privilegiado de liquidación”⁴⁸³. En

caso de salir vencedor) acudiendo a “una necesaria fase de liquidación cuyas costas pagaría el demandado”.

⁴⁸¹ ARIAS LOZANO, D., recoge en este punto (ídem, pág. 11150) la opinión ya mencionada de Córdón Moreno (págs. 50 y 51 opus cit. de este último) quien defendería que esta actuación del actor sería correcta.

⁴⁸² Ello se derivaría no únicamente del artículo 360 ALEC sino también de lo prescrito en el artículo 1.214 del Código Civil, de la “inveterada” máxima *actore non probante, reus est absolvendus*, y del principio de igualdad de las partes. Este principio quebraría al poder la actora “a su antojo” y sin contar con el consentimiento del deudor “optar por dos cauces procesales diversos para sustanciar su pretensión” limitando de esta forma “los medios de prueba y de eventual impugnación de la demanda”. Este uso de la sentencia <<con reserva>> sería “fraudulento” ya “que sólo depararía ventajas para el actor y que cargaría las costas de una necesaria fase de liquidación posterior al demandado.” Ídem, pág. 1152. E incluso se devendría de la interdicción de la indefensión que garantiza el artículo 24 de la Constitución española (a través de la infracción del derecho al proceso debido). Este derecho se infringiría al diferirse por exclusiva voluntad del actor “a un procedimiento incidental lo que, en puridad, debería ser objeto de un proceso ordinario de declaración: el debate sobre la cuantía de la deuda”. En este punto (ídem, pág. 11152) cita a Guasp sobre los inconvenientes que éste último observó en este diferimiento de la cuantificación, en su ya mencionada obra *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aguilar, Madrid, 1943, pág. 979. Esta infracción se daría aún teniendo presente que el anterior incidente de liquidación, previsto en los artículos 928 y ss ALEC era de carácter contradictorio y preveía el correspondiente recurso sobre la resolución que concluía el mismo, ya que es necesario que cada asunto se sustancie “por los cauces procedimentales adecuados”, violándose en otro caso no solamente la normativa procesal sino también “el derecho al proceso debido, integrante del derecho a la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución española”. Ídem, pág. 11153. En apoyo de esta argumentación relación la STC 2 S. de 11 de junio de 1984. La Ley, 1984-4, 23 (312-TC), la STS 1.ª S. de 18 de octubre de 1988 y la STS de 9 de julio de 1990; RAJ 5.789.

⁴⁸³ DE PADURA BALLESTEROS, Mª. T., haciéndose eco de la exposición de Arias Lozano, considera, como éste, que esa imposibilidad de fijar una condena líquida, o las bases para su liquidación, ha de ser objetiva, no pudiendo consistir en una “mera dificultad en la estimación de los daños. Ilíquidez objetiva, fuera por tanto de los casos fraudulentos en los que, siendo posible la determinación cuantitativa, el actor, por razones interesadas, no la acredita.” *Omisión de pronunciamiento...*, opus cit., págs. 205 *in fine* y 206 *ab initio*. De lo que se deriva para esta autora que la condena con reserva se debería dictar únicamente cuando la liquidación sea imposible, y ello “al margen de cuál haya sido la petición de parte”, justamente por ese carácter de “norma imperativa para el Juez y no dispositiva para las partes” que postulaba del art. 360 ALEC Arias Lozano. Ídem, pág. 206, con remisión a pie de dicha página a la 11165 opus cit. de éste último. En consonancia con el referido autor, al que se remite en varias ocasiones, DE PADURA consideró que la finalidad de la sentencia con reserva se circunscribía a los supuestos en que la obligación era “ilíquida –aunque liquidable con posterioridad al proceso de declaración–” y en los que el actor

impecable congruencia con lo anterior, la condena con reserva estaría ideada para aquella imposibilidad de fijación de la correspondiente cuantía causada porque “la obligación sea *hic et nunc* iliquidable”. Y ante este caso vuelve a enunciar dos opciones⁴⁸⁴:

- El supuesto en el que “tampoco sea posible fijar esa cuantía en un incidente posterior”. En este supuesto: “Si fuese imaginable” sucedería que “no podría haber condena alguna *stricto sensu* [(...)]. No se sabría cuál es la prestación que ha de cumplirse”.
- El supuesto en que “cabe efectivamente que la cuantía pueda fijarse en un momento cronológicamente posterior”. Ante lo cual surge la inevitable pregunta de ¿cuáles serían estos casos?, interrogación que también intenta responder el mentado autor⁴⁸⁵, llegando a afirmar que “la condena con reserva sólo procedería en supuestos muy específicos: aquéllos en los que [...] por cuestiones ontológicas, sea materialmente imposible fijar cantidad líquida alguna en el proceso de declaración. Los supuestos son escasísimos”⁴⁸⁶.

El de ARIAS LOZANO es probablemente el más esmerado intento efectuado por nuestra doctrina en tratar de evidenciar el para qué estaba ideada la sentencia con reserva. Con la nueva LEC también ha habido quien ha enfatizado la importancia que, la cuestión probatoria, sigue teniendo en la justificación de la subsistencia de la sentencia con reserva. Así, por ejemplo, TAPIA FERNÁNDEZ afirma que “es preciso reconocer que en ocasiones el actor, por muy diligente que sea en el ejercicio de sus derechos, no podrá materialmente cuantificar su pretensión ni tampoco fijar las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura

lograba “acreditar su existencia genérica” aunque no su cuantía; pero no lo consigue no por su “impericia o desidia”, sino por “la presente y real iliquidez de la obligación (presupuesto del segundo párrafo del artículo 360 LEC)”. No se aplicaba en estos casos, por tanto, la regla general según la cual “*actore non probante reus est absolvendus*” (hace llamada aquí de nuevo a Arias Lozano, pág. 11166 opus cit.; *vid.* el apartado referente a la carga de la prueba de la presente obra), debiéndose dictar “la condena con reserva.” *Idem*, pág. 206.

⁴⁸⁴ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., págs. 11154 y 11155.

⁴⁸⁵ Concretamente ARIAS LOZANO, D., sostuvo que “podrían ser los supuestos de prestaciones periódicas y las obligaciones de tracto sucesivo supuestos en los que se justificase la condena <<con reserva>>”, afirmando seguidamente de que son conscientes “que estas afirmaciones suponen dejar casi sin contenido el posible supuesto de hecho de la condena con reserva. Aun así, preferimos arrostrar este reproche a permitir un uso fraudulento de la institución”, matizando a continuación que: “No quiere ello decir que circunscribamos el ámbito de aplicación de la condena con reserva únicamente a prestaciones periódicas o futuras; sí, que entendemos que su presupuesto de hecho habilitante debe ser muy restringido, mucho más de lo que hoy en día viene siendo habitual. Indudable es que hay supuestos de imposible cuantificación precisa (¿qué consecuencias tendrá una marea negra?; Y un determinado escape tóxico?; ¿Cuál será el lucro cesante provocado por determinado incumplimiento contractual?). También, que son pocos; y menos de lo que Abogados afirman. Circunstancias, pues, la condena con reserva únicamente a los casos por los que procede”.

⁴⁸⁶ *Idem*, pág. 11168.

operación aritmética [en relación al redactado del actual artículo 219.2 LEC]. Gravarle con la carga de la cuantificación en todo caso, sería tanto como denegarle el acceso a la justicia que proclama el artículo 24 CE. Porque si, como afirma el número 1 de este artículo, por una parte, la demanda no puede limitarse a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibir cantidad de frutos, rentas, etc., pero, por otra, tampoco se permite al actor a una pretensión de condena con reserva de liquidación en la ejecución, el derecho de acción como lo interpreta la jurisprudencia constitucional quedaría gravemente lesionado.⁴⁸⁷ Sostiene seguidamente dicha autora que: “Por ello, el inciso segundo del párrafo 3 del artículo 219 permite al actor, no obstante las anteriores limitaciones <<solicitar y al tribunal sentencias, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades>>. Con esta norma pretende el legislador abrir la puerta a una acción de este tipo que, de otra manera, quedaría abortada por lo establecido en los apartados anteriores, como se ha visto.”⁴⁸⁸

4.2. CRÍTICA TEÓRICA A LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN: CONDICIONES DE POSIBILIDAD LÓGICA DE SU EXISTENCIA.

En el análisis efectuado en el apartado anterior se partió de la posibilidad de distinguir lógicamente, dentro de la noción de *débito*, entre su existencia y su cuantificación⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 799.

⁴⁸⁸ Ídem, páginas 799 *in fine* y 800 *ab initio*. Se pronuncia en la misma dirección (con cita de la anterior incluida) FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, al afirmar que: “el legislador no ha dejado de tener en cuenta que pueden darse casos en los que realmente no cabe otra posibilidad que diferir la liquidación de la deuda para un momento posterior, [...]. Se trata de casos muy variados, perfectamente constatables en la práctica y que, lejos de suponer abusos, reflejan las dificultades que en muchas ocasiones entraña llegar a cuantificar la condena pretendida, lo que dota de pleno sentido la posibilidad de solucionar los problemas de liquidación en un momento posterior. En estos casos, [...] obligar al actor a realizar dicha cuantificación podría rayar la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso [aquí es donde se remite a pie de página a TAPIA FERNÁNDEZ, I.]” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 18. Sostiene también esta autora que “la nueva regulación acaba con los principales problemas prácticos que en su momento generó el uso abusivo del art. 360 LEC de 1881, pero sin eliminar totalmente para ello la posibilidad de obtener una condena ilíquida a quien realmente tenga muy difícil cuantificar su pretensión o se enfrente a especiales dificultades probatorias.” Ídem, pág. 19.

⁴⁸⁹ Como afirma CORDÓN MORENO, F.: “El fundamento del tratamiento procesal de la condena genérica o a reserva de liquidación se encuentra en la separabilidad lógica del juicio sobre la existencia y el juicio sobre la cantidad de la obligación, separabilidad fundada en razones de oportunidad y

Ahora bien, este postulado no puede considerarse como axiomático, es decir, como evidente por sí mismo, pues podría suceder que afrentara a la lógica humana el escindir la declaración de la existencia de algo sin poder, al mismo tiempo, dilucidarse su cuantía⁴⁹⁰. Sobre este asunto ya se pronunció con gran brillantez CALAMANDREI,

conveniencia.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 43. Por su parte, ARIAS LOZANO, D., definió como un interrogante de carácter filosófico a esta “posibilidad ontológica de separar el <<qué>> del <<cuánto>>”. *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11142. Y con él concuerdo en que se trata de una materia que desborda los márgenes del derecho procesal para caer en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Aún así, trataré en este punto brevemente sobre ella, por ser necesario para conseguir una comprensión global de la sentencia con reserva.

⁴⁹⁰ Esta problemática se refleja también en el ordenamiento alemán, en donde, como afirma LEIBLÉ, STEFAN: “La separación del tema de deliberación según el fondo y el monto no siempre es simple. Al fondo pertenecen en todo caso los presupuestos fundantes [sic] de la pretensión.” *Proceso civil alemán*, Medellín-Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, Biblioteca Jurídica Diké, 1999, pág. 326. De esta forma, la dificultad en aquél ordenamiento radica en determinar qué corresponde a la sentencia sobre el fondo (equivalente en este aspecto a nuestra sentencia con reserva) y qué a la sentencia sobre el monto. Concretamente, este autor opina que se debería resolver en la primera de ellas “en las pretensiones de daños y perjuicios también el interrogante, de si el demandado ha ocasionado el acontecimiento origen del daño. En el caso de varios fundamentos de la pretensión (p.e. contrato y delito) deben ser examinados todos ellos, en tanto desde ya e indudablemente el monto total de la demanda sea suficiente para el reclamo total. Al fondo de la pretensión pertenecen además el interrogante de la relación causal y de la culpa.” Ídem. Esta dificultad de separar claramente ambas cuestiones se trasvasa de este tipo de sentencias a todos los demás institutos con los que se conecta. Veámoslo en el siguiente análisis que hizo WACH, ADOLF, al analizar el § 276, en relación con las **consecuencias de la contumacia**. A partir de la regulación contenida en §§ 295 a 297, estas consecuencias consistían pasar “por alto todo el debate que se ha desarrollado desde el comienzo del proceso hasta el momento de producirse aquéllas, [...]. No extinguen ese contenido del proceso, pero lo tratan como no existente. [...]. Si se anulan las consecuencias, todo el contenido del proceso muestra nuevamente su vigor.” *Conferencias sobre...*, opus cit., pág. 212. Ahora bien, “esto vale sólo en cuanto no se ha decidido ya en la causa misma por sentencia parcial o sentencia final condicionada, con autoridad de cosa juzgada.” Ídem, pág. 212. Y es justamente aquí donde reaparece “como también en otras oportunidades, la decisión en el sentido del § 276” como “una figura poco clara”, pues siendo este tipo de decisiones sentencias interlocutorias “no termina el litigio completamente. Por eso, los *Motivos* dicen que, formalmente, el procedimiento posterior sobre el importe se limita a la resolución sobre éste, “pero que en realidad todo el asunto sigue siendo el objeto de la decisión”.” Ídem, págs. 212 *in fine* y 213 *ab initio*. Y aquí reaparece en el Profesor de Leipzig nuevamente el problema de separabilidad lógica entre ambos momentos pues seguidamente afirma que: “Esto es cierto, en cuanto la *quaestio an* y la *quaestio quanti* no son separables del todo”, con lo que “la consecuencia para el demandante ha de ser la pérdida de la pretensión”, mientras que la del demandado “sólo podrá referirse a la confesión de los hechos que conciernen el importe de la pretensión, cuyo fundamento ya se ha decidido.” Ídem, pág. 213. En este último caso, por tanto: “Se supone únicamente, que se admiten las afirmaciones de hechos alegados por el demandante respecto del importe, y se dicta sobre esta base la sentencia en rebeldía.” Ídem, pág. 214. En apoyo de esta aseveración, argumenta a continuación que: “Los argumentos en contra, que podrían inferirse de la “unidad del debate oral”, no tienen valor, pues, si bien el procedimiento en rebeldía se basa en la idea de la “unidad” –que en lo demás no ha sido retenida por la ley- ésta no tiene aquí sustancia alguna. En el caso del § 276 falta la unidad porque, de hecho, el procedimiento sobre el importe se limita a éste. Tampoco el § 312 ap. 1 puede utilizarse en contra de la opinión expuesta. Se sostiene que: “las disposiciones de este título (sobre el procedimiento en rebeldía) deben aplicarse análogamente al procedimiento que ... tiene por objeto la determinación del importe de una pretensión cuya existencia ya fue declarada”. La cuestión consiste en saber qué significa “análogamente”. En mi opinión significa tratar el caso tal como lo he dado a entender.” Ídem. Problemática que se reproduce en la mayoría de los autores consultados como, por ejemplo, en GOLDSCHMIDT, JAMES, cuando afirmó que: “En el procedimiento sobre el fundamento de la acción deben ser resueltas todas las excepciones que le afecten: en el que verse sobre la cuantía de la reclamación no pueden las partes ser oídas sobre aquéllas aunque se hubieran puesto de acuerdo para no alegarlas hasta llegar a él”. Asimismo sostuvo que: “Son resoluciones sobre el *fundamento* de la pretensión: [...] en una reclamación por indemnización de perjuicios, la que recaiga sobre el nexo de

bajo un epígrafe que tituló: “Inseparabilità logica del giudizio sulla esistenza da quello sulla quantità del danno.”⁴⁹¹ El profesor de Florencia consideró que, en estos casos⁴⁹², un único elemento (el daño) se fraccionaba en dos cuestiones diferentes⁴⁹³, contraponiéndose el *daño genérico* (que se reconoce existente pero aún no determinado en su cuantía) al *daño específico* (comprobado sólo en cuanto a su cantidad), opinando que era absurdo, desde el punto de vista de la lógica, el separar en cada caso el juicio sobre la existencia del juicio sobre la cantidad, pudiendo incluso llegar a darse un juicio positivo sobre el *an debeat* que fuera seguido por una liquidación que concluyera con una valoración de cero. La contradicción lógica se le aparecía entonces como evidente, pues en una primera fase se establecía que el daño existía pero, en el momento de realizar su cuantificación, se comprobaba que el daño no tenía valor siendo, por tanto, inexistente, pues sostenía que la negación de la cantidad equivalía a la negación la misma existencia del daño, confundiéndose en realidad lo accidental con lo esencial⁴⁹⁴.

causalidad [...], sobre la compensación de beneficios, [...], pero no necesariamente sobre las particularidades de la culpa concurrente [...] ni sobre la duración de las rentas [...], pero sí sobre la reserva de la limitación temporal de las mismas [...], a veces la cuestión de si debe reponerse el capital o pasarse una renta [...], sobre –como puede resultar después de un segundo procedimiento- la inexistencia del daño [...], aunque al proveer sobre la determinación del fundamento de la acción haya que aceptar con gran probabilidad la producción del mismo [...]. La sentencia sobre el fundamento, aun cuando haya sido pronunciada en forma inadmisible [...] obliga en el procedimiento sobre la cuantía, conforme al 318, y a los 512, 548, pero no conforme al 322”. *Derecho Procesal Civil*, Traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil Alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo, editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 303 y 304.

⁴⁹¹ En la siguiente exposición se va a seguir el desarrollo que, de su teoría sobre esta materia, realiza en *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 230 a 232. Valga apuntar que, aunque este autor trata de la condena genérica italiana, su aportación en este punto es, en lo esencial, predicable también para la sentencia con reserva hispánica.

⁴⁹² Obviamente CALAMANDREI, P., se refiere a la condena genérica creada por la Corte Suprema, la cual (desde los años veinte) siguió el criterio de que “nel giudizio sull’*an debeat* non basta accertare la illegittimità oggettiva dell’atto e la responsabilità soggettiva dell’agente, ma occorre altresì indagare *sulla esistenza del danno*, riservandosi alla fase successiva di liquidazione soltanto l’accertamento della *misura (quantum)* del danno già precedentemente riconosciuto esistente.” Ídem, pág. 230; se ha respetado la cursiva del original consultado.

⁴⁹³ Así sucede también en nuestro ordenamiento jurídico tal y como se expuso anteriormente y como explicita, v. gr., RIBELLES ARELLANO al sostener que: “En las sentencias con reserva de liquidación se pueden apreciar dos momentos distintos; de un lado, en la sentencia propiamente dicha, el tribunal declara la existencia del daño o la obligación de pagar frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, difiriendo para un momento posterior, en fase de ejecución, su liquidación o cuantificación, que deberá realizarse atendiendo a las bases contenidas en el fallo.” *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 846.

⁴⁹⁴ Muy expresivo es en este punto CALAMANDREI, P., al afirmar concretamente que: “A voler adoprare la terminologia della vecchia logica scolastica, si potrebbe dire che distinguere el giudizio sulla esistenza dal giudizio sulla quantità del danno, significa confondere l’accidente coll’essenza !”. *Studi sul processo civile*, opus cit., pág. 232.

Posteriormente, ARIAS LOZANO, en su análisis del artículo 360 ALEC y después de reflejar la tradicional escisión que se produce con la sentencia con reserva⁴⁹⁵, defendió que: “No cabe duda que, en el campo puramente ontológico, existencia del daño y medida del daño aparecen inexorablemente unidos: si hay daño, si el daño es, será necesariamente de una determinada magnitud”⁴⁹⁶. Hasta aquí su posición es parecida a la de CALAMANDREI⁴⁹⁷. Pero ARIAS LOZANO resulta ser más indulgente que el Profesor de Florencia en este asunto, al considerar que “es lógica y jurídicamente posible escindir la actividad relativa al conocimiento de la existencia del daño y de la obligación de indemnizar (cuestión fundamentalmente jurídica) de su efectiva cuantificación (cuestión meramente fáctica)” llegando a sostener que: “Es más, debatido y finalmente probado el <<qué>>, la determinación del <<cuánto>> podría parecer más propia de contables que de Jueces. Al fin y al cabo, *cuantificar* la condena, *liquidar* lo líquido [sic] no es más que *computar* (contar, sumar, restar, multiplicar y dividir).”⁴⁹⁸ Y en parecido sentido que éste último también se pronunció FERNÁNDEZ-BALLESTEROS cuando aseveró “la posibilidad lógica de separar el juicio sobre la existencia de la obligación de indemnizar daños y perjuicios del juicio sobre la cuantía de esos daños”⁴⁹⁹.

Ahora bien, ambas posiciones no son, en realidad, contradictorias. Sucede, empero, desde mi punto de vista, que el análisis en este punto de CALAMANDREI es mucho más rico en sus matices, debido también en parte a las diferentes génesis y finalidad que distinguen nuestra sentencia con reserva de la condena genérica al daño italiana. Ello se observa de una manera muy clara, a través de la mirada que dirigió ROGNONI a la aportación de CALAMANDREI⁵⁰⁰. Según ROGNONI, CALAMANDREI constató que existía la costumbre de escindir el juicio sobre el daño en dos fases: sobre el *an* y sobre el *quantum debeatur*, lo que, en principio, no presentaría problemas desde un punto de vista lógico. Ahora bien, ROGNONI manifiesta que sucedió, en un determinado

⁴⁹⁵ Afirmando concretamente que: “El contenido de la sentencia de condena con reserva es de sobra conocido: su fallo declara la existencia de un daño y la obligación de indemnizar, y defiere la concreta cuantificación de esa indemnización a un momento cronológicamente posterior”. *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11142.

⁴⁹⁶ Ídem, pág. 11143.

⁴⁹⁷ A quien cita prácticamente a continuación del anterior fragmento transcrito, en su citada obra *La condanna “generica” ai danni*.

⁴⁹⁸ Ídem, se han respetado las cursivas del original consultado.

⁴⁹⁹ *La ejecución forzosa...*, opus cit., a pie de su pág. 105.

⁵⁰⁰ ROGNONI, VIRGINIO, *Condanna genérica e provvisionale ai danni*, Dott. A. Giuffrè, editor, Milán, 1961, págs. 36 a 39.

momento, que la jurisprudencia, innovando la práctica precedente, ordenó que, a la declaración del pleno y completo conocimiento de la *iniuria* y de la culpa se añadiera, dentro de la fase del *an*, también la prueba genérica del daño, siendo precisamente esto lo problemático⁵⁰¹. Pues, como nos dice ROGNONI, para CALAMANDREI, al introducirse la prueba genérica del daño en la fase del *an*, y reenviar la específica a la fase sucesiva del *quantum*, desaparecía en parte la distinción entre ambas fases. De esta manera, la controversia sobre la existencia del daño se presentaría dos veces de forma separada y sucesiva, en dos juicios diferentes, siendo en el primero de ellos sólo genérica o sumaria, y, en el segundo, plena y completa, repartiéndose asimismo la actividad probatoria en dos partes y de forma diversa. Y de esta forma acontecía que, en el juicio del *an debeat*, la fuerza de cosa juzgada del pronunciamiento afirmativo sobre la existencia del crédito no obstaba para que, en la liquidación, se diera libertad para poder reducir a cero la misma, con lo que en la condena genérica se daba en realidad una cognición únicamente sumaria acerca de la existencia del daño⁵⁰².

Veamos la anterior posición a través de un ejemplo. Supongamos que A provocó, por una conducta negligente, un incendio que ha arrasado varias hectáreas propiedad de B. En este caso, el Profesor de Florencia no niega la posibilidad de diferenciar entre la existencia de un daño y su cuantificación, puesto que esta distinción aparece como axiomática pues, para que se pueda cuantificar un daño es preciso que exista, y viceversa. Lo que pone en tela de juicio es, más bien, que sea lógico el dissociar ambas nociones, es decir, que se pueda llegar sostener la existencia de un daño de forma independiente de su cuantificación. Para él, en el juicio sobre *lo debido*, de los tres elementos que sustentan este tipo de pretensiones se debían dilucidar dos: la *injuria*

⁵⁰¹ En esto Calamandrei, P., habría seguido las enseñanzas de Carnelutti, F., al interpretar esta escisión como un caso de pluralidad de decisiones sobre elementos diversos de la misma cuestión controvertida. Siguiendo este enfoque de ROGNONI, V., para el Profesor de Florencia la repartición de los elementos a resolver en cada fase podía variar según cada caso, pero siempre ambas fases debían tener un campo de cognición netamente diferenciado (para evitar duplicaciones), quedando la prueba sobre el daño reservada *por entero* [también en cursiva en la obra consultada] a la segunda fase.

⁵⁰² CORDÓN MORENO, F., comenta de esta forma la posición de Calamandrei: “Pero esta opinión [la del italiano, basada en la inextricable relación entre existencia/cantidad], aun siendo exacta en lo esencial, no puede hacer olvidar que más allá de la cantidad mínima del daño, en la que se resuelve el problema de su existencia, existe la posibilidad de individualizar diversos grados. Probada la existencia del daño, se prueba una realidad cuantificable; pero determinar cuál sea la cantidad concreta en que deba ser valorado constituye el problema específico del juicio sobre el *quantum* [aquí se remite a pie de la página 44 precisamente a ROGNONI en *Condanna generica e provvisoria ai danni*].” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 44.

(que define como la ilegitimidad objetiva de la acción) y la *culpa* (que entiende como la voluntad del sujeto agente), pero no el *daño* (que comprende como lesión de intereses producida por el hecho dañoso). De esta forma, el juicio sobre el *an debeat*, se debería limitar a declarar que A actuó culposamente y de forma ilegítima al causar el referido incendio. Se trataría de una sentencia meramente declarativa que fijaría con fuerza de cosa juzgada esos dos elementos. Posteriormente se entraría a valorar el tercer elemento (el *daño*) en un ulterior juicio, que concluiría con la correspondiente sentencia de condena, la cual concretaría su existencia y alcance. Por tanto, CALAMANDREI no critica que se divida en estos supuestos en dos fases la causa, sino que se fraccione la investigación de un concreto elemento de la misma (el *daño*) pues, al hacerlo, se va en contra de la lógica, al obligar a analizar dos veces, aunque de forma diferente, una misma cuestión. En el ejemplo propuesto, la condena genérica añadiría a la anterior mera-declaración sobre la culpa y la injuria, que se condena a A por los daños que, verosíblemente, se le han causado a B. Condena que requeriría de un posterior juicio en el que se concretarían esos daños y su valoración, con una prueba más completa y plena, en la que se podría llegar a concluir que a B no se le ha causado daño alguno (v. gr., supongamos que se demostrara finalmente que su terreno era totalmente baldío). Y aunque esto último únicamente ocurriría en casos extremos, lo relevante para el Profesor de Florencia es que, con esa *reductio ad absurdum*, intenta demostrar lo ilógico (e ineficaz) de distinguir entre ambos tipos de daños.

A mi entender la anterior crítica es totalmente válida y engarza con la cuestión de si la determinación de lo debido es, como diría ARIAS LOZANO, una cuestión “meramente fáctica” que “podría parecer más propia de contables que de Jueces”; es decir, si efectivamente “*cuantificar* la condena, *liquidar* lo líquido [sic] no es más que *computar* (contar, sumar, restar, multiplicar y dividir).” Desde mi punto de vista es un error enfocar de esta última forma dicha cuestión pues, como se verá a lo largo del presente estudio, y como diría CALAMANDREI, distinguir entre que se debe “algo” y el alcance de ese “algo” debido equivale a **confundir lo accesorio con lo principal**, pues en su cuantificación radica la constatación de su misma existencia⁵⁰³.

⁵⁰³ CORDÓN MORENO, F., expone una argumentación contraria sobre este asunto. Considera este autor que: “En nuestro sistema las dos fases tienen un campo de cognición perfectamente diferenciado y delimitado. En el primer juicio se conocen y deciden todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar daños y perjuicios; en el segundo, la determinación concreta de su cuantía. En el primero se decide, en su integridad, sobre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*; en el segundo, se resuelve una mera

4.3. CRÍTICA PRÁCTICA A LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN: ANÁLISIS PRAGMÁTICO DE LA MISMA.

Vista la evolución histórica de la sentencia con reserva, su ámbito objetivo de aplicación, su teleología y criticada la posibilidad lógica de su existencia, es el momento de pasar a la crítica práctica de la misma, es decir, al examen de su utilidad como instrumento eficaz para resolver las cuestiones para las que fue ideada. Se observó, al analizar la teleología de la sentencia con reserva cómo, según GUASP y bajo el imperio del **art. 360 ALEC**, se atribuía a la misma la finalidad de ser una solución “intermedia” ante dos opciones consideradas como “extremas” que comportaban, o bien la desestimación de la demanda hasta poderse acreditar la cuantía de lo debido, o bien la mera-declaración de la existencia de aquello debido, lo que obligaba a acudir a un segundo proceso declarativo para poder efectuar la pertinente liquidación, como precisamente había ordenado su predecesor art. 63 LEC de 1855 y por lo que fue

quaestio facti pendiente”. *La sentencia de condena...*, opus cit. pág. 44. En esto último coincide, en lo esencial, con Arias Lozano, D., a pesar de que éste último acabará por defender la naturaleza mero-declarativa de la sentencia con reserva. La anterior argumentación de CORDÓN MORENO, F., va claramente dirigida a atacar el argumento de la inseparabilidad lógica entre ambos juicios que expuso Calamandrei, P., y que basó (como hemos visto) básicamente en la indivisibilidad entre el daño genérico/específico. Ello se explicita en el siguiente párrafo, cuando el mencionado autor asevera que: “En el sistema de la L.e.c. [de 1881] no cabe plantear el problema, ampliamente discutido por la doctrina italiana anterior y posterior al “Codice di procedura civile” de 1945, en torno a si la investigación sobre la efectividad del daño corresponde a la primera o a la segunda fase [aquí se remite a pie de la pág. 45, en donde cita a Calamandrei, a Satta y a Rognoni]. En cuanto hecho constitutivo de la obligación de indemnizar, la efectividad del daño es objeto de conocimiento y decisión en la primera. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es unánime en este punto. [...; relaciona a pie de la página 45 diversas sentencias en apoyo de esta última afirmación].” Ídem, página 45. Ahora bien, reiterándome en mi opinión sobre esta materia, considero que la cuantificación no es, ni ha sido nunca, una cuestión meramente fáctica en el caso de la condena con reserva. En nuestro ordenamiento, como en el itálico, se procede idéntica división en la valoración del daño como genérico/específico. Por ello se habla siempre de una sentencia incompleta, inejecutable y, sobretodo, necesitada de un segundo juicio en el que se acabarán de perfilar, en realidad, qué daños son incluíbles (ahora ya sí) en la correspondiente condena. Por ello, a pesar de su brillante argumentación, CORDÓN MORENO, F., acaba manifestando algo más adelante que: “Si en el posterior juicio de liquidación la cuantía del daño resulta ser cero, este hecho no incide en absoluto sobre la precedente declaración acerca de la existencia del derecho a la indemnización, el cual, en la práctica, se limita a ser inoperante.” Ídem, pág. 48. Lo cual, desde mi punto de vista, no es de recibo, resultando insostenible el afirmar que en el juicio sobre lo debido, que concluye con la sentencia con reserva, ya se ha decidido “en su integridad, sobre la *quaestio facti*”, al mismo tiempo que se asevera que se deja pendiente otra “mera *quaestio facti*” para el ulterior juicio de liquidación, en el que además se puede llegar a dejar “inoperante” lo declarado en el primero. Ello demuestra que esa *quaestio facti* no se resolvió íntegramente en el primer juicio, prevaleciendo incluso respecto a ella lo que se decida en el segundo juicio. O dicho de otra manera, la misma cuestión se dilucida dos veces, como explicitó Calamandrei, P., siendo por ello en este aspecto mucho más parsimoniosa y congruente, para mí, la exposición de éste último.

duramente criticado⁵⁰⁴. Esta *solución intermedia* consistía en remitir la correspondiente cuantificación a unos incidentes declarativos normados en sede ejecutiva, lo que se toleró por considerarse ésta una solución relativamente eficiente⁵⁰⁵.

Ahora bien, tangencialmente a esa primigenia finalidad, surgieron **otros motivos** que hicieron atractivo el recurrir a esta figura. Así lo ilustra RIBELLES ARELLANO, cuando relata que: “Como señalaba la doctrina,⁵⁰⁶ comentando el artículo 360 de la LEC de 1881, las pretensiones de condena con reserva ofrecían indudables ventajas para el actor, que litigaba por cuantía indeterminada, evitaba riesgos de estimaciones parciales, con su incidencia en materias de costas, eludía toda la enojosa alegación y prueba de la cuantía de los daños y, caso de no prosperar la acción, mitigaba los efectos de la condena en costas. Se obtenía, de este modo, una sentencia de condena que no podía llevarse a efecto de forma inmediata, viéndose las partes obligadas a soportar un segundo procedimiento, en ejecución, sobre las exiguas o inexistentes bases fijadas en la sentencia, procedimiento que, de ordinario, superaba en complejidad a la fase declarativa.”⁵⁰⁷ Y más específicamente, en el ámbito de la “competencia desleal”, son muy esclarecedoras las siguientes reflexiones de BELLIDO PENADÉS, quien después de afirmar que “a nuestro juicio, es más que probable que en el proceso iniciado al amparo de la LCD el actor formule en la práctica su pretensión de indemnización de daños y perjuicios de forma genérica, solicitando que se condene a pagar en concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma resultante de la prueba que se practique o la que se determine en ejecución de sentencia.”⁵⁰⁸ Sustentaba esa opinión arguyendo

⁵⁰⁴ Cfr. MANRESA, J. M., *Comentarios...*, opus cit.

⁵⁰⁵ De esta forma, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., llegará a explicitar que, aun considerando que no era del todo correcta la solución de diferir a la ejecución la determinación de las correspondientes cantidades: “Con todo, la solución es práctica, y solamente en este sentido, aceptable.” *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 406.

⁵⁰⁶ Cita en este momento a ARIAS LOZANO, D., en *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit. Éste último enumera una serie de “ventajas”; son las siguientes: “a) se litigaría por cuantía indeterminada, que es más barato ([...]); b) se evitaría toda enojosa alegación y costosa prueba sobre el alcance y cuantía a que asciende la prestación a cuya condena se pretende; c) si el actor perdiese el pleito serían menores las costas a las que se le condenaría (que además no incluirán el coste de las periciales por la sencilla razón de que no se habrían practicado; d) si lo ganase, dispondría de una necesaria fase de liquidación cuyas costas pagaría el demandado.” Considerando acto seguido que: “La condena con reserva se convertiría de *facto* en una facultad estratégica del actor.” Ídem, págs. 11149 in fine y 11150 opus cit.

⁵⁰⁷ *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., págs. 846 y 847 *ab initio*.

⁵⁰⁸ BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Estudios de Derecho Procesal 7 (Director: Manuel Ortells Ramos), Granada, Editorial Comares, S.L., 1998, págs. 132 *in fine* y 133 *ab initio*. A pie de esta última página relaciona jurisprudencia en ese sentido; concretamente las SAP de Barcelona de 27 de enero de 1995 (AC, @ 1408) y SAP de Pontevedra de 21 de noviembre de 1995 (AC, 1996, @ 225).

tres tipos de factores, siendo el primero el consistente en “que en el proceso declarativo por competencia desleal el procedimiento aplicable es el procedimiento del juicio de menor cuantía a tenor de lo dispuesto en el art. 22 LCD, y ello con independencia de cuál sea la cuantía de la pretensión indemnizatoria solicitada, lo que determinará que el actor no se vea obligado a precisar la cuantía de la indemnización en aras a la determinación del proceso declarativo, y la consiguiente tramitación procedimental adecuados”⁵⁰⁹; el segundo el referente a “la dificultad de la determinación de la cuantía de la indemnización con carácter general y, en particular, en materia de competencia desleal”⁵¹⁰; y siendo el tercero el relativo a que “si el actor concreta la cantidad solicitada y el órgano jurisdiccional entiende que la cantidad a satisfacer debe ser menor, ello conllevaría la estimación parcial de la demanda y, por tanto, la exoneración de condena en costas (pese a la procedencia parcial de la reparación pecuniaria), debiendo el actor pagar las suyas y las comunes por mitad, salvo que se aprecie temeridad o mala fe, en virtud de lo dispuesto en el art. 523 LEC.”⁵¹¹

Ahora bien, si bien se mira, estos otros **motivos** eran **espurios**⁵¹², en el sentido de no buscados por la ley⁵¹³. La sentencia con reserva, como mecanismo de cierre del sistema,

⁵⁰⁹ Ídem, pág. 133.

⁵¹⁰ Ídem, pág. 133. Cita en apoyo de este factor las SSTs de 23 de febrero de 1990 (RA 710) y de 11 de febrero de 1993 (RA 1459) y la SAP de Huesca de 21 de enero de 1995 (AC, 1995, @ 570).

⁵¹¹ Ídem, pág. 134.

⁵¹² *Mutatis mutandis*, esto mismo es lo que sucedió en el ordenamiento italiano. Tanto es así, que el mismo CALAMANDREI, P., ya analizó lo que denominó la “ragioni pratiche” de la “separazione consuetudinaria del giudizio di danni in due fasi”. De la lectura de sus enseñanzas se observa inmediatamente que, lo primero que une la condena genérica italiana con nuestra condena con reserva, es que ambas nacieron en el foro. Asimismo, característica idiosincrática de ambas figuras es la escisión del conocimiento de una única pretensión, división que según el ínclito jurista italiano se basó en razones “più psicologiche che giuridiche”, las cuales “solo in parte si possono apertamente confessare.” De ente las “confessabili” destacó la mayor simplicidad que presentaba el juicio sobre el *an debeat*, al ser normalmente una cuestión puramente jurídica, frente al juicio sobre el *quantum*. Por tanto un pronunciamiento sólo sobre el primer punto, tenía ventajas tanto en caso de derrota (al ser el coste menor), como en el supuesto de victoria (al habilitar la rápida adopción de las correspondientes medidas cautelares). Pero al lado de estas razones había otras “meno confessabili” que consistirían en la utilización de esa condena genérica, por el litigante de mala fe, como un instrumento “destinato a intimidire il responsabile ed a strappargli più di quello che in un giudizio di liquidazione risulterebbe dovuto”. *Studi sul processo civile*, opus cit. págs. 221 y 222. Por su parte, SATTÀ, SALVATORE, quien a diferencia del anterior consideró que la condena genérica era una verdadera sentencia de condena, también afirmó que su justificación práctica radicaba en la posibilidad de la hipoteca judicial, expresamente prevista en el artículo 2818 CC. *Diritto processuale civile*, novena edición revisada y ampliada por CARMINE PUNZI, CEDAM, Padua, 1981, págs. 367 a 370.

⁵¹³ Lo que no equivale a considerarlos siempre como nefastos o abusivos. Véanse, en este sentido, las siguientes palabras de CORDÓN MORENO, F., quien consideró “lógica” la facultad del actor de vincular, en la práctica, “al juez a dictar una sentencia que contenga una condena genérica”, al defender que: “subyacentes a la petición exclusiva de la condena genérica, pueden existir intereses sustanciales. En

se ideó con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva de un actor impedido, por circunstancias ajenas a su voluntad, de cuantificar lo que le era debido, no obedeciendo a otras cuestiones de táctica procesal. Es más, fue el uso bastardo que se hizo de ellas lo que la hipertrofió y acabó pervirtiendo⁵¹⁴. En este sentido son interesantes las siguientes

efecto, la sola petición de que el demandado sea condenado a indemnizar daños y perjuicios puede favorecer al actor que no está seguro de los hechos constitutivos que fundan su derecho; si pierde, habrá evitado la preparación de un material probatorio sobre el *quantum*, con frecuencia muy costoso; si, por el contrario, vence, siempre podrá pedir la liquidación posteriormente. Igualmente, en el caso de acumulación eventual de esta acción a otra principal, la limitación del *petitum* a la condena genérica puede ayudarle a obtener una resolución más rápida sobre la acción principal. Sin olvidar la oportunidad que una sentencia limitada a declarar la existencia de la obligación de indemnizar abre a la transacción de las partes sobre la cuantía concreta [aquí se remite a pie de la pág. 52, en donde cita a CALAMANDREI].” *La sentencia de condena...*, opus cit., págs. 51 y 52 *ab initio*. Ahora bien, aunque esos “intereses sustanciales” sean respetables se habrá de valorar (para que al mismo tiempo sean lícitos) cómo se pueden hacer valer, en un determinado ordenamiento, los mismos. Por eso, aunque es totalmente cierto que la sentencia genérica se ha ideado en España (como en Italia y en Alemania) por criterios de oportunidad, ello no supone que esa oportunidad dependa, exclusivamente, de la voluntad del actor. De ahí la contundencia de la crítica de ARIAS LOZANO, D., a la posición del anterior autor (que llega a considerar indirectamente como “poco sostenible” al “ser opinión *contra legem*” y que va “en contra de la doctrina de nuestro TS”), oponiéndole además la posición de M. A. Fernández que, como se dijo, fundamentaba la sentencia con reserva únicamente en “la estricta imposibilidad [...] de fijar con precisión la cuantía”. Y es que, para ARIAS LOZANO, D., la sentencia con reserva era “una *ultima ratio* de *ius cogens* y su fundamento es, pues, la imposibilidad de fijar cantidad líquida en el proceso de declaración: la Ley, casi toda la doctrina y la totalidad de la jurisprudencia son unánimes al respecto.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11147. Más concretamente (después de reproducir prácticamente al mismo fragmento antes transcrito de Cordón Moreno) objeta que: “A nuestro juicio, esta posición es difícilmente sostenible. [...]. Lo lógico, aplicando los principios procesales será que, no ejercitada en su momento esa facultad de probar el *quantum*, *precluya* la posibilidad de hacerlo.” Ídem, pág. 11150, cursivas respetadas del original consultado. De hecho su crítica sobre esta cuestión (ahora más en general) llegó a engarzarse con la normativa constitucional, al sostener que “esta configuración de la condena <<con reserva>> como alternativa estratégica del actor, violaría principios y preceptos de la más alta jerarquía normativa.” Ídem, pág. 11151 *in fine*. Concretó estas infracciones en relación con “el principio de igualdad de las partes, ya que una de ellas (la actora) podría, a su antojo y sin contar con el consentimiento de la otra (demandada), optar por dos cauces procesales diversos para sustanciar su pretensión. Limitaría así los medios de prueba y de eventual impugnación de la demandada.” Y con respecto al “derecho constitucional al proceso debido, tutelado por la interdicción de indefensión que garantiza el artículo 24 de la Constitución española. Efectivamente, por exclusiva voluntad del actor se deferiría a un procedimiento incidental lo que, en puridad, debería ser objeto de un proceso ordinario de declaración: el debate sobre la cuantía de la deuda.” Ídem, pág. 11152. Como resumen de su posición en este asunto transcribo el siguiente fragmento: “En definitiva, y por todo lo expuesto, estimamos que la condena <<con reserva>> no puede en modo alguno convertirse en una opción para que la parte actora use a su antojo. La dicción literal del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881], su carácter excepcional antes enunciado y la quiebra de derechos fundamentales son argumentos más que suficientes para ello.” Ídem, pág. 11153.

⁵¹⁴ Ello ha sido resaltado por muchos autores. V. gr. por GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., quien asevera que: “Ocurre, sin embargo, que la práctica procesal civil ha desvirtuado en gran medida el sentido de la condena con reserva. Pese al carácter excepcional que le otorga el enunciado legal, su uso se ha generalizado por razones diversas, pero todas ellas contrarias al espíritu y a la letra de la Ley. A ello ha contribuido, por un lado, la actitud de muchos demandantes conscientes de que la condena con reserva sirve de escudo ante la posibilidad de que, por fijar el tribunal otro *quantum* indemnizatorio al especificado en la demanda, aun reconociendo el nexo causal, no se condene en costas al demandado condenado por no haber existido un vencimiento total en la instancia (en los términos del derogado art. 523 LEC de 1881): [...]. A la pérdida del sentido legal de las condenas con reserva también ha contribuido la comodidad de no pocos tribunales que, ante la expectativa de dilatar el curso de la instancia por culpa de las aparentes molestias e incomodidades derivadas de efectuar las operaciones liquidativas del *quantum* reclamado en el seno del proceso de declaración, prefieren reservar la fijación de éste al

reflexiones que, *de lege ferenda*, y aún bajo la vigencia de la LEC de 1881, realizó ARIAS LOZANO, dentro de su juicio crítico al artículo 360 ALEC⁵¹⁵, sobre el mencionado precepto, al manifestar que “es de prever que la condena con reserva será suprimida. Así se ha hecho en Leyes procesales posteriores –no hay que olvidar la clara dicción del artículo 87.4 LPL- y así tiene constancia quien esto escribe que se tiene previsto en el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que se está debatiendo en el seno del Ministerio de Justicia”, considerando seguidamente que: “Personalmente opinamos que en un sistema procesal como el nuestro, donde rige una férrea preclusión no debe operar una institución de estas características: su abuso es más perjudicial que su uso.” Para concluir que: “Sin embargo, si se configura el nuevo proceso civil sobre la base de la oralidad (como sucede en Italia o en Alemania), quizás la propia práctica iría imponiendo declaraciones interlocutorias del Juez por la que se declarase que la existencia de los daños está acreditada, y se ordenase –en adelante y en ese mismo proceso- circunscribir la discusión únicamente a la concreción de su cuantía”⁵¹⁶.

Las anteriores previsiones no se han plasmado totalmente en la LEC 2000 pues, como es sabido, dicha supresión no se ha producido (art. 219.3 LEC), aunque la propia

incidente declarativo a celebrar en sede de ejecución, sin atender a las condiciones que imponía el art. 360.II LEC de 1881, esto es, incluso en el supuesto de que sí fuera posible dicha liquidación antes de dictar la sentencia de condena.” Considerando al inicio del siguiente párrafo que: “Estas apreciaciones sirvan para entender y justificar el tratamiento que la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en su art. 219, da a las condenas con reserva.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77. Como ya avancé al inicio de este pie de página en la misma dirección que el anterior se pueden citar a muchos otros autores. A fin de evitar reiteraciones me limitaré seguidamente a consignar algunos de ellos, sin recoger tan minuciosamente su aportación por no diferir, en lo sustancial, de la del anterior autor. Así, por ejemplo, también se pronuncia FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., reflejando ese abuso de la sentencia con reserva expresamente en las págs. 17 y 18 de la misma (con cita expresa en ellas a Tapia Fernández, I. y a Arias Lozano, D.; aporta como ejemplo de jurisprudencia que interpretó de forma “amplia” el anterior art. 360 ALEC la STS 74/1997, de 13 de febrero). Aunque tal vez la crítica más cruda sea la que vertió precisamente ARIAS LOZANO, D., cuando dijo que: “Desgraciadamente el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es hoy en nuestro Derecho más una arma estratégica de Abogados habilidosos que una forma [sic] dirigida al Juez. De su uso artero pueden desprenderse no pocos perjuicios para el demandado y que, como mínimo, se le condena a un necesario proceso de liquidación cuyas costas deberá inexorablemente pagar.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11170. Y es que hay que recordar que, para este autor, el art. 360 ALEC tenía un único “uso lícito. Faculta excepcionalmente al Juez para definir [sic] a un incidente posterior la fijación del *quantum* cuando esta actividad [en] el proceso de declaración es materialmente imposible”. Ídem, pág. 11154.

⁵¹⁵ Ídem, pág. 11170.

⁵¹⁶ A pie de página señala que tanto “la *Grundurteil* alemana o la *condanna genérica alla prestazione* italiana tienen lugar en configuraciones procesales donde, al contrario que en nuestro proceso civil, no rige una férrea preclusión”. Ídem, página 11170.

Exposición de Motivos de la Ley asevera que se ha intentado limitar al máximo el recurso a la sentencia con reserva. Llegados a este punto cabe preguntarse si, después de la LEC del 2000, la sentencia con reserva sigue siendo un **instrumento eficiente** pues, si no lo fuera, esa *legitimidad práctica* que siempre la había sustentado y que (muy probablemente) fue la causa de su larga existencia, se pondría en tela de juicio. Sirva de introducción en este asunto lo que se afirmó en el **auto AP de La Rioja de 31/07/2002**⁵¹⁷, dentro de cuyo fundamento primero se aseveró que: *Como consecuencia de la claridad y precisión exigida en este artículo [219 LEC], tiene que entenderse que la nueva Ley introduce una importante restricción en cuanto a las denominadas sentencias con reserva de liquidación, limitándose al máximo los supuestos en los que estas pueden ser dictados. [...].*

Con independencia de cuál sea la utilidad práctica de tal limitada pretensión procesal, ni si vale o no la pena sobrellevar todo un proceso civil (quizá con dos instancias y un recurso extraordinario) para acabar obteniendo únicamente un pronunciamiento de una virtualidad tan escasa, que, desde luego, no evitará el tener que volver a litigar en el futuro para poder ver satisfechas efectivamente las cantidades debidas.

Lo que la Ley permite en este caso es solicitar la condena a pagar, dejando expresa constancia de que se instará otro pleito a los fines de la determinación de las cantidades a percibir por los conceptos ya declarados firmes en la sentencia de un proceso.

En conclusión, pues, en el nuevo proceso civil inaugurado con la promulgación LEC 2000 no tienen cabida las sentencias de condena con reserva de liquidación, de manera tal que, a diferencia de lo que sucedía hasta ahora en aplicación del artículo 360 de la anterior LEC de 1881, ni el demandante podrá limitarse a instar del órgano judicial la emisión de una pronunciamiento de condena ilíquida (salvo que, como ya se ha dicho, para liquidarlo sea suficiente con realizar una pura operación aritmética), ni el Juzgado o Tribunal podrán limitarse a declarar en la parte dispositiva de sus sentencias dicha condena genérica o ilíquida, sino que, por el contrario, deberán

⁵¹⁷ Fue ponente del mismo Santisteban Ruiz, rec.: 228/2002; extraído de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 398 a 403, pág. 401 para la presente cita.

*precisar en todo caso cuál sea el alcance cuantitativo exacto (el “quantum” de condena, en una palabra) de su decisión.*⁵¹⁸

Al hilo del mencionado cambio normativo, y concordando con las dudas expresadas en la anterior resolución, han surgido ya diversas opiniones doctrinales que han cuestionado la actual utilidad práctica de la sentencia con reserva, pudiendo servir como síntesis de las mismas la exposición que realizan LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO cuando, al preguntarse sobre el “sentido práctico” del actual artículo 219 LEC y para responder a esta cuestión, recogen los pareceres de diversos autores, sosteniendo que: “Para algunos no lo tiene, al no hallarle utilidad práctica a la necesidad de <<sobrellevar todo un proceso civil (quizá con dos instancias y un recurso extraordinario) para acabar obteniendo únicamente un pronunciamiento de una virtualidad tan escasa>> (GARBERÍ). En opinión de DE LA OLIVA, el artículo 219.3 LEC permite esta solución <<cuando un sujeto jurídico, a sabiendas de que habrá de acudir a un *pleito posterior* para determinar su importe, entienda que le resulta conveniente la condena sin liquidación (p. ej., porque considere preferible y más ventajosa una negociación para la cuantificación, ulterior a la declaración de la responsabilidad y del deber de satisfacerla, que la prueba de importes dinerarios concretos en el primer proceso o porque, en el ámbito del negocio en que se mueve, lo decisivo es una sentencia que determine que se le debe, aunque no diga cuánto, o

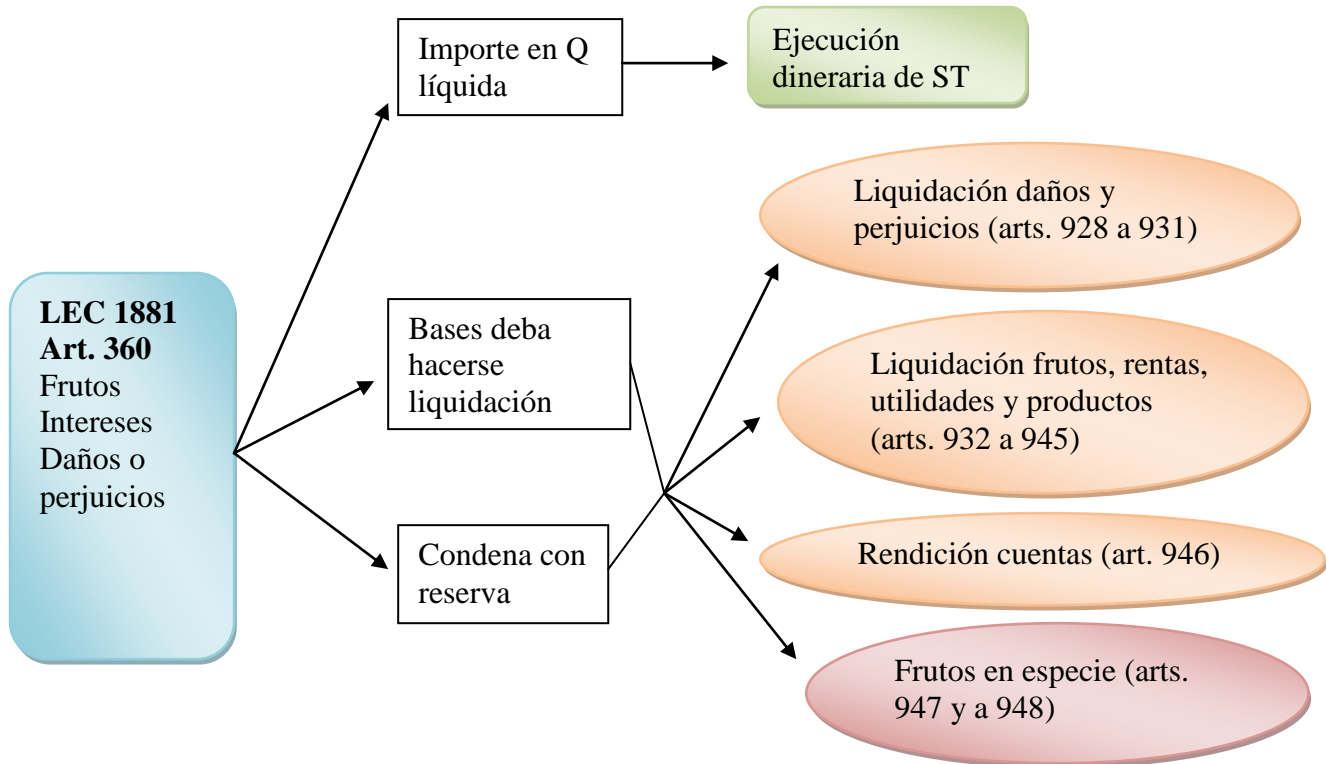
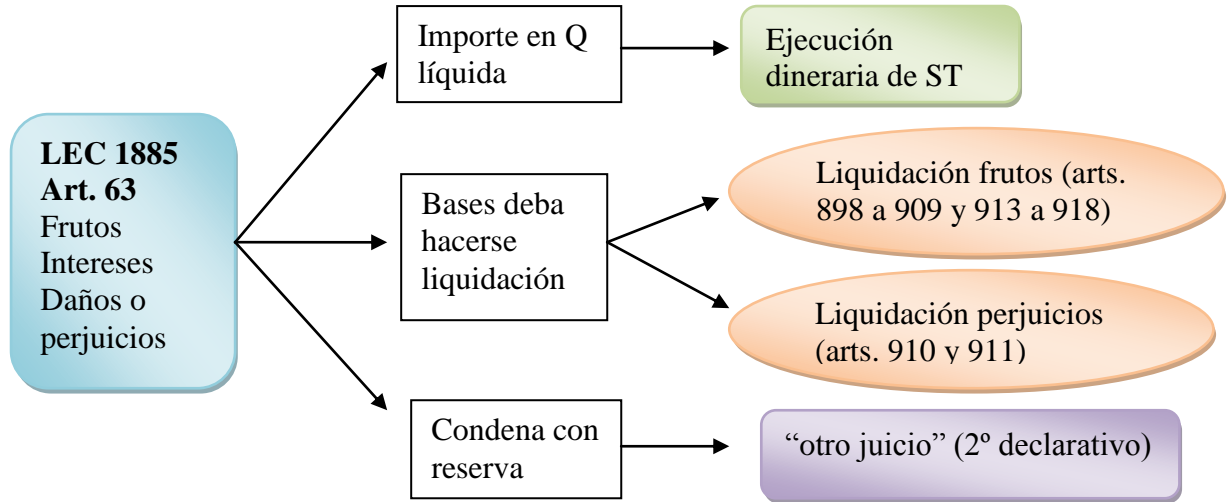
⁵¹⁸ En parecido sentido que la anterior resolución se han pronunciado diversos autores como, por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 398 a 400. Esta autora recoge diversas afirmaciones que se han realizado en relación con el art. 219 LEC, como la que asevera que “su finalidad, pese a la impresión equivocada que puede originar la rúbrica del mismo, no es otra que negar las condenas genéricas o con reserva de liquidación”. En este momento cita (a pie de la pág. 398) a Arias Lozano, D., *La llamada condena con reserva...*, opus cit., a Fernández López, M., *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., y a Marra, P., *La sentenza civile di mero accertamento e la condanna genérica al risarcimento dei danni*, en <<Studi in onore di Ernesto Eula>>, II, Milano 1957, págs. 385-405. En este mismo sentido se pueden añadir otros autores como, por ejemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., quien sostiene que: “La novedad de la LEC 1/2000 con respecto al art. 360 LEC, a salvo de algunas novedades de interés que señalaremos, estriba en la prohibición de la liquidación de condenas pecuniarias en sede de ejecución forzosa, salvo que se trate de la realización de una <<*simple operación aritmética*>> (cfr. apartado 2 del artículo 219).” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 78. Volviendo a la exposición de CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., cabe añadir que, en consonancia (pero “en sentido inverso”) a la anteriormente recogida por ella misma, esta autora transcribe también (a continuación) la afirmación según la cual, con el art. 219 LEC, se buscaría “<<garantizar la eficacia de la ejecución impidiendo que ésta se desnaturalice como consecuencia>> de aquel tipo de sentencias <<que lo único que estaban consiguiendo era hipertrofiar esta importante fase procesal>>.” En este momento cita (a pie de la pág. 398) a Damián, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, I, pág. 1433. También extracta (ídem págs. 399 y 400) el contenido del AAP de Teruel 76/2004, de 27 de abril (BD, marginal AC 2004/909).

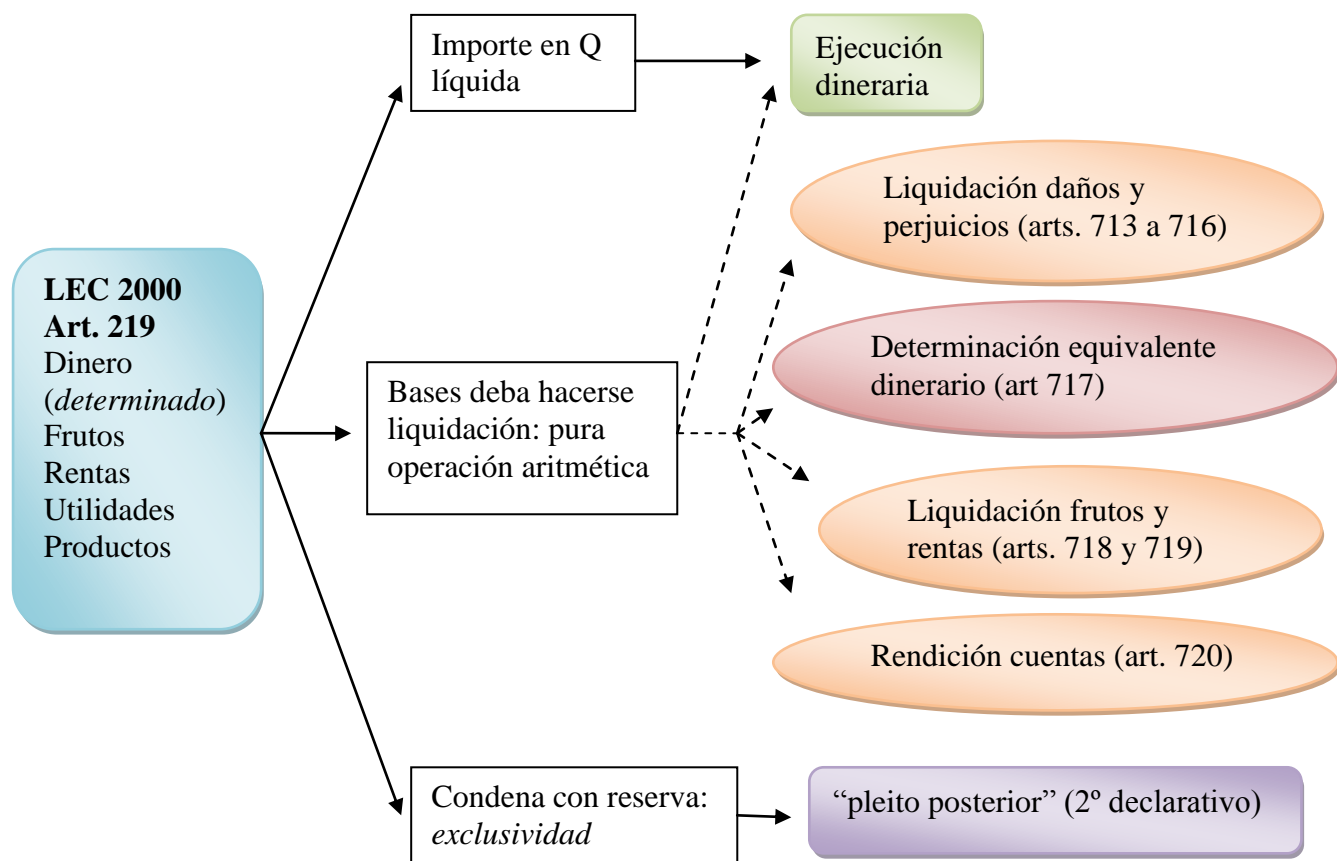
porque es la decisión de una *quaestio iuris* lo que más le importa).>>>⁵¹⁹ Opiniones que, con alguna añadidura y algún matiz, se suceden en nuestra doctrina⁵²⁰.

La anterior resolución y opiniones revelan la pérdida de utilidad de la sentencia con reserva pues, desaparecida la posibilidad de diferir a la ejecución la liquidación de las correspondientes cantidades, se desvanece su significación como solución “intermedia” (GUASP). Ello pone en tela de juicio la necesidad de su subsistencia, dudas que (como vimos) se explicitan en la citada resolución al preguntarse en la misma “si vale o no la pena sobrellevar todo un proceso civil (quizá con dos instancias y un recurso extraordinario) para acabar obteniendo únicamente un pronunciamiento de una virtualidad tan escasa, que, desde luego, no evitará el tener que volver a litigar en el futuro para poder ver satisfechas efectivamente las cantidades debidas.” Para clarificar esta cuestión, puede resultar útil el siguiente esquema como epítome de lo expuesto hasta el momento en relación con la normativa recogida en las LEC de 1855 y de 1881 y, asimismo, como marco de comparación con el nuevo sistema instaurado en la LEC de 2000:

⁵¹⁹ GIMENO SENDRA, V., (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 295. En cuanto a la opinión de DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, *vid.* la fuente original en su obra conjunta con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, VEGAS TORRES, JAIME, y BANACLOCHE PALAO, JULIO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Primera edición, Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 2001, págs. 389 y 390.

⁵²⁰ Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., se hace eco también de la aportación de De la Oliva Santos, resaltando asimismo la cuestión de las costas, citando en este caso a Damián Moreno, la posición del cual critica en parte por entender que la solución que plantea éste último (consistente en que el actor cuantifique “la pretensión condenatoria al final del juicio”) tendría el problema el que “al demandado se le está privando de conocer en toda su extensión la pretensión dirigida contra él y, en consecuencia, de actuar frente a ella ejercitando todos los medios de defensa a su alcance, lo que, en mi opinión, es difícilmente justificable en un procedimiento declarativo.” Por ello aboga porque se intente esa cuantificación en la audiencia previa, afirmando que, en ese sentido, se manifiestan Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (a quienes también cita) y la SAP de Cantabria (2ª) 466/2005, de 20 de octubre. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 18 *in fine* y 19 para las anteriores cuestiones. Por su parte, CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., en busca de la justificación de la sentencia con reserva cita las opiniones de De la Oliva, Montero y Marra (recogiendo argumentos aportados por cada uno de ellos para motivar su existencia), añadiendo dicha autora (a los referidos por el último de los citados) el de evitar el inconveniente relativo “a las costas dada una más que probable estimación parcial (art. 394.2).” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 405 a 407. Concretamente sus citas son a De la Oliva, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-Picazo, Vegas y Banacloche, págs. 389-390 (y, en relación al razonamiento que recoge, menciona el parágrafo único del artículo 4 del *Código de Processo Civil* de Brasil); a Montero, *Derecho Jurisdiccional*, II, con Gómez Colomer, Montón y Barona, pág. 346; a Tapia, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 799; a Fernández López, *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 18-19; a Garberí, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, II, página 577 y a Marra, *La sentenza civile di mero accertamento e la condanna genérica al risarcimento dei danni*, pág. 404. A continuación (pág. 408) extracta la SAP de Las Palmas 569/2005, de 25 de noviembre (BD, marginal AC 2005/2355).





Si se observa el anterior esquema⁵²¹ se capta con prontitud que, con la LEC del 2000, se produce, por primera vez, una clara escisión entre la sentencia con reserva y los correspondientes incidentes de liquidación normados en la ejecución (arts. 712 y ss. LEC), evocando en gran parte al modelo regulado en la LEC de 1855⁵²² pero, con la

⁵²¹ Los rútilos coloreados en granate se refieren a incidentes declarativos que, aún regulados en la misma sede ejecutiva que los restantes procedimientos de liquidación, conectan mal con la sentencia con reserva. Esta cuestión se desarrolla en un punto posterior de esta obra; baste con señalar aquí que el **incidente de los artículos 947 y 948 ALEC** se ha solido considerar como un supuesto de ejecución de condena de dar cosa; v. gr. véase en este sentido CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, *Ejecución de condenas de dar, (Tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, editorial Bosch, Barcelona 2001, pág. 156, que lo trata como un caso de ejecución de condena a dar cosa genérica conjuntamente con el art. 926 ALEC; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Las condenas no pecuniarias...*, opus cit., concretamente en la sección de esta obra titulada: “Ejecución de sentencias que condenan a entregar una cosa determinada por el género. El artículo 947 de la LEC”, págs. 162 a 166, para quien se trataría de un supuesto de satisfacción “in natura” de una obligación genérica; o FERNÁNDEZ, M. Á., *Derecho Procesal Civil III*, opus cit., págs. 207 y ss., quien lo consideraba como afín al de la obtención de una cosa mueble determinada. Por contra, otros autores no distinguieron dicha contrapuesta especificidad con los demás procedimientos para la fijación previa del importe de la ejecución; por todos ellos: PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 465. Por otro lado, en cuanto al **artículo 717 LEC**, se trata de un mecanismo transformador de prestaciones no dinerarias en prestaciones de carácter pecuniario.

⁵²² Esta relación también la observa GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., cuando dice que: “Como se ha señalado, el nuevo régimen legal dispone para el caso de falta de liquidación de la condena (art. 219.3 LEC), cuando el pago sea exclusivamente la pretensión planteada, que se dejen para un pleito posterior

sustancial diferencia, de que esos procesos incidentales, en principio, ni tan sólo serían necesarios para la liquidación de las correspondientes bases que se pudieren fijar en sentencia. Este hecho (que he tratado de destacar con las líneas discontinuas en el diagrama) se debe a que, con la nueva LEC, las bases se deberían realizar con tal concreción que, su especificación, consistiría en una *pura operación aritmética*, con lo que surgen serias dudas de si la misma se llevaría a cabo en la misma demanda ejecutiva, sin necesidad, por tanto, de acudir a los referidos incidentes de liquidación⁵²³. Esta desconexión, causada por la prohibición de usar dichos procedimientos de liquidación para completar las sentencias ilíquidas (véase el apartado correspondiente de esta misma obra), ha anulado ese acceso *rápido* a la ejecución que posibilitaba el art. 360 ALEC, y, en consecuencia, ha eliminado el principal argumento pragmático que había sustentado su propia subsistencia⁵²⁴. Llegados a este punto se puede concluir que, configurada así, la sentencia con reserva del art. 219.3 LEC tiene **idéntica virtualidad que una sentencia meramente declarativa**, con la única diferencia que en el fallo, en lugar de decirse *declaro*, se dirá *condeno*. Sobre ello se profundizará en el siguiente apartado de este estudio.

4.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN.

4.4.1. Introducción. Breve comentario sobre las tutelas de condena y de mera-declaración, análisis diacrónico de la relación entre ambas, y sucinta glosa de su interpretación por la jurisprudencia.

Sabido es que muy diversas han sido, y siguen siendo, las clasificaciones que pueden hacerse de las sentencias. Aún así, cuando se ha tratado la caliginosa naturaleza jurídica de la sentencia con reserva, la misma se ha solido abordar, al menos en las últimas décadas, desde la perspectiva de las diversas modalidades de tutela jurisdiccional

los problemas de liquidación concreta de cantidades, en concordancia con lo previsto en nuestra LEC de 1855.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 79.

⁵²³ Vid. el apartado correspondiente de esta misma obra.

⁵²⁴ Recuérdense, por ejemplo, las duras críticas que vertieron, en este sentido, autores tan significativos como REUS, E., o de MANRESA, J. M., contra el art. 63 LEC 1855, y las consecuentes alabanzas que hicieron a la regulación del posterior art. 360 ALEC.

reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico⁵²⁵ que, como es sobradamente conocido, se diferencian (en sede declarativa) entre meramente declarativa, de condena y constitutiva.⁵²⁶ Excluida la posible catalogación de la sentencia con reserva como sentencia constitutiva, el debate se ha centrado en si este tipo de sentencia tiene una naturaleza mero-declarativa o de condena⁵²⁷, no habiendo en la doctrina actual

⁵²⁵ Por este motivo, es decir, por pivotar sobre dicha perspectiva la discusión, tanto en nuestra doctrina como en otras de nuestro entorno, y por conllevar su esclarecimiento importantes consecuencias tanto teóricas como prácticas, se analizará su naturaleza jurídica a partir de este punto de vista pues, como dijo MONTERO AROCA, J.,: “Cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.” *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit., pág. 274.

⁵²⁶ Obviamente se las puede incardinar dentro de otras categorías, denominándolas diversos autores como condenas de carácter genérico (lo que también evoca su equivalente itálica). Así lo hace GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., al aseverar que: “Las condenas con reserva constituyen un supuesto de condena genérica de uso frecuente en nuestra práctica forense al amparo del derogado art. 360 LEC de 1881.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77 *ab initio*. Concepto éste (el de condena genérica) también usado, por ejemplo, por CORDÓN MORENO, F., *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 41, y por ARIAS LOZANO, D., quien llega a manifestar que: “Condena <<con reserva>>, condena <<a reserva>> o condena <<genérica>> son términos sinónimos para designar cualquier condena a prestación ilíquida –frutos, intereses, daños o perjuicios–, aquella que precisa de liquidación antes de poder, voluntaria o forzosamente, cumplirse.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., a pie de su pág. 11141. Por otro lado, el tema de la clasificación de las sentencias ha sido tratado extensamente por la doctrina procesalista. V. gr. ROCCO, ALFREDO, *La sentencia civil* (aquí consultada la edición de Anacleto ediciones y libros, S. L., Panplona (Navarra), 2006), obra posteriormente ampliada con el título *La sentencia civil. La interpretación de las Leyes Procesales* (aquí consultada la edición de Editorial STYLO, México, D. F., constando al inicio de la misma como realizada en 1906), en la que menciona la complejidad de esta materia afirmando que: “Son posibles tantas divisiones de las sentencias cuantos son los criterios que se pongan como base de la división, esto es, cuantos son los elementos variables contenidos en el concepto de sentencia.” Pág. 185 primera opus cit. En referencia a la cuestión concreta que ahora se aborda, el citado jurista elaboró una extensa discriminación entre las sentencias meramente declarativas y las de condena, diferenciándolas ya en un primer momento con las siguientes denominaciones: “la distinción entre sentencia pura y simple o sentencia de simple declaración, y sentencia preparatoria de la ejecución o sentencia de condena o ejecutiva.” Ídem, pág. 186. Según este autor, la forma correcta de identificar ambos tipos de sentencias parte de poner “en relación la sentencia de condena con la ejecución forzosa, y hace consistir la diferencia entre las dos especies de sentencias en que de la simple declaración no puede nunca derivarse una ejecución forzosa, mientras que la posibilidad de dar lugar a una ejecución forzosa es lo que caracteriza a la sentencia de condena.” Ídem, pág. 189. Afirmando finalmente que: “De este modo queda netamente determinada la distinción entre sentencia declaratoria y sentencia condenatoria: la primera es una sentencia pura simple, o sea un juicio lógico sobre la existencia o no existencia de una relación o estado jurídico; la segunda es una sentencia, a la cual se añade una específica conminatoria de ejecución forzosa dirigida al obligado; la primera es un puro juicio lógico, la segunda un juicio lógico mas un acto de voluntad.” Aquí cita en el mismo sentido a Weismann y Langheineken, y continua aseverando que: “Pero en cuanto es sentencia, también la sentencia condenatoria es un juicio lógico; la conminatoria es ya un acto preparatorio de la ejecución.” Ídem, pág. 192.

⁵²⁷ Problemática que encontramos reproducida en otras clases de sentencias, de las cuales se abordarán específicamente en este trabajo las reguladas en los arts. 220 y 221 LEC. Cuestión transversal, que ultrapasa los límites de la jurisdicción civil, como se puede ejemplificar con las denominadas sentencias colectivas dictadas en sede laboral. Véase en este sentido a GRANADOS ROMERA, M^a. ISABEL, quien sostiene que: “Quizás, la mayor parte de los conflictos pretenderán la interpretación de una norma, y en este caso, el proceso culminará con una sentencia meramente declarativa, que requerirá posteriores procedimientos individuales que obliguen al demandado a satisfacer los derechos en aquella reconocidos; pero en otros, el colectivo afectado puede pretender el reconocimiento y efectividad de derechos que no

disensiones de base sobre estos tipos de tutela⁵²⁸, ni sobre sus respectivas definiciones⁵²⁹, y siendo ya varios los autores que han subrayado el papel clave que, en

podrán satisfacerse sino a través de una sentencia de condena”. *La sentencia colectiva*, Colección Práctica de Derecho Social, Granada, editorial COMARES, 2000, págs. 100 y 101. Opinando más adelante que: “Aunque es cierto que a veces, el reconocimiento de los derechos a favor de la colectividad que tienen una repercusión directa en la esfera individual, en el momento de hacerse efectivos, puede provocar la aparición de controversias particularizadas; en ese caso no es que la sentencia colectiva sea inejecutable, sino que ya no se tratará de un interés colectivo el que esté en juego sino de uno individual, y por ello lo adecuado es instar el procedimiento ordinario individual, para solventar esas discrepancias surgidas en torno a un sujeto concreto.” Ídem, pág. 102.

⁵²⁸ Clasificaciones en este sentido se dan en todos los manuales y monografías que tratan el tema. Citaré seguidamente algunas de ellas, a modo de sinopsis del estado de esta cuestión en la actual doctrina. De ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-J.; RODRÍGUEZ TIRADO, ANA; y SEOANE SPIEGELBER, JOSÉ L., se extrae que los tres tipos de tutelas serían la **declarativa**: en la que se busca obtener bien la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica (la llamada meramente declarativa), la obtención de una prestación de la contraparte (de condena) o la modificación de una situación jurídica existente (constitutiva); la **ejecutiva**: en la que se busca obtener la efectividad de un derecho previamente reconocido o declarado; y la **cautelar**: en que se busca el aseguramiento de una ejecución futura. *Derecho Procesal Civil I*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicións, 2007, pág. 62. En cuanto a las declarativas, GUASP, JAIME, y ARAGONESES, PEDRO, denominan a la tutela declarativa como “pretensión de cognición” y la definen igualmente como aquella en que “se solicita del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad.” *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, *Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, Madrid, Thomson, Civitas, civitas Ediciones, S. L., 6ª edición, 2003, pág. 244. También dentro de ellas diferencian entre: **declarativa** (que dividen en positivas o negativas dependiendo de si lo pedido es la declaración de la existencia o inexistencia de una situación jurídica), **constitutivas** (en las que se incluyen las determinativas, especificativas o dispositivas) y las **de condena** (incluyéndose las de futuro: artículo 220 LEC). Ídem, págs. 245 y 246. En cuanto a la distinción entre las mero-declarativas y las de condena, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, mantiene que: “Desde el punto de vista de la finalidad de la función jurisdiccional (art. 117 CE) podemos hablar de sentencias *declarativas*, que consiguen la certeza y seguridad por sí mismas; y de sentencias de *condena* que consiguen la certeza y seguridad no sólo con la declaración sino, también, con la conminatoria a la realización de una determinada actividad que hace posible posteriormente la ejecución. La diferencia que existiría entre esas clases de sentencias consistiría, o se podría explicar, en que en las primeras no existe más que el juicio lógico, mientras que en las segundas a ese juicio lógico se añade la conminatoria a la realización de una determinada actividad.” Con GIMENO SENDRA, VICENTE y MORENO CATENA, VÍCTOR, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 3ª edición, Madrid, Editorial COLEX, 2000, pág. 350. Ahondando en las de **mera declaración** CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., considera que: “En la modalidad de protección meramente declarativa se pide por el actor la declaración de existencia o inexistencia de una determinada situación jurídica, limitándose el juez, si concurren los presupuestos para ello, a reconocerla de forma positiva o negativa como tal. De esta forma tan sencilla se da satisfacción a las necesidades de tutela jurisdiccional del instante de la misma: para el demandante resulta suficiente la autoridad de cosa juzgada que la firmeza de la resolución supone y que implica no sólo el *ne bis in idem* –la inmutabilidad, se ha dicho, de la declaración contenida en la sentencia en todos los futuros juicios entre las mismas partes-, sino también que el derecho declarado pueda ser deducido como fundamento –*causa petendi*- de la reclamación de un diverso derecho.” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 29 *in fine* y 30 *ab initio*; aquí cita a pie de página a Proto Pisani, A., *Appunti sulla tutela de mero accertamento*, RTD Processuale 1979, pág. 621. Por otra parte, comenta esta autora también que: “mediante la acción de condena se pretende la fijación de un deber de prestación –o de abstención- del demandado y la orden de efectuarlo con la consecuencia de poder iniciarse un proceso de ejecución en caso de incumplimiento”. Ídem, pág. 29.

⁵²⁹ Por todos y, en concreto, en cuanto a las acciones meramente declarativas, RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA; RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL; e RIAÑO BRUN, IÑAKI, quienes afirman que lo característico de este tipo de tutela es que se agota con la simple declaración solicitada, no cabiendo nunca la ejecución forzosa en el sentido propio de la misma (artículo 517.2.1º LEC). Ahora bien, esa sentencia de mera declaración sí tendría la fuerza de cosa juzgada, lo que vincula en un posible segundo

la delimitación entre ambas, juega el art. 219 LEC⁵³⁰. No existiendo, por tanto, controversia sobre los antedichos puntos en nuestra doctrina, y embebiendo significativamente esas concepciones de las aportaciones que hiciera CHIOVENDA⁵³¹, acudiré en las siguientes líneas a sus enseñanzas, para tratar brevemente sobre ambos géneros de tutela desde la óptica de las sentencias.

Expone el célebre jurista italiano que “la sentencia de condena presupone dos cosas:

a) La existencia de una voluntad de ley que garantice un bien a alguien imponiendo al demandado la *obligación de una prestación*. Por esto no pueden nunca dar lugar a sentencia de condena los derechos potestativos.

b) La convicción del juez, de que basándose en la sentencia puédase, sin más, inmediatamente o después de un cierto tiempo, proceder por los órganos del Estado a los actos necesarios para la consecución efectiva del bien garantizado por la ley (ejecución)”⁵³².

Frente a estas sentencias, las de mera declaración⁵³³ (a las que también denomina reconocitivas o declarativas) parten de la idea de que “la *declaración* de la ley es por sí misma un bien, puesto que de la certeza de la ley derivanse inmediatamente ventajas”⁵³⁴. Esta declaración puede ser positiva, “si se afirma la existencia de una

proceso al correspondiente Juez (por la denominada función positiva de la misma). *Derecho procesal civil*, volumen II, 10 Colección pro libertate, Pamplona, Gobierno de Navarra, 2006, págs. 42 a 44.

⁵³⁰ De nuevo aquí se puede citar a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., quien asevera que: “La distinción entre sentencias de condena y sentencias declarativas ha propiciado el mandato legal (art. 219) que obliga al juez a fijar en la sentencia la cantidad que hay que satisfacer en el supuesto de condena, o, en su caso, obliga al juez a fijar las bases con las que se hallará, en fase de ejecución, y con simples operaciones aritméticas, la cantidad a cuyo pago es condenada la parte vencida en el pleito (art. 219.2). Esto significa que el legislador quiere establecer de forma nítida la diferencia que existe entre la declaración y la declaración con condena, en modo tal que no quepa hablar de sentencia de condena si no es con la inclusión en el fallo de la cantidad de dinero o cosas a las que hay que hacer frente, de forma voluntaria o en trámite de ejecución, para satisfacer el derecho del actor.” *Derecho Procesal Civil*, opus cit., pág. 350.

⁵³¹ Cfr. CHIOVENDA, J., *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, Traducción española de la tercera edición italiana prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1922, págs. 185 y ss. Por otro lado, la influencia en esta materia de este autor se puede observar en muchas obras. A modo ejemplificativo se puede citar a FRAGA IRIBARNE, MANUEL, *La acción meramente declarativa*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, quien precisamente inicia el apartado de la misma referente a la: “Naturaleza de la acción declarativa” citando a Chiovenda, a cuyo pensamiento se remite en diversos momentos (págs. 89 y ss.).

⁵³² Ídem, pág. 185; la cursiva aparece en el texto consultado.

⁵³³ En la doctrina italiana a la declaración se la denomina *accertamento*.

⁵³⁴ Ídem, pág. 194; la cursiva aparece en el texto consultado. Como ya se ha enunciado, en idéntico sentido se pronuncia prácticamente toda la doctrina. V. gr. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., quien sostiene que la tutela de mera declaración presupone “la contestación, expresa o tácita, de un derecho y la consiguiente incertidumbre que se genera sobre su existencia o inexistencia.”, no resultando “posible negar *a priori* la presencia de un interés en las pretensiones de reconocimiento judicial de deudas. Aquella

voluntad de ley que nos garantice un bien”, o negativa “si se niega la existencia de una voluntad de ley que garantice a otros un bien respecto de nosotros”⁵³⁵.

Se preguntó CHIOVENDA sobre **qué diferencias** existían entra la sentencia de mera declaración y la de condena, y ante esta cuestión sostuvo que: “Hay derechos que no pueden dar lugar más que a una sentencia de declaración y son los derechos potestativos cuando consisten en el poder de producir un efecto jurídico *con una simple declaración de la parte*: en este caso la sentencia no puede hacer otra cosa que afirmar (declarar) la existencia del derecho, ya sea ejercitado, ya a ejercitar. Pero en cuanto a las relaciones jurídicas en que existe un obligado, si la sentencia desestimatoria no puede ser sino de mera declaración, la sentencia que estima la demanda puede ser tanto de mera declaración como de declaración y de condena.”⁵³⁶ De esta forma, “si el demandado es el mismo obligado la sentencia es de pura declaración cuando no persigue más que los beneficios derivados inmediatamente de la certidumbre jurídica. Es de condena cuando busca también la posterior actuación de la voluntad de la ley o sea si *prepara* la ejecución. La diferencia está pues en que en la sentencia de condena la declaración tiene dos funciones distintas, en la de declaración una sola”⁵³⁷, a saber la certidumbre jurídica en ambos casos y la preparación de la ejecución (además) en el primero, advirtiéndonos este autor que: “La sentencia que originariamente no tuvo función preparatoria de la ejecución, no puede adquirirla más tarde. Sería grave que el demandado fuese sujeto a la ejecución cuando, después de la sentencia de declaración, pueden haber surgido nuevas excepciones a favor suyo, y estaría constreñido a hacerlas valer en la forma incómoda

falta de operatividad, traducida en que la sentencia meramente declarativa carece de fuerza ejecutiva, no siempre significa ineffectividad. La certeza que con ella se obtiene puede ser suficiente, sobre todo en relación con derechos de crédito todavía no exigibles, y conducir en su momento al cumplimiento voluntario de la correspondiente obligación.” *Jurisprudencia*. § 345. *Rumorti, S.A. TS I.ª S 843/1999, de 18 octubre. Deudas pecuniarias, acción meramente declarativa y sentencia de condena*, en Tribunales de Justicia, núm. 8/9, agosto/septiembre 2000, págs. 1007 a 1010, pág. 1010 para el anterior fragmento.

⁵³⁵ Ídem, pág. 195. Por otro lado, hay que tener presente que CHIOVENDA, J., (y en esto manifiesta coincidir con Wach y Hellwig), parte de un concepto de la acción “*in genere* como un derecho a la tutela jurídica respecto del Estado [...] o como un poder jurídico tendente a la actuación de la ley” (ídem, página 200, la cursiva aparece en el texto consultado). Comenta también que: “nosotros hemos preferido valernos de la acción declarativa para explicar mejor la autonomía de la acción”, defendiendo que “*solo* la declaración judicial tiene la importancia *social* que exige el interés del actor”, existiendo “intereses para cuya satisfacción *sólo* el proceso es medio: tal es el interés a la mera declaración judicial”. Ídem, pág. 201; las cursivas aparecen en el texto consultado.

⁵³⁶ Ídem, pág. 203; las cursivas aparecen en el texto consultado.

⁵³⁷ Ídem, págs. 203 *in fine* y 204; las cursivas aparecen en el texto consultado. A pie de la página 204 nos avisa que esta es empero una: “Cuestión vivamente controvertida”, citando expresamente a Crome, trad. Ascoli e Cammeo y a Calda.

de la oposición a la ejecución. La *actio iudicati* que nace de la sentencia de declaración no puede, pues, referirse a la ejecución forzosa, sino únicamente a la emanación de una nueva sentencia (de condena).⁵³⁸

Afianzados los anteriores conceptos (sobre los que ya se ha comentado que no existe disputa) hay que prevenir que, donde sí existe disenso, es en la misma estructuración del sistema, que no resulta compartida por todos los autores.⁵³⁹ Aun así, se seguirá en el presente estudio la clásica tripartición entre acciones (y correlativamente sentencias) mero-declarativas, constitutivas y de condena, por entender que es la tipología comúnmente empleada, y la seguida por el Legislador del 2000. Dentro de las anteriores coordenadas, determinar la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva resultará esencial para realizar un análisis poliédrico de la misma, así como para poder comprender las consecuencias que la nueva regulación implica, tanto en sede declarativa como de ejecución⁵⁴⁰.

Ahora bien, la simple definición de los anteriores tipos de tutela, resulta insuficiente para abordar la cuestión de la naturaleza jurídica de una figura tan longeva como la sentencia con reserva, que reclama para sí el examen de su componente dinámico. Ello aparece como evidente si se sopesa que, este tipo de resoluciones, fueron alumbradas mucho antes de que las precitadas categorías fueran forjadas por la doctrina procesal

⁵³⁸ Ídem, pág. 205, la cursiva aparece en el texto consultado. Defiende también que la sentencia de mera declaración puede tener otros efectos que la certidumbre del derecho en el caso concreto, pues puede ser necesaria como “condición para obtener resoluciones de naturaleza diferente de la ejecución forzosa”.

⁵³⁹ Así, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., afirma que la clásica distinción entre las sentencias declarativas, constitutivas y de condena se apoya en una concepción dualista de las relaciones entre derecho y juicio, considerando que “a medida que se desvirtúa el dualismo y se insiste no sólo en la aplicación del derecho por parte del tribunal, sino también en su creación en el caso concreto, quiebra por los cuatro costados tal clasificación.” Argumenta que desde una perspectiva monista sólo existe una categoría de sentencias: las constitutivas, y prosigue afirmando que: “Una ley tan proclive a la dogmática no podía obviar el referirse a esta clasificación tradicional. La clasificación, como digo, es inocua, un puro ejercicio académico legítimo en otro escenario, pero que no necesitaba plasmarse en la ley procesal y menos en la forma como lo hace. Como ya he señalado, al ciudadano no se le puede poner restricción alguna en cuanto al contenido de la tutela jurídica que pretende, porque ello violaría la Constitución (24.1 CE).” *Enjuiciamiento civil...*, opus cit., págs. 1358 y 1359.

⁵⁴⁰ Importancia ya advertida por MANRESA, J. M., quien afirmó con respecto a los artículos 359 y 360 de la anterior LEC que: “Realmente estos artículos no pertenecen al orden del procedimiento, pues se refieren al fondo o requisitos internos de las sentencias, o sea a las declaraciones que en ellas han de hacerse para resolver las cuestiones que hayan sido objeto del litigio. Por esto el Tribunal Supremo los admite como motivo de casación en el fondo, según estimó siempre las infracciones de los artículos 61, 62 y 63 de la ley anterior, a la vez que ha declarado constantemente que no pueden citarse con dicho objeto los que dan reglas para el procedimiento. No se entienda por esto que los creamos mal colocados en la presente ley; siendo la sentencia el objeto y fin del pleito, a la ley que ordena el procedimiento corresponde dictar las reglas para terminarlo.” *Comentarios...*, 4ª edición, 1919, opus cit., pág. 95.

pues, como ya se expuso, existieron revestidas de legalidad desde la LEM de 1830. Factor temporal que, tornándose indispensable en este caso, exige de un **análisis diacrónico** previo de las referidas tutelas, sobre todo si se advierte que una de ellas (la de mera-declaración) fue claramente marginada durante gran parte de la vigencia de aquéllas.

Sin pretender ser exhaustivo (al no ser éste el objeto central del presente trabajo), resulta útil apuntar, para comprender el alcance de su postergación, que ni tan siquiera resulta pacífico cuándo se produjo el **nacimiento de la tutela de mera declaración**. Así, por ejemplo, MORON PALOMINO⁵⁴¹ nos dirá que dicha problemática se puede entroncar con el **derecho romano**⁵⁴²; del mismo “proceden las acciones prejudiciales (*praeiudicia*), así llamadas porque mediante las mismas trataba de lograrse un pronunciamiento judicial sobre alguna cuestión relativa a la situación o estado de las personas, o en general dudosa y necesitada por tanto de certidumbre, que sirviera de antecedente a una acción posterior”. Por contra PRIETO CASTRO⁵⁴³ afirmará que: “El proceso romano no tiene, esencialmente, más que un fin: la condena. La declaración del derecho como forma autónoma de la actividad judicial, es desconocida en el sistema procesal romano, y en todos los que, derivados directamente de él, han satisfecho sus aspiraciones con el acervo recibido y no han tratado de darle un contenido más amplio y distinto.”

Confusos orígenes que nos obligan a avanzar algo más en el tiempo. El citado MORON PALOMINO vuelve a ilustrarnos, relatando que: “En el derecho común, las

⁵⁴¹ *Derecho procesal civil...*, opus cit., págs. 203 a 205.

⁵⁴² No lo tiene tan claro CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., quien afirma que: “La historia de esta modalidad de tutela es confusa. Parece, aunque no existe unanimidad doctrinal, que su origen no puede situarse en aquella época”. *Tutela civil declarativa...*, opus cit., a pie de la pág. 60. En este sentido cita a Fraga Iribarne, M., *La acción meramente declarativa*, opus cit., págs. 15-23; y en contra a Chiovenda, *Instituciones...*, I, traducción Gómez Orbaneja, págs. 230-234, Calonge Matellanes, A., *La acción de jactancia*, en <<Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes>>, coordinador Murillo Villar, A., Burgos 2000, pág. 52, a Brochard, *Las sentencias declarativas*, traducción Mercader, en *Revista de Derecho Procesal Argentina* 1947, n.º 3 y 4, págs. 594-595, Romano-Castellana, A., *L'azione di puro accertamento nel diritto privato*, Palermo 1913, págs. 1-32; Maynard, M., *Les jugements déclaratoires*, París 1922, págs. 8-16; Malavert, *Acción de jactancia y acción declarativa*, págs. 7-9 y Marín, *Las sentencias de mera declaración*, págs. 12-21.

⁵⁴³ *La acción declarativa. (Un estudio de historia, doctrina y legislación procesales)*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1932, pág. 9. Idéntico fragmento recoge CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., ídem, a pie de las págs. 60 y 61, en sostenimiento de la hipótesis de que la acción de mera-declaración pueda tener su origen no en el derecho romano clásico sino en el medieval germánico e italiano.

acciones prejudiciales fueron sustituidas por otras de carácter provocatorio, de origen germánico pero elaboradas sobre textos romanos”. Según este autor, sucedió que: “La idea de las acciones provocatorias del derecho común encuentra acogida en el derecho histórico español. En efecto, la ley XLVI, del título II, de la Partida Tercera consagra la llamada **acción de jactancia** a cuyo amparo podía una persona obtener frente a otra la condena a perpetuo silencio [...] si en el lapso de tiempo señalado por el juez no demandaba y conseguía acreditar el derecho que decía corresponderle.”⁵⁴⁴ Pero ocurrió que, a pesar de “la persistencia en el tiempo de los juicios provocatorios”, no se olvidó “el precedente romano de la acción declarativa. Su reaparición en el plano legislativo tiene lugar en el parágrafo 231 del texto primitivo de ZPO alemana”. Y en este punto concuerda con lo defendido por CALDERÓN CUADRADO quien mantiene que la “verdadera historia” de la acción mero declarativa “no comienza, al menos en el derecho continental, sino con las construcciones dogmáticas alemanas de mediados del diecinueve. De ahí que en aquellos momentos y en España no llegara a considerarse, ni tan siquiera plantearse, la simple declaración como categoría autónoma y atípica de tutela jurisdiccional.”⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ Sobre esta **acción de jactancia** han corrido verdaderos ríos de tinta entre nuestros procesalistas. Aún así sí destacaré las siguientes palabras que, sobre ella, vertió FERNÁNDEZ, M. A., pues vienen ahora a colación: “*La acción de jactancia* no es una acción declarativa. Se trata ([...]) de una reliquia histórica directamente derivada de los medievales juicios provocatorios y cuya existencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo junto a (y no en lugar de) las acciones meramente declarativas.” Con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., pág. 25; se ha respetado la cursiva del original consultado. Ahora bien, como señala poco después este mismo autor, en estos casos “la sentencia resulta de condena a *no hacer* (que, aunque sea hoy y en nuestro Derecho prácticamente inejecutable, es el apoyo de una indemnización de daños y perjuicios directamente exigible por el procedimiento de apremio) (925)”. Ídem, pág. 26; se ha respetado la cursiva del original consultado. Teniendo en cuenta que el acudir a ese mecanismo del art. 925 ALEC podía llevar con mucha facilidad a acabar liquidando esos daños y perjuicios a través de los incidentes de los arts. 928 y ss. ALEC (los mismos a través de los cuales se liquidaba la sentencia con reserva del art. 360 ALEC) se verá como, aunque sea indirectamente, todas estas figuras están, de una u otra forma, interconectadas en nuestro ordenamiento procesal.

⁵⁴⁵ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 61. Coincido plenamente en este punto con la referida autora, y me remito al pormenorizado análisis que, sobre este extremo, he realizado en relación a la evolución histórica de la sentencia con reserva, en el que se ha visto que en las antiguas leyes (recuérdese de forma destacada la aportación de VICENTE Y CARAVANTES, J., quien relacionó en este extremo además del artículo 61 LEC 1855, las Leyes 2, 5 y 15 del título 22 de la Partida 3, la segunda del título 13 del Fuero Real y el artículo 91 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil), y en la doctrina que las estudió no se estructuró la tutela mero declarativa de forma autónoma. E hitos de esta cuestión fueron el mencionado artículo 61 LEC 1855 que, aún siendo el primero en mencionar de forma expresa esa mera declaración (*Las sentencias deben ser claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo de la demanda*), fue interpretado por los autores de la época como una fórmula en la que implícitamente se advertía una condena/absolución (Cfr. MANRESA, J. M., NOUGUÉS SECALL, M., o el mismo VICENTE Y CARAVANTES, J.) y cómo, aún posteriormente, con la aprobación del art. 359 ALEC, PALACIOS Y HERRANZ, Q., y MIGUEL Y ROMERO, M., sostenían que la diferente dicción en este punto de dicho precepto con respecto al de su predecesor “no ha tenido otro objeto que *evitar que se dicten por los Jueces resoluciones ambiguas o intermedias* en las que, lejos de determinar de modo categórico y

Ahora bien, independientemente del origen romano o germánico de la tutela de mera declaración, lo cierto es que ésta se relacionó (al menos desde principios del S. XX) con los efectos prejudiciales de ciertas declaraciones, concebidas a modo de *prius logico* de la correspondiente condena. Ello se explicita en diversas sentencias dictadas precisamente en relación con la materia objeto del presente estudio en las que, aún no articulándose de forma autónoma la tutela de mera declaración, sí se reconocía a ésta como presupuesto de la de condena. Así, por ejemplo, en la **sentencia del TS de 25/06/1902**⁵⁴⁶, se dijo que: *La sentencia que declara existente un contrato de arrendamiento y condena al demandado al abono de perjuicios por incumplimiento de aquél guarda la debida congruencia con la petición de que se condene al demandado al abono de daños y perjuicios que ha inferido al actor por incumplir el contrato de los terrenos, pues la indemnización de perjuicios, motivo del pleito y objeto principal del fallo, presupone de manera inconcusa la existencia de un contrato, cuyo incumplimiento motiva aquella condena; y a esta declaración se ha limitado la Sala sentenciadora, en obediencia al art. 359, que se supone infringido en el segundo motivo del recurso, resolviendo sobre la petición referente a perjuicios, deducida oportunamente en el pleito, y haciendo la declaración que ésta exige, o sea la existencia del contrato de arrendamiento.*⁵⁴⁷

Por otro lado, y siguiendo nuevamente a MORON PALOMINO, cabe afirmar que en España “la jurisprudencia del TS anterior al CC no vaciló en reconocer la vigencia de la ley XLVI del título II de la Partida III donde se autorizaba el ejercicio de la acción de jactancia [...].El criterio resultaba coherente con la concepción privatística de la acción

concreto por parte de quien está la razón, se limiten a declarar la existencia del derecho sin absolver ni condenar a ninguno de los litigantes, olvidándose de que, *sententia de finit totam litem*.”

⁵⁴⁶ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3414. Dicho autor recoge esta resolución y la siguiente de 17/10/1922, justamente bajo el sub-epígrafe: “*Si el actor ha solicitado la condena como pretensión principal, puede el Tribunal resolver sobre la cuestión prejudicial en que deba fundarse aquélla, aun cuando no se haya formulado petición concreta en tal sentido.*” Sub-epígrafe que sitúa dentro del más amplio referente a la “congruencia”.

⁵⁴⁷ Y en la misma dirección también se halla la **sentencia de 17/10/1922**, en la que se aseveró que: “Exigiéndose la previa declaración de que el deudor ha incurrido en mora para los efectos de su condena al pago de intereses en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a que se contrae el art. 1108 CC, o de que ha procedido con mala fe si se trata de los intereses mencionados en el 1.896 CC, y declarado por la Sala sentenciadora que no cabe conceptuar incumplida la obligación por mora, dolo o cualquier otro modo, es visto que no puede prosperar el recurso, ya que por el recurrente, y en forma adecuada, no se combate la anterior apreciación del Tribunal, que no admite la concurrencia del factor previo y generador del pago de intereses que reclama en la demanda la parte actora.” Extraída de *idem*.

entonces imperante. En efecto, se entendía que la acción de jactancia, en concreto, había de corresponder al derecho civil, por lo cual, ni la Lec de 1855, ni la de 1881, leyes de procedimiento, podían derogar la referida ley de Partidas.” Pero: “El problema surge con la promulgación del CC a la vista de la disposición derogatoria contenida en el artículo 1.976. No faltaron decisiones del TS favorables a la subsistencia de la acción de jactancia⁵⁴⁸ [...]; pero es la jurisprudencia posterior, sin duda influenciada por las modernas ideas procesales, ya recibidas en España, la que reconoce sin titubeos la acción (en rigor, pretensión) meramente declarativa (sentencias de 21 de febrero de 1941, 30 de mayo de 1944, 25 de abril 1949, 16 de octubre 1969, etc...).”

Por tanto, y esto es lo ahora relevante, sucedió que el Legislador decimonónico partió de un sistema en el que no se permitía la tutela de carácter mero declarativo como autónoma (desgajada) de la de condena, prohibiéndose ejercer la primera de forma separada de la segunda. En este sentido fue muy expresivo PRIETO CASTRO, cuando relató que: “La historia legal de la a. d. [acción declarativa] empieza entre nosotros en las Partidas, en su forma más desmañada, como acción de jactancia, y termina en unas sentencias del T.S. a que luego haremos somera referencia. No existe evolución. Los cuerpos legales posteriores, ni la práctica, se hacen eco de las disquisiciones de los juristas posteriores a aquéllos, seguramente por incompreensión, y no se adelanta ni un paso en relación con Bartolo y Baldo, con la doctrina medieval.”⁵⁴⁹

Las normas generales sobre la sentencia (artículos 61 y 62 LEC de 1855 y 359 y 361 LEC de 1881), recogían la consideración que, el propio interés legítimo del actor, le compelia a pedir en estos supuestos la condena. En este sentido PRIETO CASTRO sostuvo que: “No existe en la ley de Enjuiciamiento civil ningún precepto semejante al del párr. 256 de la O.P. alemana, ni siquiera al del art. 36 del Codice italiano. Sí, en cambio, tenemos el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que parece expresar una oposición absoluta al pensamiento de la declaración del derecho [...] Y para la misma

⁵⁴⁸ En este punto valga la reflexión que hace PRIETO CASTRO en relación a la **sentencia de 27 de septiembre de 1912** del Tribunal Supremo en la que afirma que, en ella: “El Tribunal Supremo, en efecto, para salir adelante en sus tesis de la vigencia de la acción provocatoria, alega que la Partida III es de carácter procesal y que no puede ser derogada la ley 46 del tít. II por el art. 1.976 del Código civil: argumento gratuito, pues lo pudo ser entonces por el 2.182 de la ley de Enjuiciamiento civil”; aquí cita (a pie de página) a Beceña, *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928, y a un folleto del propio Prieto Castro, págs. 6-7 del mismo. *La acción declarativa...*, opus cit., pág. 122.

⁵⁴⁹ Ídem, pág. 36. Como se ha visto, regía en este punto lo prescrito en la ley XLVI, del título II, de la Tercera Partida.

conclusión ayudaría el 524: en la demanda <<se fijará con claridad y precisión lo que se pida...>>⁵⁵⁰, apuntando seguidamente que: “esto no tendría importancia si la Magistratura española y la conciencia jurídica general del país estuvieran un poco más adelantadas de lo que actualmente [1932] lo están.”

De lo anterior se deriva que la hipótesis, según la cual la sentencia con reserva sería una especie del género sentencia de mera declaración, pugnaría tanto con la configuración de esta la materia en los primeros estadios de su existencia, que aparece como casi inconcebible su denominación por ese nombre y, muy probablemente por ello, fue durante largo tiempo indubitado su tratamiento como sentencia de condena⁵⁵¹. Esta falta de reconocimiento de la tutela de mera-declaración suscitó en PRIETO CASTRO una actitud muy crítica en relación tanto con la legislación, como con la jurisprudencia de entonces, llegando a manifestar que “no es de extrañar que cuando se ha querido poner a prueba las cualidades de la Magistratura española, ésta haya respondido con un anacronismo. Este anacronismo es el de la resurrección de la antigua provocación llamada juicio de jactancia, que el Tribunal Supremo sacó de unas leyes confeccionadas en el siglo XIII, en sus dos famosas sentencias de 15 de Julio de 1882 y

⁵⁵⁰ Ídem, págs. 119 y 120.

⁵⁵¹ Esta falta de recursos y de precisión terminológica es de notable importancia, pudiendo ser una de las principales causas para que, lo que en un inicio sería uno de los pocos casos en que la tutela mero-declarativa fue regulada de forma específica en la ley (al menos desde una perspectiva funcional, como defenderé en el presente trabajo), haya acabado convirtiéndose (con la nueva LEC) en una limitación a dicha tutela (como también intentaré demostrar en esta obra). De hecho, sucedió que, con los artículos 63 LEC de 1855 y 360 LEC de 1881, se abrió un cauce para que, en los casos en ellos regulados, se permitiera acreditar el interés legítimo necesario para obtener una sentencia que tenía más características de la tutela meramente declarativa que de la de condena; y además, en el ámbito de lo pecuniario (en el que, a diferencia de lo predicado sobre las acciones reales, lo meramente declarativo parecía contrario a su misma naturaleza), concesión que se hizo por motivos prácticos (como ya se ha visto). De hecho, la pretensión de frutos, intereses, daños o perjuicios de que hablaba dicha excepción se solía relacionar por la doctrina del diecinueve, invariablemente, con una pretensión principal que tenía la naturaleza de acción real. De esta forma, la acción principal, la *acción in rem*, se solía acompañar de una pretensión accesorio referente a dichos frutos, intereses, daños o perjuicios. Tal vez el hecho de que en el ámbito de las acciones reales se permitiera el juego de cierta tutela de mera declaración (al ser su utilidad en este ámbito evidente, bajo determinadas circunstancias, y fraguándose justamente al socaire de la protección de diversos derechos reales la jurisprudencia relativa a la acción de jactancia) provocó que, por *accessoriedad*, también se abriera cierto campo a la tutela mero declarativa en dichos supuestos, a través de las referidas “condenas” con reserva, lo que estaba terminantemente vedado en el ámbito de las restantes acciones de carácter personal (excepto en muy contados supuestos) en donde, la protección de los derechos derivados de las correspondientes obligaciones, se debía hacer valer a través de la correspondiente condena y, llegado el caso, con la pertinente y posterior ejecución. Hipótesis que, empero, no será seguida en el presente trabajo pues, en mi opinión, fue precisamente el carácter accesorio de esas pretensiones el que habilitó su condena genérica, como medio (más que como fin) agilizador de la resolución de lo principal.

27 de Septiembre de 1912.”⁵⁵² De hecho, es curioso observar cómo la citada ley XLVI, del título II, de la Tercera Partida parecía inderogable⁵⁵³ según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues, por pertenecer al derecho civil cuando entraron en vigor las LEC de 1855 y 1881, y al derecho procesal cuando se aprobó el Código Civil, resultó en el primer caso inmune al artículo 2.182 LEC y en el segundo al artículo 1.976 CC. Hasta aquí llegaba la confusión en esta materia.

Si la ley y la jurisprudencia navegaban sin un rumbo claro, tampoco era mejor la orientación seguida por la doctrina. Amargamente decía PRIETO CASTRO que: “La doctrina española no ha estado más afortunada que la práctica [...] y se contentan con referirse a la ley de Partidas sin hacer más investigación [...]. Doctrina y práctica padecen de la ceguera que les causa el Derecho romano, que no permite ver más allá de la condena, ni estimar en los Tribunales otras funciones que las ordenadas a ésta”.⁵⁵⁴ Y volviendo a la jurisprudencia sentenciaba: “podríamos hablar de que los Jueces españoles no pueden rehusar el fallo a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Pero esto no será más que vana teoría mientras los Tribunales sigan alejados del mundo por una muralla china de prejuicios tradicionales y de incomprensión.”⁵⁵⁵

En esencia en el mismo sentido, pero ya en el presente, CALDERÓN CUADRADO sostiene que: “Si bien en la actualidad nadie duda de la efectiva existencia de la modalidad de tutela de mera declaración, durante casi cien años –no se olvide que el inicio de la corriente jurisprudencial favorable no se produce hasta 1944-, directa o indirectamente, vino sosteniéndose que el juicio consistente en emitir una simple declaración de existencia o inexistencia de derechos o relaciones jurídicas no era posible en nuestro ordenamiento.”⁵⁵⁶ Añade más adelante que “no puede extrañar el rechazo producido a la posibilidad de tutela de mera declaración. Resultaba disconforme que pudieran existir demandas donde lo afirmado era tan sólo una amenaza, una situación de incertidumbre sobre un derecho, o juicios cuyo contenido se limitara a remediar

⁵⁵² *La acción declarativa...*, opus cit., pág. 120.

⁵⁵³ Interesante es en este punto el estudio que, sobre la “probable derogación de la Partida III (leyes 46 y 47, título II), realiza CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 81 a 104; en las páginas siguientes (105 a 133) analiza “La insuficiencia de la jactancia en la actualidad”.

⁵⁵⁴ *La acción declarativa...*, opus cit., pág. 122.

⁵⁵⁵ Ídem, pág. 123.

⁵⁵⁶ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 64.

injusticias futuras y no a reparar las ya causadas.”⁵⁵⁷ También defiende dicha autora que existía (“según la doctrina y jurisprudencia patria”) una norma general que: “No estaba escrita, es verdad, pero se deducía del conjunto del ordenamiento jurídico: era la actividad jurisdiccional de condena, única modalidad que se ajustaba al esquema conceptual y también legal que se pensaba establecido.”⁵⁵⁸ Y continua afirmando que: “Por contra, la tutela meramente declarativa **sólo podía configurarse como excepción**. Partía, en general, de una transgresión todavía no producida, aunque en peligro de realización, y no exigía, en ningún caso, imposición de prestación alguna. En estas circunstancias su atípica admisión devenía imposible –difícil sería que la actuación de jueces y tribunales apareciera como precisa- y tan sólo en supuestos concretos, de manera expresa previstos, sería reconocida. Como es lógico, de ellos no podía deducirse figura general alguna –máxime cuando los establecidos podían calificarse en su mayoría de declarativos necesarios-, siendo cuestionable además su extensión por analogía a otras hipótesis particulares.”

Realmente, eran contados los casos en los que la tutela mero declarativa estaba expresamente regulada. PRIETO CASTRO nos ilustró sobre ellos aseverando que: “Preceptos de declaración especial, generalmente de carácter procesal, es decir, permitidos por presuponerse el interés de declaración, casi siempre encaminados a obtener una sentencia que ha de servir en un proceso posterior, tenemos algunos en nuestras leyes.”⁵⁵⁹ Citó a continuación diversos, entre los cuales se encontraba “seguramente la del art. 942 (y 936), que aprueba la liquidación a que se refiere el art. 932 ib.; la evaluatoria de los daños, del art. 928 y 930, y la providencia del 948, sobre reducción de frutos a metálico.” Por tanto (y aquí vuelve a sorprender la perspicacia de este autor), este jurista ya se percató de los disruptivos efectos que, el juego de la remisión de la cuantificación a un momento posterior, ocasionaba sobre la naturaleza de una de las dos resoluciones implicadas en el mismo, que se debía tornar de mera-declaración.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Ídem, pág. 69; a pie de página cita en este momento precipadamente a Prieto Castro, *La acción declarativa...*, opus cit., pág. 117.

⁵⁵⁸ Ídem, pág. 70.

⁵⁵⁹ *La acción declarativa...*, opus cit., pág. 123.

⁵⁶⁰ Como es de ver en la anterior cita, para este autor era el auto que aprobaba la liquidación el que poseía esa naturaleza mero-declarativa. En este aspecto se puede considerar su posición como un precedente de la que posteriormente, con mayor extensión y profundidad, defenderá CORDÓN MORENO, F., *La*

Ya se ha apuntado anteriormente que será, a partir de los años cuarenta del siglo XX, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que irá forjando el reconocimiento de la tutela de mera declaración en nuestro ordenamiento. La primera sentencia que se cita en este sentido es la **STS de 22 de septiembre de 1944**⁵⁶¹ a la que siguieron otras de este mismo Tribunal y del Tribunal Constitucional⁵⁶². De entre ellas, cinco son las sentencias que despuntan en este campo: las de **8 de noviembre de 1994**, **18 de julio de 1997**⁵⁶³, de **18 de octubre de 1999**⁵⁶⁴, de **31 de julio del 2001**⁵⁶⁵ y de 19 de junio del 2003.

sentencia de condena..., opus cit., págs. 41 a 64, en la que asimismo estimará como de mera-declaración a la segunda resolución (es decir, a la que fija el correspondiente *quantum*). Por otro lado, también advirtió PIETRO CASTRO que ese tipo de acciones no solamente se hallaban reguladas en la LEC: “En el Código civil pueden encontrarse algunas acciones declarativas: positivas y negativas en los artículos 111, 113 y 118, sobre paternidad y filiación” (idem, pág. 124), entre otras que relaciona.

⁵⁶¹ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., analiza esta sentencia en *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 133 a 137; (RJA 1944/1003, págs. 579-580). Relaciona seguidamente otras posteriores en las que también se reconoce la tutela de mero-declaración; entre ellas: SSTS de 9 y 25 de abril de 1949, de 10 de abril de 1954 (RJA 1949/432; 1949/435 y 1954/1307), ídem, págs. 137 a 141.

⁵⁶² CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., cita las SSTC 71/1991, 210/1992, 20/1993 y 65/1995, *Deudas pecuniarias...*, opus cit., pág. 1009.

⁵⁶³ Sobre esta sentencia existe el siguiente interesante comentario de Díez-Picazo, I.: *Jurisprudencia § 126. IMASA. TS 1.ª S 667/1997, de 18 julio. § 126.- Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, en *Tribunales de Justicia*, n.º 3, marzo 1998, págs. 354 a 358.

⁵⁶⁴ Esta resolución la recoge en parte CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 395 y 396, poniéndola en relación con el trabajo de Banacloche Palao, J., *Consultas: ¿Puedo ejercitar una acción meramente declarativa con el fin de que se me reconozca la existencia de una deuda pecuniaria aún no exigible?*, y con el ya citado de la propia Calderón Cuadrado, M^a. P., *Deudas pecuniarias...*, ambos publicados en *Tribunales de Justicia* 2000/4 y 2000/8-9, págs. 475 y 1007-1010, respectivamente. Justamente éste último estudio recoge el comentario que efectuó a dicha sentencia la citada autora, al que precede una reproducción de los Fundamentos de Derecho de la referida resolución.

⁵⁶⁵ Concretamente la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 31 de julio del 2001** expuso, en su fundamento jurídico tercero, que: *Por su incidencia con la cuestión objeto de este motivo del recurso, conviene traer a colación la doctrina sentada en la STS de 18 Oct. 1999, la cual precisa que «la posibilidad de las acciones meramente declarativas, aunque no está expresamente reconocida en la Ley Procesal, es una realidad reconocida ampliamente en la jurisprudencia, especialmente en el campo de los derechos reales (SSTS de 8 Nov. 1994 y 18 Jul. 1997), pero no es advertible, singularmente en el terreno de los principios, la operatividad en el ámbito de las deudas pecuniarias, toda vez que, salvo algún condicionamiento específico (que aquí no consta), no se entiende un interés jurídico en la declaración de existencia de la deuda, que no pueda ser seguida de su efectividad», cuya posición es extrapolable al supuesto del debate, toda vez, como la propia recurrente descarta la presencia, siquiera implícita, de acciones de condena en la demanda, corresponde sentar la inexistencia de interés jurídico en el exclusivo ejercicio de las promovidas con la suplica de la declaración de la deuda de una cantidad líquida.*

El actor pudo demandar a «AFINSA» para interesar conjuntamente tanto la declaración de la obligación de que esta compañía le reembolsara, e igualmente a su esposa, la cantidad abonada a la Caja por los resultados del juicio ejecutivo antes aludido, como la condena a su pago, y, de manera subsidiaria, tuvo asimismo a su alcance efectuar análoga reclamación contra los restantes codemandados, lo cual constituía la forma adecuada para encauzar sus pretensiones, pero no lo es la ofrecida en este proceso.

Por demás, conviene recordar la regla contenida en el artículo 219.1 de la Ley 1/2000, de 7 Ene., de Enjuiciamiento Civil, la cual dispone que «cuando se reclame el pago de una cantidad de dinero determinado de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse

Sírvanos, por todas, la última de las citadas sentencias (al recoger la doctrina sentada por sus antecesoras) para anunciar ya otro debate al que haré referencia posteriormente, y que versa sobre los **dos límites** que parecen acotar el ejercicio de la **tutela de mera declaración**: por un lado, el general referente a la necesaria existencia de un interés legítimo especialmente cualificado; por el otro, el específico que recoge el art. 219.1 LEC (en relación con el crédito dinerario) que parece compeler a ejercitar (“conjuntamente”) la correspondiente acción de condena. Lindes que aparecen como inextricablemente relacionados, al vincularse la prohibición de petitionar únicamente la mera declaración (de la liquidación de la indemnización) con la presunción de que no puede existir interés en ella.

De esta forma, la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 19 de junio del 2003**, resolutoria del recurso nº 3100/97, en su fundamento jurídico segundo, afirmó que: *Tal pronunciamiento de la pretensión de la demandante evidencia que la acción por ella ejercitada tiene la naturaleza o pertenece a la clase de las llamadas, por la doctrina y la jurisprudencia, acciones merodeclarativas a las que se refiere la sentencia de esta Sala de 8 Nov. 1994, según la cual «aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso las acciones merodeclarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas "acciones" y de hecho no son infrecuentes en la práctica, en especial en el campo de los derechos reales. Este tipo de pretensiones no intenta la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no busca por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, y la parte contraria no se opone*

también la condena a su pago (...)», que aunque no es de aplicación al supuesto del debate en virtud de la Disposición transitoria cuarta de esta Ley, expresa la actual posición legislativa sobre esta materia. Dictada en resolución del recurso nº 1746/96; resolución también recogida, en parte, por CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 396 y 397, así como la posterior de 19 de junio de 2003, pág. 397.

al derecho»; [se recogen seguidamente de forma breve las STS de 18 Oct. 1999 de 18 Nov. 1994, de 18 Jul. 1997 y de 31 Jul. 2001].

La expuesta doctrina jurisprudencial aplicada al caso litigioso, en que la acción ejercitada constituye un claro ejemplo de acción meramente declarativa de la liquidación de la indemnización que se dice debería abonar la demandada a la actora, pero sin actuar ninguna pretensión de condena a su pago, pone de manifiesto la inexistencia de un interés jurídico en el ejercicio de esa acción. Inexistente, por tanto, interés jurídico en el ejercicio de la acción planteada, resultan inútiles las pruebas propuestas con la finalidad de determinar el montante de la indemnización cuya simple o mera declaración se postula. En consecuencia procede la desestimación del motivo.

A su vez, la anterior jurisprudencia del TS se ha de complementar con la que fraguó el **Tribunal Constitucional** en esta cuestión. En este sentido, CALDERÓN CUADRADO⁵⁶⁶ recoge diversas de sus resoluciones, que engarzan el reconocimiento de la tutela de mera declaración con el artículo 24.1 CE, con la particularidad de que se dictaron básicamente en el ámbito del **proceso laboral**. Relaciona esta autora, entre otras, las SSTC 20/1993, Sala 2ª, de 12 de febrero, 39/1984, Sala 1ª, de 20 de marzo, 71/1991, Sala 2ª, de 8 de abril, 210/1992, Sala 1ª, de 30 de noviembre y 65/1995, Sala 2ª, de 8 de mayo, concluyendo que: “Es manifiesto, por tanto, que para el Tribunal Constitucional no debía –ni debe- negarse la admisibilidad con carácter general de la tutela meramente declarativa. Pese a la ausencia de norma en tal sentido en el ordenamiento español de entonces, la propia Constitución respaldaría aquella construcción jurisprudencial favorable a este tipo de acciones. Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva exigía –y exige-, en su opinión, dar una respuesta favorable a su reconocimiento generalizado, que no incondicionado, quedando abierta, en consecuencia, la posibilidad de recurrir en amparo ante el máximo intérprete de la Constitución por vulneración del artículo 24 de la misma.”⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 142 a 148.

⁵⁶⁷ Ídem, págs. 147 *in fine* y 148 *ab initio*. Otros autores también se han pronunciado en parecido sentido. Véase, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, I., quien igualmente observa que: “Sobre la admisibilidad de las acciones meramente declarativas como forma de tutela jurisdiccional, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias que, aunque dictadas respecto del orden jurisdiccional social, son plenamente aplicables a cualesquiera órdenes jurisdiccionales destinados a la defensa de derechos subjetivos”, extractando seguidamente parte (FJ 3º) de la ya mencionada **STC 20/1993**. § 126.- *Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, opus cit., pág. 357.

Ahora bien, las anteriores sentencias fueron dictadas aplicando todavía la normativa de la ALEC. Como es sabido, con la LEC del 2000 se ha innovado legislativamente el estado de esta materia, principalmente a través de su **artículo 5** (titulado precisamente: *Clases de tutela jurisdiccional*) el cual, por primera vez (pues no podemos, como ya se ha demostrado, tener como verdadero antecesor del mismo al art. 61 LEC 1855) reconoce de forma expresa la tutela de mera declaración⁵⁶⁸. A partir de este momento la jurisprudencia y la doctrina han tenido que variar su enfoque sobre esta cuestión⁵⁶⁹ y, en varias ocasiones, lo han hecho relacionando el citado art. 5 LEC con el 219 LEC, como que se examinará al hilo de los siguientes apartados de este tema⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Concretamente el dictado del primer apartado de dicho precepto es del siguiente tenor literal: *Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.*

⁵⁶⁹ Así ya lo anunciaron BANACLOCHE PALAO, JULIO, quien, siguiendo lo que sostuvo la STS de 18/10/1999 “no se podría presentar una demanda conteniendo una acción merodeclarativa en la que se pida exclusivamente el reconocimiento judicial de una deuda. Ahora bien, se podría conseguir una finalidad similar ejercitando la denominada acción de jactancia”, añadió posteriormente que: “En todo caso, esta jurisprudencia es discutible que pueda seguir manteniéndose cuando entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, pues ésta, en su artículo 5.1, establece que [...]. Al no especificarse en dicho precepto qué tipo de derechos pueden ser susceptibles de declaración, no hay ninguna razón para sostener que ésta deba limitarse sólo a los derechos reales, pues donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete.”, aunque en el siguiente párrafo relacionó la prohibición contenida en el art. 219.1 LEC, la cual ciñó a las deudas pecuniarias que “sean susceptibles de ser exigidas en juicio, porque ya han vencido y debieron pagarse”. *Consulta 5 (Acción meramente declarativa)*, en *Tribunales de Justicia*, n.º 4, abril 2000, pág. 475. Y CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., quien aseveró que la entrada en vigor de la LEC del 2000 “va a obligar a intérpretes, comentaristas y aplicadores a variar el mencionado punto de partida. Su artículo 5.1 establece las clases de tutela jurisdiccional que pueden pretenderse de los tribunales, incluyéndose entre ellas, como ya recogió y recoge el § 256 d la ZPO alemana, <<la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas>>. Se despeja, pues, y totalmente, cualquier inseguridad sobre la admisibilidad en derecho español de las acciones de mera declaración”. *Deudas pecuniarias...*, opus cit., pág. 1009; aunque, al hilo de su comentario de la STS 843/1999, matiza la anterior aseveración al reflejar la cuestión de “su dificultad de existencia [de la tutela mero declarativa] más allá del campo de los derechos reales”. Ídem.

⁵⁷⁰ Con prontitud lo tuvo que hacer la “jurisprudencia” de las Audiencias, en cuyas resoluciones suele haber remisiones a las antedichas sentencias del Tribunal Supremo. A modo ejemplificativo, se observa en la **sentencia de la AP de Asturias (Sección 6ª), de 12 de enero del 2004**, resolutoria del recurso nº 513/03, en la que se puede comprobar cómo se ha engarzado la jurisprudencia del Alto Tribunal con la regulación actual (conectándose, como se verá, directamente los arts. 5.1 y 219.1 LEC), la cual ha servido para clarificar normativamente la situación. Así, en esta resolución se argumentó (dentro de su fundamento de derecho segundo) que: *La Jurisprudencia del TS (Sts. 8-11-94, 18-7-97, 26-2 y 18-10-99, 31-7-01, entre otras) reconoce la existencia de las llamadas acciones meramente declarativas, afirmando la primera de las sentencias citadas que tales acciones no intentan la condena del adversario sino que declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida, por lo que no buscan la obtención inmediata o actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. Sólo deniega su ejercicio cuando se trata de reclamaciones dinerarias. Pues bien, en la actualidad tal doctrina aparece sancionada en los arts. 5.1 y 219.1 de la nueva LEC, reconociendo el primero la incuestionable realidad de dichas acciones mero-declarativas, y el segundo su proscripción cuando se trata de reclamaciones dinerarias.* Otro ejemplo del cambio operado se puede constatar en la siguiente resolución, en la que el tribunal también es de la opinión de que la tutela de mera

4.4.2. Estado de la cuestión en la doctrina española, crítica a los razonamientos por ella expuestos, breve análisis comparativo de los ordenamientos italiano y alemán e intento de superación del anterior debate.

declaración queda limitada por la aplicación del artículo 219.1 LEC; la reproduzco de forma más extensa porque me parece interesante la distinción que realiza entre los conceptos de sentencia de mera declaración y de condena, y su engarce con el concepto de condena de futuro. Se trata del **Auto de la AP de Zamora, de 27 de febrero del 2006**, resolutorio del recurso nº 35/06, el cual, en su fundamento de derecho tercero, afirmó que: *No cabe duda alguna de que en nuestro actual Ordenamiento Procesal Civil es perfectamente posible, aunque con ciertas restricciones, el ejercicio de acciones meramente declarativas, pues el artículo 5-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que [sigue el contenido del precepto citado], y el artículo 219-1 del mismo Texto Legal sólo prohíbe el ejercicio de acciones meramente declarativas del derecho a percibir una cantidad determinada de dinero, o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, pues en tales casos habrá de solicitarse también la condena a su pago.*

Ahora bien, para determinar si nos encontramos ante una sentencia con pronunciamientos de condena y, por tanto, ejecutable, o ante una sentencia meramente declarativa, no basta con hacer una interpretación excesivamente restrictiva, basada única y exclusivamente en los términos literales en que se expresa el fallo de la sentencia, que pueda desconocer o limitar excesivamente el derecho a la tutela jurisdiccional, en su vertiente, ya examinada, de derecho a la ejecución de las sentencias firmes, pues en ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se exige que necesariamente hayan de emplearse los términos "condena", "condeno", o "condenamos" o cualesquiera otras fórmulas sacramentales, con exclusión de cualquier otro, para que podamos entender que nos encontramos ante una sentencia de condena, por lo que habrá que entender que pueden emplearse, a tales efectos, otros términos que expresen, de forma inequívoca, que la sentencia no se limita a declarar determinados derechos, sino que procura que dichos derechos se hagan efectivos, ofreciendo la forma en que ha de darse satisfacción a los mismos, y, en su caso, las medidas a adoptar para que dicha satisfacción se pueda producir con las necesarias garantías, por lo que habrá que acudir, en cada caso, a los criterios interpretativos que ofrecen la propia demanda o reconvención, y la sentencia que se dicte acogiendo, total o parcialmente, sus pedimentos.

Siguiendo tales criterios, en el presente caso [...] no estamos en presencia de una sentencia meramente declarativa o constitutiva, sino que, aunque no utiliza las expresiones o términos «condena», «condeno», «condenamos» o cualesquiera otras semejantes, cuando emplea la expresión «...hará frente...» está condenando al ejecutado a que haga frente, es decir a que abone o pague las cuotas del préstamo y los gastos que pesan sobre los dos vehículos cuyo uso le fue adjudicado, pues el verbo hacer, aunque en tiempo verbal futuro, en la tercera de las acepciones del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, significa ejecutar, poner por obra una acción o trabajo, que unido al sustantivo frente, no puede tener otro significado que el de tener que pechar con las cuotas de los préstamos y gastos que pesen sobre los vehículos cuyo uso se le atribuyó.

El hecho de que se emplee el tiempo verbal de futuro simple no entraña en modo alguno que el título judicial, la sentencia firme de condena, no sea ejecutable, pues es bien sabido que caben se dicten sentencias con condenas de futuro, según el artículo 220 de la L. E. Civil, que dispone que la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte, que no es ni más ni menos que lo que dice la sentencia objeto de ejecución, al condenar al esposo, y en su caso a la esposa, a que abonen o paguen, al menos hasta que se liquide la sociedad de gananciales, las cuotas de los préstamos y gastos que pesan sobre los vehículos cuyo uso le fueron adjudicados en la sentencia de separación matrimonial.

Por todo ello, independientemente de lo que luego diremos, al estudiar el segundo de los motivos del recurso, la sentencia reúne los requisitos de ser una sentencia firme de condena.

4.4.2.1. Introducción.

Sirva en este momento como introito el estudio que ARIAS LOZANO realizó, en referencia a las resoluciones que provocaba lo ordenado en el artículo 360 ALEC⁵⁷¹. Bajo la regulación de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil había “dos resoluciones diferenciadas y, en cierto modo, complementarias. De un lado, la sentencia que declara la existencia del daño y condena al pago de lo que efectivamente se determine en ejecución de sentencia. De otro, el auto que pone fin al incidente de liquidación que se practica en sede de ejecución forzosa, el que determina con precisión cuánto se debe”⁵⁷². Opinaba dicho autor⁵⁷³ que “la sentencia de condena genérica es una sentencia meramente declarativa, en la que se declara la existencia de un daño. Pero no hay condena, porque no hay prestación alguna a la que condenar”⁵⁷⁴. En congruencia con lo anterior sostenía que en este tipo de sentencias su cumplimiento voluntario resultaría imposible. Pero añadía asimismo una clara diferencia con las sentencias meramente declarativas que no es, en mi opinión, ni mucho menos baladí, atendiendo justamente a la reforma operada por la LEC del 2000: “La sentencia de condena con reserva tiene frente a las declarativas la **única especialidad** de que faculta el acceso al cauce especial de liquidación de los artículos 928 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. O lo que es lo mismo, permite el uso de la función positiva de cosa juzgada de la sentencia mero-declarativa en un proceso especial de declaración posterior”⁵⁷⁵. *Sensu contrario*, si no existiera esta especialidad (que no se da en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil), habría que concluir que la sentencia de condena con reserva no comportaría, en la práctica, ninguna diferencia con respecto a una sentencia de mera declaración.

⁵⁷¹ Vid. La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., págs. 11155 a 11165, que dedica dicho autor a las mentadas resoluciones.

⁵⁷² Cita en este punto a Carnelutti en relación a la “formación progresiva de la sentencia”, *Lezioni di Diritto Processuale civile*, IV, pág. 19 (citado asimismo por CALAMANDREI, P., *Studi sul processo civile*, opus cit., pág. 229) y en atención a la “pluralidad de procesos respecto de una litis”, <<Condena genérica al resarcimiento del daño>>, en *Estudios de Derecho Procesal* (trad. Sentís Melendo), II, Buenos Aires, 1952, pág. 333.

⁵⁷³ En concordancia con Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 979, y después de haber reseñado también la opinión de Cordón Moreno, F., *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 47.

⁵⁷⁴ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., pág. 11156.

⁵⁷⁵ Ídem, pág. 11157.

Siguiendo con el hilo argumental realizado por el mencionado autor, la segunda resolución (“el auto que determina la cuantía de la deuda”) se dictaría en el marco de “un verdadero proceso de declaración [el que se hallaba reglado en los artículos 928 y ss ALEC] en el que se gesta lo que luego será el auténtico título ejecutivo [el citado auto determinante de la cuantía de la deuda]”. Este auto ya reuniría los dos requisitos que relaciona dicho jurista: “una prestación concreta” y, en consecuencia, el hecho de que “puede ser cumplido voluntariamente por el deudor”⁵⁷⁶. La “verdadera ejecución” no se iniciaría hasta una vez dictado el mencionado auto, al determinar éste la posibilidad de su cumplimiento voluntario por el demandado “sin que haya habido actividad ejecutiva alguna”, siendo el título con el que el actor podría presentar la demanda ejecutiva⁵⁷⁷, procediendo sólo entonces el despacho de la ejecución, quedando ello corroborado con la previsión que se hacía de la posible adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 923 ALEC (“embargo preventivo especial para estos casos”). Ahora bien, para dicho autor: “Existe, por último, un argumento a nuestro juicio indiscutible, que corrobora nuestra tesis y desvirtúa aquellas que ven en la condena genérica una auténtica sentencia de condena y en el auto que liquida una respuesta mero-declarativa [(...)]⁵⁷⁸. Y no es otro que la génesis histórica de esta peculiar institución”. En cuanto al análisis de la misma me remito al estudio realizado en el primer capítulo del presente estudio. Baste aquí decir, que ARIAS LOZANO concluye afirmando que: “En definitiva, por todo lo expuesto, y a pesar de lo que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia suele entender, a nuestro juicio la sentencia de condena con reserva es de naturaleza mero-declarativa. Ahora bien, el ordenamiento establece un cauce privilegiado *ratione materiae* para que, operando la función positiva de cosa juzgada material de la sentencia mero-declarativa, se gesticione otra de condena. Al ser sólo datos

⁵⁷⁶ Afirma también que la “generalidad de la doctrina coincide en la naturaleza declarativa de este incidente” (ídem, pág. 11157), citando expresamente a Ortells Ramos, *Derecho jurisdiccional* (con Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L. y Montón Redondo, A.) II, 1.º, pág. 312. En conexión con esta cuestión, y más concretamente en relación a “la original posibilidad de que se permita recurrir en casación por los motivos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no por el estrecho cauce de la casación en ejecución de sentencia del artículo 1.687.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (ídem, pág. 11158), cita a Ortiz Navacerrada, <<El recurso de casación en ejecución de sentencia civil>>, *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992, pág. 275, y a sí mismo en *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*. C.e.r.a., Madrid, 1994, págs. 133 y ss.

⁵⁷⁷ Aquí trae a colación el artículo 943 ALEC.

⁵⁷⁸ Aquí, a pie de página, recoge la opinión que Cordón Moreno, F., vertió en *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 48 (ídem, pág. 11159).

físicos y operaciones numéricas, bien vale el cauce incidental”⁵⁷⁹. De todas formas, no se le escapa a este autor “la íntima relación” que existía “entre ambos procesos y que aisladamente no cabría el proceso de liquidación. Sin embargo, antes de hablar de la <<condena con reserva>> como un *tertium genus* a caballo ente la declaración y la condena o de una <<formación progresiva de la sentencia (CARNELUTTI), preferimos encuadrar esta institución en las categorías dogmáticas tradicionales y arrostrar las consecuencias.”⁵⁸⁰

4.4.2.2. Defensores de la naturaleza meramente declarativa de la sentencia con reserva.

Como ya se desprende de lo relacionado por ARIAS LOZANO, es patente que la doctrina no ha sido unánime en este tema⁵⁸¹, al defenderse posturas claramente contradictorias. La primera de ellas, y es un buen ejemplo la del mencionado ARIAS LOZANO, aboga por la consideración de que la sentencia con reserva de liquidación es **una sentencia de mera declaración**⁵⁸². Se entiende desde esta perspectiva que la

⁵⁷⁹ Ídem, pág. 11164. Seguidamente (págs. 11164 y 1165) recoge la opinión crítica de Guasp, J., a la configuración que introdujo el antedicho artículo 360 ALEC, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 979. Opinión que discute, remitiéndose a sí mismo en *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, págs. 47 y ss.

⁵⁸⁰ Ídem, pág. 11165.

⁵⁸¹ En el mismo sentido se pronuncia (ya bajo la vigencia de la LEC del 2000), con cita expresa del anterior, RIBELLES ARELLANO, cfr. su comentario del artículo 219 LEC, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 847, citando a pie de la anterior página a Cerdón Moreno, F., *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 44, como ejemplo de quienes defienden que la naturaleza de la sentencia con reserva de liquidación es de condena. El mismo RIBELLES ARELLANO parece tomar partido también en este tema al defender que: “La redacción del precepto no es afortunada [del art. 219 LEC; cita aquí a Tapia Fernández, I.], por cuanto califica como <<acción meramente declarativa>> a la petición genérica de condena con reserva de liquidación, cuando ésta también es una acción declarativa de condena, aun cuando lo sea al pago de una cantidad ilíquida. En segundo lugar, por cuanto la confusa reacción del precepto parece prohibir, sin justificación alguna, las acciones meramente declarativas de la existencia de una deuda cierta. Por último, porque el último apartado del propio artículo 219 contempla, precisamente, una acción declarativa si <<se dejan para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de cantidades>>, en flagrante contradicción con el apartado primero.” Ídem, página 849. Opinión, ésta última, que reitera posteriormente cuando sostiene que: “El último inciso de la norma [del art. 219 LEC] alude a la posibilidad de que el demandante promueva una acción meramente declarativa, aun cuando la califique como <<de condena al pago de una cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos>>, dejando <<para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades>>; la liquidez es un presupuesto necesario de la ejecución, por lo que si se relegan a un procedimiento posterior <<los problemas de liquidación>>, obviamente la sentencia no podrá ser ejecutada.” Ídem, págs. 850 *in fine* y 851 *ab initio*.

⁵⁸² Sobre los conceptos de sentencia meramente declarativa y sentencia de condena me remito al apartado anterior de este estudio.

sentencia con reserva únicamente reconoce la existencia de una deuda, no pudiendo nunca constituir un título ejecutivo. En este sentido ya se pronunciaba GUASP⁵⁸³ quien opinaba que: “En la sentencia se condena efectivamente a la parte que resulte obligada a la entrega de frutos, intereses y daños y perjuicios y se reserva la fijación de su importancia o cuantía para el proceso de ejecución. La sentencia, en este caso, aparece pues, no como sentencia declarativa sino de condena, título bastante para que ulteriormente se despache la ejecución; no obstante, si se considera el proceso de ejecución en que se realizan los actos instructorios necesarios para fijar el importe líquido de la condena, como un proceso de cognición [...], debe entenderse que la sentencia de condena genérica es una sentencia declarativa, y, por tanto, que no se trata de un título ejecutivo porque la ejecución no comienza mientras no se dicta el auto de que habla el art. 942 y éste es el que verdaderamente da lugar a la ejecución (art. 943¹).”⁵⁸⁴. También en esta línea encontramos a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, quien sostenía que la sentencia que reservaba toda la determinación del correspondiente importe para la ejecución “tiene el carácter de ser meramente declarativa, ya que el efecto propio de la sentencia de condena habrá de registrarse en la etapa de la ejecución. [...] el fallo tendrá solamente un carácter declarativo del crédito, sin más agregado a este respecto.”⁵⁸⁵

En la misma dirección que los anteriores se significó MORON PALOMINO⁵⁸⁶ quien (como ya se ha visto) analizó la “pretensión de mera declaración” de una manera lúcida y concisa afirmando, por un lado, que había (bajo la LEC de 1881) una “falta de

⁵⁸³ Véase GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 979.

⁵⁸⁴ Ya había avanzado esta conclusión anteriormente en dicha obra y al hilo del mismo comentario del art. 360 ALEC, cuando aseveró que: “Quedan planteados sin embargo numerosos problemas de gran importancia, entre ellos el de la naturaleza jurídica de la sentencia que decide afirmativamente sobre la existencia de la deuda (sobre la obligación de abonar frutos, intereses y daños y perjuicios). Dado el fin que se asigna a dichas sentencias parece más lógico considerarlas como una sentencia declarativa que de condena propiamente.” Ídem, a pie de su pág. 977. Ahora bien, desde un punto de vista más amplio, resulta en este momento preciso recordar que GUASP, J., y ARAGONESES, P., consideraron que estas sentencias podrían ser consideradas *sentencias parciales*, al diferenciar, por razón de su ámbito, éstas últimas de las sentencias totales. Sentencia total sería aquella que resolvería todas las cuestiones de fondo planteadas, mientras que la sentencia parcial sólo resolvería parte de las mismas. *Derecho Procesal Civil*, tomo I (sexta edición), opus cit., pág. 516; en la 7ª edición (2005), se recoge la misma idea, al afirmarse justamente que: “Un supuesto de sentencia parcial puede ser aquel que recoge el artículo 219 de la LEC” (pág. 538). En parecido sentido se pronunció PLAZA, MANUEL DE LA, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pág. 597. Sobre ello se volverá, con mayor detenimiento, en este mismo apartado, al abordar este tema de forma comparada con el derecho italiano.

⁵⁸⁵ *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 405.

⁵⁸⁶ *Derecho procesal civil...*, opus cit., págs. 202 a 205.

reconocimiento expreso de la pretensión de declaración en nuestro ordenamiento positivo”⁵⁸⁷ y, por otro (y ya en sede de “clases de sentencias”), que: “En realidad y pese a la terminología legal (<<se hará condena>>) la modalidad de sentencia a la se refiere el art. 360 Lec no es de condena sino de declaración. No es, en efecto, de condena porque carece del elementos [sic] indispensable para ello, a saber, la imposición al demandado de un deber de prestación, cuya exigibilidad justifique el tránsito a la etapa de ejecución procesal. Sí es, en cambio de declaración porque reconoce y declara el derecho del actor a obtener el importe económico de determinados frutos, intereses, daños o perjuicios.”⁵⁸⁸

También en este sentido se pronuncia ORTELLS RAMOS, dentro de la distinción que realiza entre sentencias “completamente determinadas o relativamente indeterminadas”, al comentar que en base al artículo 219 LEC: “Las sentencias de condena dineraria, [...] pueden ser dictadas como líquidas –es decir, con precisión de la cantidad que se condena a pagar-, o como ilíquidas”⁵⁸⁹, efectuando a continuación la siguiente importante distinción: “La iliquidez no priva a la sentencia de su calidad de sentencia de condena –y, por tanto, de su condición de título ejecutivo- si en la sentencia se fijan las bases para la liquidación y éstas consisten en aplicar a los datos fijados en la sentencia, una operación aritmética establecida también en la misma.” Para argüir en el siguiente párrafo que: “Si la indeterminación es mayor, la sentencia se considera meramente declarativa del correspondiente derecho a la percepción de cantidades, y no puede adquirir –previa liquidación antes de la ejecución- calidad de título ejecutivo, sino que la liquidación de cantidades ha de hacerse en otro juicio declarativo (art. 219.3 LECiv).”⁵⁹⁰

Comenta CALDERÓN CUADRADO que esta parte de la doctrina⁵⁹¹ entiende que se ha utilizado de forma impropia el término “de condena” en este tipo de sentencias; de

⁵⁸⁷ Ídem, pág. 205.

⁵⁸⁸ Ídem, págs. 331 *in fine* y 332 *ab initio*.

⁵⁸⁹ ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2001, pág. 451 *in fine*.

⁵⁹⁰ Ídem, pág. 452.

⁵⁹¹ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 412; refiere, a pie de dicha página y de la siguiente, a estos autores; en España: Ortells, *Derecho Procesal Civil*, págs. 57-58 y 463; Damián, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, I, pág. 1433; “sin llegar a esta conclusión exactamente”: De la Oliva, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* con Díez-Picazo, Vegas y Banacloche, pág. 389; con

esta forma el *nomen iurs* utilizado no identificaría correctamente la verdadera naturaleza de la sentencia con reserva de liquidación. Esta postura pugnaría con el redactado del propio artículo 219 LEC, que prescribe la necesidad de que se condene al pago de una cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos. A pesar de ello la referida autora sigue defendiendo esta primera posición, afirmando que “desde una perspectiva estructural y también funcional una sentencia como la recogida en el artículo 219.3 *in fine* no puede ser sino de simple declaración.”⁵⁹² Otros autores también se han significado en esta misma dirección⁵⁹³.

4.4.2.3. Defensores de la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva.

Frente a la anterior perspectiva, se defiende por otra parte de la doctrina que las sentencias con reserva de liquidación **son sentencias de condena**⁵⁹⁴. La especial

relación a la ALEC: Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, pág. 979, y Arias, *La llamada condena con reserva...*, en RGD 1996, págs. 11155-65, “entre otros”. También “parecida tesis sostiene” Romero, *Curso de Derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, págs. 30-33. En relación a Italia transcribe el artículo 278 CPC y cita a Calamandrei, P., *La condanna genérica ai danni*, RD Processuale 1933, págs. 357-387.

⁵⁹² Ídem, pág. 415. En este sentido y momento cita a pie de la antedicha página a Calamandrei, *La condanna genérica ai danni*, RD Processuale 1933, pág. 372. Cita también a Invrea, F., *La sentenza di condanna*, RD Processuale 1935, págs. 30-53 en relación a la posición de que el “elemento esencial de la sentencia de condena” sea también el referente a su contenido, sosteniendo dicha autora que “si así fuera, con mayor razón habría de concluirse a favor de su naturaleza simplemente declarativa”.

⁵⁹³ En este sentido se puede citar, por ejemplo, a GARNICA MARTÍN, J. F., cuando en su comentario del art. 221 LEC menciona que el artículo 219 LEC no excluye “la posibilidad de que la pretensión no se cuantifique pero únicamente en dos casos”, siendo el primero de ellos el de “aquellos supuestos en los que no se ejercite la acción de condena al pago, sino únicamente una acción declarativa, de forma que la primera haya quedado para un proceso ulterior.” FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 862. Otro autor que también defiende esa posición es TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, JOAQUÍN, quien, sostiene que la: “Pretensión de sentencia declarativa de existencia de responsabilidad civil, pero sin concreción de deuda, esto es, sin determinación de daños ni cuantificación del importe del resarcimiento debido por cada uno de esos daños, y sin que el actor solicite que dichas cantidades se liquiden en sentencia o en fase de ejecución. Es el supuesto al que, con terminología incorrecta, se refiere el ordinal 3 del art. 219 LEC [...]. Es incorrecta la terminología, porque, por esencia, no cabe condenar al pago de una cantidad ilíquida, y cuya liquidación se difiere a un procedimiento declarativo ulterior. Esas sentencias, entonces, sólo pueden tener naturaleza declarativa, pues se limitarán a afirmar la existencia de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil, pero sin pronunciarse sobre los problemas que afecten a la “liquidación concreta de las cantidades”, expresión que debe comprender tanto los referentes a la concreción de los daños (esto es, qué concretos menoscabos patrimoniales o personales ha producido el hecho lesivo), como los relativos al importe del resarcimiento (qué suma de dinero corresponde percibir por cada concreto daño).” AAVV, *Responsabilidad civil. ¿Es posible desdoblar las acciones civiles de reclamación por responsabilidad extracontractual para reclamar primero la mera declaración de éste y más tarde la ejecución del título judicial de condena en su caso?*, en El Derecho. Grupo Francis Lefebvre, Tribuna, Foro Legal, Coordinador: Vicente Magro Servet, 03/11/2010.

⁵⁹⁴ Son varios los autores que han relacionado a quienes han defendido esta posición; así, por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., cita, como autores que defienden esta hipótesis, a López-Fragoso, en

naturaleza de las mismas radicaría en su imposible ejecución, por lo que siempre requerirían de una segunda sentencia que cuantificase la condena que se decretaría en la primera. Ahora bien, como se vio al analizar la evolución histórica de esta institución, la antigua doctrina las consideró siempre como sentencias de condena y, siguiendo esta misma dirección, se han pronunciado muchos autores hasta nuestros días⁵⁹⁵. Como ejemplo de defensa de esta posición, ya en las postrimerías de la vigencia de la ALEC, se puede recoger la de BELLIDO PENADÉS, quien consideró que la misma “pretensión de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por una conducta desleal, al igual que la pretensión de enriquecimiento injusto, es una pretensión declarativa de condena a prestación dineraria en la que el interés del actor no se satisface con la mera declaración de la obligación de indemnizar, sino que requiere una actuación posterior del demandado que ajuste la realidad práctica al deber ser establecido en la sentencia.

Ese ajuste o acomodación de la realidad a lo declarado en el fallo puede efectuarse bien por el cumplimiento voluntario del demandado, bien acudiendo al proceso de ejecución forzosa en los términos previstos en los arts. 921 y 922 LEC, si la sentencia condena a una cantidad de dinero líquida, o conforme a lo dispuesto en los arts. 928 y sigs. LEC, si la sentencia condenara al pago de los daños y perjuicios sufridos sin especificar su importe.”⁵⁹⁶

colaboración con González Navarro, *Proceso civil práctico*, dirección Gimeno, III, pág. 262; a Tapia, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pág. 800; en relación a esta última le opone su propia obra *La compensación en el proceso civil*, Madrid, 1988; a Fernández López, *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 27; a Córdón, *La sentencia de condena...*, opus cit., págs. 45-48 (en relación ALEC). Entre los italianos cita a Carnelutti, F., *Condanna generica al risarcimento dei danni*, RD Processuale 1952, pág. 326, de quien dice que “es el autor de la expresión <<mezza condanna>> o, en otros términos, <<condanna potenziale>> pues <<si limita ad accertare la causa senza accettare l’effetto>>” y a Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, págs. 43-75. *Tutela civil declarativa...*, opus cit., a pie de las págs. 413 y 414.

⁵⁹⁵ Me remití aquí al análisis histórico que he efectuado al inicio del presente estudio. En cuanto a la pervivencia del mencionado enfoque se puede poner el ejemplo de TOMÉ PAULE, JOSÉ, quien, dentro de la clasificación que realiza de las sentencias: “Desde el punto de vista de su contenido” diferencia las “declarativas, constitutivas y de condena” y, dentro de las de éste último tipo, a las que define como “aquellas que imponen una sanción de carácter civil al demandado”, especifica cinco subtipos, siendo el primero de ellos el de las “Sentencias que condenan al pago de una cantidad de dinero líquida (en el caso del juicio ejecutivo aún recibe el nombre histórico de sentencia de remate)” y el segundo el de las: “Sentencias que condenan al pago de una cantidad ilíquida, bien procedente de daños y perjuicios sin fijar su importe o bien procedente de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase y cuya característica es que la determinación y liquidación se hace en su ejecución”. Con ALMAGRO NOSETTE, JOSÉ, *Instituciones de derecho procesal*, tomo primero, proceso civil, 1, Madrid, Editorial Trivium, S.A., 1993, pág. 400.

⁵⁹⁶ *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, opus cit., pág. 136.

Ya bajo la vigencia de la LEC del 2000, han sido varios los autores que siguen abogando por considerarla como de condena. Entre ellos cabe relacionar a TAPIA FERNÁNDEZ, quien enfoca dicha cuestión afirmando, en un primer momento, que: “En el apartado primero [del art. 219 LEC], el legislador prohíbe al actor ejercitar una acción meramente declarativa de su derecho [...] si esta solicitud de declaración de su derecho no va acompañada de la petición de condena al demandado al pago.”⁵⁹⁷ Ya con relación a las sentencias con reserva sostiene que: “el juicio que merece este último apartado del artículo 219 que se comenta no es del todo favorable. Me parece técnicamente contradictorio que en el párrafo primero de este artículo se prohíba una pretensión (o acción) meramente declarativa del derecho a percibir los frutos, rentas, utilidades, etc., mientras que el párrafo tercero, en los casos en los que el demandante ni pueda cuantificar exactamente la cantidad ni sea posible hacerlo con simples operaciones aritméticas, le imponga el ejercicio de una acción que culmine con una sentencia de condena inejecutable (puesto que se prohíbe la reserva de liquidación); y que para liquidar aquella condena se haya de seguir otro proceso declarativo posterior, donde la condena al pago declarada de forma irrevocable entrará como elemento vinculante con función de cosa juzgada positiva. Es este segundo proceso, pues, sólo se discutirán los problemas atinentes al alcance de la liquidación.”⁵⁹⁸ Seguidamente conecta la anterior crítica con el tema que ahora interesa, al sostener que: “Creo que con esta redacción del precepto, prohibiendo la mera declaración del derecho al cobro y permitiendo la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, etc., siempre que se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades, el legislador toma partido en la polémica doctrinal acerca de la naturaleza de este tipo de sentencias⁵⁹⁹: si son meramente declarativas (puesto que se limitan a la declaración del derecho al cobro y correlativa obligación a indemnizar) o son sentencias de condena en tanto en cuanto declaran la condena del demandado a una prestación (a pesar de que no sean inmediatamente ejecutables). El legislador ha partido de la base de separar, en las tradicionales acciones (y sentencias) de condena al pago de cantidad ilíquida (que no puede cuantificarse exactamente mediante el ejercicio de sencillas

⁵⁹⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 798.

⁵⁹⁸ *Ídem*, pág. 800.

⁵⁹⁹ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., afirma también que: “Desde luego, el legislador patrio, como muy bien dice Tapia, toma partido en la polémica doctrinal acerca de la condición de este tipo de resoluciones, inclinándose por la última opción [por la de considerar que se está ante un fallo condenatorio que debe ser integrado].” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 414; a pie de la antedicha página y de la siguiente, extracta en la misma dirección el AAP de Barcelona 133/2004, de 5 de julio (BD, marginal JUR 2004/219361).

operaciones aritméticas), dos momentos distintos que se corresponden con el ejercicio de dos acciones distintas (si bien una con carácter prejudicial de la otra): un primer proceso que culmine con una sentencia de condena que se pronuncia sobre el <<an>> (si el demandado debe o no la concreta prestación), y un segundo proceso, consecuente con el anterior, que culmine con una sentencia que se pronuncie sobre el <<quantum>>.”⁶⁰⁰

Basándose (en gran parte) en los argumentos de la anterior, se halla la posición de FERNÁNDEZ LÓPEZ. Esta autora⁶⁰¹ sostiene que: “si atendemos al tenor literal del art. 219 LEC quedaría descartada su naturaleza meramente declarativa. Ciertamente, según el apartado primero del art. 219 LEC, la pretensión (y subsiguiente sentencia) no puede ser meramente declarativa [...], sino que ha de solicitarse la condena al pago de los mismos y, por tanto, la pretensión y la correlativa sentencia han de ser de condena, si bien se permite –en las circunstancias especiales del apartado 3.º ya vistas- que la cuantía de la condena se determine en un proceso posterior.”⁶⁰² Continúa argumentando esta autora en el siguiente párrafo que: “El legislador opta, pues, por considerar que estamos ante sentencia de condena⁶⁰³. Su carácter especial vendría dado por el hecho de que, frente al carácter ejecutivo del que gozan habitualmente las sentencias de condena firmes, al ser ésta una sentencia de condena ilíquida, no tiene virtualidad ejecutiva y, por tanto, no puede iniciarse la fase de ejecución sobre la base de esta única resolución (como tampoco sería suficiente para que el deudor cumpliera voluntariamente). En

⁶⁰⁰ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 800.

⁶⁰¹ Después de mencionar a algunos de los autores que defienden la naturaleza mero-declarativa de este tipo de sentencias, citando expresamente a Damián Moreno, J., a Arias Lozano, D., y a Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., a pie de pág. 26.

⁶⁰² Ídem, págs. 26 *in fine* y 27.

⁶⁰³ En este momento se remite a pie de la página 27, relacionando como defensores de la naturaleza de condena de la sentencia con reserva a Tapia Fernández, I., a De la Oliva Santos, A., y a Armenta Deu, T. En relación a ésta última, cabe apuntar que expone su visión sobre la sentencia con reserva en su obra *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Quinta edición, Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 223 y 224, limitándose a decir que (en cuanto a lo que ahora interesa) uno de los casos especiales en que cabría dictar sentencia ilíquida sería el siguiente: “Cuando se solicite la *reserva de liquidación como única pretensión*, siendo la condena al pago de cantidades de *frutos, rentas, utilidades o productos*. Se permite así esta resolución, claramente inejecutable, que pospone a otro proceso la liquidación concreta de las cantidades (el contenido en los citados arts. 712 y ss. LEC).”

efecto, este tipo de resoluciones carece de eficacia ejecutiva hasta tanto se obtiene la liquidación de la deuda en un proceso posterior.”⁶⁰⁴

Y en parecido sentido que la anterior se han pronunciado otros autores, como por ejemplo LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, quienes sostienen que: “La pretensión y, en su caso, la sentencia, será de condena y no meramente declarativa, puesto que el párrafo primero del artículo 219 no admite ni una demanda a pretender ni una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos. Pero se asemejan a las pretensiones y sentencias meramente declarativas en el hecho de que no constituyen título ejecutivo, debiendo la parte demandante, que ve estimada su pretensión en este tipo de proceso, que acudir a un posterior proceso declarativo que tendrá por objeto la liquidación de las cantidades debidas en concepto de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos.”⁶⁰⁵

Ahora bien, así como destaca el trabajo de ARIAS LOZANO como principal defensor de la naturaleza mero declarativa de la sentencia con reserva, así también se ha de resaltar a CORDÓN MORENO como el autor que, en mi opinión, mejor ha sostenido la defensa de su naturaleza declarativa de condena. En su renombrado trabajo sobre este tipo de sentencias, sostuvo que la separación que se produce en estos casos entre el juicio de la existencia del daño y el juicio sobre su cuantificación concreta obedece a “razones de oportunidad y de conveniencia. O dicho con otras palabras: el juicio sobre la existencia de la obligación y el juicio sobre la determinación concreta de su cuantía no son dos juicios sobre objetos independientes, sino dos decisiones sobre elementos

⁶⁰⁴ Ídem; en este momento cita a pie de dicha página 27 a Ortells Ramos, M. A partir de aquí sigue sustancialmente la argumentación de Tapia Fernández, I., al sostener que, como “clarificadoramente” señala ésta, “en estos casos nos encontramos con dos sentencias, si bien la primera de ellas es prejudicial de la otra: una primera –que constituirá el título ejecutivo propiamente dicho [en contra menciona a Bonet Navarro, A.]– en la que se condena al pago de una cantidad indeterminada de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos, y una segunda, dictada en un procedimiento declarativo posterior, en la que se determina la cantidad adeudada. En definitiva, estamos, como acertadamente sostiene esta autora, ante una sentencia de condena cuyo valor ejecutivo le viene dado por la sentencia en la que se procede a la liquidación.” Ídem. Ahora bien, y sin perjuicio de lo que se dirá en sede de ejecución provisional, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ya refleja una de las contradicciones que comporta esta posición pues: “la sentencia de condena ilíquida [...], al no contener todavía cantidad líquida o liquidable que ejecutar, no puede ser susceptible de ejecución provisional. Sin embargo, una vez que se ha dictado sentencia en el procedimiento de liquidación no es necesario que ésta adquiera firmeza para que pueda instarse la ejecución, sino que podrá procederse a su ejecución provisional según e régimen general previsto en la LEC (y ello aunque, paradójicamente, la sentencia de condena ya sea firme).” Ídem.

⁶⁰⁵ GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 294.

diversos de una misma relación jurídica controvertida.”⁶⁰⁶ Argumentó este autor que la cuestión sobre la naturaleza de la sentencia “está condicionada por el problema que se analizó anteriormente, es decir, por la amplitud que se dé al objeto de conocimiento y decisión en este juicio [el referente a “la existencia de la obligación].”⁶⁰⁷ Partiendo de esa base considera que en la regulación de la ALEC “el primer juicio tiene por objeto todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar (el hecho o acto generador del daño, los daños y perjuicios causados y la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño causado)”⁶⁰⁸.

La sentencia sobre la existencia (la con reserva), por tanto, se pronunciaría “sobre todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar”, no pudiéndose “pensar que esta sentencia se limite a declarar esta obligación sin contener la condena del deudor a que la haga efectiva.”⁶⁰⁹ Para sostener esta última aseveración aduce las siguientes razones:

- 1.- “En primer lugar, la acción ejercitada por el acreedor es única y sobre ella se resuelve, en su integridad, en la sentencia.”⁶¹⁰
- 2.- “Por otra parte, la declaración de la obligación de indemnizar no está subordinada a la concreta cuantía de los daños y perjuicios causados.”⁶¹¹

Apoyándose en los anteriores razonamientos llega a “la conclusión de que la sentencia pronunciada en el juicio sobre la existencia de la obligación implica una declaración plenaria sobre todos los elementos constitutivos del derecho a la indemnización por

⁶⁰⁶ *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 44.

⁶⁰⁷ Ídem, pág. 45 *in fine*.

⁶⁰⁸ Ídem, pág. 46. Aquí se remite a pie de página, y hábilmente opone esta regulación a la articulación jurisprudencial de la sentencia genérica que existía en la Italia de Calamandrei, y sobre la que éste sostuvo esa naturaleza poliédrica de la sentencia genérica, que recojo sintéticamente en este mismo apartado. Por otro lado, a continuación del párrafo citado expone la posición de Guasp, la cual considera que “no es correcta”.

⁶⁰⁹ Ídem, pág. 46.

⁶¹⁰ Ídem, pág. 46. Extracta seguidamente parte a la **sentencia de 4/11/1961**, de la que se colige que en estos casos se ejercita una única pretensión y no dos (una de mera-declaración y otra de condena).

⁶¹¹ Ídem, pág. 47. Pone el ejemplo del actor que renuncia, en sede de liquidación, a la indemnización, considerando que en este supuesto: “Nadie podrá negar que el deudor ejecutado ha sido condenado, a pesar de la renuncia.” Ídem.

daños y perjuicios y contiene la condena del deudor a hacerla efectiva.” Tratándose “por consiguiente de una verdadera sentencia de condena.”⁶¹²

Pero CORDÓN MORENO aún añade “un razonamiento ulterior para demostrar que es una verdadera sentencia de condena. Si sólo cuando ambas resoluciones –la resolución sobre la existencia de la obligación y la resolución sobre la determinación concreta de su cuantía- se han pronunciado la sentencia es directamente ejecutable, quiérase decir que una u otra deben contener el elemento típico de la condena. Si no lo tiene la primera –cosa que ocurre cuando se la califica como sentencia meramente declarativa- lo debe tener la segunda.”⁶¹³ Resultaría que la resolución que se dictaba “en el juicio de liquidación -[...]” es una resolución meramente declarativa de una cuestión fáctica: la cantidad concreta en dinero de una prestación previamente declarada existente.”⁶¹⁴ Por tanto, siendo la sentencia con reserva de condena “tiene una eficacia fundamental: produce, una vez firme, el efecto de cosa juzgada material sobre todos los elementos constitutivos del derecho a la indemnización”⁶¹⁵, no siendo necesarios “los efectos ejecutivos, [...] para calificar una sentencia como de condena. Por lo menos los efectos ejecutivos inmediatos.”⁶¹⁶

4.4.2.4. Sistematización y crítica de las anteriores opiniones.

Sistematizando los diversos **razonamientos** sostenidos por los anteriores autores, se puede elaborar la siguiente relación:

⁶¹² Ídem. Le faltaría a esta sentencia (para ser “directamente ejecutable”) su **liquidez**, pero para este autor ésta “no es una condición *sine qua non* de la sentencia de condena en sentido propio, la cual agota su naturaleza en contener la declaración de una prestación como debida [cita en este momento a pie de la antedicha página y en esta dirección a Gómez Orbaneja y a Satta]. La falta de liquidez, a lo sumo, contribuiría a caracterizarla como una sentencia de condena incompleta, necesitada de integración.” Ídem.

⁶¹³ Ídem, págs. 47 *in fine* y 48 *ab initio*.

⁶¹⁴ Ídem, pág. 48. Cita en este momento a pie de la antedicha página a Rognoni. Véase también el comentario que he efectuado en torno al enfoque de esta cuestión por Prieto Castro.

⁶¹⁵ Ídem, pág. 48. Defendiendo un poco más adelante que: “Si en el posterior juicio de liquidación la cuantía del daño resulta ser cero, este hecho no incide en absoluto sobre la precedente declaración acerca de la existencia del derecho a la indemnización, el cual, en la práctica, se limita a ser inoperante.” Ídem.

⁶¹⁶ Ídem, pág. 48. Véase aquí la concordancia ente lo defendido por este autor y lo enseñado por CHIOVENDA, J., quien, como hemos visto, defendía que la sentencia de condena presuponía que “inmediatamente o después de un cierto tiempo” se pudiera proceder a la ejecución de la misma. Por otro lado, añade finalmente CORDON MORENO, F., que “la sentencia que contiene la condena genérica es título suficiente para adoptar la medida cautelar del artículo 923 de la L.e.c.” Ídem, *in fine*.

A) A favor de considerar la sentencia con reserva como de mera declaración:

1. No existe en ella una prestación concreta (ARIAS LOZANO, MORON PALOMINO), de lo que se deviene la imposibilidad del cumplimiento voluntario de la misma por el deudor (ARIAS LOZANO), empezando realmente la ejecución con el dictado del auto del art. 942 ALEC, el cual es el verdadero título ejecutivo (GUASP, IRUZUBIETA, MORON PALOMINO, ARIAS LOZANO, RIBELLES ARELLANO, ORTELLS RAMOS).
2. En su génesis se concibió como una sentencia de mera declaración (ARIAS LOZANO).
3. Estructural y funcionalmente es una sentencia de mera declaración (CALDERON CUADRADO).

B) A favor de considerarla como de condena:

1. La sentencia con reserva resuelve todos los elementos constitutivos de lo debido (“de la obligación de indemnizar” CORDON MORENO).
2. Con la sentencia con reserva, se resuelve íntegramente una única acción (de condena) ejercitada (CORDON MORENO), que no se satisfaría con una acción de mera declaración (BELLIDO PENADÉS).
3. Lo debido no se subordina a su cuantificación (CORDON MORENO).
4. Conteniendo la sentencia con reserva una condena el posterior juicio de liquidación sólo puede ser mero declarativo (CORDON MORENO).
5. La sentencia con reserva tiene efectos de cosa juzgada material “sobre todos los elementos constitutivos” de lo debido, no siendo su inmediata ejecutividad una condición necesaria para negar su naturaleza de condena (CORDON MORENO).
6. Con lo prescrito en el art. 219 LEC, el legislador ha optado por su configuración como sentencia de condena (TAPIA, FERNÁNDEZ LÓPEZ, LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO).

Examinando los anteriores argumentos, cabe observar que:

1. Los razonamientos que parten de interpretaciones más o menos **literales o nominalistas**⁶¹⁷ aportan criterios que, aunque relevantes⁶¹⁸, no resuelven la cuestión, a menos que dejemos a un lado la ciencia procesal y volvamos a la periclitada metodología de la exégesis. Dentro de este tipo de argumentos, en una interpretación amplia de los mismos, incluyo tanto los referentes a la declaración de condena que se pueda expresar en el fallo de la sentencia con reserva lo que, a su vez, obligaría al posterior juicio de liquidación a hacer una mera-declaración, como los que se basan en una interpretación literal del art. 219.3 LEC, en el que se define a dicha sentencia como de condena. Disertaciones válidas pero no determinantes, pues es sabido que las cosas son lo que son y no lo que el legislador, la jurisprudencia o los autores dicen que son. En este sentido se pueden recordar las reflexiones de WACH⁶¹⁹, quien ya resaltó que: “carece de toda importancia la cuestión formal de si la acción y la sentencia tienen por objeto un “declarar”, o un “condenar al reconocimiento”, o un “deber de prestación”, o algo semejante. Debemos tener presente que la sentencia firme no es nunca y bajo ninguna circunstancia otra cosa que la aplicación del derecho, autoritativa y vinculatoria, al objeto de la protección del derecho.”⁶²⁰ O las enseñanzas de CALAMANDREI quien, al preguntarse sobre la naturaleza jurídica de la condena genérica⁶²¹, consideró necesario estudiar sus efectos, pues no bastaba para resolver dicha cuestión ni con la denominación que se le diera en el juicio, ni con la definición dada por el legislador.

2. Un segundo tipo de argumentos son los **históricos**, a los que hemos visto que dio gran relevancia ARIAS LOZANO, y que son especialmente potentes en nuestro caso por el peculiar nacimiento de la sentencia con reserva y por su primigenia

⁶¹⁷ Precisamente DE LA OLIVA, A., hace explícita mención de este criterio cuando, al tratar de las sentencias con reserva, afirma que: “Estas sentencias no constituyen título ejecutivo, pues, aunque nominalmente sean de condena, no contienen algo esencial en todo título ejecutivo, que son los elementos que establecen el sentido y alcance de la actividad jurisdiccional ejecutiva.” En la obra conjunta con DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS, J., y BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 389.

⁶¹⁸ Y es que los concretos vocablos utilizados por la ley tienen su importancia; fijéense sino en como inicia precisamente el abordaje de esta cuestión PROTO PISANI, ANDREA, en el caso del ordenamiento italiano: “Per affinità terminologiche più che contenutistiche, è opportuno trattare, nell’ambito della tutela di condanna, anche della c.d. condanna generica.” *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta edizione, Napoli, Jovene editore, 2002, pág. 168; quien dedica en dicha obra a “Il problema della condanna generica” sus págs. 168 y 169.

⁶¹⁹ Cfr. WACH, ADOLF, *La pretensión de declaración*, en la traducción del alemán por Juan M. Semon de la edición separada del trabajo *Der Feststellungsanspruch* publicada por la editorial Duncker y Humblot en 1889, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

⁶²⁰ Ídem, págs. 71 *in fine* y 72.

⁶²¹ Cfr. *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 237 a 240.

configuración. De esta forma, si se relee el articulado de la LEC de 1855 desde los conocimientos aportados en el último siglo por la ciencia del derecho, podría parecer que se reconoció en la misma, aunque fuera implícitamente, la tutela de mera-declaración (art. 61 LEC 1855). Asimismo, es igualmente verdadero que en aquella primera regulación, en la sentencia con reserva que fijaba unas bases, el título ejecutivo era, en realidad, el conformado por el auto que liquidaba las mismas⁶²², regulándose además que, para el caso de que la sentencia fuera totalmente ilíquida, se tenía que acudir (forzosamente) a un segundo proceso de declaración (art. 63 LEC 1855)⁶²³.

Ahora bien, opino que también ha quedado demostrado que la sentencia con reserva no fue, de hecho no pudo ser, conformada legal, jurisprudencial ni dogmáticamente en su origen, como una sentencia de mera-declaración. De hecho, el ejercicio de la tutela mero-declarativa ni tan siquiera se concibió como posible en el ámbito de lo pecuniario durante el siglo diecinueve, de tal forma que, aunque el art. 63 LEC 1855 se asimile más “externamente” al art. 219 LEC que al intermedio art. 360 ALEC, lo cierto es que fue

⁶²² Recuérdese que, en la Primera LEC, el incidente de liquidación concluía mediante *sentencia, en que se fije y determine la cantidad que deba abonarse con arreglo a la ejecutoria y a las pruebas practicadas (artículo 906 LEC 1855)*, en la que la forma de sentencia no era lo relevante (véanse sobre ello las apuntadas reflexiones de MODESTO BLANCO, C., *Exámen crítico filosófico...*, opus cit., página inicial del citado ejemplar número 11, y la advertencia de BROCA, G. M^a., de que con la aprobación de la ley de la Organización del Poder Judicial la decisión debía realizarse en forma de auto), lo que se reflejaba justamente en el siguiente **artículo 907 LEC 1855**, que prescribía que: *Esta providencia es apelable en ambos efectos. Interpuesto el recurso, se remitirán los autos al Tribunal Superior emplazando en forma a las partes*. Ahora bien, a lo que ahora interesa, cabe resaltar que era esta segunda resolución (la que fijaba la cantidad líquida) la que, en realidad, se ejecutaba.

⁶²³ En mi opinión cae en este error de enfocar de forma sincrónica lo que necesita de un análisis diacrónico ARIAS LOZANO, D., en su, por otra parte, interesantísimo estudio. Véase un fragmento del mismo para confrontar lo anterior: “Parece incuestionable que en el antecedente principal de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 [es decir, la LEC de 1855] la condena con reserva se articula mediante la promoción de dos procesos declarativos ordinarios [como sucede con la LEC del 2000], con los que las posibles objeciones o prejuicios que respecto de la naturaleza de un incidente de liquidación en ejecución se pudieran tener, no son oponibles. En el primer proceso se discute la naturaleza y el modo de ser de determinada prestación [...]. En el segundo proceso opera la función positiva o perjudicial [sic] de cosa juzgada, [...]. La sentencia que estima la demanda *condena* al demandado a pagar una cantidad de dinero. Y si no paga es título ejecutivo suficiente para abrir un proceso de ejecución.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11163; la cursiva es del citado autor. El anterior enfoque es impecable desde una óptica actual, pero no era el ideado ni por el Legislador, ni por la jurisprudencia ni por la doctrina de la época, para quienes la primera sentencia era la de condena, limitándose la segunda a liquidar la correspondiente cantidad. El mismo ARIAS LOZANO, D., advierte que: “Y, bien pensado, la única novedad respecto a esto que tiene lugar en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 es la <<compresión>> del proceso ordinario posterior de liquidación en un proceso especial –y más breve- de declaración situado en sede de ejecución forzosa.” Ídem. Por tanto, también elucida que no varía la naturaleza de ninguna de ambas resoluciones con la ALEC, de lo que se deduce que, los argumentos dados a favor de la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva serían igualmente válidos bajo el imperio de la LEC de 1855.

bajo la vigencia de éste último en la que se reconoció (doctrinal y jurisprudencialmente) este tipo de tutela. Por lo que, si bien parece ahora más fácil defender esa naturaleza de mera-declaración de la sentencia con reserva, al prohibirse el acudir directamente a un incidente declarativo en ejecución para fijar el correspondiente *quantum*, ello no es obstáculo para poder seguir cuestionando cuál de las (ahora, como en 1855) dos sentencias es la de condena, al resultar irrelevante, en mi opinión, para determinar esa naturaleza, la forma de sentencia o auto que se exija a la resolución que fije el correspondiente *quantum*. O dicho de otra manera, que la liquidación se realice en un incidente declarativo en la ejecución (art. 360 ALEC) y revista forma de auto, o que se haga en un segundo declarativo (arts. 63 LEC 1855 y 219 LEC) y revista forma de sentencia, no es determinante para identificar el tipo de declaración que se haga en ella, al haber sido siempre equivalente el pronunciamiento bajo uno u otro “revestimiento”, aunque sea justo reconocer que, la “vestimenta” como sentencia, parecería resaltar el objeto de aquélla (que no es otro más que la fijación de la pertinente cuantía).

Y es que, como de forma extensa he tratado de demostrar al analizar la evolución histórica de esta figura, la sentencia con reserva, en un inicio, no se ideó tanto para reservar la liquidación de lo principal, como de **lo accesorio**, lo que se demuestra con sólo examinar con cierto detenimiento los supuestos para los que se pensó, sucediendo empero que, por la misma configuración del precepto que la normaba (art. 63 LEC 1855) se extendió rápidamente su aplicación también a lo principal, por unos tribunales ávidos por resolver con presteza los asuntos, que asimismo fueron reforzados por unas partes que no siempre actuaron de la forma más diligente⁶²⁴. Por tanto, más que dentro

⁶²⁴ Recuérdese en este sentido la que en su momento consideré como interpretación “auténtica” del art. 63 LEC 1855, por el papel que jugó GÓMEZ DE LA SERNA, P., en la composición de la primera LEC. Rememórese que este autor relató que: “Frecuente es que la terminacion de un pleito sea el origen de otro pleito nuevo, cuando hay en la sentencia condena de frutos, intereses, daños ó perjuicios. Los pleitos que para la liquidacion de estos se promueven son frecuentemente tanto ó mas largos, complicados y dispendiosos como el mismo pleito principal. Para evitarlos en lo posible ya adoptaron D. Cárlos I y D. Felipe II acertadas disposiciones, ordenando que los oidores y jueces en las sentencias que dieran, en que hubiera condenacion de frutos ó intereses, las tasaran y moderaran sin remitirlo á contadores. Loables eran los deseos de estos monarcas, pero sus disposiciones luchaban frecuentemente con la imposibilidad; á la sombra de ella fue introduciéndose sucesivamente una práctica contra la ley que vino á convertirse en regla general, aun en los casos en que era posible que el juez en la sentencia ahogara radicalmente el gérmen de nuevos litigios. La lección de la esperiencia influyó en los redactores de la Ley de Enjuiciamiento civil para no establecer una regla absoluta, é igualmente inflexible en todos los casos. Por esto propusieron sucesivamente tres reglas. Es la primera, que siempre que pueda fijarse en la sentencia la cantidad líquida á que ascienden los frutos, intereses, daños ó perjuicios, se haga así la condenacion. Y esto sucederá frecuentemente, ya porque las fincas, cuya reivindicacion haya sido objeto del juicio, estén dadas en arrendamiento, ya porque el litigio haya recaido sobre cantidades, cuyo interés es de todos conocido, ya porque la tasación sea fácil y no necesite largas liquidaciones ni exámen de muchos datos,

de unos parámetros de mera declaración/condena, el nacimiento de esta figura se debería focalizar a partir de las coordenadas principal/accesorio⁶²⁵. Sólo de esta manera se puede entender cómo, todos los autores del diecinueve, pretendieron engarzar la sentencia con reserva con las antiguas leyes⁶²⁶.

3. En mi opinión, el razonamiento más potente, a favor de la naturaleza mero-declarativa de la sentencia con reserva, ha sido el que hilvana la no existencia en ella de una prestación concreta, con la subsiguiente imposibilidad de cumplimiento voluntario de la misma por el deudor, deduciendo en consecuencia que la ejecución sólo se puede realmente instar a partir del dictado de la resolución que fije el *quantum*, la cual ha de constituir, por tanto, el verdadero **título ejecutivo**. A este conjunto argumental se han opuesto los contrarios; es decir, que lo debido no se subordina a su cuantificación y que,

de modo que pueda ser hecha breve y justamente por peritos.” *Motivos de las variaciones principales...*, opus cit., pág. 28. Y apréciase como seguidamente este mismo autor también se refiere a la actuación de las partes, señalando que: “A esta fijación podrán ayudar mucho los litigantes, que para evitar nuevos litigios, no descuidaran en el término de prueba traer al pleito los antecedentes que sean necesarios para ilustrar la conciencia del juez, el cual á su vez, con autos para mejor proveer, podrá pedir documentos, exigir confesiones á los contendientes, y decretar avalúos.” Idem, páginas 28 y 29 *ab initio*. Por tanto, en un principio esta figura se ideó para aquellos conceptos secundarios, accesorios, pero pronto este mismo instrumento fue utilizado para resolver (de forma incompleta) el pleito principal. Y ello se observa en plena vigencia de la LEC de 1855, v. gr. lo vemos en BROCÁ, G. M^a., quien expresamente comentó que la condena de que se trataba en el artículo 898 LEC 1855, aquella en que se fijaban, de conformidad con el citado art. 63 LEC 1855, las bases para la liquidación de una condena de frutos, “puede ser principal y accesoria. En este caso podrá formar ramo separado, para ejecutar simultáneamente los extremos de la sentencia”. *Manual de Formularios...*, 2^a edición, opus cit.

⁶²⁵ Esta relación, que fue clave en el nacimiento de la sentencia con reserva, aún tiene en la actualidad un notable peso. Tal vez dónde esta importancia se explicita con mayor claridad sea en el **apartado 2º del art. 219 del Anteproyecto de LEC**, en donde la condena con reserva se habilitaba únicamente para el caso en que: *la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase fuere accesoria*. Accesoriadad que sí se recogió finalmente en el actual **artículo 252 LEC** el cual, al tratar sobre las reglas para determinar la cuantía del proceso, establece en el primer párrafo de la **2.ª** que: *Si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera*. En realidad ha acabado sucediendo que lo tradicionalmente accesorio se ha tornado en habitualmente lo principal y viceversa. En este sentido, véanse las siguientes palabras de FERNÁNDEZ, M. A.: “La prestación que solicita el actor es, en muchos casos, la entrega de una cantidad de dinero (*condena pecuniaria*); ya sea como objeto principal o único de la acción, o sea una petición accesoria a otra de la que depende (casi siempre indemnización de daños y perjuicios).” Con DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil II*, cuarta edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1997, págs. 28 *in fine* y 29 *ab initio*. Valga añadir que, para el referido autor: “No es, en cambio, prestación de futuro aquélla cuyo importe debe determinarse en ejecución de sentencia (360), háyanse o no fijado bases para la liquidación.” (ídem, pág. 30), lo que me hace deducir (por hacer el anterior comentario en sede de su exposición de las acciones de condena, y concretamente al hilo de las de “condena a una prestación futura”) que, para FERNÁNDEZ, M. A., de ésta naturaleza siempre era la que llevaba a dictar una sentencia con reserva.

⁶²⁶ Me remito nuevamente aquí al anterior análisis histórico y al precedente pie de página.

teniendo la sentencia con reserva efectos de cosa juzgada material “sobre todos los elementos constitutivos” de lo debido, la inviabilidad de su inmediata ejecutividad no es condición necesaria que obste a su naturaleza de condena. Razonamientos todos ellos que giran en torno a la concepción de la tutela de condena como preparatoria de la ejecución (CHIOVENDA), en donde la discrepancia surge en el momento exacto en el cual esa “preparación”, inviste ya de naturaleza condenatoria a una sentencia. Reflexiones a su vez inextricablemente vinculadas con el argumento de que, con la sentencia con reserva, se resuelve (íntegramente) una única acción de condena (CORDON MORENO), que no se satisfaría con el ejercicio de una acción de mera declaración (BELLIDO PENADÉS).

La poderosa dialéctica que surge a partir de estas sólidos discursos se puede enriquecer (nuevamente) con las ya clásicas enseñanzas de WACH⁶²⁷, quien sostuvo que era inexacta la opinión según la cual se “trata de encontrar la diferencia entre ambas acciones [de mera-declaración y de condena] en la naturaleza distinta de los efectos de la sentencia”⁶²⁸, debiendo de “tener en cuenta que la condena no es siempre un título ejecutivo, si el actor recibe ya por la sentencia, el cumplimiento de lo que ha pretendido sin necesidad de un acto de ejecución”⁶²⁹. Por tanto, si la ejecutividad no nos sirve para diferenciar entre ambos tipos de acciones, se ha de buscar otro criterio. De esta forma aseveró que: “El motivo de la protección del derecho constituye el criterio a aplicarse en la distinción entre acción declarativa y de condena.”⁶³⁰, es decir: “El fundamento de la protección por sentencia es el que diferencia la acción de condena de la declarativa. En aquélla, el interés en la protección jurídica está en la necesidad de satisfacción del crédito, en ésta, en medida más amplia, tales como se expresan en el párr. 231,

⁶²⁷ La importancia de este autor en esta materia es de público conocimiento. Aún así, cabe resaltarla como hiciera FRAGA IRIBARNE, M., cuando afirmó que: “Fué [sic] ADOLFO WACH el que dió [sic] el gran paso para la aclaración de la naturaleza auténtica de la acción declarativa con su famosa teoría del *Rechtsschutzanspruch*, mientras que, recíprocamente, el estudio de la acción declarativa permitió la aclaración definitiva de los problemas de la acción en general dentro del sistema de los derechos.” *La acción meramente declarativa*, opus cit., pág. 95.

⁶²⁸ *La pretensión de declaración*, opus cit., pág. 73.

⁶²⁹ Ídem, pág. 74. A continuación pone diversos ejemplos de ello, como el de “la entrega ya sea de un documento o de una cosa retenida”. Aún así, la cuestión de los efectos de la sentencia no deja de ser relevante y así se resalta por muchos autores, v. gr. ROSENBERG, L., quien sostuvo que los efectos de la sentencia de mera-declaración “se limitan a la autoridad de cosa juzgada; la sentencia definitiva, que hace lugar a la demanda de declaración positiva o rechaza la negativa, establece la existencia de la relación jurídica [...]. Por ello, la sentencia de declaración *no* es ejecutable (excepto la resoución sobre las costas); pues no se dirige al pago del actor victorioso, como la sentencia de prestación, ni tampoco al *reconocimiento* de la relación jurídica o del documento.” *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., pág. 13; se han respetado las cursivas del texto original consultado.

⁶³⁰ Ídem, págs. 75 *in fine* y 76 *ab initio* opus cit.

fundamentan un interés jurídico, en la más pronta y posible declaración.”⁶³¹ En definitiva: “Todo depende de si se puede reclamar, ya para el derecho existente como tal, la protección por sentencia judicial, o si se requiere aún hechos especiales que generen el interés en la protección.”⁶³²

Ahora bien, partiendo de lo anterior, nos podemos preguntar cómo se representó WACH el caso concreto de las acciones que, en nuestro ordenamiento, originan la sentencia con reserva. Esclareció a este respecto este autor, que: “Sólo la acción que persiga la pretensión de existencia presente, como necesitada de satisfacción es una acción de condena. No lo es la acción por perjuicios o intereses, en la cual la liquidación de la pretensión queda reservada para otro juicio⁶³³. El interés en la protección del derecho no puede aquí ya de por sí, ser deducido, de la violación del derecho, ni de la falta de pago, pues la reclamada protección del derecho no es apta para remediarla. ¿Cómo podría fundarse dicho interés, si el demandado nunca ha puesto en duda su obligación de resarcir y sólo se discute el monto de la indemnización debida, o si el actor ni siquiera ha fijado aún una cifra que constituye dicho monto, de modo que no habría aún formulado un reclamo que el demandado pudiera satisfacer? Una acción por daños y perjuicios, que no se base en un reclamo de condena, no es acción de condena.”⁶³⁴

Sentado lo anterior WACH aún aborda otro tema que conviene aquí comentar, y que deja para el final: el de la cuestión “de la subsidiariedad de la acción declarativa”⁶³⁵.

⁶³¹ Ídem, pág. 77.

⁶³² Ídem, pág. 78.

⁶³³ En este momento añade (ídem, a pie de la pág. 80) que: “Este punto de vista está reconocido ahora, después de varias decisiones en otro sentido y vacilantes, por el fallo plenario del *Reichsgericht* del 28 de junio de 1888, reproducido en *Juristische Wochenschrift*, año 1888, n. 42, págs. 362 y sigtes. Véase, también, *Protokolle des Norddeutschen Entw.*, pág. 579.”

⁶³⁴ Ídem, págs. 79 *in fine* y 80.

⁶³⁵ Sobre esta cuestión se han pronunciado diversos autores. En este sentido ROSENBERG, L., sostuvo que “sería incorrecta la suposición de que la demanda de declaración tuviera carácter *subsidiario* frente a la de prestación [de condena]”, ya que “también puede proceder, a pesar de la posibilidad de demandar la prestación inmediata, cuando lleva a una simplificación, como evitar la multiplicación de procesos o, en otros casos, es conveniente por consideraciones de economía procesal ([...]). Esto sucede, por ej., cuando se discute una relación jurídica de la que se originan varias pretensiones, pero solamente puede hacerse valer una parte de ellas, de modo que al demanda de prestación no agotaría toda la relación jurídica ([...]); como en el caso [...] de una prestación de indemnización cuyo importe sólo puede fundarse con dificultad ([...]), o cuando todavía no puede establecerse en cifras ([...]); o porque, liquida sólo en parte, todavía no se ha llegado a fijar el resto”. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., pág. 19. Y en España, FRAGA IRIBARNE, M., comentaba que: “Tampoco puede decirse (como pretende

Basándose en que: “La pretensión de condena no incluye ni excluye la pretensión de declaración. Ambas son independientes una de la otra, se basan en presupuestos independientes, y ninguna razón conceptual o legislativa obsta a la coexistencia simultánea de ambas pretensiones.”⁶³⁶ Comenta en el párrafo siguiente que: “Algunos autores encuentran una relación entre ambas pretensiones, en el requisito del interés en “pronta” declaración. Ellos interpretan esta palabra en el sentido de que el autor debería tener un interés en la anticipación del proceso, es decir, que la relación jurídica sea declarada antes del proceso sobre el que sirve la pretensión. Según ellos, la palabra “pronta” [...] sólo se referiría a la declaración antes de la interposición de la acción de condena aun cuando esta última no fuese admisible todavía.”⁶³⁷ Ahora bien, WACH se opone a las opiniones de estos autores⁶³⁸, considerando que también “hemos aclarado ya el sentido correspondiente de la palabra “pronta”. Hemos demostrado, en el ejemplo de la pretensión por reparación de daños y perjuicios, aún no especificada en cuanto a su monto y no susceptible de ser determinada en este juicio, que procede la acción declarativa a pesar de la presente necesidad de satisfacción del derecho, es decir, la acción por declaración de la existencia de la pretensión.”⁶³⁹ Y, en relación con lo anterior, engarza otra importante cuestión, al afirmar en el párrafo siguiente que: “Se ha descartado, pues, con todo acierto, el principio jurídico general de que el demandado tendría el derecho de no ser molestado con una pluralidad evitable de juicios.”⁶⁴⁰ WACH prosigue desarrollando congruentemente su posición, refiriendo (en el párrafo siguiente) que: “Nuestro derecho no conoce tal *exceptio litis dividuae*. El titular del derecho no está impedido de molestar a su adversario con acciones parciales

HELLWIG) que la acción declarativa sea subsidiaria respecto de la acción de condena. Esta creencia, muy extendida entre la doctrina europea (que solía partir del postulado de que al ser posible la acción de condena desaparecía el interés necesario en la acción declarativa) carece totalmente de fundamento, como veremos; a ella se oponen la legislación y la jurisprudencia norteamericanas, y en Europa, el gran CHIOVENDA.” *La acción meramente declarativa*, opus cit., pág. 97.

⁶³⁶ *La pretensión de declaración*, opus cit., pág. 118.

⁶³⁷ Ídem.

⁶³⁸ Citando expresamente a Rocholl y a Seuffert.

⁶³⁹ Ídem, pág. 119.

⁶⁴⁰ Ídem, pág. 119 *in fine*. A pie de esta página y de la siguiente relaciona diversas decisiones del *Reichsgericht*, como por ejemplo el fallo plenario del 28/06/1888, en el que se esgrimió “que no es permitido al actor separar arbitrariamente los varios puntos litigiosos y comprometer al demandado innecesariamente en dos procesos, a pesar de que el actor puede realizar su derecho en forma total en un solo proceso”.

sucesivas.”⁶⁴¹ Con lo que concluye que: “La subsidiariedad de la acción declarativa no tiene, pues, fundamento alguno en el derecho”⁶⁴².

Profundiza en la anterior cuestión cuando afirma que, siendo por tanto diferente en ambos tipos de acciones el “interés en la protección del derecho”, es por lo que “el *Reichsgericht* ha seguido el camino acertado en aquellos casos en que, aun siendo posible la acción de condena, admitió la acción declarativa, siempre que aparecía llenado el requisito del interés especial en la declaración.”⁶⁴³ El mismo WACH elucida poco después que: “encuentro el nudo de la cuestión en el siguiente pensamiento del *Reichsgericht*: la pura existencia de la pretensión funda la pretensión de decisión judicial, y ésta, si bien de por sí es una pretensión de condena, puede convertirse en pretensión declarativa, si a la persecución de la primera obstan factores impeditivos. Esto no es exacto. Debe distinguirse, en vista del derecho existente y necesitado de satisfacción, es decir, de la pura existencia de la pretensión, entre la acción declarativa que hace valer la pretensión misma como no necesitada de satisfacción (no determinada en cuanto al monto), y aquella que tiene por objeto el derecho en que se basa la pretensión (relación jurídica).”⁶⁴⁴ Este autor considera que ha conseguido demostrar “que en el primer caso el hecho del impedimento a la determinación del monto de la

⁶⁴¹ Ídem, pág. 120 *ab initio*. “Que pague el adversario la deuda total si quiere sustraerse a ello [dice muy elocuentemente a continuación], o que ponga la totalidad de la pretensión en tela de juicio, mediante reconvencción, si quiere una decisión total.”

⁶⁴² Ídem, pág. 120 *in fine*. A pie de esta página y de la siguiente refiere que en sentido diferente fue “la práctica anterior de Sajonia a base del Código Civil, § 147”, citando a Wengler y Brachmann y a Bayer. Con respecto al derecho español actual se puede defender la misma posición, como lo hace CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., quien al hilo de su comentario de la STS 843/1999 afirma que: “No sería difícil concluir entonces que la procedencia de las acciones mero-declarativas se halla condicionada, con independencia de los presupuestos propiamente procesales que deben concurrir en éste y en cualquier otro sistema de protección judicial, a que, positivamente, aparezca un interés digno de protección y, en sentido negativo, a que no exista otra forma de tutela más incisiva que ponga fin definitivamente al litigio (requisito éste que algún sector engloba precisamente en la falta de interés). Pero a este razonamiento puede hacerse una y fundamental objeción: nuestra legislación carece de norma expresa en tal sentido, en la ley de 1881 desde luego falta cualquier referencia y tampoco el artículo 5.1 de la nueva regulación procesal civil establece las exigencias específicas de ésta, en realidad de ninguna, modalidad de tutela.” *Deudas pecuniarias...*, opus cit., pág. 1009.

⁶⁴³ Ídem, págs. 121 *in fine* y 122 *ab initio*; a pie a la mencionada página 122 relaciona diversos fallos del mismo.

⁶⁴⁴ Ídem, págs. 122 y 123. En España esta misma cuestión es debatida. Así, por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., comenta que existe “la imposibilidad, clarísima en procesos inspirados por el principio dispositivo, de que la sentencia que los ponga fin pueda ser condenatoria cuando lo solicitado, voluntaria o involuntariamente, sea la mera declaración. En ningún caso, creemos, y nos referimos a un *petitum* sin oscuridad alguna, los poderes del tribunal podrían extenderse a conceder una modalidad de tutela distinta y más gravosa que la solicitada. Se trataría de una resolución incongruente y ello tanto estuviera o no previsto un presupuesto similar al que acabamos de examinar. A la inversa, sin embargo, podría ser discutible e, incluso, posible.” *Deudas pecuniarias...*, opus cit., pág. 1010.

pretensión, por ejemplo, la falta de medios de prueba, etcétera, no constituye un motivo suficiente para hacer declarar, por ejemplo, el crédito aun no líquido contra aquel que no niegue en absoluto la causa de la obligación y que tal vez haya expedido al titular del derecho un reconocimiento expreso de su obligación. Y, en el otro caso, la acción de condena no puede excluir la acción declarativa, o no lo puede por regla general, por la razón de que ambas tienen un objeto diferente.”⁶⁴⁵ A modo de conclusión se pueden recoger las siguientes palabras de este insigne autor: “La posibilidad de una acción de condena sólo excluye la acción declarativa, si ésta pretende tener por causa de protección la necesidad de satisfacción, pues tal acción sólo sería concebible como acción de condena, como acción por declaración de la pretensión necesitada de satisfacción y, como acción declarativa, sin el petitório correspondiente. Por otra parte, la protección de declaración procederá, a pesar de la necesidad de satisfacción del derecho a ser declarado, en todos aquellos casos en que exista otro interés jurídico en una pronta declaración.”⁶⁴⁶

Con las anteriores y potentes herramientas conceptuales que nos ofrece WACH, opino que ya podemos tratar de abordar la aparente contradicción entre los diversos argumentos expuestos, y enjuiciar el argumento referente a que **estructural y funcionalmente** la sentencia con reserva sería en realidad de una sentencia de mera-declaración (CALDERON CUADRADO)⁶⁴⁷.

Como es sabido, la división entre *la existencia de lo debido* y su *cuantificación* se ha operado en diversos ordenamientos europeos, con matices diversos. Este hecho no oscurece una característica intrínseca de nuestra sentencia con reserva, que consiste en

⁶⁴⁵ Ídem, pág. 123.

⁶⁴⁶ Ídem, pág. 125.

⁶⁴⁷ Este mismo esquema de analizar este problema, aunque desde el ordenamiento italiano, partiendo de los planos estructura/funcional se encuentra en el enfoque de PROTO PISANI, A., quien mantiene (en sucesivos párrafos) que:

- “Sul piano strutturale la condanna generica non ha ad oggetto l’adempimento di alcun obbligo; non essendo per definizione ancora determinata la prestazione dovuta, la condanna generica si limita semplicemente ad accertare un segmento della situazione giuridica esistente tra le parti, ed in particolare si limita ad accertare l’illegittimità dell’atto e la sua portata dannosa.”

- “Sul piano funzionale, tale tipo di condanna non è diretta né a reprimere né tanto meno a prevenire la violazione: non costituisce titolo esecutivo mancando il requisito della liquidità richiesto dall’art. 474, 1° comma. Potendo al contrario costituire titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale ex art. 2818 c.c., la condanna generica può essere utile strumento di pressione psicologica sul soccombente perché transiga sul *quantum*: ciò tenuto conto della funzione coercitiva che l’ipoteca giudiziale può esercitare soprattutto nel caso in cui, ed è quello della condanna generica, la somma per cui l’ipoteca viene iscritta è determinata unilateralmente dal creditore.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 168; quien dedica en dicha obra a “Il problema della condanna generica” sus págs. 168 y 169.

el hecho que con ella no se resuelve una acción mero-declarativa, sino una verdadera acción de condena. Obviamente que, desde la lógica jurídica, cabría en el ámbito de lo pecuniario ejercitar acciones de mera-declaración en la protección del crédito, que es justamente lo que propugna WACH cuando la certeza de que algo se debe sea lo único necesitado de protección. Pero en nuestro ordenamiento este uso *preciso* de la pretensión de mera-declaración ha estado siempre proscrito. O lo que es lo mismo, no se ha permitido ejercer una acción meramente declarativa con este fin, prohibición que se ha perpetuado de forma expresa en el actual art. 219.1 LEC.

Ahora bien, al escindir en estos casos en dos juicios, el objeto propio de una única pretensión (o como diría CALAMANDREI⁶⁴⁸, al enjuiciar el mismo *thema decidendum* con diversa perspectiva), se ocasiona un curioso efecto, predicable de todos los citados ordenamientos, que cabe conexionar con la cuestión de la **prejudicialidad**. Como elucida su propio *nomen*, toda acción declarativa de condena primero es declarativa y, luego, de condena. Es decir, la pretensión de condena, para que pueda triunfar, necesita de un *prius logico* de carácter mero declarativo que se ha de dilucidar (declarar) como elemento necesario, pero no suficiente, de la correspondiente condena. Este pronunciamiento prejudicial, consistente en la declaración de la existencia de un débito, puede estar o no dotado de **autonomía**⁶⁴⁹. De esta forma, si se permite el ejercicio de

⁶⁴⁸ Cfr. *Studi sul proceso civile*, opus cit., págs. 234 *in fine* a 236.

⁶⁴⁹ Y aquí es donde radica parte del núcleo de la presente cuestión pues, si bien esa **autonomía** hace tiempo que se ha predicado con respecto a la esfera de los derechos reales, no ha ocurrido lo mismo en el ámbito de las deudas dinerarias. En el campo de los primeros, un caso patognómico es el de la ya clásica distinción entre la acción declarativa de dominio y la acción reivindicatoria. Siendo ésta una cuestión ya pacífica, baste por todas la **Sentencia del TS 775/2012, de 11/12/2012**, en cuyo fundamento de derecho 1º (párrafo primero) se estableció que: *Siendo la acción reivindicatoria la que ejerce el propietario que tiene derecho a poseer frente al poseedor que no tiene tal derecho, para que le sea restituida la cosa, es evidente que lo primero -como primer presupuesto básico- que tiene que acreditar es su propio dominio y lo primero, como punto de partida, que tiene que declarar el órgano jurisdiccional es la titularidad del derecho de propiedad: es una acción declarativa de condena. Distinto es la acción declarativa de dominio que tiene por objeto simplemente la declaración del derecho de propiedad sobre una cosa: es una acción meramente declarativa (sentencias de 3 junio 2004, 30 diciembre 2004). De aquí el error que se desliza en la sentencia de primera instancia de que en el presente caso se ejercitan dos acciones, la declarativa de dominio y la reivindicatoria. La entidad demandante, EXPLOTACIONES RESCAMBRE, S.L. en el suplico de la demanda pide la declaración de sus derechos de propiedad sobre una finca y su restitución por la entidad poseedora AGROPOZUELO, S.L., lo cual coincide exactamente con el concepto y presupuestos de la acción reivindicatoria. Que la declaración del derecho de propiedad se haya hecho en un proceso anterior, no es óbice sino todo lo contrario, para que en éste se reivindique la finca con todas las consecuencias. Es una cuestión de prejudicialidad civil que facilita la posición de la parte demandante, sin que provoque litispendencia, ni cosa juzgada. En su fundamento 2º (segundo párrafo) se afirmó, entre otros extremos, que: La acción reivindicatoria incluye en sí misma y por su propio concepto, la declaración de propiedad, como primero*

forma autónoma de la tutela de mera declaración en un determinado ámbito, el proceso a que diere lugar concluirá (normalmente) con el dictado de una sentencia de aquella naturaleza, que tendrá efectos prejudiciales, por el denominado efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material (art. 222.4 LEC), en un posterior juicio de condena. En cambio, cuando esa autonomía no se reconoce, o cuando se ejercita directa y únicamente la pretensión de condena, ese mismo juicio mero-declarativo pasa a formar parte de una única pretensión y de un único pronunciamiento en la sentencia de condena. Lo cual, y esto es importante, no significa que la acción de condena sea una acción de mera-declaración y algo más (TS, WACH) pues, como hemos visto, son diferentes los intereses jurídicos tutelados por ambas pretensiones (WACH), pudiendo acumularse ambas si justamente existe interés para ello (WACH).

Pues bien, ese curioso efecto que he anunciado se ocasiona al dividir, por criterios de oportunidad (CORDON MORENO), lo que debería ser objeto de un único juicio y de una única resolución, en dos. En nuestro ordenamiento, en virtud de lo dispuesto en el

y básico presupuesto para su ejercicio; la acción declarativa de dominio es tal y así se considera cuando se ejercita en forma autónoma, como acción meramente declarativa. Y la acción reivindicatoria es una acción declarativa (del dominio) de condena (al poseedor) de restitución de la cosa que ha sido reivindicada. Por tanto no se ha atentado al principio de justicia rogada, ni por tanto, se ha infringido el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la conclusión que aparece en el fallo es correcta: se estima la acción reivindicatoria y se ignora, como autónoma, la declarativa de dominio, porque va embebida en aquella. Dictada por la Sección 1ª Sala 1ª TS, Roj: STS 8265/2012, y de la que fue ponente O'Callaghan Muñoz, Xavier. Cuestión ésta (la de la autonomía del pronunciamiento de mera-declaración) que, *mutatis mutandis*, también se ha planteado en otros ordenamientos entorno a esta misma cuestión, como ya hemos visto en WACH, A., pero como también se puede observar actualmente en la doctrina italiana. Así, por ejemplo, plantea la cuestión ANDRIOLI, VIRGILIO: “Il nocciolo della questione si coglie agevolmente: si tratta di cedere se l’art. 278 [CPC], ammettendo l’interessaro a provocare la scissione di un processo inizialmente unico nelle due fasi (l’una di accertamento della sussistenza del diritto, l’altra di liquidazione della quantità), escluda implicitamente la possibilità di elevare ad oggetto unico del processo, *ab initio*, la domanda di accertamento della sussistenza del diritto”, manifestando en el siguiente párrafo que: “Basta porre la questione in questi termini, nudi e crudi, per intendere come la risposta di chi nega l’interesse a limitare la pretesa all’accertamento della sussistenza del diritto, sia priva di ogni fondamento, sistematico ed esegetico.” *Cinquant’anni di dialoghi con la giurisprudenza 1931-1981*, I, Milano, Giuffrè Editore, 2007, pág. 1333. Otro de los muchos ejemplos que se pueden poner es el de FRANZONI, MASSIMO, quien afirma que: “Il presupposto per la pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno è l’accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose, restando impregiudicato quello, riservato al giudice della liquidazione, dell’entità del danno. Questa regola non è limitata all’ipotesi specificamente prevista dall’art. 278 c.p.c., [...]. Essa opera anche quando l’attore proponga *ab origine* domanda limitata alla sola condanna generica, e riservi ad un separato giudizio la richiesta di determinazione della prestazione dovuta. Per tale evenienza, la proponibilità di siffatta domanda non richiede un preventivo accordo con il convenuto, ravvisabile, peraltro, anche tacitamente nell’assenza di opposizione. La domanda è espressione del principio di autonoma disponibilità delle forme di tutela offerte dall’ordinamento, e risponde ad un <<interesse giuridicamente rilevante dell’attore, che costituisce indefettibile condizione dell’azione, consistente nel conseguimento di forme di tutela cautelare o speciale>>.” *Il danno risarcibile*, 2ª edición, Giuffrè Editore, 2010, *vid.* Epígrafe: “La richiesta di condanna genérica” (págs. 816 y ss.), pág. 816 para el anterior fragmento; a pie de la misma reseña en este momento la Cass., 22/11/2000 y la Cass., sez. un., 23/11/1995.

art. 219.1 LEC, se ha de pretender por el actor (compeliéndole la ley a ello) en el ámbito de lo dinerario la tutela de condena. Este precepto no aboga por una concepción, por otra parte superada desde hace décadas, de la acción de condena como una acción que incluye, *per se*, la mero declarativa. Por tanto, su correcta intelección no se debería realizar desde el prisma de la acumulación de acciones, sino desde el de la negación de la autonomía de la acción de mera declaración. Desde este segundo enfoque, se salva la aparente contradicción entre los apartados 1 y 3 de dicho precepto. Prohibida la tutela mero declarativa, la imposibilidad de cuantificar lo debido no transforma lo peticionado (una condena) en una pretensión de mera declaración, que no solamente estaba vedada *ab initio*, sino que además no cumple con la finalidad buscada en el proceso es decir, y como ya propugnó WACH, la falta de cuantificación es algo diferente al interés que legitimaría el ejercicio de una acción mero declarativa en este ámbito. Siendo este el sistema, resultaría incongruente que se dijera que la sentencia con reserva recoge, ante la citada imposibilidad de fijar el correspondiente *quantum*, la acción de mera declaración que, *subsidiariamente*, se acumuló a la de la condena, pues ello atentaría no únicamente con la debida congruencia de la sentencia, sino (y este es el motivo principal) con la misma interdicción del ejercicio de la mera-declaración en este ámbito.

Por tanto, a mi juicio resulta claro que, en la mente de los **sucesivos Legisladores** (de 1830, de 1855, de 1881 y del 2000), la sentencia con reserva siempre fue concebida como una verdadera **sentencia de condena**, eso sí, **incompleta**. Ello fue asimilado sin ninguna dificultad por la jurisprudencia, lo que no sorprende, pues en realidad esta figura se engendró en la praxis del foro, la cual durante más de cien años (veremos más adelante lo que estableció el TS al respecto) no se cansó de decir y repetir que en estos casos no existía incongruencia ni cuando se liquidaba la pretensión que pretendía una condena genérica, ni cuando se dejaba para ejecución de sentencia esa liquidación aún habiéndose pedido que fuera la cuantía determinada, siempre que se declarase la existencia del correspondiente crédito. Y no por ello se sostuvo en ningún momento, que se usara este tipo de sentencias como un mecanismo transformador de pretensiones de condena en sentencias de mera declaración y viceversa⁶⁵⁰. Pero obsérvese que, de

⁶⁵⁰ Cuestión ésta en la que no podría coincidir la doctrina italiana pues, como defendió CALAMANDREI, P., en el proceso civil si la parte sólo solicitaba la condena genérica y el juez de oficio la liquidaba, no sólo daba a la parte más de lo que solicitó, sino que proveía de forma diferente a aquello que le fue

forma indirecta, eso es lo que se defendería si se sostuviera que la sentencia con reserva es de mera-declaración, pues nadie niega que la pretensión que la originó fuera de condena. Y es con este enfoque con el que se puede encuadrar el argumento de CORDÓN MORENO según el cual, si la sentencia con reserva es la que contiene el pronunciamiento de condena, la posterior resolución debe ser, en consecuencia, de mera-declaración. Este razonamiento, vertido en defensa de la naturaleza de condena de la sentencia con reserva es, más bien, uno de los más potentes en su contra, al explicitar la paradoja lógica que envuelve a esta figura. De esta forma, si partimos de que la sentencia con reserva es de condena, y el posterior pronunciamiento de cuantificación es de mera-declaración, acabaríamos sosteniendo que se ejercitan en estos supuestos acciones de condena declarativas, en donde primero se condena, para luego declarar, en realidad, lo que se debe. Y ello afronta al sentido común, por lo que los defensores de su naturaleza condenatoria, que recordemos no sólo han sido muchos y grandes procesalistas sino la jurisprudencia y los diversos legisladores, no parten de que se produzca una inversión de los componentes de la acción declarativa de condena, sino que se basan en considerar que la sentencia es simplemente incompleta. Es decir, que habiéndose decidido en ella ese *prius logico* de la existencia de lo debido, ya se puede condenar, al ser su cuantificación algo *secundario, incidental*, a modo como se puede dejar para un momento posterior la liquidación de los intereses legales o la tasación de las costas a que, esa misma resolución, ya condena. Así, se vuelve al reino de lo accesorio, en el que la cuantificación se percibe como algo menor, retornando prácticamente a los tiempos en que se remitían estas cuestiones a *contadores* (a *juicio de peritos*).

Ahora bien, desde mi punto de vista, ello es un craso error. Pues (como diría CALAMANDREI) esa cuantificación no es algo colateral, o independiente, sino que forma parte intrínseca de la misma condena; es decir, no es algo accesorio (como sí lo es por ejemplo la condena en costas) sino lo principal. En realidad, dividida de este modo un único juicio en dos, la sentencia con reserva acaba recogiendo únicamente ese

pedido, yendo contra el principio dispositivo. Por ello sostuvo que si el juez era llamado sólo ha decidir sobre el *an debeat*, y no encontraba justificable la separación del daño en dos fases, no podía hacer otra cosa que rechazar la demanda de condena genérica por el defecto de falta de interés de la parte en solicitar una resolución separada de la liquidación. Cfr. *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 249 a 252. En el mismo sentido destacó SATTA, S., que, en general, se reconocía que se podía demandar en juicio sólo la condena genérica, con lo que el juez no podía en este caso disponer por la prosecución del juicio sobre el *quantum*. *Diritto processuale civile*, opus cit., págs. 367 a 370.

*prius logico*⁶⁵¹ que antes enunciaba como consubstancial a la tutela de condena⁶⁵². Pero no por ello la sentencia con reserva transforma una única pretensión de condena ejercitada en dos, una de mera declaración y otra de condena (*Reichsgericht*, WACH, TS, CORDON MORENO), que se entienden relacionadas de forma acumulada, resultando la segunda accesoria de la principal, sino únicamente el enjuiciamiento de una única cuestión que se parte por criterios de oportunidad (CORDON MORENO), en dos. Ahora bien, y aquí observamos el enunciado curioso efecto, al quedarse la sentencia con reserva en la resolución de la existencia del débito, e independientemente que se usen fórmulas como *declaro* o *condeno*, aquélla se detiene, en realidad, en **lo que sería (en esencia) el objeto de una pretensión de mera declaración**. De tal forma que, para el juicio sobre la liquidación, idéntico juego prejudicial jugaría una sentencia de mera-declaración, que necesitó de una pretensión de aquél tipo justificada por un interés específico para ello, como una sentencia de condena genérica en la que el interés

⁶⁵¹ ARIAS LOZANO, D., bajo la vigencia de la LEC de 1881 y sin llegar a desarrollar ampliamente esta idea, fue muy expresivo en relación a esta cuestión cuando dijo que: “a nadie escapa que, presupuesto de toda sentencia de condena es, además de la concreta condena a dar, hacer o no hacer, la previa declaración de la existencia de la prestación debida.” Era precisamente este hecho el que le permitía argumentar a continuación que: “Por ello, en este caso [en que “el actor cree poder probar la cuantía concreta del daño o perjuicio” pero “sólo logra acreditar su existencia genérica”] –y porque así expresamente lo permite la Ley- puede el Juez dictar sentencia mero-declarativa de la existencia del daño y deferir a la liquidación posterior la condena. Vendría a ser una estimación parcial de la demanda que dejaría imperjuzgada la cuantía concreta de la indemnización.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11166.

⁶⁵² Y aquí coincido plenamente con varios autores que han tratado sobre esta cuestión, como DÍEZ-PICAZO, I., quien, comentando la STS 667/1997 refirió que “lo que viene a decir el Tribunal Supremo es que el pronunciamiento meramente declarativo solicitado podía ser contemplado de dos maneras: o como mero presupuesto de la acción de condena ejercitada y, por tanto, falto de autonomía, en cuyo caso el deber de los tribunales de decidir al respecto quedaba absorbido por lo que dijeran sobre dicha acción de condena; o como una acción autónoma, en cuyo caso el actor carecería del específico interés requerido para ejercitar acciones meramente declarativas.” § 126.- *Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, opus cit., pág. 356. Comentario en el que argumenta también que: “Ciertamente en muchos casos puede llegar a apreciarse que un pronunciamiento meramente declarativo solicitado en una demanda carece de autonomía respecto del pronunciamiento de condena que también se solicita. De hecho, la estimación de toda acción de condena exige partir del presupuesto de la existencia de la relación jurídica en la que la petición de condena se basa. Sin embargo sería erróneo pensar que la estimación de toda acción de condena supone un pronunciamiento sobre la existencia y validez de la relación jurídica que le sirve de base. Sin duda habrá casos en que así será, [...]. Pero habrá también casos en que el pronunciamiento judicial sobre la acción de condena no implicará decisión alguna –ni definitiva ni prejudicial- sobre la existencia o validez de la relación jurídica subyacente [...]. Por tanto, [...], la idea de que se produce una absorción de la pretensión merodeclarativa por la acción de condena no siempre es correcta.” Ídem, pág. 357. O como BARONA VILAR, SILVIA, quien se plantea la cuestión de “la consideración de la naturaleza de la pretensión merodeclarativa como una pretensión autónoma o si el ejercicio de la misma debe considerarse como un *prius* o antecedente de los pronunciamientos condenatorios. Asumimos que ambas realidades pueden darse, de manera que si bien es cierto que en muchas ocasiones la declaración de ilicitud es el *prius* lógico de la condena a cesar o a rectificar o incluso al pago de indemnización por daños y perjuicios causados, no siempre la merodeclaración debe ser tildada del precedente prejudicial de la condena.” *Tutela civil y penal de la publicidad*, València, Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999, pág. 236.

se basa en la búsqueda de la satisfacción de un débito y en lo que falta para completarla adecuadamente es la fijación de su cuantía. Y obsérvese que, en nuestro ordenamiento, esa falta se debe, en realidad, a una cuestión fáctica muy concreta: la **falta de prueba sobre ese *quantum***. O dicho de otro modo; lo que debería ser catalogado como una pretensión mero-declarativa en la que el interés legítimo en su ejercicio debería basarse en la necesidad de su *pronta* declaración (WACH), y, por tanto, satisfacerse plenamente con una sentencia de mera declaración, se pervierte, conceptuándose de una forma aberrante como una pretensión de condena en la que, en lugar de tener que acreditar el motivo de su ejercicio, pues se presupone el interés en las acciones de condena, lo que se debe demostrar es la imposibilidad de poder probar el *quantum* de la condena, que ya se reclama, dejando insatisfecho el objeto de aquella acción, y requiriendo de un nuevo proceso para completarla totalmente. Es decir, se tornan necesarios dos procesos y dos sentencias para resolver una única pretensión, siendo la segunda una sentencia puramente instrumental de la primera, indigna en realidad de llevar ese nombre, pues (supuestamente) la primera ya dilucidó *en esencia* toda la controversia⁶⁵³.

⁶⁵³ A mi entender, late en la historia de la sentencia con reserva hispánica la idea de que la misma, como por otra parte se predica de todo tipo de sentencias, debe resolver todos los puntos esenciales del debate. Ahora bien, de su configuración como una sentencia de condena en la que, por tanto, se hacía necesario no solamente el declarar la existencia (o inexistencia) de un crédito, sino el condenar a su pago, y del suceder asimismo que, en ocasiones, esa fijación resultaba imposible, se derivó el que, como consecuencia lógica, se negara ese carácter de elemento esencial del pleito a la cuestión de su liquidación. Este razonamiento parece más lógico que el contrario, pues defender que se podían dejar elementos esenciales del pleito sin resolver, sería tanto como reconocer la posibilidad de que en estos casos se produjera un verdadero *non liquet*. Ahora bien, esa idea esconde una clara paradoja lógica a la cual ya hecho mención pero que ahora querría enriquecer con el enfoque que le da PROTO PISANI, A. La cuestión es la siguiente: “Un problema di grosso impegno teorico è invece quello diretto a giustificare l’eventualità che, una volta emanata una sentenza di condanna generica, nell’ulteriore corso del processo si accerti che, in concreto, il danno non sussiste. La giurisprudenza è ferma nell’ammettere tale possibilità e da parte della dottrina è stato correttamente rilevato che in tal caso la successiva sentenza sulla liquidazione finisce col privare di qualsiasi valore pratico la sentenza di condanna generica.

Questo fenomeno consente di porre in evidenza come la condanna generica abbia ad oggetto *non* una situazione giuridica, un diritto in senso stretto *ma solo* – come si è già detto – *un segmento* della situazione giuridica esistente tra le parti: un segmento, un frammento di diritto che solo l’esplicita disposizione dell’art. 278, 1° comma, consente, eccezionalmente, di divenire oggetto (autonomo) di sentenza allo scopo (*lato sensu* cautelare) di anticipare la messa a disposizione dell’attore di un titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale; in base a tale assunto la sentenza in esame può e deve, per definizione, essere posta nel nulla dalla successiva sentenza sulla liquidazione, che accerti l’insussistenza quantitativa del diritto. Un diritto quantitativamente inesistente è infatti un non diritto.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 169; se han respetado las cursivas del original consultado. Aquí se advierte que, en ambos ordenamientos, esa escisión del objeto de una única condena se permite por una norma que, excepcionalmente, habilita a ello. Ahora bien, adviértase la diferencia; en Italia, en donde generalmente se dilucida la posterior liquidación en el mismo declarativo: art. 278 CPC, esa fragmentación se hace a modo de proceso cautelar en el que, en mi opinión, lo peculiar es que, en lugar de hacerse el mismo en paralelo al proceso declarativo, se hace aprovechando el propio desarrollo de ese proceso de declaración. Aquí estaría, y en esto no creo distar mucho de lo defendido por CALAMANDREI, P., la explicación de la extraña naturaleza de esta sentencia genérica italiana que, al mismo tiempo que resuelve parte del objeto del pleito, juega una función claramente cautelar, al habilitar la inscripción de la correspondiente

Lo anterior me lleva a coincidir en parte con CALDERON CUADRADO en que **funcionalmente**⁶⁵⁴ este tipo de sentencias se acercan a las de mera declaración, al no aportar plus alguno a lo que se conseguiría con una sentencia de ese tipo⁶⁵⁵. Ahora bien,

hipoteca judicial. Configurada así la condena genérica, no resulta necesario el considerar la posterior liquidación como algo no esencial, puesto que su dictado se legitima en pos del aseguramiento de lo que se resuelva precisamente en la correspondiente sentencia definitiva de cuantificación. O dicho de otra manera, tan esencial es lo primero (existencia del débito) como lo segundo (su cuantificación), al ser dos partes de un mismo objeto. En cambio, en el ordenamiento español, esas razones de oportunidad (de las que también habló CORDÓN MORENO, F.) que legitimarían esa escisión, se han basado sobre el supuesto de la existencia de una gran dificultad probatoria del correspondiente *quantum*. Con ello, en la gran mayoría de los casos, lo único que se hizo (y se pretende hacer) en realidad fue diferir la resolución completa del debate procesal por motivos espurios pues, con la moderna configuración de la tutela de mera-declaración, NINGUNA razón legitima ya la subsistencia de la sentencia con reserva. Tal vez con la supresión de esta figura se pueda volver a valorar la cuantificación de lo debido con el rango de esencial que, en mi opinión, merece, y que ya desde el S. XVI lucharon por exigir los ciudadanos y por otorgar sus reyes cuando se prohibió diferir estas cuestiones a los Contadores; pues el problema no radicaba tanto el que de ello se ocuparan éstos últimos (y no los propios Oidores), sino precisamente que se defiriera esa cuantificación. Sobre ello se volverá posteriormente.

⁶⁵⁴ Entendiendo por “funcional” aquello que actúa (funciona) de una determinada manera, en contraposición a lo “estructural” que iría referido a los elementos internos (estructurales) de una institución, y a las relaciones sistemáticas que se establecieran entre ellos. En parecido sentido se han pronunciado algunas resoluciones como, por ejemplo, la **sentencia nº 553/2007 de la AP de Cantabria (Sección 2ª), de 2 de octubre del 2007**, en cuyo fundamento de derecho primero se afirmó que: *El primer motivo del recurso de la parte apelante consiste en denunciar la infracción del art. 219.3 LEC y concordantes por no existir, primero en la demanda y después en la sentencia, determinación de la indemnización procedente por la intromisión en el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar que alegan los demandantes. El artículo mencionado contiene varias reglas, disponiendo concretamente en su último inciso que [...] Así, se instaura lo que algún autor ha considerado como la principal novedad respecto del régimen establecido en el art. 360 de la ley anterior, porque de acuerdo con el texto legal acontece que es posible que el actor se limite a pedir en su demanda (y el órgano judicial a recoger en su sentencia) la sola declaración de su derecho, sin instar seguidamente que se condene a este último al pago de una cantidad cierta o exacta (liquida), sino demorando a un posterior proceso (no, pues, para la fase de ejecución de sentencias del mismo procedimiento) los problemas de liquidación concreta de las cantidades. Es evidente que en estos casos, previstos para procedimientos complejos en los que no se puede cuantificar el daño hasta que no se practica prueba y que ni con siquiera es posible fijar unas mínimas bases, la sentencia sólo podrá tener un alcance meramente declarativo del derecho, lo que excluye su ejecutividad (art. 521 LEC).*

Por lo tanto, al no advertirse infracción del art. 219 LEC, este motivo del recurso no se comparte. Resolutoria del recurso nº 334/2007, LA LEY 162180/2007, habiendo sido ponente de ella Arias Berioategortúa, Bruno.

⁶⁵⁵ Fíjese cómo, la finalidad de la sentencia con reserva dirigida a establecer la existencia de lo debido, concuerda con lo que CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., predica, de forma general, para la tutela mero-declarativa “desde su aparición, fuere cual fuere el tiempo o el ordenamiento que se analice, esta clase de tutela ha servido, sirve y servirá tanto para la introducción del mundo jurídico-material en el proceso, lo cual carece de particularidad, como también y sobre todo para eliminar la incertidumbre que rodea a la existencia o inexistencia –total o parcial- de un derecho o una relación o situación jurídica. De ahí el que se considera su principal presupuesto: el interés en accionar –y a su ulterior concreción, que gira justamente en torno a esa falta de seguridad”. *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 196. Por otro lado cabe reseñar que, bajo la vigencia de la ALEC, ARIAS LOZANO, D., ya avanzó, en esencia, esta misma conclusión, cuando, comparando una sentencia meramente declarativa y la sentencia con reserva expuso que: “¿Qué diferencias hay entre los fallos de estas dos sentencias? A nuestro juicio ninguna que conlleve entender que las naturalezas de una y otra son diferentes. La primera se pronuncia sobre la existencia de unos daños; la segunda también. La primera declara que esos daños son imputables al demandado, esto

el sistema ideado por el Legislador nos obliga a utilizar una lógica anormal pues, si se quiere salvar la congruencia de la sentencia, se habrá de decir que son sentencias de condena, al deber siempre serlo las pretensiones ejercitadas. De este modo, se deberá defender que, aunque la sentencia con reserva no sea idónea para constituir un título ejecutivo, sí que se halla en el camino de la consecución de éste aunque, como sentencia incompleta que es, esté aún alejada de aquél, lo que la distingue de la sentencia de mera declaración en que la pretensión se satisface plenamente con su dictado. Es decir, que la prohibición de la tutela de mera declaración ha obligado en estos casos a **hipertrofiar la tutela de condena**, lo que sería la otra cara de la moneda de la hipertrofia de la ejecución ya observada por GUASP, abusando de ella en supuestos que le son impropios (recuérdense nuevamente las enseñanzas de WACH)⁶⁵⁶. Y es seguramente por esta extraña concepción legal y jurisprudencial del sistema por la que, seguramente, de una u otra forma, la mayoría de autores, aun partiendo de idénticos preceptos y estando de acuerdo con la mecánica procedimental a seguir en estos supuestos, han acabado advirtiendo esa *naturaleza híbrida* de la sentencia con reserva, decantándose finalmente por conceptualizarla como de mera declaración/de condena, según hayan terminado resaltado unos u otros aspectos de la misma, sin haberla querido conceptualizar como un *tertium genus* (ARIAS LOZANO).

Llegados a este punto, habiendo demostrado que todos los anteriores argumentos son válidos, tanto los que abogan por su naturaleza mero declarativa como los que lo hacen por la de condena, aunque difieran en su relevancia y, observando que el debate se ha centrado en parte en una polémica un tanto estéril, al intentar encuadrar, en mi opinión, la sentencia con reserva en categorías que no le son propias, se ha de buscar el modo de

es, que determinada prestación es debida; la segunda también, la primera no puede cumplirse; la segunda –mírese como se mire- tampoco.” Añadiendo un poco más adelante que: “Es más, hay otro aspecto denotativo de esa naturaleza mero-declarativa: la sentencia de condena genérica no puede –por oposición a lo que sucede con las *auténticas* sentencias de condena- ser cumplida voluntariamente.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11157; se ha respetado la cursiva del original consultado.

⁶⁵⁶ Resultando también pertinentes las siguientes palabras de CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., cuando argumenta que, hay ocasiones en que “no va a resultar preciso para la satisfacción del derecho o el interés legítimo del actor peticionario de la mera declaración que el órgano jurisdiccional condene a la parte contraria a la realización –o abstención- de una determinada prestación o que el mismo constituya, modifique o extinga un cierto estado o situación. En unos casos, tales suplicios no se realizarán sencillamente porque no son posibles, por propia naturaleza o por ausencia de requisitos [...]. En otros, porque tal vez en ese momento exista un interés preferente en la simple actividad declarativa –positiva o negativa-: si la incertidumbre es el único motivo que origina el comportamiento del sujeto pasivo y éste continúa teniendo relaciones con el demandante, es posible que, despejada la duda [...], la creación de un título ejecutivo no resulte necesario [...] y sí contraproducente para el buen término de las comunes empresas.” Ídem, págs. 198 y 199.

superar el anterior aparente dilema. Partiendo de la hipótesis de que en realidad nos encontramos ante un **instrumento caduco** que ha acabado generando a su alrededor un debate, en este aspecto, parecido al que se produjo en torno a la acción de jactancia, al tratar de definir con categorías modernas una figura más antigua que aquéllas cuya ideación no se someterá fácilmente a su obediencia y, atendiendo especialmente al estado de la cuestión en la doctrina española, cabe apuntar que este disputa, con sus respectivos matices, se ha dado en los demás países de nuestro entorno, siendo prueba de ello las oportunas y reiteradas citas que, en este sentido, varios autores han llevado a cabo (v. gr. véanse a CORDÓN MORENO, ARIAS LOZANO y CALDERÓN CUADRADO), principalmente con respecto a la doctrina italiana. Y ello es debido a que esa escisión entre el juicio sobre *lo debido* y el juicio sobre su concreto *quantum* se ha considerado como *oportuna* (CORDÓN MORENO) al menos desde el último siglo, en diversos ordenamientos (italiano, alemán...). Por tanto, ofreciéndonos la realidad la oportunidad de acudir a otras formas de abordar esta cuestión, hay que enriquecer la discusión con unos breves apuntes de derecho comparado, a los efectos de intentar superar los límites del mismo, y de dar nuevas soluciones. Y a ello dedicaré las siguientes líneas, centrándome en los ordenamientos que más nos han influido en esta materia: el **italiano** y el **alemán**.

4.4.2.5. Tratamiento de esta cuestión en el ordenamiento italiano.

En **Italia**, se denomina *condanna genérica ai danni* a la figura equivalente a nuestra sentencia con reserva de liquidación⁶⁵⁷. Fue ésta una institución creada jurisprudencialmente (de ella nada decía el código de procedimiento civil italiano de

⁶⁵⁷ Como ya advirtió GUASP, J., cuando inició el comentario del artículo 360 ALEC con la siguiente referencia a Calamandrei, “*La condanna generica ai danni*, en *RDPC*, 1933, I, p. 357 y ss.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 976. Después de él, muchos otros autores han observado esta relación, v. gr. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 412. Y ello a pesar que la literalidad de los términos pueda llevar a confusión, pues es cierto que existe en el ordenamiento itálico también un tipo de sentencia denominada justamente **con reserva**, pero que poco tiene que ver con la homónima del derecho español. Baste para ver las diferencias la siguiente exposición que hizo CHIOVENDA, J., de las mismas: “Una condena puede estar fundada también en un conocimiento incompleto que haya examinado y rechazado sólo algunas excepciones, *reservando* para más adelante el examen de las otras: por esto la prestación puede también no ser debida; pero el condenado está obligado, entre tanto a cumplirla, para evitar la ejecución (sentencias de condena con *reserva*) (§§ 8 bis y 94). Esto nunca puede ocurrir en las sentencias de mera declaración.” *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., pág. 193; cursiva del propio autor.

1865), que acabó encontrando reconocimiento legal en el artículo 278⁶⁵⁸ del código de 1940 (promulgado el 28 de octubre de 1940 y que entró en vigor el 21 de abril de 1943).

⁶⁵⁸ Originalmente este **artículo 278 del Codice di Procedura Civile** que se rubricaba como: *Condenna generica. Provisional*, regulaba de la siguiente forma dicha institución: *Cuando haya recaído accertamiento en cuanto a la subsistencia de un derecho, pero se encuentre aún controvertida la cantidad de la prestación debida, podrá el colegio, a instancia de parte, limitarse a pronunciar, mediante sentencia parcial, la condena generica a la prestación, disponiendo con ordenanza que el proceso prosiga para la liquidación.*

En tal caso, el colegio, en la propia sentencia parcial, y siempre a instancia de parte, podrá condenar además al deudor al pago de una provisional, dentro de los límites de la cantidad cuya prueba considere ya alcanzada. Extraído del Apéndice del Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940 incluido en CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal civil, I Introducción y función del proceso civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, adiciones de derecho español por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, pág. 484. Actualmente se sigue titulado como: *Condanna generica. Provvisionale*, y está ubicado dentro de su Libro Segundo (*Del proceso di cognizione*), Título I (*Del procedimento davanti al tribunale*, artículos 163 a 310), Capítulo III (*Della decisione della causa*), prescribiendo que: *Quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione.*

In tal caso il collegio, con la stessa sentenza e sempre su istanza di parte, può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisionale, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. En relación con este precepto valga avanzar que, a pesar que recoga conjuntamente tanto la *condanna generica* como la que denomina *provvisionale*, se trata de figuras diferentes. En este sentido, sostuvo ya CALAMANDREI, P., que esta institución, “reconocida expresamente en la legislación procesal penal (art. 489 CPP) y en el proceso laboral (art. 14 RD 26 febrero 1928)” [citando en este punto a Jaeger, *Controversie individuali del lavoro*, 3ª ed. n. 158 y a Gatti, *La <<provvisionale>> per i danni*, en <<Scuola positiva>>, 1928, II, págs. 97 y ss.], y “utilizada en la práctica de forma generalizada en el proceso civil ordinario”, consistía en que “por el hecho de existir una condena generica del daño, el condenado venía obligado a pagar una suma a título de “provisional”, a modo de anticipación de la cantidad que resultará debida en sede de liquidación.” Por ello, “los elementos que bastan para justificar una condena generica al daño no siempre son bastantes para justificar una condena especifica al pago inmediato de una provisional: ésta última es una verdadera condena, que presupone la declaración del daño, en cuyos límites el condenado debe resarcir. Ello es diferente del juicio de probabilidad que basta para la condena generica. La condena generica que asigna una provisional tiene pues una triple naturaleza: es una sentencia meramente declarativa sobre los puntos prejudiciales de la injuria y de la culpa; es una sentencia completa y definitiva de condena sobre el punto de la provisional del límite del daño declarado, y es un pronunciamiento cautelar por el daño mayor simplemente presumido. Por tanto, la petición de una provisional en el juicio del *an debeatur* tiene una función parcial de liquidación en el límite de la suma peticionada.” *Studi sul proceso civile*, opus cit., págs. 249 a 252. Actualmente, y ya bajo su reconocimiento legal, esta distinción entre ambas figuras la siguen explicitando muchos autores como, v. gr., PROTO PISANI, A., cuando asevera que: “Il secondo comma dell’art. 278 c.p.c. disciplina un istituto molto diverso dalla condanna generica, la condanna provvisionale.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 170; dedica este autor en dicha obra a “La condanna provvisionale” todo un apartado que abarca su página 170. Parece que no hay grandes dudas sobre la naturaleza jurídica de esta “provvisionale”; el mismo PROTO PISANI, A., manifiesta en este sentido que: “sempre e solo su istanza di parte, il giudice può accoppiare alla sentenza di condanna generica anche una sentenza parziale, di condanna in senso stretto, con cui inizia la liquidazione del danno (condanna provvisionale)”, manifestando (al inicio del siguiente párrafo) que: “Contrariamente alla condanna generica, qui ci troviamo di fronte ad un provvedimento di condanna vero e proprio”. Ídem. En el mismo sentido que el anterior ya se habían pronunciado autores como FAZZALARI, ELIO, al aseverar que: “La <<condanna generica>> può essere, però, accompagnata da una vera condanna: se il tribunale ritiene già raggiunta la prova di una parte del *quantum*, ne ordina, su domanda e con sentenza parziale ([...]) il pagamento (<<condanna provvisionale>>) ([...]). Ciò conferma, se ve ne fosse bisogno, che la <<condanna generica>> non è condanna.” *Istituzioni di diritto processuale*, VI edizione, Padova, CEDAM, 1992, a pie de su pág. 367; se han respetado las cursivas del original consultado. En parecidos términos se pronuncia este mismo autor sobre esta “condanna provvisionale” en su posterior *Lezioni di diritto processuale civile I*, Padova, CEDAM, 1995, pág. 132. En el mismo sentido BUFFA, FRANCESCO: “Secondo

El primer procesalista civil⁶⁵⁹ que abordó con cierta profundidad la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias fue VASSALLI, quien ya en 1918 publicó *La sentenza condizionale*, verdadero punto de partida con respecto a dicho tema. Siguiendo el comentario que sobre las opiniones de este autor efectuó ROGNONI⁶⁶⁰, cabe reflejar que, para VASSALLI, la condena genérica contendría una declaración íntegra y pura con fuerza de cosa juzgada, sujeta a la condición de ser seguida por la liquidación, necesaria para la correspondiente ejecución forzosa, pero siendo ya título para la hipoteca judicial. Es decir, se trataría de un tipo de **sentencia condicional**⁶⁶¹, en que la condición consistiría en que se efectuase esa posterior liquidación. Esta primigenia

l'orientamento della dottrina maggioritaria, la condanna con provvisoriale è una vera e propria sentenza di condanna, non modificabile nella prosecuzione del giudizio, a differenza quindi dei provvedimenti di carattere cautelare che non impegnano invece nel prosieguo del giudizio, come acciene nelle ordinanze ex art. 423, comma 2, c.p.c. per il pagamento di somme nei limiti in cui sia già raggiunta la prova. Definisce in parte il merito della domanda, e se passa in giudicato ha efficacia di accertamento ex art. 2909 c.c. determina la nuova prescrizione ex art. 2953 c.c.” *Manuale pratico del proceso del lavoro*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2009, pág. 449. Y también en el mismo sentido se pronuncian otros autores, como GERARDO DIANA, ANTONIO, quien sostiene que: “Nel diritto vivente si è fatta strada la tesi che sposa l’idea per cui, il provvedimento di condanna alla provvisoriale, diversamente da quello di condanna generica, costituisce provvedimento di condanna in senso proprio.” *I provvedimenti del giudice civile*, Wolters Kluwer Italia, 2009, en el que dedica las págs. 37 a 40 a esta figura; pág. 39 para la anterior cita. Como voz algo discordante en este tema, se puede citar la de SATTÀ, S., al sostener que el artículo 278 CPC preveía la concesión de esa provisional sólo cuando se solicitaba también la condena por el *quantum*, tratándose de una medida cautelar que no comprometía el futuro juicio; en este punto cita a Gualdani, Mase’dari y Andrioli. *Diritto processuale civile*, opus cit., a pie de su pág. 369. Por analogía, se considerarían las medidas del artículo 708 CPC, manteniendo que el legislador quería recurrir frecuentemente a la provisional aún prescindiendo de una declaración de la subsistencia del derecho. Supuestos de esta tendencia se encontrarían en el artículo 24 de la L. 24 de diciembre de 1969, n. 990, sobre el seguro obligatorio de vehículos a motor, y en el artículo 423 del proceso laboral; en este último caso, por ejemplo, el juez podría, a instancia de parte, disponer el pago de una suma a título provisorio cuando considerara el derecho constatado y hasta el límite de la cantidad por la cual valorara que alcanzó la prueba. Ídem, págs. 367 a 370.

⁶⁵⁹ Como sostiente ROGNONI, V., fue en el proceso penal (en el que esta institución estaba regulada expresamente), donde fue estudiada inicialmente (de forma sumaria) por parte de los procesalistas penales; cita en este punto a Manzini, Mortara-Aloisi y Mortara. *Condanna generica e provvisoriale ai danni*, opus cit., a pie de la pág. 29. Lo anterior me sirve para traer a colación las siguientes palabras de FRAGA IRIBARNE, M., quien afirmó que: “Y conste, aunque sólo sea de pasada, que la aplicación de la mera declaración no tiene por qué limitarse al ámbito del Derecho privado. Así, en material penal afirma PAOLI que cabe perfectamente que no se pida (al propio tiempo de ejercitar la acción penal) simultáneamente la condena por responsabilidades civiles (lo cual puede no convenir de momento, verbigracia, si todavía no se puede hacer la liquidación, etc.). En ese caso podrá pedirse una nueva declaración del hecho delictivo, en cuanto título para una reclamación civil posterior, en la que solamente sea necesario probar la cuantía de los daños, etc. PAOLI afirma que éste es una de los casos más típicos de sentencia puramente declarativa.” *La acción meramente declarativa*, opus cit., pág. 103; a pie de la misma cita en este momento el artículo de Paoli, *Azione civile d’accertamento nei proceso penale*.

⁶⁶⁰ *Condanna generica e provvisoriale ai danni*, opus cit., págs. 29 a 33.

⁶⁶¹ BUFFA, F., define este tipo de sentencias (denominadas *condanna condizionale*) como aquellas en las cuales: “l’eseguibilità della condanna dipende dal verificarsi di una certa condizione.” *Manuale pratico del proceso del lavoro*, opus cit., pág. 449.

opinión fue rápidamente arrumbada por el resto de la doctrina italiana⁶⁶², criticándola diversos autores, especialmente CALAMANDREI⁶⁶³ y ROGNONI, sosteniendo éste último que no se podía predicar de la condena genérica esa declaración íntegra y pura en relación al elemento del daño, por producirse, con respecto al mismo, un reenvío al sucesivo juicio de liquidación⁶⁶⁴.

Por su parte, CARNELUTTI⁶⁶⁵ consideró que el caso de la condena genérica era un supuesto de **pronunciamiento parcial**. De esta forma, en su conocida división de los pronunciamientos⁶⁶⁶ positivos entre totales y parciales, éstos últimos se caracterizarían porque resolverían “algunas de las cuestiones del fondo, pero no todas”⁶⁶⁷. Ahora bien, valga matizar que también opinó que, aunque el nombre de *sentencia parcial* se utilizaba por la ley (en los antiguos artículos 278 y 279), lo parcial no era la sentencia sino el pronunciamiento (pues la primera siempre era total), defendiendo que “el

⁶⁶² En España esta concepción parece del todo insostenible, habiendo sido esta perspectiva negada claramente por la jurisprudencia. Sobre esta cuestión se puede recoger la síntesis que (en relación a la misma) hizo CORDÓN MORENO, F., afirmando que “el Tribunal Supremo ha declarado: [...] c) Que el artículo 360 LECiv no permite una condena condicional sobre el pronunciamiento mismo acerca de los daños y perjuicios, sino sólo una condena indeterminada (STS 27 abril 1990 [RJ 1990, 2803]).” *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 291.

⁶⁶³ Cfr. *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 240 a 243. Crítica que parte de la opinión de CALAMANDREI, P., según la cual a la condena genérica le falta la característica de ser título ejecutivo. Según el Profesor de Florencia, Vassalli yerra al incluir la sentencia de condena genérica dentro de las sentencias condicionales pues, mientras que en éstas habría una declaración completa y definitiva, en la condena genérica no habría una suspensión condicionada a la verificación de un suceso futuro e incierto (la liquidación del daño), sino que el hecho de la liquidación es en realidad un elemento constitutivo de la condena; de hecho es la condena misma. Es decir, la condena genérica no se podría entender como condicional pues, si así fuera, la sentencia se formaría condenando a condición de que se condene, con lo que pondría como condición la existencia de lo mismo condicionado.

⁶⁶⁴ Para ROGNONI, V., la sentencia de liquidación no se puede considerar como un evento futuro e incierto que condiciona la condena, suspendiendo sus efectos hasta la verificación del evento mismo, al constituir en realidad la misma un elemento que integra una sentencia incompleta (la genérica).

⁶⁶⁵ *Instituciones del proceso civil. II*, Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989 (obra traducida: *Istituzioni del processo civile italiano, quinta edizione emendata e aggiornata, volumen segundo*, publicado por Soc. ed. Del “Foro Italiano”, Roma, 1956).

⁶⁶⁶ Define pronunciamiento como “aquella sucesión de actos que, cuando mediante el cumplimiento de la instrucción se han adquirido los elementos para proveer sobre las demandas de las partes, tienden a formar la providencia del juez y a procurar la eficacia de ella”. Ídem, págs. 128 *in fine* y 129; en la traducción consultada aparece esta definición en cursiva.

⁶⁶⁷ Ídem, pág. 129 *in fine*. Para este autor “la regla es que el pronunciamiento de fondo sea total y, por tanto, tenga carácter definitivo, en cuanto termine y cierre el proceso (art. 277); esta regla se vincula con el principio en virtud del cual el juez se “debe pronunciar sobre toda la demanda” (art. 112)”. Ídem, pág. 131; la mencionada regla aparece en la traducción consultada en cursiva. Ahora bien “esta regla no excluye que la solución de todas las cuestiones pueda hacerse en varias veces, esto es, con más de un pronunciamiento, en cuyo caso cada uno de ellos es positivo, pero *parcial*, y las sentencias que son objeto de los pronunciamientos sucesivos, se combinan en un *acto continuado*”. Ídem; las cursivas aparecen en la traducción consultada.

pronunciamiento parcial de fondo tiene carácter no definitivo, sino *interlocutorio*⁶⁶⁸, en el sentido de que el juez pronuncia a lo largo del procedimiento y no al fin de él, debiendo el procedimiento reanudarse para terminar en la solución de las otras cuestiones⁶⁶⁹. Como afirma ROGNONI⁶⁷⁰, para CARNELUTTI el proceso podía ser integral (cuando se accedía al mismo para dilucidar todas las cuestiones), o parcial (cuando se entraba para resolver alguna de ellas), siendo éste último caso una manifestación de lo que denominó la “**formación progresiva de la sentencia**”. Existirían de esta forma, una pluralidad de procesos que se sucederían con su propio y distinto núcleo de cuestiones a resolver, con plenitud de cognición y pudiéndose emitir en ellos decisiones idóneas para pasar con fuerza de cosa juzgada. La crítica de ROGNONI en este punto es contundente⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Obsérvese el parecido que tiene esta concepción de Carnelutti, F., con la regulación legal de esta materia en el ordenamiento alemán (véase el análisis sobre la *Grundurteil*, o “sentencia sobre el fondo” que se realiza en esta misma obra), al concebirlas ambas como pronunciamientos interlocutorios.

⁶⁶⁹ Ídem, pág. 131, la cursiva aparece en la traducción consultada. Según CARNELUTTI, F., “a un pronunciamiento parcial el colegio sólo puede llegar cuando, observando que algunas cuestiones están maduras y otras no, las partes, o una de ellas, hayan pedido el pronunciamiento parcial acerca de las primeras y aparezca que esto responde a un “interés apreciable” (art. 277)”. Ídem, pág. 132; en la traducción consultada aparece este trozo en cursiva. A continuación, justamente como caso menciona el que “se ha declarado ya la existencia de un derecho, pero... es todavía controvertida la cantidad de la prestación debida”. Como comenta lo que se puede decidir es el *an debeatur*; lo que no, el *quantum* (art. 278). Seguidamente define cuál es la regla a seguir: “cuando algunas cuestiones de fondo pueden sin más ser resueltas mientras que para la solución de otras debe proseguir la instrucción, el colegio tiene que limitarse al pronunciamiento ordenatorio respecto a éstas últimas, a menos que haya instancia de parte en orden al pronunciamiento parcial y éste tenga para la parte un interés apreciable” Ídem; como otro caso de pronunciamiento parcial sita el que se daría cuando una cuestión pudiera tener más de dos soluciones y se pudiera proceder a la eliminación de alguna de ellas; es lo que denomina “restricción del área de la cuestión”. Como ejemplo paradigmático expone el de “la cantidad de dinero debido a título de resarcimiento de daño”; de esta forma si el actor peticiona 100 y el demandado alega que no debe nada, puede ser que se pueda, en “la instrucción” excluir las soluciones que van de 0 a 50, pero aún no se pueda determinar si se debe 51 ó 100. Sería un caso de pronunciamiento parcial pues solamente se resolvería en parte la cuestión. Comenta que la ley (art. 278) establece que en estos casos se puede condenar al deudor al pago de “una provisional”, palabra que induce a error, pues como comenta el autor citado, la condena no es provisional sino parcial. Ídem, págs. 132 y 133.

⁶⁷⁰ *Condanna generica e provvisoriale ai danni*, opus cit., págs. 34 a36 *ab initio*, quien comenta que Carnelutti no se ocupó ampliamente de este tema, pero que aún así, advirtió que la escisión de la causa del daño en dos juicios constituía un caso de “pluralidad de procesos respecto a la misma litis”. En este punto cita las obras de Carnelutti, *Lezioni di diritto procesuale civile*, Padua, 1921, IV, 277 y 278; *Sistema de diritto processuale civile*, Padua, 1936, I, págs. 915 y ss. y *Condanna generica al risarcimento del danno*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 265.

⁶⁷¹ Ídem. ROGNONI, V., consideró que la escisión en dos fases del juicio del daño no se podía entender como un ejemplo de “pluralidad de procesos respecto a la misma litis” porque, si bien era cierto que el primero de los dos juicios no finalizaba toda la controversia, también lo era que el pronunciamiento no comportaba una cognición plena y completa, al venir la existencia del daño declarada de forma sumaria. Nuevamente aduce aquí (como ya hizo en su crítica a la posición de Vassalli) la cuestión del reenvío de su cognición completa al sucesivo juicio de liquidación. Y es que, para ROGNONI, V., entre ambos juicios (el de lo debido y el de su cuantificación) no parecía que se suscitara una clara distinción sobre las cuestiones a decidir, lo que Carnelutti daba por descontado, y que le permitía de calificar el fenómeno como una “pluralidad de procesos respecto a la misma cuestión”.

Ahora bien, si algún autor se puede destacar en el estudio de esta cuestión, éste es CALAMANDREI, quien ya en los años treinta⁶⁷² abordó con profundidad la cuestión aquí debatida. Empezaré señalando que, según este autor⁶⁷³, en la concepción de la Suprema Corte, el primer pronunciamiento (sobre el *an debeatur*) tenía la naturaleza de una sentencia de condena siendo necesario demostrar, no únicamente una hipotética responsabilidad por un daño meramente posible sino, la “*effettiva sussistenza del danno*”, reservándose para la fase de liquidación únicamente la determinación de la cantidad de ese daño, que ya se había demostrado subsistente. Entendió CALAMANDREI que, con esta jurisprudencia, se empezaron a contraponer dos tipos de daños: el genérico y el específico, cuestión que relacionaba de forma inextricable con el problema de su respectiva prueba.

En esta materia, diferenció CALAMANDREI⁶⁷⁴ tres conceptos básicos: el **daño** (como lesión de intereses producida por el hecho dañoso), la **injuria** (como la ilegitimidad objetiva de la acción) y la **culpa** (como la voluntad del sujeto agente), existiendo por tanto un aspecto objetivo y otro subjetivo, y un nexo de causalidad entre el ilícito y el daño, y defendiendo asimismo la **inseparabilidad lógica** entre el juicio sobre la existencia y el juicio sobre la cantidad del daño⁶⁷⁵. Aquí ya observamos el motivo central de su crítica a la condena genérica pues, si ésta se basa en la separación entre dos tipos de daños (genérico/específico) y ello atenta contra la lógica... Pero sigamos con lo que expuso este autor. Afirmó CALAMANDREI que era absurdo, desde el punto de vista de la lógica, el separar en cada caso el juicio sobre la existencia, del juicio sobre la cantidad, llegando a ser posible que existiera un juicio positivo sobre el *an debeatur* que fuera seguido por una liquidación que concluyera con una valoración de cero. Y negándose la cantidad, se negaba la misma existencia del daño, confundiéndose lo accidental con lo esencial, investigándose en realidad en ambos casos

⁶⁷² A pesar de que en la siguiente exposición se va a seguir el desarrollo que, de su teoría sobre esta materia, realiza en *Studi sul processo civile*, opus cit., de 1934, hay que tener en cuenta que su trabajo *La condanna “generica” ai danni*, fue publicado anteriormente en la Riv. di dir. proc. civ., en 1933.

⁶⁷³ *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 224 a 227.

⁶⁷⁴ Ídem, págs. 227 a 230.

⁶⁷⁵ Ídem, págs. 230 a 232.

la misma cuestión⁶⁷⁶, y abordando ambos juicios el mismo *thema decidendum* pero con diversa perspectiva⁶⁷⁷.

Con posterioridad a dejar asentadas las anteriores opiniones, abordó CALAMANDREI la cuestión referente a la naturaleza mero-declarativa de la condena genérica⁶⁷⁸. El Profesor de Florencia se preguntó, en primer lugar, sobre si la misma se podía enclavar dentro de las sentencias de condena. Para responder a esta interrogación partió del estudio de sus **efectos**, llegando a la consideración que la condena genérica no tenía ninguna de las características en base a las que se diferencian las sentencias de condena de las de mera declaración, al no poderse predicar que llevase aparejada la tutela ejecutiva; no era un título ejecutivo, ni podía serlo sin el pronunciamiento de una nueva sentencia de liquidación del daño. Prosiguió su análisis con el criterio de los **finés inmediatos de las acciones** pues, siendo el fin inmediato de la sentencia de condena el de preparar la ejecución, la demanda se limitaba al solo punto del *an debeatur*, con lo que se retardaba la formación de un título ejecutivo completo⁶⁷⁹, defendiendo que, con respecto a la sentencia de liquidación, la condena genérica tenía simplemente la eficacia de una mera declaración prejudicial. Por los anteriores motivos, CALAMANDREI se inclinó por considerar que dicha sentencia de condena genérica se había de clasificar como una **sentencia meramente declarativa**, como entendía que también defendía la doctrina alemana de forma unánime⁶⁸⁰ y CAMMEO⁶⁸¹, quien justificaría la distinción del juicio de resarcimiento en dos fases sobre la **autonomía de la acción declarativa** “le quali poi posson servire, tra l’altro, come *pregiudiziali ad azioni di condanna*”⁶⁸².

⁶⁷⁶ Ídem, págs. 234 *in fine* a 236.

⁶⁷⁷ Es muy elocuente (y algo irónico) CALAMANDREI, P., cuando nos dice que, mientras en el segundo juicio (el de la liquidación) se entrará a valorar el detalle, en el primero (la condena genérica) se debe contentar con producir “una visione di massa, com’è quella dei miopi”. Para este jurista, ambos juicios están llamados a realizar el mismo trabajo, pero el segundo siempre debe rehacer (y a menudo deshacer) lo que se ha hecho en el primero. Negando este autor, como ya se ha comentado, que lo genérico y lo específico sean dos campos separados, llega a sostener que la existencia genérica del daño y su inexistencia específica son tan irreconciliables como la afirmación de que alguien está genéricamente vivo y específicamente muerto.

⁶⁷⁸ Cfr. ídem, págs. 237 a 240.

⁶⁷⁹ Con ello CALAMANDREI, P., opinó que quedaba demostrado que el verdadero fin de esta primera fase no era preparar la ejecución sino procurarse otro tipo de ventajas, como sucedía en el caso en el que no había controversia sobre el importe del daño sino sólo sobre la responsabilidad jurídica del mismo.

⁶⁸⁰ En este punto (ídem, a pie de la pág. 239) cita a Langheineken, *Der Urteilsanspruch* (Leipzig, 1899) y a Hellwig, *System*.

⁶⁸¹ En *Comm.*, I, pág. 884.

⁶⁸² *Studi sul processo civile*, opus cit., pág. 240; se ha respetado la cursiva del original consultado.

Llegado este momento, vale la pena hacer un breve añadido, para acabar de comprender la naturaleza jurídica que, para CALAMANDREI, tenía la condena genérica, pues a la misma le otorgaba (esencialmente) una **finalidad cautelar**⁶⁸³, llegando a afirmar que la condena genérica sería en realidad un larvado procedimiento cautelar⁶⁸⁴. Esta “Scopo cautelare della condanna generica ai danni”⁶⁸⁵ es uno de los

⁶⁸³ Para acabar de comprender lo hasta aquí comentado sobre la teoría del Profesor de Florencia, valga añadir el análisis que sobre ella hizo ROGNONI, V., quien llegó a afirmar que el trabajo de éste último constituía la obra fundamental sobre el tema. Según ROGNONI, V., Calamandrei constató que había la costumbre de escindir el juicio sobre el daño en dos fases: sobre el *an* y sobre el *quantum debeatur*. Sucedió empero que en un cierto momento la jurisprudencia, innovando la práctica precedente, ordenó que a la declaración del pleno y completo conocimiento de la *iniuria* y de la culpa se añadiera, dentro de la fase del *an*, también la prueba genérica del daño. Siguiendo las enseñanzas de Carnelutti, Calamandrei interpreta esta escisión como un caso de pluralidad de decisiones sobre elementos diversos de la misma cuestión controvertida. La repartición de los elementos a resolver en cada fase podía variar según cada caso, pero siempre ambas fases debían tener un campo de cognición netamente diferente (para evitar duplicaciones) y siempre también la prueba sobre el daño debía ser reservada *por entero* [también en cursiva en la obra consultada] a la segunda fase.

Con la introducción de la prueba genérica del daño en la fase del *an*, y el reenvío de la específica a la fase sucesiva del *quantum*, la distinción entre ambas fases faltaba en parte. La controversia sobre la existencia del daño se presentaba dos veces de forma separada y sucesiva, en dos juicios diferentes, siendo en el primero sólo genérica o sumaria, y en el segundo plena y completa. De esta forma, la actividad probatoria se repartía en dos partes y de forma diversa. Sucedió que en el juicio del *an debeatur* la fuerza de cosa juzgada del pronunciamiento afirmativo sobre la existencia del crédito no obstaba para que en la liquidación se diera libertad para reducir a cero la misma. De esta forma, se parecía al fenómeno de la medida provisional urgente, en la que la investigación es sumaria sobre los hechos. Por tanto, el pronunciamiento del *an debeatur* constituía una sentencia meramente declarativa, idónea para tener fuerza de cosa juzgada sobre el tema de la *iniuria* y de la culpa, mientras que se daba en el mismo una cognición sumaria acerca de la existencia del daño, la cual no era otra cosa que una larvada medida cautelar. La condena genérica, por tanto, era una sentencia meramente declarativa porque no era susceptible de ejecución forzosa, le faltaba la cognición sobre el daño y no declaraba la existencia de ninguna obligación. El único efecto jurídico de la condena genérica era el de servir de título para la inscripción de la hipoteca judicial. De esta forma, jurisprudencialmente se había variado la naturaleza jurídica de dicha hipoteca judicial pues, mientras según la ley esta hipoteca era un efecto necesario, la jurisprudencia sobre la condena genérica había dado al juez del *an debeatur* el poder de decidir en cada caso, mediante un cálculo de probabilidad sobre la existencia del daño, si la hipoteca judicial debía concederse o no. Funcionaba, por tanto, como un simple medio al fin de constituir un título idóneo para la inscripción de la garantía hipotecaria, con lo que se configuraba como una medida cautelar. Cfr. *Condanna generica e provvisionale ai danni*, opus cit., págs. 36 a 39.

⁶⁸⁴ *Studi sul proceso civile*, opus cit., págs. 243 a 245. Cabe relacionar en este momento las enseñanzas de este autor con las de GUASP, J., quien, como ya he apuntado, fue uno de los primeros (sino el primero) que observó la equivalencia entre la sentencia con reserva española y la *condanna genérica ai danni*, relación que efectuó al comentar el artículo 360 ALEC, iniciando el mismo con la siguiente referencia a Calamandrei: “La *condanna generica ai danni*, en *RDPC*, 1933, I, p. 357 y ss.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 976. Llegó a proponer GUASP, J., en esta materia el recurso de “las sentencias parciales que, decidiendo alguna o algunas de las cuestiones que integran el fondo del litigio, dejan en pie algunas otras que habrán de aclararse en una fase ulterior del mismo procedimiento, no de otro distinto” (idem, pág. 977, remitiéndose en este momento, a pie de la antedicha página, en donde destaca entre esta clase de sentencias las *Grundurteile*), criterio que no fue seguido por la LEC de 1881 (ni por la LEC del 2000) dando el art. 360 ALEC “una solución distinta y más imperfecta técnicamente.” Ídem, pág. 977. En parecido sentido se pronunció también PLAZA, M., quien conectó las sentencias con reserva con la regulación itálica al afirmar que: “Este problema dice relación al supuesto, frecuentísimo por otra parte, de que la sentencia resolutoria no agote en una sola vez el contenido de la pretensión, porque la cumplida satisfacción de ésta exija dos declaraciones sucesivas, una referente al qué y otra atinente al *quantum*. La técnica subviene a esta necesidad mediante la construcción de las denominadas sentencias *parciales*, reguladas por el último Código procesal italiano, que evitan la denegación del fallo e

impiden dividir la propia continencia del proceso. Por eso es, en nuestro sentir, errónea la posición de nuestra L.E.C., que en el artículo a que acabamos de aludir, reserva para la ejecución cuestiones que no son propias de ésta e *injerita* en él un proceso cognitivo que desemboca, en último término, en una declaración que es obligado supuesto de la ejecución misma. (Véase, en ese sentido, la S. de 8 de febrero de 1944.)” *Derecho Procesal Civil Español*, opus cit., pág. 597. En cuanto a la resolución que refiere (**sentencia de 8/02/1944**), la misma sostuvo en relación a esta cuestión que: *Pero sin necesidad de razonar por innecesario, si el sistema que en ese punto sigue la LEC vigente, concuerda o no con las exigencias de una técnica más depurada, que acude, en eventos como el de autos, al sistema de las llamadas sentencias parciales, y evita de ese modo que se desnaturalice el proceso de ejecución con una superposición o injerto anormal de un proceso cognitivo, no hay en nuestro ordenamiento procesal obstáculo infranqueable para proceder, en caso tan singular como el de esta litis, cual lo hizo el Tribunal sentenciador, puesto que establecido imperativamente por el pár. 1.º del art. 360 que, [...], y determinado por el pár. 2.º del expresado artículo que en caso de imposibilidad habrá de fijarse su importe en ejecución de sentencia, no es aventurado mantener que, bien entendida esa norma, se endereza rectamente a conseguir que en el curso de la ejecución propiamente dicha no se interfieran, sino en lo necesario, cuestiones que por razones patentes no son propias de ella; y que sin violencias en la exégesis, es dado sostener que en determinados casos, y por una razón de evidente analogía, el espíritu que preside aquella norma específica debe inspirar la conducta del juzgador.* Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3453 a 3455.

Ahora bien, en mi opinión, se ha de ir con mucho tiento al abordar en este campo el **fenómeno de la SENTENCIA PARCIAL italiana** pues, como sostiene ROGNONI, V., en su crítica a Carnelutti, la escisión en dos fases del juicio del daño (que caracteriza a la condena genérica) difícilmente se puede conceptualizar como un ejemplo de “pluralidad de procesos respecto a la misma litis” al faltarle al pronunciamiento sobre el daño (que sería siempre sumario) las notas de cognición plena y completa que se predicarían del pronunciamiento parcial. Y esa falta de plenitud es el motivo por el cual la sentencia parcial también se diferencia de la *Grundurteil*, o “sentencia sobre el fondo”, en el ordenamiento alemán. A confundir términos ayuda la propia evolución legislativa que, en este campo, ha sufrido el ordenamiento italiano. Esclarecedoras son, en este punto, las siguientes palabras del MANDROLI, CRISANTO: “Le decisioni separate previste negli artt. 277, 2º comma e 278 e che, nel testo originario del codice del 1940. Si chiamavano <<sentenze parziali>>, rientrano ora nella categoria delle <<sentenze non definitive>> che il legislatore della <<novella>> del 1950 ha configurato ampliando e modificando il testo dell’art. 279 intitolato alla <<forma dei provvedimenti del collegio>>. In realtà, questa norma, con la quale il legislatore sembrava proporsi il solo intento di indicare la forma da impiegarsi per ciascuno dei possibili contenuti dei provvedimenti del collegio ([...]), ha finito con l’evidenziare altri possibili contenuti di sentenza definitiva e non definitiva, in un quadro che, nella sua sinteticità, crea non pochi problemi di coordinazione con alcune norme previgenti, ed in particolare con l’art. 277.” *Diritto processuale civile II*, sedicesima edizione, Torino, G. Giappichelli editore, 2004, pág. 302. De esta forma, la sentencia parcial la encontramos regulada en el artículo que precede al que regula la condena genérica, (es decir, el **art. 277 CPC**) el cual se intitula: *Pronuncia sul merito*, prescribiendo literamente que: *Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio. Tuttavia il collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell’articolo 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un’ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza.* Ahora bien, como comenta MANDRIOLI, C., parece ser que tanto a este tipo de sentencia como a la genérica del art. 278 CPC se las incluía dentro del fenómeno de la “sentencia parcial”, configurándose actualmente no bajo ese “género” sino bajo la distinción de “sentencia definitiva/no definitiva”, entendiéndose como **sentencia definitiva** la “che definisce o chiude il giudizio davanti a quel determinato giudice; giudizio che potrà tuttavia proseguire davanti ad altro giudice, ad es. in sede di impugnazione”, mientras que por **sentencia no definitiva** se entendería aquella en la “che cioè non esaurisce il compito di quel determinato giudice” (idem). Esta distinción es relevante pues, como afirma MANDRIOLI, C., ello “assume particolare importanza agli effetti dell’impugnabilità differita che gli artt. 340 e 361 prevedono nei confronti delle sentenze non definitive di cui all’art. 278 e all’art. 279 n. 4”. Ídem; la importancia de este aspecto la resalta en una nota a pie de esta misma página 302, cuando comenta que: “Si è anzi affermato ([aquí cita a Califano]) che il sistema delle sentenze non definitive è stato modellato in funzione del regime d’impugnazione.” En parecido sentido que el anterior se pronuncian, sobre este punto, otros autores. Así, por ejemplo, FAZZALARI, E., quien, después de sostener que: “emettere sentenza <<parziale>> (<<non definitiva>>),

puntos más controvertidos de su teoría⁶⁸⁶. Se basaría en el hecho de que la condena genérica daría derecho a pedir la adopción de medidas particulares de garantía para

nel linguaggio del codice), quando pronuncia su di una o su alcune delle domande rivoltegli, e non su tutte” se remite a pie de página para afirmar (entre otros extremos) que: “È parziale anche la sentenza che pronuncia la c.d. condanna *generica* (art. 278 cpv., c.p.c.); e lo è la stessa sentenza quando emmette anche condanna al pagamento di una <<provvisionale>> (art. 278, cpv., c.p.c.: si tratta, infatti, di sentenza che tutela *in parte qua*, il diritto ad una prestazione).” *Istituzioni di diritto processuale*, opus cit., pág. 143 y a pie de la misma; se han respetado las cursivas del original consultado. Para un análisis sintético de la **jurisprudencia italiana** sobre dicha sentencia parcial, se puede consultar el comentario de SCHIAVONE, GABRIELLA, en la obra bajo el cuidado de VACCARELLA, ROMANO y GIORGETTI, MARIACARLA, y con la colaboración de LOCATELLI, FRANCESCA, *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Redazione Giuridica: Torino, UTET GIURIDICA, 2007, págs. 945 y 946. Por otra parte, desde el punto de vista de la doctrina italiana actual, son varios los autores que han tratado de esta cuestión. Así, por ejemplo, GIUGGIOLI, PIER FILIPPO, comenta que: “In tema di provvisionale *ex art. 278 Cod. proc. civ.*, la dottrina del passato si divideva tra chi la inquadrava tra i provvedimenti cautelari e chi la concepiva quale vera e propria pronuncia definitiva parziale [en este momento se remite a pie de págs. 46 y 47 para citar a Calamandrei y a Satta]; più di recente, si concorda nel ritenere che, tanto nel caso di condanna generica, quanto nel caso di provvisionale, si sia di fronte ad un provvedimento definitivo, sia pure parziale [se remite en este momento a pie de la pág. 47, en donde cita a Liebman, Rognoni y Andrioli].” *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Wolters Kluwer Italia, 2008, págs. 46 *in fine* y 47 *ab initio*.

Sentencia parcial que, por otro lado, se podría entender reconocida de forma indirecta en nuestro ordenamiento laboral al normar el **artículo 242 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social** (y cuyo inmediato antecedente era el art. 240 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral) la *Ejecución parcial*, con el siguiente concreto dictado:

1. *Podrá ejecutarse parcialmente la sentencia, aunque se hubiere interpuesto recurso contra ella, respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubieren sido impugnados.*
2. *Para ello será necesario que, por la naturaleza de las pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones impugnadas.*
3. *Contra el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto en que se deniegue el despacho de la ejecución definitiva parcial procederá recurso de suplicación o de casación ordinario, en su caso.*

A este fenómeno también cabría añadir, dentro en nuestro ordenamiento procesal civil, el caso del **art. 21.2 LEC**: *Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.*

⁶⁸⁵ *Studi sul proceso civile*, opus cit., págs. 245 a 249.

⁶⁸⁶ Véase, por ejemplo, a ROGNONI, V., quien basa su crítica, en primer lugar, en que la condena genérica no tiene a la hipoteca judicial como su efecto exclusivo, siendo un error concebirla como un simple medio para obtener un título suficiente para la inscripción de la misma, distinguiéndose (además) dicha hipoteca de la medida cautelar por la especial y mayor garantía que conllevaría aquélla. En segundo lugar, la condena genérica se presentaría privada de una característica esencial del pronunciamiento cautelar pues, estructuralmente, faltaría la exigencia de un pronunciamiento sobre un *periculum in mora*. Y, en tercer lugar, la condena genérica se pronuncia sobre la existencia o no del derecho es decir, se pronuncia sobre el *merito* pues, lo declarado sobre la *iniuria* y sobre la culpa, vincula al sucesivo juicio de liquidación, en el que el juez sólo puede declarar que el daño en efecto no se ha verificado, pero no se puede volver sobre lo ya definitivamente decidido. De esta forma, la condena genérica no abordaría únicamente el juicio de probabilidad acerca de la existencia del daño, sino también (y aquí de forma plena y completa) de la *iniuria* y de la culpa, parte no alienable del contenido de la medida. *Condanna generica e provvisionale ai danni*, opus cit., págs. 40 a 49. Véase también a CORDÓN MORENO, F., quien consideró, en base a la amplitud dada en la ALEC al juicio sobre lo debido, el cual tenía “por objeto todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar (el hecho o acto generador del daño, los daños y perjuicios causados y la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño causado)” (*La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 46), como “no admisible en nuestro sistema la tesis de Calamandrei, que, con referencia al sistema italiano anterior al *Codice di procedura civile* vigente,

asegurar la tutela del crédito que resultaría del juicio de liquidación, destacando en relación a las mismas la **hipoteca judicial**⁶⁸⁷, siendo suficiente para su inscripción el pronunciamiento de la condena genérica, lo que critica con contundencia dicho autor. Y es justamente esta característica de la misma, y esto es muy relevante en este punto, es decir, el que con la misma se pudiera acceder a inscribir la antedicha hipoteca, la que provocó que se hiciera aparecer como sentencia de condena la que no podía ser más que una sentencia de mera declaración. Y aquí llegamos nuevamente a lo que he denominado hipertrofia de la acción de condena (en relación con nuestra sentencia con reserva) pues, análogamente a lo que he comentado sobre ella, encontró CALAMANDREI la explicación de la institución de la condena genérica al daño en la tendencia de la práctica, de extender de la verdadera sentencia de condena a la sentencia de mera declaración sus efectos (concretamente en el caso italiano sería el efecto cautelar de la hipoteca judicial, y es por este único motivo por el que llega a definir la condena genérica al daño como una **medida cautelar**).⁶⁸⁸

entendía que se trataba de una sentencia meramente declarativa que llevaba incorporada una condena genérica, que no es otra cosa que una “larvada resolución cautelar” (ídem, a pie de la pág. 46), añadiendo que: “Por lo demás, esta tesis ha sido muy discutida dentro del propio sistema italiano, sobre todo a partir de la promulgación del vigente C.p.c. que, a diferencia del anterior, regula expresamente la condena genérica en su artículo 278, I.” Ídem.

⁶⁸⁷ Muchos autores italianos han tratado sobre esta figura. Así, por ejemplo, MACARIO, FRANCESCO, quien sostiene que: “Il titolo principale per iscrivere válidamente ipoteca giudiziale risulta individuato, dall’art. 2818, in ogni sentenza di condanna – anche non passata in giudicato o non munita della clausola di provvisoria esecuzione – al pagamento di una somma o all’adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento del danno da liquidarsi successivamente.” LIPARI, NICOLÒ y RESCIGNO, PIETRO (directores), y ZOPPINI, ANDREA (coordinador), *Diritto Civile*, volumen IV: *Attuazione e tutela dei diritti*, II: *L’attuazione dei diritti*, Giuffrè Editore, 2009, págs. 267 y 268; pág. 267 para la anterior cita.

⁶⁸⁸ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., al comparar nuestra sentencia con reserva de liquidación con la condena genérica italiana, se basa en Calamandrei y “el triple objetivo y naturaleza que predica y atribuye a la condena genérica”. La citada autora observa que:

- “en primer término tiene lugar [en el ordenamiento itálico] <<l’*accertamento pieno della sussistenza del credito*>>.” Se estaría en ese caso ante un pronunciamiento de mera declaración [*Tutela civil declarativa*...], opus cit., sosteniendo, a pie de la pág. 415, que esta posición la avalaría la jurisprudencia italiana; en prueba de ello relaciona *Commentario breve al Codice di Procedura Civile* dirigido por Carpi y Taruffo, pág. 821]; dentro de este supuesto la autora incluye el tipo de sentencias estudiado.

- “en segundo lugar vendría <<l’*accertamento sommario della sua quantificazione*>>; en este caso la resolución se produce mediante “una decisión provisional” que permite “adoptar la inscripción de hipoteca judicial”; como dice esta autora “dicha posibilidad carece de parangón en España”.

- “finalmente se produciría <<l’*giudizio sul quantum*>>, condenatorio, en el que se fijarían de forma definitiva el “montante económico a realizar en otro litigio iniciado precisamente por una demanda de condena *stricto sensu*.” Ídem, págs. 415 y 416. Esta autora también refiere que la inscripción de la hipoteca judicial es justamente “una de las razones esenciales que motiva a la doctrina italiana a concluir sobre la condición condenatoria de esta sentencia”. Cita, a pie de las págs. 416 y 417 a Proto Pisani, en *Lezioni di diritto processuale civile*, págs. 162-164 y en *Appunti sulla tutela di condanna*, RTD Processuale, 1978, pág. 1191; también cita a Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, págs. 43-75. A continuación la citada autora señala tres aspectos:

Después de la aprobación del CPC de 1940, y del reconocimiento legal de la condena genérica en Italia (art. 278 del mismo)⁶⁸⁹, otros juristas han seguido aportando sus visiones sobre esta cuestión, como por ejemplo SATTÀ⁶⁹⁰. Nos recuerda este autor el origen jurisprudencial de esta institución y las grandes discusiones que se habían producido sobre su naturaleza, relatando (como ya hemos visto) que había sido

- Considera fuera de toda duda que los dos contenidos antes relacionados (eliminando el de la hipoteca judicial que no se da en el derecho español) se llevan a cabo “en fases separadas y sucesivas”, que se articulan mediante dos procesos declarativos distintos.

- Considera que primero se decide el “*an debetur*” y después (y a instancia de parte) se resolvería sobre el “*quantum debetur*”.

- Entrando ya en el tema del análisis de la naturaleza jurídica de ambos juicios afirma que el primero “tiene marcado carácter declarativo”; en prueba de ello sostiene que el objeto de debate está limitado, no cabiendo la ejecución provisional. Argumenta que siendo cierto que la segunda sentencia “viene condicionada por los efectos de cosa juzgada” de la primera, ello no obsta para que en el segundo proceso terminase “con una absolución ya que nada impide excepcionar aquí un crédito compensable o, incluso, probar un valor cero en la cuantificación de lo debido”. Ídem, págs. 416 a 419. En este momento, en relación a la posibilidad de excepcionar compensación e incluso probar el valor cero de lo debido; a pie de la pág. 419 cita a Cavallini, C., *L’oggetto della sentenza di condanna genérica*, en RD Processuale 2002-2, págs. 523-550; a Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil*, I, pág. 417 (en relación ALEC), y a Tapia, *La compensación en el proceso civil*, pág. 120 (quien cita la STS de 20 de marzo de 1982).

⁶⁸⁹ SCHIAVONE, G., realiza una interesante síntesis de la **jurisprudencia italiana** existente en torno a este precepto, en la obra bajo el cuidado de VACCARELLA, R. y GIORGETTI, M., y con la colaboración de LOCATELLI, F., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, opus cit., págs. 946 *in fine* y ss. Entre las resoluciones que menciona, interesa en este momento destacar su siguiente resumen: “La pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno integra un accertamento di potenziale idoneità a produrre conseguenze pregiudizievoli a prescindere dalla misura ma anche dalla stessa concreta esistenza del danno, con la conseguenza che il giudicato formatosi su detta pronuncia non osta a che nel giudizio instaurato per la liquidazione venga negato il fondamento della domanda risarcitoria, alla stregua della contestazione che il danno non si sia effetti verificato. (Cass. Civ., Sez. III, 29.11.04, n. 22384, MGI, 2004, CED Cass. 2004; in senso conforme: Cass. Civ., Sez. Lav., 17.4.03, n. 6190, Gius, 2003, 18, 2028, LG, 2003, 875)”. Ídem, pág. 947. Por otra parte, TARZIA, GIUSEPPE, comenta, en relación al citado art. 278 CPC que: “La legge permette dunque il frazionamento della decisione sul merito della controversia mediante pronunce separate sull’*an debeatur* e sul *quantum debeatur* (ovvero sulla esistenza del debito e sulla quantità della prestazione dovuta). Nel disegno legislativo la sentenza di condanna generica è una sentenza non definitiva, eppure idonea a formare giudicato sul tema effettivamente deciso, mentre la liquidazione della prestazione viene rinviata alla fase successiva del medesimo processo.” *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cuarta edición, Giuffrè Editore, 2009, pág. 302. Comentarios de dicho precepto, en parecido sentido que el anterior, hay muchos. Por citar otro más que nos ofrece una visión algo más amplia de cómo funciona en la práctica este precepto, nos puede servir el siguiente: “Tale norma [1º co., del art. 278 CPC], quindi, disciplina una delle ipotesi in cui il giudice può, su istanza di parte, scindere la pronuncia di merito nell’ambito del medesimo giudizio. Quando, infatti, viene proposta una domanda di condanna per l’accertamento dell’esistenza di un diritto e per la liquidazione di una somma, ma la situazione probatoria consiglia di procedere con una sentenza non definitiva che accerti la sussistenza dell’*an*, il giudice, può rinviare la quantificazione del *quantum* alla prosecuzione dello stesso giudizio. Tuttavia sia la giurisprudenza che parte della dottrina hanno riconosciuto all’attore non solo la facoltà di chiedere la separazione tra *an* e *quantum* in due giudizi diversi, ma anche la possibilità di proporre *ab origine* un’autonoma azione per ottenere una pronuncia sul solo *an*, con riserva di proporre un separato giudizio per la quantificazione del danno. Se, però, c’è opposizione del convenuto alla scissione dei due diversi giudizi, il giudice deve decidere non solo sulla eventuale esistenza del danno ma anche sulla determinazione della somma da liquidare.” PANZANI, LUCIANO (director), *Formulario commentato del processo civile*, segunda edición, Torino, UTET Giuridica, 2011, pág. 359.

⁶⁹⁰ Cfr. *Diritto processuale civile*, opus cit., págs. 367 a 370.

calificada aquélla como cautelar, de mera declaración, de condena condicional, etc.⁶⁹¹. En este punto, SATTA aboga por la naturaleza **de condena** de la misma, la cual justifica en el hecho según el cual, para la subsistencia del ilícito, no sería necesaria la demostración del daño en concreto. Lo que sí debería ocurrir es que aquél sea intrínsecamente dañoso pues, sin esa potencialidad, no se podría hablar de ilícito siendo, por tanto, la inexistencia del daño en concreto una mera eventualidad⁶⁹².

Por su parte, ROGNONI⁶⁹³ afirma que el legislador no se ha limitado a legitimar la vieja praxis jurisprudencial, sino que ha modificado en parte la institución analizada. Con el artículo 278 C.P.C. ha dejado de ser condena con reserva o cognición sumaria de la existencia del derecho, manteniéndose únicamente en la condena un contenido cuantitativamente indeterminado, siendo una condena genérica *pura*. Según este autor, se la puede llamar, según el uso del lenguaje corriente, **condena con reserva de liquidación**, teniendo presente que lo es **en sentido impropio**⁶⁹⁴. Si la característica de

⁶⁹¹ En este punto cita a varios autores: Rognoni, Calamandrei, Gualandi, Montesano y Alibrandi, y a sus respectivas obras. Ídem, a pie de pág. 368.

⁶⁹² Se trataría de una verdadera sentencia de condena cuya justificación práctica estaría en la posibilidad de inscribir la hipoteca judicial, formándose ya en ella la cosa juzgada, que no podría ser discutida en el juicio de liquidación. Obsérvese que, al contrario de Calamandrei, opina que es de condena pero, como aquél, la justifica en la práctica en constituir título suficiente para inscribir la susodicha hipoteca judicial. Por otro lado adviértase cómo coincide con Cordón Moreno en su opinión de que la inexistencia “real, específica” del daño no obstaría a su naturaleza condenatoria. Por otro lado, ROGNONI, V., fue crítico con la anterior posición de Satta. Según ROGNONI, V., para Satta la condena genérica tenía fuerza de cosa juzgada también en relación con la existencia del daño; por tanto, en el juicio de liquidación, la obligación de resarcir no constituía materia del juicio. Lo relevante no era que el daño se hubiera producido en concreto a los efectos de determinar la existencia del ilícito; lo único relevante era que el hecho fuera intrínsecamente dañoso. De esta forma, la condena genérica no se debía explicar en términos procesales sino en clave substantiva, en relación con esta particular configuración del ilícito. Pero esta opinión no convence a ROGNONI, V., quien no consideró aceptable la misma noción del ilícito propuesta por aquél, al opinar que no era posible justificar la condena genérica con una noción del ilícito a la que era extraño el elemento del daño, entendiendo por daño el efectivamente verificado. Asimismo, si la condena genérica tenía naturaleza de condena, debía declarar una obligación y, tratándose de condena al daño, la obligación de resarcir. Ahora bien, entendido el ilícito genéricamente como “violación de un derecho”, no podía fundarse la obligación de resarcir si la violación no se había derivado del daño; no siendo tampoco admisible sostener que la condena genérica prescindiera de la declaración en concreto del daño y, al mismo tiempo, afirmar que tenía carácter definitivo y, por ello, era idónea para pasar con fuerza de cosa juzgada. *Condanna generica e provvisoria ai danni*, opus cit., págs. 147 *in fine* a 151. Su cita a Satta concretamente la refiere a *Commentario*, II, 1, p. 323 y ss.

⁶⁹³ Ídem, págs. 151 y 152.

⁶⁹⁴ Y lo es de forma efectivamente impropia puesto que, a pesar que la literalidad de los términos pueda llevar a confusión, el tipo de sentencia que en ordenamiento itálico se ha denominado **con reserva** poco tiene que ver con la homónima del derecho español. Sírvanos para ver las diferencias la siguiente exposición que hizo CHIOVENDA, J., de las mismas: “Una condena puede estar fundada también en un conocimiento incompleto que haya examinado y rechazado sólo algunas excepciones, *reservando* para más adelante el examen de las otras: por esto la prestación puede también no ser debida; pero el condenado está obligado, entre tanto a cumplirla, para evitar la ejecución (sentencias de condena con

la figura técnica de condena con reserva está en una declaración sumaria de la existencia del derecho, en la que queda el resultado comprometido en el juicio sobre aquello que ha sido reservado, esa característica falta en la condena genérica porque la existencia del derecho está afirmada y se reserva sólo la determinación de su entidad.

En cuanto a la **doctrina más moderna** son muchos los autores⁶⁹⁵ que siguen tratando la cuestión de su naturaleza jurídica⁶⁹⁶, donde esta materia sigue siendo controvertida,

reserva) (§§ 8 bis y 94). Esto nunca puede ocurrir en las sentencias de mera declaración.” *Principios de derecho procesal civil*, opus cit., pág. 193, cursiva del propio autor.

⁶⁹⁵ Una relación cronológicamente ordenada de algunos de ellos se puede encontrar en la obra llevada bajo el cuidado de CENDON, PAOLO, *Commentario al código civile. Artt. 2907 – 1969. Tutela giurisdizionale. Esecuzione forzata. Prescrizione e decadenza*, Giuffrè Editore, 2008, en la que bajo el epígrafe: “*Le sentenze di merito (definitive, parzialmente definitive, non definitive su questioni preliminari di merito, di condanna generica)*”, págs. 47 a 49, en la que destaca a los siguientes: Andrioli 1960, Gionfrida 1967, Montesano 1969, Pugliese 1969, Garbagnati 1971, Denti 1970, Vaccarella 1975, Garbagnati 1976, Oriani 1977, Andrioli 1979, Liebman 1981, Attardi 1985, Montanari 1986 y 1987, Montesano 1994, Saletti 1994, Califano 1999, Menchini 2002, Proto Pisani 2006, Balena 2007, Consolo, Paoletti, 2007 y Punzi 2008. Ídem, pág. 47.

⁶⁹⁶ Por citar algunos de ellos se puede recoger la opinión de LUISO, FRANCESCO PAOLO, quien sostiene que: “La sentenza di condanna generica ha il contenuto di una sentenza di mero accertamento, ma è equiparata, a certi effetti, alle sentenze di condanna. Essa non è sufficiente per instaurare una esecuzione forzata: manca la quantificazione. L’art. 474 c.p.c. stabilisce che, per procedere ad esecuzione forzata, è necessario che il diritto sia liquido: la somma deve essere quantificata. Da tale punto di vista, la sentenza di condanna generica non è una condanna vera e propria. Sotto due profili è invece assimilata ad una sentenza di condanna”; y aquí desarrolla por un lado la “*ipoteca giudiziale*” (art. 2818 c.c.); y por otro la “*prescrizione*” (art. 2953 c.c.). *Diritto processuale civile, II: Il processo di cognizione*, sexta edición, Giuffrè Editore, 2011, en la que trata de la condena genérica en las págs. 193 y ss.; pág. 195 para la cita transcrita. También resulta pertinente la opinión de SASSANI, BRUNO, quien recoge que: “**La natura intrinseca della condanna** è quella di valere da **titolo esecutivo**. Ma perché la sentenza di condanna possa essere utilizzata come titolo esecutivo occorre che ci sia un **diritto** non solo **certo nella sua esistenza**, ma anche precisamente **quantificato**. Qui invece manca la quantificazione. Questo tipo di sentenza consiste piuttosto in un mero accertamento del diritto che però presente alcuni degli effetti caratteristici della sentenza di condanna. Non ha la caratteristica fondamentale della condanna, che è quella di valere da titolo esecutivo, ma ha un effetto importante proprio della sentenza di condanna che è la possibilità di ***iscrivere l’ipoteca giudiziale sui beni del debitore***.” *Lezioni di diritto Processuale Civile*, Nápoles, Edizione 2006 per l’Università “G. D’Annunzio”, 2006, pág. 253; las negritas, subrayado y cursiva son del texto consultado. Valga apuntar también que esta figura se ha ido enriqueciendo, tomando **connotaciones particulares** en relación a los diversos ámbitos en que se ha aplicado. Así, por ejemplo, se han creado conceptos como los de “condanna genérica qualificata” (Consolo, Constantino) como es de ver en la obra bajo el cuidado de CUFFARO, VINCENZO, y de la que son coordinadores BARBA, ANGELO y BARENGHI, ANDREA, *Codice del consumo*, 3ª edición, Giuffrè Editore, 2012, pág. 797, o en el trabajo de CHIARLONI, SERGIO, “Il nuovo artoccolo 140-BIS del Codice del consumo: una tutela debole”, en CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia Courmayeur, Giuffrè Editore, 2011, págs.. 217 y ss., en la que también se aborda la problemática relacionada con la concepción de la condena genérica en esta materia (pág. 220). En este sentido también es interesante el trabajo de CARRATTA, ANTONIO, *Effetti del giudicato e tutela collettiva*, en la obra bajo el cuidado de BELLI, CLAUDIO, *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, Giuffrè Editore, 2007, págs. 100 a 134, de la que resulta especialmente pertinente el apartado que titula: “La soluzione <<ambigua>> della sentenza collettiva di accertamento della sola responsabilità (astratta) del convenuto” (págs. 112 a 114), en la que aborda la antedicha cuestión partiendo de la figura de la condena genérica, al sostener que: “Ora, una prima incertezza che mi pare emerga atiene proprio alla qualificazione della natura di questa pronuncia. Il modello avuto presente dai proponenti di vari disegni di legge sembra essere quello della c.d. condanna generica [y aquí se remite a pie de la misma página

dándose aún opiniones contradictorias y habiendo quien sostiene la autonomía conceptual de esta figura⁶⁹⁷. Ahora bien, hay que tener especialmente en cuenta con respecto a este ordenamiento que en el mismo se predicán de la **tutela de condena** (esencialmente) **tres características**, de las cuales dos serían atribuibles a la condena genérica. Así, como sostiene ILARIA: “Tale avviso muove dall’esaltazione delle caratteristiche proprie della sentenza di condanna. Essa soltanto è idonea, infatti, a costituire titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474, n. 1, c.p.c.; a costituire titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell’art. 2818 c.c.; a sostituire la prescrizione ordinaria alla eventuale originaria prescrizione più breve, *ex art. 2953 c.c.*”⁶⁹⁸,

citando a Consolo, a Costantino y a Chiarloni], sebbene la riconducibilità della stessa figura della condanna generica allo schema della tutela condannatoria sia stata messa in dubbio già nel passato da autorevole dottrina [y aquí se remite nuevamente a pie de la misma página y cita a Calamandrei, Vassalli y a Carratta].” Ídem, pág. 112.

⁶⁹⁷ Esta pluralidad de posiciones se recoge en muchas obras, algunas de las cuales ya han sido extractadas. A modo de resumen de lo dicho citaré las siguientes palabras de FAZZALARI, E.: “I contrasti della dottrina (portata, di volta in volta a ravvisare nella sentenza *da qua* ora un provvedimento di natura cautelare, ora una pronuncia di accertamento in senso proprio, ora una sentenza di condanna condizionale: [...], dall’altro lato, convincono della necessità di difendere l’autonomia concettuale della condanna generica di fronte alla sentenza di condanna vera e propria e di ascriverla, di conseguenza, alla categoria della sentenza di accertamento (*contra*: MANDRIOLI, [...]): non si tratta di una condanna, proprio perché la prestazione (el *quantum debeat*) deve ancora essere accertata, e non può farsi luogo, ovviamente, ad esecuzione forzata; bensì dell’accertamento dell’*an debeat*, che si è convenuto di chiamare <<condanna>>, per adeguarsi alla regola del codice civile (anziché modificarla), secondo la quale titolo per l’escrizione di ipoteca è solo la sentenza di condanna e non anche quella di accertamento.” *Istituzioni di diritto processuale*, opus cit., a pie de su pág. 367; se han respetado las cursivas del original consultado. Vista su exposición no es extraño el que, para este autor, la condena genérica sea de condena “solo di nome”. Ídem.

⁶⁹⁸ Esta forma de exponer este tema se puede encontrar en diversos autores. En prueba de lo anterior se puede citar a PROTO PRISANI, A., quien, al hilo de su comentario de la “condanna provvisoria” expresa precisamente que: “Contrariamente alla condanna generica, qui ci troviamo di fronte ad un provvedimento di condanna vero e proprio: la sentenza ex art. 278, 2º comma, è titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474 n. 1 c.p.c.; è titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale, per la somma in essa indicata; è capace di produrre gli effetti disciplinati dall’art. 2953 c.c.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 170. De hecho, para este autor, está claro que la sentencia de “condanna generica” no es un título ejecutivo conforme el art. 474 CPC pero sí permite la inscripción de la hipoteca judicial conforme el art. 2818 CC. Por tanto, la cuestión de la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias sólo ayudaría a dilucidar el tercero de los efectos antes mencionados (el del art. 2953 CC); con estas palabras lo expresa dicho autor: “In relazione alla condanna generica è stata sollevata la questione relativa al se la forma di tutela in esame debba essere incasellata tra le sentenze di condanna o invece tra le sentenze di mero accertamento: la soluzione di siffatta problematica, peraltro oziosa, avrebbe il solo vantaggio di determinare l’operatività o meno della disposizione contenuta nell’art. 2953 c.c. con riferimento anche alla condanna generica (la giurisprudenza della Cassazione, dopo un primo orientamento negativo, si è più volte espressa in senso favorevole).” Ídem, página 168. Por otro lado, en relación a este tema se puede consultar la obra de MONATERI, PIER GIUSEPPE y COSTANTINI, CRISTINA: *Trattato di diritto civile - La parte generale del diritto civile*. Vol. V: *La prescrizione*, Wolters Kluwer Italia, 2009, especialmente las págs. 340 y ss. de la misma, abordando justamente en dicha pág. 340 “in relazione al tipo di sentenza suscettibile di produrre l’effetto di conversione, si pone il problema se la norma dettata dall’art. 2953 c.c. possa essere applicata anche alle sentenze di *condanna in futuro* e alle sentenze di *condanna generica*.”. Y resulta interesante acudir a estas páginas pues en ellas se refleja, en relación a esta cuestión, las dudas en la Corte de Casación sobre la naturaleza, contenido y alcance de la condena

prerogativa riconosciuta esplicitamente alla sentenza di condanna passata in giudicato.”⁶⁹⁹ Ahora bien, no solamente se han resaltado las diferencias entre este tipo de sentencias con las sentencias de condena, sino también con las meramente declarativas. Buen ejemplo de ello es PROTO PISANI quien manifiesta en este último sentido que:

“a) la sentenza di mero accertamento non è titolo per iscrivere ipoteca giudiziale, mentre lo è la sentenza che contiene una condanna generica;

b) l’ammissibilità della tutela di mero accertamento è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del magistrato (art. 100) ([...]), al contrario la tecnica della condanna generica deve essere ammessa ogni qual volta viene rilevata l’idoneità strutturale dell’atto illegittimo ad arrecare un danno patrimoniale risarcibile.”⁷⁰⁰

4.4.2.6. Estado de esta cuestión en el derecho alemán.

Por su parte, en el **derecho alemán**, y siguiendo ahora a LEIBLE⁷⁰¹, lo que para nosotros es la sentencia con reserva, para ellos se configura como: “Una sentencia interlocutoria de tipo especial⁷⁰² es la decisión prejudicial sobre el fondo y monto de la

genérica, prevaleciendo finalmente la que sostendría que: “Dunque, la differenza che si pone tra sentenza di condanna in senso proprio e sentenza di condanna generica non è né strutturale, né funzionale, ma si limita ad aspetti relativi alla potenzialità di un effetto che, rispetto alla prima già si è pienamente svolto, rispetto alla seconda, è ancora in via di completamento.

Conseguentemente si deve concludere per la perfetta equiparazione dei due tipi di sentenza di condanna ai fini ed agli effetti di cui all’art. 2953 c.c.

Tanto la giurisprudenza più recente [aquí se remite a pie de página, en la que relaciona diversas resoluciones como las Cass., 4/04/2001, 13/12/2002 o de 28/03/2000, entre otras], quanto la doctrina prevalente [se remite aquí también a pie de página, citando a Azzariti e Scarpello, Ferrucci, Vitucci, Venditti, Marchini y Rognoni] confirman esta interpretación.” Ídem, pág. 341.

⁶⁹⁹ ILARIA RISOLO, CHIARA, en la obra al cuidado de CAPPONI, BRUNO, *L’esecuzione processuale indiretta*, IPSOA, 2011, pág. 21. Y, cómo no podía ser de otra manera, vuelve a aparecer la condena genérica al hilo de la hipoteca judicial, afirmando esta autora que: “Invero, la disposizione aggiunge che costituiscono titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale anche le sentenze che portano condanna al risarcimento dei danni sa liquidarsi successivamente (sentenza di condanna generica), nonché per gli altri provvedimenti giudiziari ai quali la legge attribuisce tale effetto, ma il dato normativo si riferisce sempre all’obbligazione pecuniaria, la quale subentra per equivalente anche laddove si sia in presenza di obbligazioni di altra natura.” Ídem, páginas 21 *in fine* y 22 *ab initio*.

⁷⁰⁰ *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., págs. 168 *in fine* y 169 *ab initio*.

⁷⁰¹ Cfr. *Proceso civil alemán*, opus cit., págs. 322 a 329.

⁷⁰² Sobre esta “especialidad” ya nos advierte este mismo autor al diferenciar entre sentencias definitivas e interlocutorias (“Según el objeto de la decisión”) pues, si bien la **sentencia definitiva** (la *Endurteil*) se define como la que “concluye el proceso para la instancia, o en general cuando no son admisibles recursos ni oposición” (ídem, pág. 323) y la **sentencia interlocutoria** (la *Zwischenurteile*) “por el contrario resuelven solamente una cuestión procesal previa” que no se referiría “al objeto de la controversia en sí, tampoco a una parte de la misma.” (ídem, pág. 324 *ab initio*), resultaría: “Una excepción a ello [...] solamente la sentencia sobre el fondo reglada en el §304”, constituyendo unos de

los supuestos excepcionales en que “puede ser impugnada independientemente”. Ídem, pág. 324. Por su parte WACH, A., consideró que: “La categoría más curiosa y, en cuanto a su construcción dogmática más difícil de las sentencias es la de las *sentencias interlocutorias*. [...] La sentencia interlocutoria sirve para terminar con un litigio incidental o para resolver sobre un medio de ataque o de defensa capaz de ser resuelto independientemente (§ 275).” *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, traducción de Ernesto Krotoschin, (Breviarios de Derecho, colección dirigida por Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, pág. 129. Considerando también como uno de los casos especiales dentro de este tipo de sentencias “la resolución previa sobre la existencia de la pretensión con reserva de la decisión sobre el monto (§ 276)”. Ídem, pág. 130. De esta forma, sostenía que: “La sentencia interlocutoria nunca es sentencia parcial ni sentencia final, tampoco cuando se la dicta condicionalmente. Es una decisión previa, no una decisión final, dicho con otras palabras, es una decisión a la cual ha de seguir siempre la condena definitiva.” Pero: “En cambio, la sentencia del § 276 es incompleta, porque la finalidad del proceso no es la declaración de la existencia de la pretensión sino la condena al importe que le corresponde. Con todo, como mostraremos más adelante, se trata más bien de una sentencia final que de una sentencia interlocutoria.” Ídem. Sentencia interlocutoria cuya especialidad también se demuestra en el hecho de que “*debe* dictarse sentencia interlocutoria entre las partes, cuando hay que decidir, por separado y negativamente, sobre excepciones dilatorias (§ 248), o cuando hay que pronunciarse de acuerdo a los ya mencionados §§ 276, 502, 562.” Ídem, pág. 132. Vuelve a ser interesante relacionar esta materia con las observaciones que efectuó GUASP, J., al comentar el art. 360 ALEC. Destacó especialmente este autor “las llamada *Grundurteile* [...], las cuales deciden precisamente sobre la existencia de una deuda sin fijar la cuantía, lo que se ventila precisamente en un período posterior del procedimiento”, y advirtió a continuación que “las *Grundurteile* son, sin embargo, según el derecho alemán, sentencias interlocutorias y no sentencias parciales.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., a pie de su pág. 977; destaca en este mismo lugar a la obra de Steiner, “*Grundurteil*, en *JW*, 1937, p. 1040 y ss.” Y ello es así, puesto que en derecho alemán, y como afirma LEIBLE, S., la **sentencia parcial** (la *Teilurteil*) es una sentencia definitiva que resuelve parcialmente el objeto del juicio, pudiéndose dictar “bajo determinados presupuestos” siendo el principal de ellos el “que sólo una parte del proceso está en estado de decidir. Ello presupone, que la materia procesal en general es partible. Tal partibilidad existe, cuando una parte de la pretensión de la demanda es susceptible de una apreciación especial.” (Pág. 327 opus cit.), resultando requisito esencial para su dictado que “no dependa del resultado de la controversia sobre el resto de la demanda”, es decir, que: “La sentencia parcial no debe ser posible de ser afectada de la decisión sobre la restante materia procesal” (ídem, pág. 328). Y además (y esto es muy destacable): “La sentencia parcial es una sentencia definitiva y de ahí apelable independientemente, también ejecutable y susceptible de adquirir fuerza de cosa juzgada.” (Ídem; véase también, el comentario que sobre la sentencia parcial he realizado en relación a la doctrina italiana). Y en parecido sentido que Leible se pronunciaron antes muchos otros autores. Sin ánimo de exhaustividad se puede citar a KISCH, W., quien, al analizar las “sentencias definitivas” comentó que éstas: “Generalmente alcanzan a toda la petición de la demanda, pero pueden limitarse a pronunciar sólo sobre una parte, v. gr., a la mitad del crédito pedido, si es reconocida en tanto la otra es discutida; o reducirse a fallar sobre una de las varias acciones que pueden ir acumuladas en la demanda, quizá porque ha llegado antes que las restantes a estar en condiciones de ser resuelta; o finalmente, contraerse, si se ha opuesto reconvencción frente a la demanda, a resolver sobre una u otra. En todos estos casos se llaman **sentencias parciales** (TEILURTEILE)”. *Elementos de derecho procesal civil*, traducción de la cuarta edición alemana y adiciones de derecho español por L. Prieto Castro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pág. 255; negrita del original consultado.

Por otro lado, y de forma nuevamente análoga al derecho italiano, no cabe confundir la “sentencia sobre el fondo” (verdadero equivalente de nuestra sentencia con reserva) con las denominadas por el ordenamiento germánico como **sentencias reservativas** (*Vorbehaltsurteil*) o **sentencia con reserva**, pues, y siguiendo nuevamente a LEIBLE, S., en estos últimos casos: “se trata de una sentencia condicionada. Reconoce el efecto jurídico afirmado por el demandante, pero le reserva expresamente al demandado ciertos medios defensivos, sobre los que se delibera y decide en un procedimiento posterior. La sentencia con reserva – reservativa - por ello todavía no es definitiva. Depende del resultado del procedimiento posterior, si quedará vigente o será revocada.” Pág. 329 opus cit. Legalmente se contemplan dos casos: “bajo reserva de compensación con una pretensión contraria no conexas (§ 302) y en la condena del demandado en el proceso documental (ejecutivo) bajo reserva de sus derechos en el procedimiento ordinario (§§ 599, 600).” Resultando además que “a pesar de su carácter condicionado es ejecutable”; ejecución que, empero, “tiene lugar a riesgo del demandante”, el cual “se hace responsable

pretensión controvertida. Tal decisión se dicta en la forma de una llamada **sentencia sobre el fondo** (*Grundurteil*, §304). A ella se agrega el procedimiento por el monto, en el que por una sentencia definitiva, la llamada **sentencia sobre el monto** se decide sobre el alcance de la pretensión.⁷⁰³ Esta división “pretende simplificar el procedimiento. En especial en pretensiones pecuniarias por actos ilícitos o enriquecimiento injustificado”, en los que: “Puede ser absolutamente razonable, que el tribunal decida previa y vinculantemente sobre una parte de tal problema (§ 318).”⁷⁰⁴

Esta *sentencia sobre el fondo* presenta en realidad los mismos problemas que la condena genérica italiana y la sentencia con reserva española⁷⁰⁵, siendo como las

para el caso de que sea revocada en el procedimiento ulterior (§§ 302 párr. 4, 600 párr. 2).” Ídem. Por su parte KISCH, W., sostuvo que: “Las sentencias definitivas pueden ser limitadas por una salvedad, como, v. gr., cuando no condenan al demandado pura y simplemente, sino que le reservan ciertos medios de defensa a examinar en un procedimiento posterior, conduciendo, en caso de que se estimen fundados, a una resolución distinta sobre el fondo. Una sentencia de esta clase, **con reserva** (VORBEHALTSURTEIL), puede ser factible en el caso de que el demandado proponga contra la demanda un crédito en compensación sin conexión jurídica con ella: [...]. En la teoría del proceso documental nos encontraremos otro caso de condena con reserva”. *Elementos de derecho procesal civil*, opus cit., págs. 255 *in fine* y 256, negrita respetada del original consultado. Según GOLDSCHMIDT, J., estas sentencias sobre el fondo se habían precisamente de diferenciar de las sentencias *con reserva* que “son sentencias condicionadas, pero con condición *resolutoria*. En ellas se condena al demandado con la reserva de que el crédito expresado en la demanda esté comprobado [...] o con reserva de derechos [...] en el proceso documental.” *Derecho Procesal Civil*, opus cit., págs. 300 y ss. Finalmente, en cuanto a este tipo de sentencias también es interesante incluir el comentario de ROSENBERG, L., para quien: “**Sentencias con reserva** son aquellas que *condenan* al demandado, pero con la *reserva*, incluida en el fallo de la sentencia ([...]), de que todavía se resolverá en la misma instancia objeciones de él.” *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., pág. 327; se han respetado la negrita y las cursivas del original consultado, aseverando posteriormente que: “De acuerdo con su *naturaleza jurídica*, la sentencia con reserva es una *sentencia interlocutoria de clase especial*; se encuentra entre las sentencias finales y las sentencias interlocutorias ordinarias. Tiene de común con las sentencias finales, que no sólo *declara* un *punto* litigioso, sino que realiza el acto de tuteal jurídica exigida por el actor; es decir, que *condena* al demandado; con las sentencias interlocutorias, que no cierra la instancia, ya que se resolverá sobre las excepciones reservadas en el procedimiento posterior de la misma instancia. Por eso no es una sentencia final, y sólo le es equivalente en lo relativo a los recursos y a la ejecución forzosa” Ídem, pág. 331.

⁷⁰³ *Proceso civil alemán*, opus cit., pág. 325; las negritas son más.

⁷⁰⁴ Ídem. A continuación pone el siguiente ejemplo para demostrar esa razonabilidad de esta división: “A demanda a B por daños y perjuicios por un accidente de tránsito. B controvierte su deber de restituir, ya que no actuó culpablemente. Además cuestiona el monto de la pretensión por indemnización de daños deducida por A, ya que A calculó mal el daño que le fuera ocasionado. Aquí y en casos similares es razonable, que el tribunal recién se ocupe de la cuestión del monto de la pretensión, una vez que en general esté convencido de la existencia de la pretensión “de acuerdo al fondo”. Si ya de la deliberación y recepción de la prueba resulta, que debe ser negada, entonces desde ya puede rechazarse objetivamente la demanda. Si por el contrario la demanda es considerada procedente “según el fondo”, entonces el tribunal puede – pero no debe (facultativo) – dictar una resolución especial en forma de sentencia interlocutoria reconociendo tal procedencia. Con ello este punto queda excluido de la controversia para la respectiva instancia.” Ídem, págs. 325 y 326.

⁷⁰⁵ Así se deviene de la constatación de **cuestiones idénticas**, que se derivan de la misma división en los **dos juicios lógicos**, y cuya similitud se constata claramente en las enseñanzas de WACH, A., en cuyas consideraciones reaparece **el problema de separabilidad lógica** entre ambos momentos, que a tantos autores ha preocupado, siendo (como se vió) el puntal de las duras aseveraciones que, en contra de la condena genérica, arguyó brillantemente CALAMANDREI, P., lo que explicitó cuando afirmó WACH,

anteriores una figura controvertida.⁷⁰⁶ Desarrollada anteriormente la opinión de WACH sobre la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias, recojo seguidamente la de otros autores, todos los cuales la consideraron una **sentencia incidental**⁷⁰⁷. Así lo hizo KISCH cuando sostuvo que, todas las sentencias que no eran definitivas (*Endurteile*⁷⁰⁸, dentro de las cuales incluía las parciales y las con reserva) eran incidentales. Dentro de ésta últimas comentó que: “Otro caso muy importante prácticamente encontramos en el supuesto de que la acción ejercitada sea discutida en su fundamento y en el importe: la compañía [sic] de tranvías demandada por el viajero lesionado, niega tanto su deber de

A., que: “la *quaestio an* y la *quaestio quanti* no son separables del todo”. De esa misma división en dos momentos, también se predicó aquí la posible causación de esa **hipotética paradoja** que anunciara CALAMANDREI, P., en la que se declararía la existencia de lo debido para luego cuantificarlo como sin ningún valor. Y así también lo advirtió el Profesor de Leipzig, quien consideró que este tipo de sentencias (entonces del § 276) comportaban “una verdadera decisión sobre la pretensión, y no juzgamiento de una cuestión prejudicial. Es cierto que la *quaestio an* y la *quaestio quanti* son idénticas, cuando debe negarse cualquier cantidad. La sentencia interlocutoria llegaría a carecer de objeto, si después de afirmado el “fundamento” de la pretensión de indemnización, esto es, del acontecimiento perjudicial y causativo y, con ello, de la existencia de una pretensión, no puede comprobarse importe alguno (lo que, mirándolo bien, ya no debería ocurrir en vista del § 260). Pero ello no obstante, la sentencia es inmutable y por ella se afirma la obligación en forma definitiva. La excepción de cosa juzgada excluiría la renovación de la controversia sobre este punto.” *Conferencias sobre...*, opus cit., págs. 166 *in fine* y 167. A continuación pone el siguiente ejemplo: “Si p. ej. las partes, una vez dictada la sentencia del § 276, se pusieran de acuerdo, de no continuar el proceso de instancia, y lo prosiguieran hasta el final, sin tocar la cuestión del importe, el demandado no podría reanudar, posteriormente, mediante petición de declaración, la controversia sobre la existencia de la pretensión, cuyo fundamento ya se declaró. Quiere ello decir, que no es posible negar la autoridad de cosa juzgada de la sentencia interlocutoria.” Ídem, pág. 167. En parecido sentido se pueden citar muchos otros. Por todos añadiré a ROSENBERG, L., quien aseveró que: “A pesar de la sentencia sobre el fundamento, es posible que *deba ser rechazada la demanda* en el procedimiento posterior ([...]), como *improcedente*, cuando, por ej., sólo en ese momento se establece la falta de un presupuesto procesal; o como *infundada*, por ej., [...]; o se reconoce que el importe de la pretensión es igual a cero ([...]), porque, por ej., no hubo daño”. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., págs. 326 *in fine* y 327; se han respetado las cursivas del original consultado.

⁷⁰⁶ Muy expresivamente nos lo dice WACH, A., cuando la llega a definir como “una figura poco clara”, pues siendo este tipo de decisiones sentencias interlocutorias: “no termina el litigio completamente. Por eso, los *Motivos* dicen que, formalmente, el procedimiento posterior sobre el importe se limita a la resolución sobre éste, “pero que en realidad todo el asunto sigue siendo el objeto de la decisión”.” *Conferencias sobre...*, opus cit., págs. 212 *in fine* y 213 *ab initio*.

⁷⁰⁷ Y ello no puede en absoluto extrañar si se tiene en cuenta que justamente es esta su traducción al castellano. De hecho el § 304 lleva por título: *Sentencia incidental sobre la causa* (apellidada así para diferenciarlas de las restantes sentencias incidentales normadas en el § 303), y su contenido es el siguiente:

1) *En el caso de que una pretensión sea controvertida en la causa y monto, entonces el tribunal puede decidir con antelación sobre la causa.*

2) *La sentencia debe ser vista como sentencia definitiva en lo que corresponda a los recursos; el tribunal puede, sin embargo, a petición de parte ordenar que sea tratado el monto cuando la pretensión sea considerada como fundada.* Texto extraído de la traducción del Código Procesal Civil Alemán (ZPO), realizada por: Juan Carlos Ortiz Pradillo y Álvaro J. Pérez Ragone y publicada por KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2006.

⁷⁰⁸ Para KISCH, W.: “Sentencias definitivas son las que no se limitan a resolver sobre una cuestión previa que luego consinúa sustanciándose en la instancia, sino que deciden sobre la acción misma ejercitada, y terminan una instancia al mismo tiempo que pronuncian favorablemente a la demanda o la rechazan, o que admiten o desestiman un recurso.” *Elementos de derecho procesal civil*, opus cit., pág. 255.

indemnizar como que el importe de los daños sea el pedido. Aquí puede el tribunal, si estima que existe aquel deber, aunque todavía no haya fijado la cuantía de la indemnización, declarar que la acción existe en su fundamento, por lo menos, por medio de una sentencia incidental (GRUNDURTEIL) (OP. § 304). Si se estimara que carece de base, recaería una sentencia firme para rechazar la demanda.”⁷⁰⁹

En parecido sentido que el anterior se pronunció GOLDSCHMIDT⁷¹⁰, para quien: “El 304 regula un caso peculiar de sentencia incidental, a saber: si es controvertida una acción en cuanto a su fundamento y a su cuantía, el Tribunal puede decidir en primer término sobre aquél”, siendo las **sentencias incidentales** “aquellas que resuelven una cuestión accesoria [...], es decir, una cuestión de cuya resolución depende la continuación del procedimiento”⁷¹¹.

Por su parte, ROSENBERG⁷¹² definía las “**Sentencias interlocutorias**” como “aquellas que resuelven sobre uno o varios “*puntos* litigiosos” particulares (§ 537), y no sobre el *objeto* de litigio ni sobre una parte del mismo. Ni reconocen ni rechazan la pretensión que se hace valer, ni en todo ni en parte; solamente resuelven sobre una parte de la *materia* de litigio, y tienen siempre el carácter de *sentencia de declaración*. Como queda pendiente por entero la resolución sobre el acto de tutela jurídica solicitado por el actor, permanece la controversia por lo demás en la instancia. De este modo, las sentencias interlocutorias son partes anticipadas de la sentencia final ([...]), que ellas

⁷⁰⁹ Ídem, págs. 256 y 257 *ab initio*. Añadía en el siguiente párrafo que: “Estas dos especies de sentencias incidentales (sobre excepciones impeditivas y sobre el fundamento de una acción) se distinguen de las demás por una especialidad: Pueden ser impugnadas independientemente por medio de los recursos (apelación y casación), mientras que las restantes a pesar, naturalmente, de que vinculan al juez que las ha dictado, no pueden ser llevadas a un tribunal superior independientemente de la sentencia final.” Ídem, pág. 257. Por otro lado, en la adición de derecho español que efectúa a continuación L. Prieto Castro, no se relaciona la *Grundurteil* (ni ningún otro tipo de sentencia de la ALEC) con la sentencia con reserva del art. 360 ALEC, limitándose a aseverar sobre lo incidental que: “Las cuestiones incidentales se ventilan entre nosotros, como ya hemos indicado, en un procedimiento aparte (algunas veces no: incidentes de previo pronunciamiento) y se resuelven por auto (art. 369) o por sentencia (art. 758), que, naturalmente, son incidentales o interlocutorias. Y lo que, con respecto a ellas-la apelación independiente-es excepción en el derecho alemán, constituye la regla en nuestra L. e. c., de acuerdo con su sistema (art. 758) (cfr. Ad. § 27, 1).”

⁷¹⁰ Cfr. *Derecho Procesal Civil*, opus cit., págs. 300 y ss.

⁷¹¹ Ídem, pág. 303. Cabe añadir que, para GOLDSCHMIDT, J.: “El pronunciamiento de sentencia incidental supone siempre el que, por el estado en que se halle el asunto, no sea posible todavía que recaiga sentencia definitiva, y especialmente que la demanda no haya de rechazarse [...con otro caso...] en el del 304, por no ser fundada la pretensión.” Ídem, pág. 305.

⁷¹² Quien diferencia “de acuerdo con su significado formal para la terminación de la controversia y su materia de litigio: sentencias *inales* (plenas o parciales), *interlocutorias* (incidentales) y con *reserva*.” *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., pág. 316; la cursiva se ha respetado del original consultado.

preparan o facilitan.”⁷¹³ Pues bien, dentro de este tipo de sentencias se encontraba una “de clase especial”, que era “la llamada **resolución previa sobre el fundamento** de una pretensión discutida en su fundamento y su importe (§ 304), llamada por eso también *sentencia sobre el fundamento* [aquí se remite a STEINER]; a ella sigue un *procedimiento posterior o procedimiento sobre el importe* de la pretensión, que termina con la sentencia definitiva. La sentencia sobre el fundamento prepara esta sentencia definitiva y presupone que la demanda se dirige a la prestación del *importe* controvertido; mientras, si el fin del proceso es sólo la resolución sobre el *fundamento*, se produce una sentencia final de declaración, de acuerdo con el § 256”⁷¹⁴.

⁷¹³ Ídem, pág. 318, las cursivas se han respetado del original consultado.

⁷¹⁴ Ídem, pág. 322; la negrita y las cursivas se han respetado del original consultado. Algo más adelante comenta ROSENBERG, L., que: “*El procedimiento posterior sobre el importe*, por lo regular, se produce sólo después de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia sobre el fundamento; pero el tribunal puede ordenarlo ya antes (§ 304, II), a instancia de parte” (idem, pág. 323), resultando que: “la sentencia final sobre el importe de la pretensión ha de concebirse como *condicionada en forma resolutoria* por la revocación de la sentencia sobre el fundamento y su autoridad de cosa juzgada material, y como condicionada en *forma suspensiva* por la confirmación inimpugnable de la sentencia sobre el fundamento. Hasta la revocación de la sentencia sobre el fundamento, es plenamente eficaz la sentencia final”. Ídem. Obsérvese que esta **condicionalidad** poco tiene que ver con la naturaleza jurídica que Vassalli atribuyó a la condena genérica italiana, pue en el caso alemán la condicionada sería la segunda sentencia, la que fijaría el correspondiente *quantum*. Sobre la antedicha “condicionalidad” han tratado diversos autores, explicando las consecuencias de aquélla, especialmente en los casos en que se pueda estimar un recurso contra la sentencia sobre el fondo o, incluso, se anule la misma. Por todos se puede citar a ZEISS, WALTER y SCHREIBER, KLAUS quienes, al tratar sobre la “*Anulación de la sentencia sobre la cuestión principal*” (“*Aufhebung des Grundurteils*”), sostienen que: “Como quiera que la sentencia sobre la cuestión principal es impugnabile autónomamente (§ 304 II) el asunto puede ser tramitado en dos instancias, puesto que, pese a haberse impugnado la sentencia sobre la cuestión principal, en la instancia inferior cabe discutir y decidir sobre el montante (la cuantía, la cuantificación). Sin embargo, la sentencia que concreta el montante –al igual que cuando se discute en procesos separados sobre la admisibilidad de la demanda y la cuestión de fondo (§ 280 ZPO)- está sometida a condición resolutoria de lo que se resuelva sobre la impugnación relativa a la cuestión principal en vía de recurso. No es recomendable, por tanto, plantear el proceso relativo a la cuantía antes de que la sentencia sobre el asunto principal devenga inimpugnabile (cosa juzgada formal). La decisión al respecto, sin embargo, ha de tomarla discrecionalmente el tribunal, que habrá de resolver del mismo modo si dicta una sentencia sobre el asunto principal.” “*Da das Grundurteil selbständig anfechtbar ist (§ 304 II), kann der Streit zugleich in zwei Instanzen geführt werden. Denn trotz angefochtenen Grundurteils kann in der unteren Instanz über den Betrag verhandelt und entschieden werden. Das Betragsurteil ist aber – ebenso wie das Urteil zur Hauptsache nach § 280 II (azu oben Rdnr. 540) – auflösend bedingt durch die Aufhebung des Grundurteils in der Rechtsmittelinstanz. Es empfiehlt sich daher nicht, das Betragsverfahren vor Unanfechtbarkeit (= formeller Rechtskraft) des Grundurteils weiterzubetreiben. Die Entscheidung darüber steht jedoch im Ermessen des Gerichts, ebenso die, ob es überhaupt ein Grundurteil erlassen will.*” *Zivilprozessrecht*, 10ª edición, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003, pág. 208; punto 544.

Por otro lado, en cuanto a esa autoridad de cosa juzgada, también dijo ROSENBERG, L., que: “La sentencia interlocutoria, de acuerdo con el § 304, contiene una declaración, capaz de *autoridad de cosa juzgada formal* (§ 304, II), sobre la *existencia* de la pretensión, en tanto se la ha hecho valer en el último debate oral ([...]) y es reconocida en la sentencia interlocutoria ([...]), con el carácter jurídico que se le da por la sentencia interlocutoria” (pág. 323, opus cit.), añadiendo poco después que: “A la sentencia interlocutoria no le corresponde autoridad de cosa juzgada *material* ([...]); y, por eso, tampoco los efectos del BGB, § 218” (idem, pág. 324). En relación con lo anterior, explicó más adelante que: “Las cuestiones que atañen al fundamento no pueden ser tratadas en el procedimiento posterior ([...]), aun cuando las

De lo anterior se podría concluir que la sentencia sobre el fondo alemana tiene una **naturaleza claramente mero declarativa**, aunque es obvio que presenta especialidades con respecto a ésta. Así lo explicita SCHÜTZE quien, con respecto a la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias, afirma que: "La sentencia sobre la cuestión principal es una sentencia intermedia de carácter especial. Como otras sentencias intermedias, posee un contenido declarativo, pero a diferencia de aquéllas no afecta a cuestiones procesales previas, sino que tiene un objeto jurídico-material. Por otra parte, la sentencia intermedia se distingue de una sentencia final de carácter parcial en que no se adopta un pronunciamiento definitivo sobre parte de la pretensión ejercitada, pues dicho pronunciamiento queda reservado a la sentencia final."⁷¹⁵

partes convengan en ello ([...]). *Tampoco pueden ser reservadas* para el procedimiento posterior; una sentencia en que acontezca esto se halla sujeta a la revocación y devolución ([...]). Pero si la sentencia no es impungada o es pasada por alto la falta, pueden y deben naturalmente tratarse y resolverse esas cuestiones en el procedimiento posterior". Ídem, pág. 325. De forma simétrica con lo anterior, afirmó que: "Pero, por otra parte, debe abstenerse de toda resolución sobre los puntos litigiosos que atañen al *importe* de la pretensión ([...]). Éstos deben ser remitidos al procedimiento posterior que se limita a ellos, y en los que debe tratarse y resolverse entonces (una vez más) sobre ellos aun cuando hubieran sido ventilados ya en los fundamentos de la resolución previa ([...]). Por eso, una manifestación de la sentencia interlocutoria sobre la cuantía de la pretensión no tiene efecto vinculatorio para el procedimiento posterior ([...]). Por otra parte, no puede entrarse ya en el examen de puntos litigiosos pertenecientes al procedimiento sobre el fundamento y que pudieron alegarse ya en el último debate oral anterior al pronunciamiento de la sentencia interlocutoria; por eso, mediante los §§ 278 y 283, están en preclusión para esta instancia, o de acuerdo con el § 767, II ([...]), o en general por la autoridad de cosa juzgada de la sentencia sobre el fundamento". Ídem, págs. 325 *in fine* y 326. Por otro lado, conviene recordar que el § 256 (titulado como *Demanda declarativa*) tiene el siguiente redactado:

1) *Puede ser interpuesta una demanda para la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, para el reconocimiento de un documento o para la declaración de su falsedad, siempre que el actor tenga un interés jurídico en que la relación jurídica, autenticidad o falsedad del documento sea declarada con prontitud mediante una resolución judicial.*

2) *Hasta la clausura de la audiencia oral en la cual se pronuncia la sentencia, el actor puede ampliar la demanda y el demandado interponer una contrademanda-reconvención cuando la relación jurídica haya devenido en contradictoria durante el transcurso de un proceso, y de cuya existencia o inexistencia dependa total o parcialmente la resolución de la litis, siendo necesario para ello que sea declarado mediante resolución judicial.* Texto extraído de la traducción del Código Procesal Civil Alemán (ZPO), realizada por: Juan Carlos Ortiz Pradillo y Álvaro J. Pérez Ragone y publicada por KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2006.

⁷¹⁵ "Das Grundurteil iste in Zwischenurteil eigener Art. Wie andere Zwischenurteile hat es einen feststellenden Inhalt, anders als diese betrifft es aber nicht prozessuale Vorfragen, sondern hat einen materiell-rechtlichen Gegenstand. Vom Teilendurteil unterscheidet sich das Zwischenurteil dadurch, dass keine abschließende Entscheidung über einen Teil des prozessualen Anspruchs getroffen wird, diese bleibt dem Endurteil vorbehalten." SCHÜTZE, ROLF A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar*, volumen 2, Walter de Gruyter, 2007, quien dedica al comentario del § 304 sus págs. 49 a 70; para el fragmento transcrito en que trata de su naturaleza jurídica ("Rechtsnatur"), véase pág. 51, punto 4 del citado comentario. Y en parecido sentido que el anterior se pronuncian muchos otros autores, algunos de los cuales resaltan el motivo de "oportunidad" (como diría Cordón Moreno) que legitima este tipo de sentencias. Así se observa, v. gr., en PARDEY, FRANK, cuando sostiene que: "El § 304, apartado 1 ZPO permite una sentencia intermedia por motivos de economía procesal con el fin de ventilar en una resolución previa cuestiones que no hacen referencia únicamente a la cuantía o monto de la pretensión. Esta sentencia tiene carácter declarativo sin el amplio efecto de la declaración. Despliega una vinculación

Esta **distinción de la sentencia parcial** es remarcada por diversos autores, al tener importantes consecuencias en temas tan relevantes como la cuestión de las costas y con respecto a la ejecutividad de la correspondiente resolución⁷¹⁶. Y ello es así, pues en la sentencia sobre el fondo no puede haber condena en costas ni constituye título ejecutivo, al considerarse como un único asunto el objeto de ésta sentencia y el de la sentencia sobre el monto⁷¹⁷, sin que en el ordenamiento germano se produzca, por tanto, esa “escisión” de la resolución sobre una única pretensión que, como ya se ha visto, caracteriza a la sentencia con reserva española.

intraprocesal en el proceso relativo a la cuantificación (tanto en primera instancia como en fase de recurso) respecto de los puntos resueltos por el tribunal sobre el fondo de la pretensión objeto de contienda entre las partes, §§ 318, 512 ZPO." “§ 304 Abs. 1 ZPO ermöglicht das **Zwischenurteil** über den Grund aus prozesswirtschaftlichen Gründen, um in einer Vorentscheidung Fragen abschichten zu können, die nicht nur die Höhe des eingeklagten Betrages betreffen. Dieses Urteil hat feststellenden Charakter ohne die weite Wirkung der Feststellung. Es entfaltet in dem Umfang, in dem das erkennende Gericht den Streit der Parteien über den Anspruchsgrund tatsächlich entschieden hat, innerprozessuale Bindung im Betragsverfahren einschließlich des Rechtsmittelverfahrens, §§ 318, 512 ZPO.” *Berechnung von Personenschäden*, 4ª edición totalmente revisada y ampliada, C. F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2010, en la que trata de la Grundurteil en las págs. 160 a 162 (puntos 1094 a 1115); pág. 160 (punto 1094) para el fragmento transcrito.

⁷¹⁶ Así se observa, v. gr., en ZIMMERMANN, WALTER, cuando divide el epígrafe que titula: “**Grundurteil gemäß § 304**” (“Sentencia sobre el asunto principal según el § 304”) precisamente en los siguientes dos apartados: “**a) Encabezamiento: Sentencia sobre el asunto principal** I. La demanda está fundamentada respecto de la cuestión principal. II. La resolución relativa a las costas queda reservada a la decisión final.” “**a) Überschrift: Grundurteil I. Die Klage ist dem Grunde nach begründet. II. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.**” y “**b) Sentencia final de carácter parcial y sentencia sobre el asunto principal.** Si la pretensión es en parte infundada, dicha circunstancia debe ser expresada en la parte dispositiva de la sentencia. En este caso, la sentencia es al mismo tiempo sentencia sobre el asunto principal y sentencia parcial.” “**b) Teilend- und Grundurteil. Ist das Klagebegehren zum Teil unbegründet, so muss das in der Urteilformel zum Ausdruck kommen. Das Urteil ist dann Grund- und Teilverteil zugleich.**” *Klage, Gutachten und Urteil*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2007, en la que trata de la Grundurteil en la pág. 116, (puntos 281 y 282).

⁷¹⁷ Ello lo explica de la siguiente manera OLIVET, CARL-THEODOR: “A causa del carácter unitario del pronunciamiento sobre costas, en la sentencia sobre el asunto principal no hay pronunciamiento alguno sobre las mismas. Como de la sentencia sobre el asunto principal no cabe derivar actuación ejecutiva alguna, huelga también cualquier pronunciamiento sobre la ejecutividad (ejecutabilidad) (opinión dominante). Una sentencia sobre el asunto principal no puede dictarse en rebeldía. Sólo puede dictarse a raíz de una petición accesoria cuando ya ha sido desestimada la cuestión principal a través de una sentencia parcial. Si sólo se estima una parte de la pretensión principal, la otra parte de la pretensión principal queda desestimada globalmente, es decir, también en cuanto al monto o cuantía. En tal caso la sentencia es una sentencia sobre el asunto principal y al mismo tiempo una sentencia parcial, debiendo ser designada de este modo.” “*Wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung wird im Grundurteil keine Kostenentscheidung getroffen (RGZ 13, 390: Rn. 398). Da es aus einem Grundurteil nichts zu vollstrecken gibt, entfällt auch eine Entscheidung zur Vollstreckbarkeit (h.M.). Ein Grundurteil darf nicht als Versäumnisurteil ergehen (RGZ 36, 428). Zu einem Hilfsantrag kann ein Grundurteil erst ergehen, wenn der Hauptanspruch bereits (durch Teilverteil) abgewiesen ist (BGHZ 106, 220). Wird nur ein Teil des Anspruchs dem Grunde nach zugebilligt, weil der andere Teil schon dem Grunde nach nicht besteht, dann ist dieser andere Teil zugleich insgesamt (also auch zur Höhe) abzuweisen. Das Urteil ist in solchem Fall ein Grund- und Teilverteil, es muss so bezeichnet werden.*” *Juristische Arbeitstechnik in der Zivilstation*, 4ª edición, C.F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2010, pág. 228.

4.4.2.7. Toma de postura.

De la anterior síntesis comparativa, cabe extraer diversas **conclusiones**. En primer lugar, y ésta es tal vez la más relevante, se puede afirmar que, si bien es cierto que tanto la doctrina española como la italiana, (no tanto en la alemana, en donde su concepción como sentencia interlocutoria/incidental deja patente su naturaleza de simple declaración⁷¹⁸) pueden predicar de este tipo de sentencias características tanto mero-declarativas como de condena, dependiendo básicamente de si el encuadre se focaliza, respectivamente, sobre sus aspectos funcionales, o sobre la clase de acción ejercitada y la finalidad última buscada, resulta hasta cierto punto *secundario*⁷¹⁹ que ello se acabe dilucidando en un solo proceso (Italia, Alemania) o en dos (España), pues en realidad en todos los casos la condena con reserva/genérica/sobre el fondo tiene una misma finalidad funcional con respecto a la condena solicitada (no así, en cambio, en relación con otros posibles objetivos como la comentada hipoteca judicial), es decir, una **finalidad prejudicial**⁷²⁰.

⁷¹⁸ Ello aparece como indiscutido, y así se puede comprobar, v. gr., cuando ROSENBERG, L., sostiene que: “Sentencias declarativas son también todas *las que rechazan la demanda* y las interlocutorias”. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., pág. 14; la cursiva es del texto consultado.

⁷¹⁹ Aunque asumo que esta es una manifestación muy arriesgada, la realizo en pos de hacer más fluido el discurso. Obsérvese empero que como dice ROSENBERG, L., que: “El § 304 no rige si no se discute sino el importe [...]; en los casos en que no se discute el deber de indemnización”, al ser procedente esa “sentencia sobre el fundamento” únicamente “si la pretensión *planteada* mediante *demanda o reconvencción* [...] es discutida en su fundamento y en su importe.” Ídem, tomo I, pág. 322. Es decir, que en el derecho alemán no se concibe la utilización de la *Grundurteil* a modo de sentencia meramente declarativa; para eso ya está el § 256, como sostiene el mismo ROSENBERG, L.: “si el fin del proceso es sólo la resolución sobre el *fundamento*, se produce una sentencia final de declaración, de acuerdo con el § 256”, ídem. No se produce, por tanto, esa “escisión” que he sostenido se causa con nuestra sentencia con reserva. En el derecho alemán la *Grundurteil* se concibe como dirigida a preparar la sentencia definitiva (ROSENBERG) lo que, evidentemente, tiene una serie de importantísimas consecuencias con respecto, por ejemplo, a la cuestión de su fuerza de cosa juzgada material; pero, como he dicho antes, ahora no es este aspecto el más relevante, sino el de su utilidad en relación precisamente a esa sentencia final. Ahora bien, vale la pena tener presente el siguiente apunte de ARIAS LOZANO, D.: “Nótese que la *Grundurteil* alemana o la *condanna generica alla prestazione* italiana tienen lugar en configuraciones procesales donde, al contrario que en nuestro proceso civil, no rige una férrea preclusión.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., a pie de pág. 11170.

⁷²⁰ Siendo consciente de que el sentido aquí dado al término **prejudicial** puede suscitar dudas, expondré brevemente el motivo de su uso. En primer lugar, y siguiendo a MORCILLO MORENO, JUANA, parto de que la delimitación del alcance de este concepto ha sido (y es) todavía algo discutido. Debate que se inicia desde antiguo pues, como comenta la antedicha autora: “La doble acepción con la que el concepto *praejudicium* fue analizado en el derecho romano refiriéndolo a la vinculación, de un lado, entre procesos y, de otro, entre disciplinas dentro de un mismo proceso, provocó cierto confusionismo que intentó ser paliado por los juristas medievales y las fuentes canónicas mediante el empleo del genérico término de cuestiones prejudiciales.” *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2007, pág. 10. Y fíjese lo irónico del tema pues, como afirma en el siguiente párrafo esta autora: “A lo largo de la Edad Media, el *praejudicium* va perdiendo gradualmente su significado originario para convertirse en exponente –en la línea ya perfilada por la legislación justiniana- de una <<*sorta di danno*>> [MENESTRINA, F.], producto de cualquier

acontecimiento. Como consecuencia de la transposición de tal concepción de *praejudicium* –como sinónimo de daño- del lenguaje jurídico al común, ha llegado a nuestros días una de las acepciones de <<prejuicio>> en tanto <<juicio de las cosas antes de tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento>>.” (Ídem). I digo irónico pues, aunque las acepciones son distintas, parece que lo prejudicial estaba llamado desde un inicio a articular el campo de los daños y perjuicios. Más allá de la anterior licencia literaria, lo cierto es que, en estos casos estaríamos ante **un tipo de prejudicialidad homogénea** que, como nos recuerda MORCILLO, J. (ídem pág. 23), no suele ser conceptualizada como tal por la mayoría de la doctrina. Ahora bien, como también recoge la citada autora, la LEC “en su artículo 43.1.º, ha previsto el modo en que deben articularse dos procesos simultáneamente pendientes ante el mismo o distinto tribunal civil cuando entre ellos medie una relación de dependencia lógica y no quepa acudir a la acumulación de autos.” Ídem, pág. 24.

En esta materia surge también la cuestión de la distinción entre **lo prejudicial** y **lo incidental** (piénsese, por ejemplo, en las posiciones anteriormente recogidas de Kisch, Goldschmidt, o Rosenberg, para quienes la resolución del § 304 era un caso peculiar de sentencia incidental). MORCILLO, J., también trata de esta cuestión, entendiéndola “que la razón de la diferenciación entre prejudicialidad e incidentalidad no obedece al órgano conocedor de la cuestión sino a la intensidad de la <<ligazón jurídico-sustantiva>> [GÓMEZ ORBANEJA] con la cuestión de fondo y que responde a una naturaleza instrumental-subsidiaria en el caso de las prejudiciales y conexo-complementaria en el de las incidentales.” (Ídem, página 30), concluyendo que: “aunque, por regla general, la naturaleza jurídico-sustantiva de la cuestión prejudicial es distinta de la del objeto del proceso principal, ello no obsta a la admisión excepcional como categoría independiente de la perjudicialidad homogénea.” (Ídem, pág. 31). En este sentido no cabe duda que, conceptualizar la sentencia con reserva como prejudicial choca con el significado tradicional dado a la prejudicialidad, al sistematizarse ésta normalmente “en atención a sus efectos, según que su planteamiento en el litigio produzca o no el efecto <<devolutivo>> por diferirse o no el conocimiento de aquéllas [cuestiones prejudiciales] al órgano jurisdiccionalmente competente.” (Es decir, según el criterio de su “devolutividad”, ídem, pág. 50). Personalmente entiendo que lo “incidental” en los autores alemanes se ha de entender como compatible con lo prejudicial en el anterior sentido de “instrumental-subsidiario” pues, como dice ROSENBERG, L.: “La sentencia sobre el fundamento prepara esta sentencia definitiva y presupone que la demanda se dirige a la prestación del *importe* controvertido”. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., pág. 322; o dicho de otra manera; en mi opinión la *Grundurteil* es prejudicial de la sentencia definitiva, pero sin tiene la autonomía absoluta de una sentencia meramente declarativa que también se podría solicitar en aquél ordenamiento en relación a la existencia de lo debido porque (como sucede en la sentencia con reserva española) la acción ejercitada en este caso es de condena. Aún así, sí refleja la voluntad de dotar de cierta autonomía a ese *prius logico* que es la declaración sobre lo debido y por ello (aunque se trate de una resolución interlocutoria) la podemos equiparar (aunque sea en parte) con la sentencia con reserva española.

Intrínsecamente relacionado con lo anterior es el enfoque que entiendo se ha de dar a la sentencia con reserva, en mi opinión, desde el efecto prejudicial que disciplina el **art. 222.4 LEC**, cuando prescribe que: *Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*. Justamente es este uso como “antecedente lógico” el que justificó la existencia de las acciones prejudiciales romanas (Morón Palomino), probable embrión de la actual tutela mero-declarativa. Dicha característica idiosincrática de este tipo de tutela, basada en que su utilidad se plasmaba de forma plena a través de sus efectos en un proceso posterior (Prieto Castro), se caracterizó en la sentencia con reserva por la vinculación que, en virtud justamente de esa función positiva de la cosa juzgada material, conllevaba su declaración sobre la existencia de lo debido en el posterior proceso de liquidación. Este efecto ha sido indubitado en la opinión de muchos autores, tanto entre los que defendieron su naturaleza mero-declarativa (Arias Lozano) como los que la consideraron de condena (Tapia Fernández, Cordon Moreno). Carácter prejudicial que, por otra parte, se ha predicado de sus homólogas italiana (Calamandrei), y alemana (Leible), como se ha expuesto anteriormente.

Por otra parte, si examinamos el tema desde el **artículo 43 LEC** (*Prejudicialidad civil*) observamos que, en su párrafo primero, prescribe que: *Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto*

En segundo lugar hay que constatar que, a pesar de lo anterior, el nacimiento de esta figura no ha obedecido, en estos ordenamientos, a idénticas razones. En España la causa de esta peculiar escisión del enjuiciamiento de una única pretensión en dos juicios (que, por cierto, fue la primera que encontró amparo legal), se debió a un **motivo** que me atrevería a llamar de *espurio*, pues no se pretendió con la misma proteger tanto un interés específico, lo que (como ya nos dijo WACH) legitima la diferenciación entre la tutela de mera-declaración y la de condena, sino solventar un problema práctico concerniente a la falta de prueba sobre el *quantum* de lo debido, una vez acreditada su existencia. Por tanto, efectivamente no estamos ante un *tertium genus* (ARIAS LOZANO) sino ante una tutela declarativa de condena falsa e hipertrofiada, que ha forzado tanto su propia naturaleza que ha logrado partirse en dos, basándose en unos supuestos fundamentos fácticos que complican enormemente su lógica interna y, en

la cuestión prejudicial. Es obvio que este precepto aborda el mismo tema pero desde un momento cronológico anterior (como también sucede en la correlación entre litispendencia/cosa juzgada) desplazándose la prejudicialidad en sentido estricto por la cosa juzgada cuando existe ya la pertinente sentencia firme con esa fuerza, es decir, cuando no se trata de una tutela sumaria. Con especial razón el anterior precepto se relaciona con la sentencia con reserva, al ser justamente el objeto de ésta última el decidir algo necesario (la existencia de lo debido, que es su principal objeto), sin que sea posible acumulación alguna, pues aún no sería posible el ejercicio de la pretensión propiamente de condena, es decir, la cuantificadora de aquello debido, con la peculiar característica de que, en estos supuestos, la suspensión no será del curso de otras actuaciones, pues aquellas no podrán ni tan siquiera haber sido iniciadas hasta que sea factible probar la cuantía del correspondiente débito. De esta forma, una característica de la sentencia con reserva es que siempre se predicará de ella su efecto prejudicial desde el art. 222.4 LEC (al ser indubitada su fuerza de cosa juzgada), pero más difícil resulta que se haga desde lo regulado en el art. 43 LEC, pues si fuera posible, *ab initio*, ejercitar la acción de condena “completa”, le faltaría al actor interés legítimo en su petición de condena con reserva (como se verá en el próximo apartado de este estudio). O dicho de otra manera; la sentencia con reserva siempre tiene un valor prejudicial una vez ha sido dictada y deviene firme. Pero la pretensión que la sustenta en nuestro ordenamiento, al ser subsidiaria de la de condena plena, nunca podría entrar en juego si se pudiera hacer valer, al mismo tiempo, una pretensión de condena completa. Ahora bien, la cuestión verdaderamente compleja se daría en el caso en que, habiendo sido interpuesta una acción de condena con reserva, desapareciera (en el decurso de las actuaciones a que hubiera dado lugar) esa imposibilidad de probar la cuantía de lo debido, imposibilidad que justamente legitima su existencia. Y aquí las hipótesis se multiplican pues, los correspondientes impedimentos, podrían desaparecer en cualquier momento del *iter* procesal de aquélla, pudiendo estar el primer proceso (el de la condena con reserva) ya visto para sentencia o, incluso habiéndose ya dictado ésta, restara aún **pendiente su firmeza**. Este problema ha sido abordado, *mutatis mutandis*, por la doctrina alemana, afirmando LEIBLE, S., que: “La sentencia sobre el fondo es impugnada independientemente como una sentencia definitiva (§ 304 párr. 2). Si es impugnada, circunstancialmente puede llegarse a una controversia en dos instancias, ya que a pesar de la impugnada sentencia sobre el fondo en la instancia inferior puede seguirse deliberando y decidirse sobre el monto. Si la sentencia por el monto se dicta antes de la decisión de la instancia del recurso, entonces está condicionada resolutivamente por la revocación de la sentencia sobre el fondo en la instancia de apelación. Para evitar esto, el tribunal recién inicia el procedimiento por el monto cuando, la sentencia sobre el fondo está firme.” *Proceso civil alemán*, opus cit., págs. 326 *in fine* y 327. Como se observa, la solución sería, en esencia, la misma que se habría de dar en nuestro ordenamiento: dictada la sentencia con reserva, se debería esperar a su firmeza para iniciar (en caso de que fuera estimatoria) el proceso dirigido a su liquidación. Con lo que su función prejudicial quedaría nuevamente ratificada.

consecuencia, su estudio, al imbricar en la propia legitimación de su existencia cuestiones tan diversas (como veremos) como el principio de aportación de parte, el tema de la carga de la prueba, o la problemática de la congruencia de las sentencias. Motivos espurios que, a su manera, también pueden predicarse del origen de esta institución en el ordenamiento itálico pues, como argumentó CALAMANDREI, a esa sentencia genérica se la llamó de condena, con el objetivo de dotarla del único *nomen* que la habilitaba para poder inscribir la correspondiente hipoteca judicial⁷²¹. Y ello me parece tan claro que, seguramente, muy pocos procesalistas italianos defenderían la naturaleza condenatoria de su sentencia genérica si no se adjuntara a ella esa garantía hipotecaria; medida que, como es sabido, no tiene parangón en nuestro ordenamiento.

En atención a los anteriores análisis, y aún dentro de las categorías tradicionales, considero que ha quedado acreditado que es su **función esencialmente mero declarativa** la propiedad más relevante de la sentencia con reserva. Y siendo ésta su característica principal, y con todos los matices que se quieran, es por lo que considero que a la misma se le debería atribuir tal naturaleza, pues las cosas se definen por sus características principales, y no por las secundarias. Ello me lleva a opinar que, al dividirse como se ha hecho una única pretensión de condena en dos juicios y en dos resoluciones, se ha caído desde los inicios de esta figura en una constante incongruencia, auspiciada por la propia Ley, que se ha demostrado en la inaudita discrecionalidad que en esta materia han tenido los órganos jurisdiccionales para determinar o no lo debido. Se ha dejado en manos de los tribunales el delimitar cuándo una pretensión de condena se debía resolver en una sentencia de condena, o en una de mera-declaración (o de condena incompleta si se prefiere), sustrayendo a las partes dicha elección (la decisión de la oportunidad de la misma), vulnerando de forma

⁷²¹ Este punto no fue remarcado únicamente por Calamandrei. También varios autores actuales lo han explicitado como, por ejemplo, FAZZALARI, E., quien afirma con respecto a la condena genérica que es: “chiamata di <<condanna>> per munirla di effetti prodromici, e così dell’efficacia di titolo per l’iscrizione d’ipoteca giudiziale, titolo che deve essere un provvedimento condannatorio.” *Istituzioni di diritto processuale*, opus cit., a pie de su pág. 118. En términos muy parecidos se pronuncia este mismo autor en una obra posterior, en la que sostiene que esa condena genérica: “Si tratta, per la verità, di una sentenza di accertamento sull’an debeatur, e non di condanna, perchè la prestazione (il quantum debeatur) deve ancora essere accertata: si è convenuto di chiamarla “condanna”, per adeguarsi alla regola del codice civile (anzichè modificarla), secondo la quale titolo per l’iscrizione d’ipoteca è solo la sentenza di condanna e non anche quella di accertamento.” *Lezioni di diritto processuale civile I*, opus cit., págs. 131 y 132 *ab initio*; se ha mantenido el subrayado del original consultado.

flagrante el principio dispositivo que rige el proceso civil. Pero con ello me estoy avanzando a puntos que trataré posteriormente con mayor profundidad.

Llegados a este punto, e **intentando superar el anterior debate**, si se conviene que la condena con reserva realiza semejantes funciones que una sentencia mero-declarativa, y que se trata de una figura caduca creada como una herramienta (más o menos útil) en una época en la que todavía faltaba por articular la tutela de mera-declaración, cabría abogar, *de lege ferenda*, por la **derogación de la misma**⁷²². GUASP ya observó que,

⁷²² Como es sabido, el proceso laboral ha sido, en diversas ocasiones, un adelantado del civil, y ésta puede ser una de esas ocasiones. En este sentido, en relación con el **art. 99 de la LPL** (vigente en aquél momento, es decir, el **Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril**, BOE núm. 105 de 2/05/1990, que ordenaba en el citado precepto que: *En las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el Juez o Tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución.*), ALVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO comentó que: “Así como en el proceso civil – art. 360 LEC- se puede hacer <<condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia>>, en el proceso laboral no está permitido que las cantidades líquidas se obvien en espera de la ejecución. Si efectivamente, la Base 19.5 establece que en conclusiones se formulen, en su caso, las cantidades líquidas objeto de condena, debe el juzgador en la sentencia reflejar tales cantidades, siendo nula la sentencia que señala genéricamente este aspecto. El TCT en varias sentencias, entre otras la de 30-9-87 (RA 20103), ha declarado <<la nulidad de cuantas actuaciones se han llevado a cabo a partir del trámite inmediatamente anterior a dictar sentencia, ya que el Juzgador de instancia, al hacer una declaración genérica del derecho, sin especificar la condena a cantidad determinada, infringe lo dispuesto en la Ley, que prohíbe posponer la determinación de aquella para el trámite de ejecución de sentencia, cualesquiera que sean las dificultades que esa determinación presente, pues, en todo caso, el Magistrado, si estima que no dispone de suficientes elementos de juicio, podrá acordar la práctica de alguna diligencia que forme su definitiva convicción>>.” Con LORCA NAVARRETE, ANTONIO M.ª y RUIZ JIMÉNEZ, RAMÓN, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, editorial DYKINSON, 1991, págs. 450 *in fine* y 451. Actualmente, la **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social** (en adelante LRJS, BOE núm. 245 de 11/10/2011), sigue normando esta cuestión en su **artículo 99**, al cual titula precisamente: *Prohibición de reservas de liquidación*. El tenor literal de este precepto es el siguiente:

En las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el juez o tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución.

No obstante cuando se reclamen prestaciones o cantidades periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer esas cantidades que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.

Visto lo anterior (y aún admitiendo que se trata de un asunto merecedor de un análisis mucho más detenido), y no existiendo (en mi opinión) causas específicas que requieran diferenciar en este tema la jurisdicción civil de la laboral, se puede afirmar que, si este tipo de sentencias se han prohibido en el ámbito social y dicha interdicción se ha mantenido en las sucesivas leyes que regulan ése procedimiento, tal vez sería llegado el momento de hacer lo mismo en la LEC, pues la **celeridad**, como principio idiosincrático del proceso laboral (**art. 74.1 LRJS**), cada vez aparece como más necesario también en el orden jurisdiccional civil. Y en este sentido no se crea que soy el único ni el primero en abogar por la derogación de la sentencia con reserva, pues ya ARIAS LOZANO, D., sostuvo (bajo la vigencia de la ALEC) que: “*De lege ferenda*, es de prever que la condena con reserva será suprimida. Así se ha hecho en Leyes procesales posteriores –no hay que olvidar la clara dicción del artículo 87.4 LPL- y así tiene constancia quien esto escribe que se tiene previsto en el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que se está debatiendo en el seno del Ministerio de Justicia.

Personalmente opinamos que en un sistema procesal como el nuestro, donde rige una férrea preclusión no debe operar una institución de estas características: su abuso es más perjudicial que su uso.

Sin embargo, si se configura el nuevo proceso civil sobre la base de la oralidad (como sucede en Italia o en Alemania), quizás la propia práctica iría imponiendo declaraciones interlocutorias del Juez por la que se declarase que la existencia de los daños está acreditada, y se ordenase –en adelante y en ese mismo

con este tipo de sentencias, se hipertrofiaba la ejecución. Y ese denostado efecto se debió a que el ordenamiento de su momento, en el que aún no había madurado la idea de esa tutela de simple declaración, no tenía otro instrumento más que el de la sentencia “de condena” con reserva. Se abusó así del concepto *condena*, utilizándolo para fines impropios, como análogamente sucedió en el campo de las pretensiones con la acción de jactancia, empleada de forma exacerbada ante el no reconocimiento de la tutela de mera-declaración. Pero lo que en el diecinueve y principios del siglo XX se puede conceptualizar como una *mal menor*, no puede merecer igual valoración a principios del XXI. A pesar de los avances en este campo, vuelve a ser la hipótesis de valoración de la mera-declaración la causa que ha llevado al Legislador del 2000 a prohibir expresamente este tipo de tutela en el ámbito de lo dinerario (art. 219.1 LEC), en el que se sigue manteniendo como única tutela la de condena (como se verá en el siguiente apartado de esta obra), compeliendo al actor a pedir aquélla, aunque no la necesite o le convenga más la meramente declarativa⁷²³.

Y dando un paso más en el discurso, si acordamos que el sentido de la existencia de la sentencia con reserva radica en el impedir que se absuelva por falta de prueba en relación al *quantum*, una vez se ha conseguido demostrar la existencia de lo debido, y convenimos también que esa falta ha de provenir de la imposibilidad o gran dificultad en relación a la obtención de dicha prueba, podemos concluir que ha existido imprecisión técnica por parte del Legislador. Pues, intentando acotar en realidad el **interés** que considera legítimo para acceder a la **tutela de mera declaración**, que circunscribiría a esa imposibilidad probatoria, la prohíbe totalmente (art. 219.1 LEC) viéndose obligado a mantener una institución (la sentencia con reserva, art. 219.3 LEC) que, además de resultar ya innecesaria, constriñe de forma ilógica la configuración de la

proceso- circunscribir la discusión únicamente a la concreción de su cuantía.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11170.

⁷²³ En este reconocimiento de la tutela de mera-declaración siempre ha llevado gran adelanto el ordenamiento germánico lo que, por conocido, no se puede dejar de resaltar. Por poner un ejemplo de la amplitud con que se reconoce dicha tutela (en relación al ámbito que ahora nos interesa), se puede citar el siguiente de ROSENBERG, L., quien aseveró que: “Una relación *futura* no puede ser objeto de una demanda de declaración, pero sí puede serlo el *desarrollo futuro* de una relación ya existente ([...]); y una relación extinguida cuando se cuestionan sus consecuencias jurídicas que surten efecto en el presente.

Así, por ej., [...], *procede* la demanda de declaración del deber de indemnización de las consecuencias perjudiciales que se producirán en lo futuro a causa de un accidente ([...]) o del deber de indemnización para el caso de que el accidente originase determinadas consecuencias perjudiciales”. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., pág. 17; cursivas respetadas del texto original consultado.

pretensión por las partes, cercenando sus derechos, obligando siempre a solicitar la condena, hipertrofiando este último tipo de tutela. Exacerbamiento de ésta última que comportará no tan solo un uso encubierto a través de ella de la tutela de mera-declaración sino, y esto es lo grave, que abrirá la puerta a su utilización torticera, como sucedió bajo el mandato de la ALEC pues, al desconectar esta figura del resto del sistema, habilitará con su confusa existencia el dar pábulo a conductas desidiosas (cuando no directamente abusivas) de las partes y de los órganos jurisdiccionales, e incrementará la inseguridad jurídica en el proceso, poniendo incluso en riesgo la congruencia de las resoluciones judiciales. Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, opino que la problemática que envuelve a la sentencia con reserva no se puede solucionar con su simple sustitución por la tutela meramente declarativa, ya que ahonda sus raíces en algo mucho más profundo que el simple reconocimiento de ésta última. En realidad su subsistencia se sustenta en un *mito*, a cuya crítica dedico expresamente el epílogo de la presente obra.

4.4.3. Especialidad y/o de la excepcionalidad de las normas reguladoras de este tipo de sentencias.

El objeto del presente apartado es el de determinar si las normas que han regulado la sentencia con reserva se han de considerar como normas comunes/especiales y como normas regulares/excepcionales. Asimismo dicha cuestión se enfocará desde **dos perspectivas**, partiendo la primera del ordenamiento constitucional instaurado por la CE de 1978 y ciñéndose, la segunda, al derecho procesal. Desde la citada **perspectiva eminentemente constitucional**, esa especialidad o excepcionalidad ha sido objeto de estudio por CALDERÓN CUADRADO. Esta autora analiza justamente el “hipotético carácter especial o excepcional de la disposición del artículo 219.3 *in fine*.”⁷²⁴, sosteniendo que: “Sería faltar a la verdad si se dijera que durante la vigencia de la Ley de 1881 se discutió sobre la excepcionalidad de este <<expediente en extremo peculiar>> que se afirmaba era la sentencia con reserva de liquidación”⁷²⁵. En absoluto, históricamente tuvo tal naturaleza y el tenor literal del artículo 360.II de aquel cuerpo

⁷²⁴ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 410 a 412.

⁷²⁵ Cita en este momento (a pie de pág. 410) a Arias, D., *La llamada condena con reserva...*, opus cit., pág. 11141.

legal no admitía, al menos de manera razonable, una distinta interpretación favorable a su normalidad”⁷²⁶.

Ahora bien, el análisis de CALDERÓN CUADRADO sobre dicha especialidad o excepcionalidad se asienta básicamente en la configuración actual de la cuestión (artículo 219 LEC del 2000). Por ello sostiene que el legislador “de forma preceptiva, dispone la imposibilidad de demandar y sentenciar condenas con reserva de liquidación en la ejecución.” Afirmando seguidamente que: “Se podría, no obstante, argumentar, como ya se hizo entonces, que una facultad similar del actor es contraria al principio de igualdad de las partes y al derecho al debido proceso”⁷²⁷. Sin embargo, parecidas razones hoy serían sumamente cuestionables y costosamente asumibles.” En cuanto a “esa pretendida desigualdad” considera esta autora que, con la nueva LEC, la remisión “a un proceso de declaración (no de ejecución) [en referencia a la observación de ARIAS de que bajo la ALEC el actor podía optar por “dos cauces procesales diversos para sustanciar su pretensión” sin que necesitara el consentimiento de la demandada]⁷²⁸” añadida al hecho de que “la facultad de elección del demandante no genera por sí misma quebrantamiento del principio de igualdad –es complicado aceptar que sólo depare

⁷²⁶ Cita en este punto (a pie de pág. 410) de nuevo a Arias, en la antedicha obra, págs. 11145-11155 y “los comentaristas de entonces” y en sentido contrario a Cordon Moreno, F., *La sentencia de condena...*, opus cit., págs. 49-52. Ahora bien, estando de acuerdo con CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., en que esa “excepcionalidad” no fue discutida, y que posiblemente, desde un enfoque centrado en el ámbito de los principios de rango constitucional su “normalidad” ni tan si quiera sea discutible, ello no obsta para ya apuntar que defenderé, desde una perspectiva meramente procesal, y en la forma que se analizará en líneas posteriores, su evidente carácter excepcional dentro de nuestro sistema procesal civil. Excepcionalidad que se constata por un lado, con el debate que se arrastra sobre su naturaleza jurídica desde hace más de un siglo, y no únicamente en el ordenamiento español, sino también en otros de nuestro entorno, como en el italiano, y, por otro, con el hecho (opino que ya demostrado) de que esta institución surgiera como una verdadera “imposición” de la praxis sobre la voluntad originaria del legislador, regulándose en las tres LEC con todas las limitaciones que resultaron factibles. Estos factores demuestran, que siempre se ha considerado como una institución contraria a las correspondientes normas “regulares”, conforme se expondrá. Cosa diferente es que ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la propia Ley reconocieran mayoritariamente esa excepcionalidad. Pero en este punto, me remito a lo anteriormente expuesto y a las enseñanzas recogidas de Prieto Castro en relación a la “ceguera” que afectaba a ambas (doctrina y jurisprudencia) sobre la necesidad de articular correctamente la acción de mera-declaración. De hecho, fue tan excepcional el precepto, que no solamente supuso la irrupción en el proceso declarativo de esta mera-declaración desde un punto de vista funcional, sino que, de rebote, hipertrofió, con la remisión permitida por la ALEC de la liquidación a los correspondientes incidentes declarativos, la ejecución, desnaturalizando la misma (Guasp).

⁷²⁷ Ídem, pág. 411 *ab initio*; a pie de página cita en este momento a Arias, D., *La llamada condena con reserva*, opus cit., págs. 11152-11155.

⁷²⁸ Ídem, pág. 411; a pie de página reseña la problemática referente a las sentencias de condena dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, contenida básicamente en los arts. 221 y 519 LEC.

ventajas al actor-, la excepcionalidad de este tipo de decisión en absoluto puede concluirse⁷²⁹.”

Y, en lo referente “a la infracción del artículo 24.2 de la CE, tampoco en estos momentos sería apreciable. Con anterioridad, <<por la exclusiva voluntad del actor se difería a un procedimiento incidental lo que, en puridad, debería haber sido objeto de un proceso ordinario de declaración: el debate sobre la cuantía de la deuda>>⁷³⁰. En la actualidad, por el contrario, el artículo 219.3 de la LEC correctamente nos remite al mismo. Y aunque la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 9 de julio de 1990 declaró que es fraude procesal la elección de un determinado proceso cuando <<se escamotea el verdadero fin que mueve al actor>> al instarlo y cuando, <<al socaire de una inadecuada normativa adjetiva>>, se desconocen <<unos indiscutibles derechos que asisten, en su caso, a la contraparte>> (BD, marginal RJ 1990/5789), la solución vendría dada por la verificación del interés presupuesto exigido para la modalidad de tutela que nos ocupa.”⁷³¹

El alto tribunal concluye finalmente que existe “la facultad, especial pero no excepcional, de demandar <<la condena>> -mejor, el reconocimiento del derecho- a percibir una <<cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos>>, dejando para un proceso declarativo posterior los problemas de liquidación.”⁷³². Y en este sentido, es decir, tomando como coordenadas los preceptos de nuestra Carta Magna, no tengo nada que oponer a la sólida argumentación de esta autora, a la cual me adhiero, añadiendo simplemente que, si algún precepto puede cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva éste sería el 219.1 LEC que, en mi opinión (y como se verá en el siguiente apartado), limita la de mera-declaración en el ámbito de lo pecuniario. Pero sobre ello trataré al abordar la cuestión de los límites que dicho precepto representa en el ámbito de este tipo de tutela, apartado en el que, de nuevo, las opiniones de CALDERÓN CUADRADO van a ser muy relevantes para afrontar esa cuestión.

⁷²⁹ Ídem; a pie de página refiere a la opinión sobre este punto de Fernández López, M., *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 23-24.

⁷³⁰ El entrecomillado se refiere a la citada obra de Arias, D.

⁷³¹ Ídem, págs. 411 y 412.

⁷³² Ídem, pág. 419.

Ahora bien, aún teniendo en cuenta lo anterior, es importante advertir que el **Tribunal Supremo** ha tenido ya ocasión de relacionar en diversas ocasiones el art. 219 LEC con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE, señalando la necesidad de hacer una interpretación del mismo conforme a ésta última. Ello se ha manifestado de diferentes formas, interpretando tanto el citado art. 219 LEC como el 209.4ª LEC de una manera muy flexible, llegándose incluso a integrar la propia sentencia con lo solicitado en la demanda⁷³³. Sobre ello se volverá con mayor detenimiento en el apartado 4.10 de este mismo trabajo.

Desde un **punto de vista estrictamente procesal**, hay que enfocar el tema desde dos reglas regulares y comunes⁷³⁴. La primera de ellas ya ha sido analizada con anterioridad,

⁷³³ Véase en este sentido la **Sentencia de 24/05/2013 Tribunal Supremo (Sala 1ª)**, en cuyo fundamento de derecho tercero se expone que: *Motivo segundo. Infracción del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 219.1 LEC, que prohíbe las sentencias meramente declarativas cuando lo que se reclame sea una cantidad de dinero y establece que no puede solicitarse la determinación del importe en ejecución de sentencia*.

Se desestima el motivo.

Plantea la recurrente que se le condena a pagar una indemnización que se concretará en fase de ejecución de sentencia, cuando la demanda la fija concretamente y no se ha practicado prueba alguna sobre indemnización de daños y perjuicios, violando el art. 219.1 LEC.

En la demanda se solicitaba indemnización como consecuencia del desalojo temporal de los garajes, a razón de 90 euros por día y aparcamiento, fijándola como base para la indemnización, con cita expresa el art. 219 LEC.

En la sentencia del Juzgado que fue confirmada en este aspecto, declara que los daños y perjuicios se fijarían en ejecución de sentencia.

La referida infracción no fue planteada en la segunda instancia, razón por la que no puede reproducirse en esta sede, de acuerdo con el art. 469.2 LEC.

En cualquier caso, no se aprecia infracción alguna, pues el art. 219 LEC permite la fijación de bases, las que se concretaron en la demanda y que, por tanto, no podrán ser superadas en ejecución de sentencia, en aras a la congruencia, debiendo ser interpretado dicho precepto en clave de tutela judicial efectiva (STS de 16-1-2012, recurso 460 de 2008 y 6-11-2012, recurso 999 de 2010). Dictada en resolución del rec. 311/2011, y de la que fue ponente Arroyo Fiestas, Francisco Javier, nº de sentencia 360/2013, LA LEY 55095/2013.

⁷³⁴ En cuanto a los conceptos de **especialidad y excepcionalidad** de las normas se seguirán las definiciones que sobre los mismos dan ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO, al sostener que: “Normas de derecho común son las dictadas para la totalidad de las personas, la totalidad de las cosas o la totalidad de las relaciones jurídicas. Normas de derecho especial son las dictadas para una [de]terminada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas, en razón de ofrecer esa determinada clase peculiaridades que exigen apartarla de la disciplina general de las normas comunes, respecto de las cuales las especiales no resultan inspiradas en un principio antitético sino en el mismo principio general de las comunes, pero con ciertas rectificaciones o modalidades que constituyen una adaptación de éste. Por eso, porque no hay contraposición sino una simple matización o adecuación, las normas de derecho general o común suplen los vacíos de las del derecho especial.” *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, tomo I, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 50. Por contraposición a estas “normas de derecho especial”, las cuales “sólo representan una adecuada aplicación de los mismos principios del derecho común, adaptado éste a las particulares características de ciertas hipótesis o casos” (ídem, pág. 52), aparecen las “normas llamadas *excepcionales o de derecho excepcional* que se aplican a casos que por su propia singularidad no toleran los principios generales y, en consecuencia, sus normas son antitéticas a éstos. Por tanto, normas

y es la consistente en que, tanto en la LEC de 1855 como en la LEC de 1881, resultaba indubitada la existencia de una **norma regular y común** (aunque no expresa, sino tácita), según la cual **se prohibía la tutela de mera declaración**, especialmente en el ámbito de lo pecuniario⁷³⁵. También se vio cómo la sentencia con reserva se configuró con una naturaleza jurídica híbrida en la que destacó, desde sus inicios, un componente funcional de carácter mero declarativo que, desde mi punto de vista, eclipsó a las demás notas de condena. O dicho de otra manera, se configuró como un tipo de tutela de mera-declaración, en la que se ciñó el interés legítimo que la habilitaba a la imposibilidad de poder probar la cuantía de lo debido cuando, eso sí, ya se había conseguido acreditar su existencia.

Por otro lado, en los arts. 61 y 62 de la LEC de 1855, y en los arts. 359 y 361 LEC 1881, se establecía de forma expresa la necesidad de resolver todos los puntos objeto de

regulares o normales son las que aplican de un modo u otro los principios generales de una rama del Derecho o de una institución jurídica; y normas excepcionales son las que se inspiran en principios contrapuestos a aquéllos, respecto de los cuales constituyen excepciones. El Derecho excepcional o singular encuentra su explicación o razón de ser en la necesidad de proteger los intereses de ciertos individuos o relaciones determinadas que no podrían obtener una tutela eficaz con las normas regulares.” Ídem; cursiva de los citados autores. Por tanto: “La norma especial, como hemos dicho, implica una mera adaptación del principio de las normas regulares o generales; en cambio, las normas excepcionales se desvían abiertamente de ese principio y siguen otro, sea para proteger a una de las partes, a los terceros o para que, dadas las circunstancias, pueda constituirse una relación jurídica o ejercitarse un derecho que, ajustándose a las normas generales o regulares, sería imposible o muy difícil.” Ídem, pág. 53.

⁷³⁵ De esta norma ya hemos visto que trató PRIETO CASTRO, cuando sostuvo que: “No existe en la ley de Enjuiciamiento civil ningún precepto semejante al del párr. 256 de la O.P. alemana, ni siquiera al del art. 36 del Codice italiano. Sí, en cambio, tenemos el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que parece expresar una oposición absoluta al pensamiento de la declaración del derecho [...] Y para la misma conclusión ayudaría el 524: en la demanda <<se fijará con claridad y precisión lo que se *pida*...>>.” *La acción declarativa...*, opus cit., págs. 119 y 120. Y también ya he reseñado su recepción por CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., al defender ésta autora que existía (“según la doctrina y jurisprudencia patria”) una norma general que: “No estaba escrita, es verdad, pero se deducía del conjunto del ordenamiento jurídico: era la actividad jurisdiccional de condena, única modalidad que se ajustaba al esquema conceptual y también legal que se pensaba establecido.” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 70. Ahora bien, a finales de la pasada centuria ese carácter “indubitado” de la tutela de mera-declaración en el ámbito de lo pecuniario ya no era tal. Así lo reflejan las siguientes palabras de ARIAS LOZANO, D.: “[el caso en que “el actor que pueda acreditar la cantidad concreta no lo haga por razones estratégicas”] Es un caso asimilable al que por propia voluntad ejercita una acción mero-declarativa pura y simple (que por otro lado es lo que, prescindiendo del uso fraudulento del 360 Ley de Enjuiciamiento Civil, se debería hacer): imagínese que el actor no está seguro de si efectivamente los daños son o no imputables al emandado. [...] Este sí es un proceder lícito, y no el uso inebido de la condena con reserva.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11167. En mi opinión, esta ampliación progresiva del campo de acción de la tutela de mera-declaración, principalmente a través de su reconocimiento explícito y legal en el art. 5 LEC del 2000, ha sido el motivo por el cual el actual art. 219.1 LEC ha proscrito expresamente este tipo de tutela en el ámbito de lo dinerario. Contraponiendo esta opinión con las anteriores palabras de ARIAS LOZANO, se verá lo absurdo de la presente regulación y la clara hipertrofia que ha supuesto en el ámbito de la tutela de condena.

la pretensión ejercitada⁷³⁶. De estos artículos se deducía una **segunda norma regular y común**, que hoy llamaríamos **exhaustividad de las sentencias**, que en nuestro ámbito incluía su liquidez. Es decir, la falta de liquidación, de fijación del *quantum* de lo debido, se entendía (en principio) como un tipo de incongruencia omisiva, causada por el aplazamiento de la decisión sobre uno de los puntos del debate procesal. Partiendo de las anteriores consideraciones, cabe deducir que el artículo 360 ALEC, y antes de éste su predecesor art. 63 LEC 1855, contenían al mismo tiempo reglas de carácter común (y regular), especial (y regular) y excepcional, al configurarse como **normas de cierre del sistema**; de un sistema que se perpetuó en ambas normativas. Por ello resulta sencillo conjugar ambos preceptos⁷³⁷. Como muchos autores comentaron⁷³⁸ resultan de estos preceptos **tres reglas** ordenadas de forma subsidiaria:

1.- La primera de ellas se limitaba a reproducir las dos normas comunes y generales que antes he señalado pues, al establecer que *se fijará su importe en cantidad líquida*, se respetaban escrupulosamente tanto la naturaleza de condena de la sentencia como la exhaustividad de la misma.

2.- La segunda de ellas, consistente en que *se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación*, respetaría igualmente ambas normas regulares y generales (aunque una interpretación demasiado laxa del concepto “bases” podría poner seriamente en duda la anterior aseveración), estableciendo tan sólo un

⁷³⁶ Concretamente prescribían que: *Las sentencias deben ser claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo de la demanda.*

No podrán bajo ningún pretexto los Jueces ni los Tribunales aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito, (art. 61 LEC 1855) y *Cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos,* (art. 62 LEC 1855); preceptos que, en lo sustancial y en lo que ahora interesa, equivalen a los arts. 359 y 361 ALEC.

⁷³⁷ Resultando el siguiente redactado común:

Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hará la condena, reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia [a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia, en la ALEC].

⁷³⁸ Me remito en este punto a lo analizado en el apartado referente a la evolución histórica de la sentencia con reserva.

matiz en la aplicación de las mismas, por lo que sería una norma de carácter meramente especial⁷³⁹.

3.- La tercera de ellas, la que habilitaba la existencia de la sentencia propiamente con reserva, y que se enunciaba diciendo *reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importancia [a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia, en la ALEC]*, se articulaba como una norma excepcional con respecto a las dos anteriores. Excepcional frente al principio de exhaustividad al permitir un aplazamiento sobre parte de la decisión (la cuantificación de lo debido)⁷⁴⁰. Y excepcional también frente a la prohibición de la tutela de mera declaración al permitir la funcionalmente en estos casos.

Esta excepcionalidad no se originó a partir de la arbitrariedad o la indolencia, sino justamente en base a uno de los motivos prototípicos en que se suele fundamentar la existencia de este tipo de normas. Pues, si se conviene con ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC que: “El Derecho excepcional o singular encuentra su explicación o razón de ser en la necesidad de proteger los intereses de ciertos individuos o relaciones determinadas que no podrían obtener una tutela eficaz con las normas regulares”⁷⁴¹, se puede claramente identificar ese interés con la finalidad de la sentencia con reserva que, como ya se ha comprobado, buscaba principalmente el no aplicar las

⁷³⁹ Casando perfectamente con la ya referida definición que sobre este tipo de normas propugnan ALESSANDRI R., A.; SOMARRIVA U., M. y VODANOVIC H., A., pues “sólo representan una adecuada aplicación de los mismos principios del derecho común, adaptado éste a las particulares características de ciertas hipótesis o casos”. *Tratado de Derecho Civil...*, opus cit., pág. 52.

⁷⁴⁰ En este sentido, han sido varios los autores que han destacado esta excepcionalidad. Destacaré seguidamente algunos de ellos, empezando por ARIAS LOZANO, D., quien aseveró que: “En definitiva, del examen sistemático del artículo 360 [ALEC] se deduce que en él se contempla una excepción al 359 y al 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11145; añadiendo poco después que: “Este carácter excepcional ha sido destacado por nuestro Tribunal Supremo: <<...no pueden entenderse infringidos ni el art. 359 LEC ni el 360, ya que este último, *por excepción a lo prevenido en el anterior*, autoriza a los Jueces y Tribunales para remitir al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los intereses y demás conceptos ilíquidos...>> (STS de 19 de mayo de 1958; RAJ 1.746).” Ídem, pág. 11146 *ab initio*; se ha respetado la cursiva del original consultado. Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., también destaca el carácter excepcional de las sentencias con reserva, al afirmar que: “Este tipo de condenas son, por tanto, excepción a la regla general que impone, en el propio art. 360 LEC de 1881, el deber de señalar la cantidad líquida reclamada” y al sostener que: “Pese al carácter excepcional que le otorga el enunciado legal, su uso se ha generalizado por razones diversas, pero todas ellas contrarias al espíritu y a la letra de la Ley.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77. Y también parecería significarse en esta dirección FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., cuando, en relación con la sentencia con reserva, afirma que: “Como toda previsión excepcional, su aplicación práctica está sometida a determinadas condiciones que han de presentarse de forma acumulada”. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 23 *in fine* y 24 *ab initio*.

⁷⁴¹ *Tratado de Derecho Civil...*, opus cit., pág. 52.

consecuencias previstas en las normas regulares, que comportarían la absolución del demandado ante la falta de acreditación de la cuantía de lo debido, al considerarse en estos casos desproporcionados sus efectos.⁷⁴²

Sentado lo anterior hay que señalar que, paulatinamente, el reconocimiento de la tutela de mera declaración fue ganando fuerza, aceptando (como ya se ha visto) su ejercicio la jurisprudencia, y siendo finalmente recogida de forma expresa en la legislación a través del actual **artículo 5 de la LEC del 2000**. Es obvio que este reconocimiento comporta una derogación de la primera de las normas regulares antes enunciadas, la de la prohibición general de la tutela de mera declaración, mientras que la segunda, la necesidad de exhaustividad de las sentencias, se reitera y consagra en el actual **art. 218 LEC**⁷⁴³. Llegados a este punto, ya se puede analizar esta cuestión en relación con lo prescrito en el vigente artículo 219 LEC. De esta forma, y en primer lugar, si comparamos este artículo con sus dos antecesores observamos que, tanto el artículo 63 LEC 1855 como el 360 ALEC, se limitaban a normar la sentencia con reserva. En cambio, el actual **artículo 219 LEC**, aún intitulándose como *sentencias con reserva de liquidación*, va más allá que sus predecesores, explicitando en su primer apartado, en relación con la demanda, la prohibición de la tutela de mera declaración en el supuesto de hecho que regula⁷⁴⁴. Por otro lado, en sus apartados segundo y tercero, se sigue la misma dinámica interna que albergaban sus predecesores decimonónicos, volviendo a normar la sentencia con reserva con las tres reglas subsidiarias que ya se

⁷⁴² Excepcionalidad que, si cabe, resalta aún más si se complementa la lectura del texto de la ley con el retrato de la práctica forense del momento, en la que la interdicción de la tutela de mera-declaración fue (hasta los años cuarenta) casi absoluta, llevando a exclamar a PRIETO CASTRO que: “¡Hace falta que los Tribunales, cuando se les presente un caso de demanda declarativa –general, en el sentido del párrafo 256 de la O.P. o del derecho inglés-, no digan más que no están ahí para hacer *declaraciones platónicas de derechos!*”. *La acción declarativa...*, opus cit., pág. 125.

⁷⁴³ Que justamente se intitula de la: *Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación*, en cuyo apartado 1º párrafo 1º prescribe que: *Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.*

⁷⁴⁴ Sobre ello se ahondará en el siguiente punto de esta obra. Recordemos ahora que dicho precepto en su primer apartado afirma que:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

instauraron desde la LEM de 1830⁷⁴⁵. Ahora bien, la aparentemente extraña configuración del precepto, que establece límites al ejercicio de pretensiones en sede de regulación de sentencia, no debe sorprendernos. Pues, si ahora el artículo 5 de la LEC es la norma común y regular, reconociéndose de forma plena la tutela de mera declaración, habrá que establecer de forma expresa otra norma excepcional para poderla limitar en el ámbito de lo dinerario. Y que mejor lugar para ello (pudo pensar el Legislador del 2000) que en sede de sentencia con reserva, en donde en realidad, como ya se ha visto, siempre se habían fraguado los límites de este tipo de tutela. Es decir, se explicita en el actual art. 219.1 LEC aquella antiquísima norma tácita que prohibía la tutela de mera declaración, si bien ahora circunscribiendo dicha limitación a lo dinerario, frente a la que únicamente se oponía funcionalmente en parte la sentencia con reserva. Pero ahora, y aquí está la diferencia, el artículo 219.3 LEC se articula a modo de excepción de la excepción⁷⁴⁶, reconectando con la permisón de esta tutela de mera declaración en los casos que regula⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Rememoremos que en estos apartados se establece que:

2. *En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.*

3. **Fuera de los casos anteriores**, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, **se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.**

⁷⁴⁶ Que la sentencia con reserva es una norma excepcional frente a lo dispuesto en el citado art. 219.1 LEC lo expresa claramente DE LA OLIVA, A., cuando relaciona precisamente cuál es “la excepción a la regla del punto primero: está permitido, excepcionalmente, pretender sentencias de condena al pago de dinero, frutos, rentas, utilidades y productos, siempre que el actor se comprometa a tratar en un <<pleito posterior>>, es decir, en un genuino proceso declarativo posterior, lo relativo a la <<liquidación>> o cuantificación concreta.” En la obra conjunta con DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS, J., y BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 389.

⁷⁴⁷ Sobre esta cuestión también se ha pronunciado CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 395 a 408. Esta autora, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, concluye que el Alto Tribunal había afirmado la limitación de la tutela de mera declaración por la de condena cuando el proceso versaba sobre deudas pecuniarias, limitación que entiende no se puede seguir postulando con la actual LEC. Recoge dicha autora la idea de que en el artículo 219 se establecen **dos reglas**, las cuales se refieren tanto al demandante como al tribunal:

Una general: consistente en que el actor no puede ejercitar acciones meramente declarativas ni condenatorias con reserva de liquidación en la ejecución, debiendo el mismo “solicitar una condena concreta bien cuantificando de manera exacta su importe, bien fijando claramente las bases con arreglo a las cuales debe efectuar la liquidación”. Ídem, pág. 402. Extracta a continuación (ídem, pág. 403) la SAP de Alicante 319/2005, de 19 de julio (BD, marginal AC 2005/1468). De forma especular, el tribunal no puede dictar “sentencias de condena genérica donde la fijación del *quantum* se posponga para el proceso de ejecución (art.219.3)” estando obligado el mismo a emitir “fallos condenatorios líquidos o fácilmente liquidables (art. 219.2).” Ídem. Extracta a continuación la SAP de Burgos de 16 de abril de 2003 (BD, marginal 2003/150759), añadiendo a pie de las páginas 404 y 405 extracto de la SAP de Madrid 99/2005, de 25 de febrero (BD, marginal JUR 2005/109067). Como ejemplos de resoluciones que remiten a la ejecución la cuantificación de las correspondientes cantidades relaciona las SSAP de Murcia núm. 172/2006, de 6 de julio, y de Pontevedra núm. 59/2007, de 7 de febrero, al entenderse en ambas que el

A mi entender, lo anterior demuestra que el artículo 219 LEC no es un mero sucesor de sus dos predecesores, a los cuales solo sigue en sus apartados segundo y tercero. Su primer apartado era innecesario bajo las anteriores legislaciones pues la norma común y regular era precisamente la no permisión de la tutela de mera declaración (obsérvese que en las anteriores leyes de enjuiciamiento se partía siempre del *Cuando hubiere condena...*). Pero, con la irrupción del actual artículo 5 LEC, al permitirse la tutela de mera-declaración con carácter general, se ha tenido que prohibir expresamente su ejercicio en el ámbito de las deudas dinerarias; por ello se ha creado, *ex novo*, el primer apartado del 219 LEC. En la evolución que se está produciendo en pos del reconocimiento de la tutela de mera declaración el camino aún no está concluso (como parece defender, CALDERÓN CUADRADO). En el ámbito de lo pecuniario la tutela de mero-declaración permanece, en mi opinión, en idéntico lugar que en los albores de nuestro derecho procesal codificado; siendo ésta la causa principal por la que sigue existiendo la sentencia de “condena” con reserva que, además de pervivir dentro del

quantum “era determinable mediante una simple operación aritmética” (BD, marginales JUR 2006/25897 y 2007/88336).

Otra especial o excepcional: establecida en el artículo 219.3 LEC, según la cual el actor podrá reclamar la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos dejando para un pleito posterior las cuestiones liquidatorias concretas. El tribunal deberá sentenciar en congruencia con lo anterior.

Según esta autora, la anterior disposición “causa sorpresa”. Ídem, pág. 405; a pie de la antedicha página cita en este momento a Satta, S., *Condanna*, en <<Enciclopedia del Diritto>>, VIII, Varesse, 1961. Independientemente de la justificación de la norma (que se analiza en el correspondiente punto de este trabajo) cabe recordar brevemente el planteamiento que CALDERÓN CUADRADO, M^a. P. (ídem, págs. 410 a 412) realiza sobre el hipotético “carácter especial o excepcional de la disposición del artículo 219.3 *in fine*”, y recordar que, para esta autora, **no hay excepcionalidad** en la mencionada disposición, pues no se limitan los derechos del demandado y al mismo tiempo “la facultad de elección del demandante no genera por sí misma quebrantamiento del principio de igualdad”. Recordemos que sostiene que no se infringiría tampoco el artículo 24.2 CE al remitir el actual artículo 219.3 LEC al correspondiente proceso ordinario de declaración. Sería “la verificación judicial de la presencia del interés presupuesto exigido” para la modalidad de tutela de mera declaración la que detectaría la posible existencia de un fraude procesal (Cita la STS, Sala primera, de 9 de julio de 1990 (BD, marginal RJ 1990/5789), que determinó cuándo existía ese fraude procesal). Partiendo del anterior análisis, sostiene que (ídem, págs. 419 y 420) existe la posibilidad “especial pero no excepcional, de demandar <<la condena>> -mejor, el reconocimiento del derecho- a percibir una <<cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos>>, dejando para un proceso declarativo posterior los problemas de liquidación”, afirmando que el artículo 219 LEC “serviría, *lege data*, de argumento en contra de cualquier planteamiento limitativo: en cuanto ejemplo de que puede ser bueno y útil la declaración primero y la condena después, se trataría no de una excepción –y su finalidad, impedir liquidaciones en fase de ejecución, contribuiría a tal entendimiento-, sino de una confirmación de la regla tradicional que sujeta la actividad jurisdiccional mero declarativa tan sólo al requisito del interés.” Concluyendo finalmente que ésta ha sido “la opción del legislador en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, sosteniendo en relación con el **artículo 221.2^a LEC** que el actor “puede optar sin condicionamiento alguno entre el ejercicio de una acción declarativa y otra de condena y asimismo puede acumular ambas en la misma demanda. En el primer caso y si sólo se pidió la declaración, el juez se verá obligado a pronunciarse sobre ella aunque fuera posible, por la concurrencia (alegados o no) de todos sus presupuestos, una sentencia condenatoria.”

nuevo sistema, lo hace quedando prácticamente inalterada (como es de ver en los apartados segundo y tercero del mencionado precepto).

Ahora bien, la caótica redacción del art. 219 LEC parece indicar que el Legislador del 2000 no tuvo una visión profunda y estructurada del impacto que, sobre esta materia, ha ocasionado la evolución de la tutela de mera declaración, de la que la sentencia con reserva siempre había sido, en cierta manera, una adelantada⁷⁴⁸. De hecho, el precitado artículo ha pasado de regular un instrumento habilitador de esa tutela de mera-declaración, a ser un claro limitador de la misma. Por ello aunque su relación de excepcionalidad se ha mantenido idéntica con respecto al artículo 218 LEC, permitiendo en el caso de la reserva un verdadero aplazamiento de parte de la decisión, ha cambiado sustancialmente su relación con respecto a la cuestión de la tutela de simple declaración. De esta forma, se ha pasado de configurarse como un precepto que representaba una excepción a la norma regular que prohibía dicha tutela, a ser el principal límite de la misma (artículo 219.1 LEC, ahora verdadera norma excepcional). Con lo cual, la excepción a la excepción que recoge el artículo 219.3 LEC se acaba configurando como un reenganche con la norma regular (art. 5 LEC), predicándose ahora su excepcionalidad únicamente respecto al apartado primero del mismo precepto, pero coincidiendo, al menos en parte, con la antedicha norma regular.

⁷⁴⁸ La conexión entre los apartados primero y tercero del art. 219 LEC es tan evidente, como su falta de claridad. Ello ha llevado a algunos autores a considerar que todo sigue igual que bajo la vigencia del ALEC. Así, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., afirma que es incongruente el artículo 219 LEC en el sentido de que: “Mientras que en su párrafo primero está anatemizando la disociación entre la acción declarativa –el derecho a percibirlos- de la acción de condena –al pago de su importe-, en el párrafo tercero da marcha atrás y permite el ejercicio separado de ambas acciones, cuando la pretensión declarativa sea la exclusivamente planteada y se deje para un pleito posterior la liquidación concreta de cantidades. En fin, un camino de ida y vuelta que acaba en un laberinto.” En relación con lo anterior sigue manifestando que: “Menos mal que la cordura parece recobrase en el momento de la ejecución, al regular la ley el mecanismo de liquidación tradicional para estos casos (712 y ss.). Sólo resta que no se produzca una interpretación restrictiva en cuanto a su uso. De lo contrario, ¿para qué se pretende que sirva?”. Y congruentemente con los anteriores razonamientos, argumenta posteriormente que: “En el fondo no ha cambiado nada. Existe un toque de atención para que todo el mundo cumpla los deberes y evite postergar trabajos para el mañana. Cuando el tipo de tutela pretendido no permita la concreción cuantitativa inicial de una condena, porque depende de otros factores a investigar o descubrir a lo largo del juicio, éste ofrece suficientes oportunidades para ir precisando el *quantum*. Tanto a los litigantes como al propio tribunal interesa que esa concreción se produzca cuanto antes y, a ser posible, en la sentencia. Cuando no hay más remedio o mejor ocasión, el mecanismo de liquidación de condenas ilíquidas ofrece el broche de cierre para los rezagados.” *Enjuiciamiento civil...*, opus cit., págs. 1361 y 1362. En mi opinión las anteriores afirmaciones son erróneas, y no solamente en cuanto a la cuestión de esa aparente contradicción entre ambos apartados del precepto, sino muy significativamente en la remisión que refiere a los arts. 712 y ss. que, como se verá, no tienen la finalidad que les atribuye este autor, pero aún así defendibles, lo que demuestra una vez más esa manifiesta falta de técnica de que adolece este art. 219 LEC.

4.4.4. El artículo 219 LEC como límite al ejercicio de las acciones meramente declarativas.

En los apartados anteriores he efectuado dos afirmaciones principales: por un lado que las sentencias con reserva de liquidación son, desde una perspectiva funcional, sentencias meramente declarativas; de otro, que el artículo 219 LEC se ha acabado configurando como un precepto delimitador de la tutela de mera declaración. Esta segunda aseveración es la que intentaré demostrar en este momento. Como en los puntos anteriores ya expuse brevemente el protagonismo que ha ido ganando (mercidamente) la tutela de mera declaración, ahora me ceñiré a las **limitaciones** que históricamente se han sostenido en relación al ejercicio de la misma.

En un principio, por desdeñada, esa limitación era casi absoluta. Es en este sentido en el que GUASP y ARAGONESES⁷⁴⁹ afirmaban que las pretensiones de declaración (positivas o negativas) no aparecían expresamente reconocidas en el derecho español. Recordemos brevemente cómo el Tribunal Supremo resolvió, en un principio, no constituir el tipo general de la acción declarativa sino: “resucitar las antiguas acciones de jactancia⁷⁵⁰, rudimentario precedente de aquéllas, y de vigencia legal muy discutible, además, dado el silencio que sobre tales acciones guardaban el CC y la LEC de 1881, y las disposiciones finales derogatorias de ambos cuerpos legales.” Enfoque que (como hemos visto) fue posteriormente superado por el propio Tribunal Supremo, aceptándose la inclusión de la pretensión de pura declaración.

Cabe recordar también que la **jurisprudencia** de finales del siglo pasado se caracterizó por una interpretación estricta, que únicamente reconocía la legitimidad de

⁷⁴⁹ *Derecho Procesal Civil*, opus cit., pág. 245.

⁷⁵⁰ Varios han sido los autores que han tratado este tipo de acciones. Por todos ellos recogeré el comentario de RIFÁ SOLER, J. M^a, RICHARD GONZÁLEZ, M., e RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal civil*, vol. II, opus cit., pág. 44. En él afirman que la acción de jactancia no es una acción declarativa, sino una “reliquia histórica directamente derivada de los medievales juicios provocatorios”, que habría sido admitida por nuestro Tribunal Supremo “junto a” las acciones meramente declarativas. Según los anteriores autores se trata de una acción de condena en la que, si el demandado (en el plazo concedido) no ejercita la acción que dice poseer frente al actor, la sentencia resulta de condena a no hacer (debe guardar “perpetuo silencio”); pudiendo dar lugar su incumplimiento, conforme al artículo 706 LEC, a una indemnización de daños y perjuicios que sería directamente exigible por la vía de apremio.

las acciones meramente declarativas cuando se referían a **derechos reales**⁷⁵¹, negándose en cambio esta posibilidad para los derechos de crédito, por entenderse que el principio de economía procesal era incompatible con el ejercicio de estas últimas acciones, al no advertirse interés legítimo en su ejercicio. Sin perjuicio de ello, este sistema presentaba algunas fisuras, como el repetido caso de la acción de jactancia en la que (como causa legitimadora) se argumentaba que no tan sólo se buscaba esta tutela declarativa sino también la condena del demandado a no actuar en contra o negar la deuda declarada.

Ahora bien recuérdese que, con la última LEC, el estado de esta materia ha variado, jugando el artículo 219 LEC un papel relevante en relación a los límites del ejercicio de acciones de mera declaración. Rememoremos que la LEC del 2000 innova la situación anterior con el reconocimiento expreso en su **artículo 5.1** de la tutela jurisdiccional meramente declarativa⁷⁵², acción que se ha de entender engloba la posibilidad de peticiones declarativas negativas⁷⁵³, prescribiendo concretamente este precepto que *se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por ley.*

Por tanto, desde este momento, la tutela meramente declarativa es una más de las tutelas jurisdiccionales. En relación con ello, CALDERÓN CUADRADO⁷⁵⁴ afirma que: “resulta evidente que, al menos en relación con la tutela meramente declarativa, la previsión legal que se comenta ha hecho desaparecer cualquier interrogante sobre su

⁷⁵¹ En esta dirección se pronuncia BANACLOCHE PALAO, J., *Consulta 5 (Acción meramente declarativa)*, opus cit., el cual aporta jurisprudencia en tal sentido: STS 18 de octubre de 1999 y anteriores de 8 de noviembre 1994 y 18 julio 1997. Esta **sentencia de 18 de octubre** que menciona dicho autor, es la sentencia **843/1999**, recurso de casación número 437-1995, de la que fue ponente Corbal Fernández; en su fundamento de derecho tercero, párrafo tercero, se afirmaba expresamente que: *La posibilidad de las acciones meramente declarativas, aunque no esté expresamente reconocida en la Ley Procesal, es una realidad reconocida ampliamente en la jurisprudencia, especialmente en el campo de los derechos reales (SS 8 de Nov. 1994 y 18 Jul. 1997), pero no es advertible, singularmente en el terreno de los principios, la operatividad en el ámbito de las deudas pecuniarias, toda vez que, salvo algún condicionante específico (que aquí no consta), no se entiende un interés jurídico en la declaración de existencia de la deuda que no pueda ser seguida de su efectividad.*

⁷⁵² Que, como afirma CALDERÓN CUADRADO, M^a P., (cfr. *Deudas pecuniarias...*, opus cit.), ya fue objeto de regulación en este sentido por el precepto 256 de la ZPO alemana (cuyo contenido ha sido transcrito anteriormente).

⁷⁵³ En este sentido CALDERÓN CUADRADO, M^a P., argumenta que ello se deriva necesariamente de la necesidad de proteger ciertos derechos e intereses legítimos, pudiendo aplicarse para tal interpretación el criterio de “el contexto” (artículo 3.1CC).

⁷⁵⁴ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 153.

admisibilidad como forma atípica y autónoma de protección jurisdiccional. En este sentido, el artículo 5.1 de la LEC ha supuesto la definitiva confirmación de aquellas conclusiones –controvertidas que fueron en los momentos iniciales- de los órganos jurisdiccionales ordinarios sobre el reconocimiento de la pura declaración en el ordenamiento español”. Ahora bien, el hecho que se reconozca con carácter general la tutela de mera declaración, no significa que, en ciertos supuestos, el ejercicio de la misma no pueda estar limitado legalmente. En este sentido es interesante citar nuevamente a la anterior autora, quien considera que “la Constitución tan sólo reconoce como derecho fundamental la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos”; de esta forma “los diferentes cuerpos legales [...] podrán establecer la admisibilidad en estos casos de una única modalidad de tutela, la más incisiva obviamente, la de condena.”⁷⁵⁵ Partiendo de lo anterior plantea la siguiente hipótesis: “Y esto precisamente pudiera ser lo que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. De forma indirecta en una ocasión, cuando –como consecuencia quizá de ese principio de economía procesal- fija, y con carácter general además, la preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos; de manera directa en otra al excluir, ya en particular, la posibilidad de tutela mero declarativa en la regulación de las que denomina <<sentencias de condena con reserva de liquidación>>.” Esta manera de enfocar el tema me parece muy interesante, por lo que estructuraré el presente apartado partiendo de ella, lo cual no quiere decir (y de hecho la autora la intenta rebatir) que la anterior hipótesis sea correcta.

Consecuentemente con lo anterior, la tutela meramente declarativa se podría ver limitada en la LEC, **en el supuesto de que se pudiera utilizar una acción de condena**, en base a dos preceptos:

- De forma indirecta y con carácter general por el artículo 400 LEC.

⁷⁵⁵ Ídem, pág. 382. Esta autora realiza un interesantísimo estudio de esta materia bajo el rótulo: “La posibilidad de ejercitar una acción de condena como límite de la mera declaración” (ídem, págs. 331 a 420) en la que, tras exponer diversas posturas doctrinales y cierta jurisprudencia sobre dicha cuestión, realiza su propia crítica, concluyendo con un detallado análisis de cuál ha sido la opción elegida por el Legislador del 2000.

- De forma directa y con carácter particular por el artículo 219 LEC, afirmando CALDERÓN CUADRADO que lo prescrito en el apartado primero de este precepto: “es norma singular de imposible generalización.”⁷⁵⁶

Con respecto al **artículo 400 LEC**, la mencionada autora⁷⁵⁷ concluye que, del mismo, no es admisible deducir “el establecimiento de carga procesal alguna para el actor respecto al planteamiento de todos los *petita* posibles”⁷⁵⁸ afirmando a continuación que: “no siendo tampoco aceptable concluir sobre la operatividad de la regla de preclusión con relación al objeto inmediato de la petición únicamente, problemático, cuando no imposible, resulta fundamentar en la ley y con carácter general el presupuesto que se está comentando.”⁷⁵⁹ Ahora bien, este punto de vista no es compartido (en relación al

⁷⁵⁶ Ídem, pág. 384.

⁷⁵⁷ En cuanto a la visión de CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *vid. ídem*, págs. 384 a 394. Recogeré a continuación únicamente los elementos que considero son esenciales para completar esta cita. Atendiendo a lo anterior hay que decir que el mecanismo que articula el **artículo 400 LEC** lo que buscaría es evitar que constantemente se fueran ejerciendo pretensiones, dañando de esta forma tanto a la administración de justicia como a los propios litigantes. La mentada autora plantea aquí **dos opciones**: la primera consistiría “en negar la posibilidad de un ulterior proceso de petición condenatoria cuando en el anterior, como es lógico entre las mismas partes, la pretensión ejercitada se limitó a suplicar la mera declaración sobre existencia del derecho y ello a pesar de concurrir entonces –alegándose o no- los presupuestos materiales de la condena.” Ídem, págs. 385 y 386. Ahora bien, la configuración concreta de este artículo 400 LEC la lleva a afirmar que: “el artículo 400 de la LEC no establecería carga alguna para el actor –principal o reconvenional- de acumular pretensiones, ni para el demandado de hacer lo mismo con las excepciones.” Ídem, pág. 386. Y sigue afirmando que: “difícilmente de dicha regulación hubiera podido llegar a desprenderse la inadmisibilidad legal de la acción mero declarativa siendo viable la de condena. La interposición de una pretensión de tal naturaleza resulta amparada por el ordenamiento jurídico”. Ídem, págs. 390 *in fine* y 391. La segunda posibilidad planteada sería “que la identidad del *petitum* exigida lo es no con relación a sus dos componentes –objeto inmediato y mediato-, sino tan sólo respecto a uno de ellos: el concreto bien jurídico sobre el que se pide tutela.” Ídem, pág. 391. También concluye con que la misma no es de recibo, ya que la preclusión sólo podría operar cuando existiera una norma que así lo estableciera inequívocamente. Al no existir esta norma, el actor no tendría la doble carga de solicitar todas las causas de pedir que fueran posibles. Relaciona finalmente el susodicho precepto con el artículo 222 LEC de cuyo contenido extrae que el mismo requeriría identidad en el objeto para que operase la cosa juzgada, objeto del proceso “que sigue identificándose por las variadas solicitudes de tutela que en cada caso se formulan a jueces y magistrados”. Ídem, pág. 394.

⁷⁵⁸ Ídem, pág. 394. Aquí se podrían rememorar las ya referidas reflexiones de WACH, A., sobre el no reconocimiento en el ordenamiento alemán de su época de una hipotética *exceptio litis dividuae* (*vid.* pág. 120 *ab initio* opus cit.).

⁷⁵⁹ Desde un punto de vista jurisprudencial, se ha destacado en este tema por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1^a, la **sentencia de 14/07/2010**, cuando expuso que: *El art. 400 LEC, titulado "Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos", impone a la parte actora, en su apdo. 1, la carga de aducir en la demanda, cuando lo que se pida pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, "cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior", todo ello sin perjuicio "de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación". Y como consecuencia de esa imposición el apdo. 2 del mismo artículo establece que "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". Por su parte la Exposición de Motivos de la propia LEC de 2000, al ocuparse del objeto del proceso civil, declara que la materia se regula siguiendo el*

ámbito de lo dinerario) por otros juristas, para quienes el art. 400 LEC sí sería un límite al ejercicio de la tutela de mera-declaración cuando se pudiera ejercitar la de condena⁷⁶⁰.

criterio de la seguridad jurídica y el de "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". Por eso, añade la Exposición de Motivos, se establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y, en la misma línea, se evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos por vía de excepción y por vía de acción.

»Por su parte la jurisprudencia de esta Sala, como señala la sentencia de 3 de mayo de 2007 (rec. 2496/00 con cita de otras muchas), ya declaraba bajo la vigencia de la LEC de 1881 el efecto preclusivo de la litispendencia en cuanto destinada a evitar que sobre una misma controversia, ya sometida a enjuiciamiento, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de resoluciones judiciales contradictorias. Pues bien, a la vista de la referida regulación de la litispendencia no cabe reprochar al tribunal sentenciador las infracciones procesales que se denuncian en el motivo. FDº 3º, RCEIP 1610/2006, ponente Marín Castán, Francisco. Doctrina jurisprudencial..., opus cit., apartado 3.- Litispendencia: preclusión respecto de hechos y fundamentos que pudieron incluirse en la demanda de un litigio anterior.

⁷⁶⁰ Así se observa, por ejemplo, en las opiniones vertidas por GIL NOGUERAS, LUIS, quien expresamente relacionó los arts. 219 y 400 LEC. Diferencia este autor entre el caso en que **se pudiera determinar** el *quantum*, en donde "a los efectos de cosa juzgada y litispendencia se entenderán unos mismos hechos los debidos y podidos alegar en el proceso inicial y los aducidos en el pleito posterior (párrafo 3º del art. 400)", del que en ello **no fuera posible**, en cuyo "caso entiendo que el demandante podría dejar para el segundo juicio esta determinación." Ahora bien, advierte este autor que "como he expuesto este segundo proceso no serviría para subsanar las omisiones del primero, de tal modo que si al tiempo de llevar a cabo la pretensión en el proceso inicial se conocía el alcance del perjuicio sufrido y no se alegó, su alegación en el proceso posterior quedaría vedada por la previsión del art. 400,3", añadiendo que: "En consonancia con todo ello, ese desglose que se articula podría ser susceptible de control por el segundo de los Tribunales sobre el conocimiento que de los hechos alegados en el segundo de los juicios, se acredite que tuviera la parte demandante al tiempo de entablar el primero, los cuales en su momento omitió." AAVV, *Responsabilidad civil...*, opus cit. Respondiendo a la misma pregunta y, en idéntico lugar que el anterior, PÉREZ UREÑA, ALBERTO, considera que el actual art. 400.2 LEC recoge "lo que la doctrina ha denominado "cosa juzgada virtual", precepto que estaría "basado en la necesidad de seguridad jurídica y evitar la proliferación de procesos entre las mismas partes y sobre los mismos hechos, pero que aunque novedoso (legalmente), no puede olvidarse la consolidada doctrina legal (SSTS de 20 mayo 2003 -EDJ 2003/17238- y de 10 octubre 2006) que, fundada en principios de rango constitucional (seguridad jurídica) y en la escasa justificación de someter a los justiciables a diferentes procesos cuando la cuestión controvertida razonablemente puede zanjarse en uno solo (la reciente STC nº 5/2009 -EDJ 2009/8808- proclama la estrecha conexión existente entre la cosa juzgada y el derecho de acceso a la jurisdicción, correlato del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), postulaba una interpretación extensiva del ámbito de la cosa juzgada sancionado por el art. 1252 CC -EDL 1889/1-, en términos muy parecidos a los que ha venido a recoger el vigente art. 400,2 LEC. De hecho, la Exposición de motivos de esta última subraya que la regla de su art. 400,2 parte de "una sólida jurisprudencia y doctrina", y alude al precedente normativo que significaba el art. 1538 LEC de 1881 -EDL 1881/1-, que prohibía segundas y ulteriores tercerías, tal como hace el vigente art. 597 LEC." En los párrafos siguientes extracta parte del AAP Barcelona, sec. 16ª, nº 102/2009, de 22/05, (EDJ 2009/201678), y de la SAP Valencia, sec. 11ª, nº 251/2009, de 7/05 (EDJ 2009/155878). Para pasar a continuación a decir que: "En definitiva, como recuerda la STS de 6 mayo 2008 -EDJ 2008/128038-, la identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi (causa de pedir), es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 noviembre 2007, rec. 5781/2000 -EDJ 2007/206025-). La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (v. gr., SSTS de 27 octubre 2000 -EDJ 2000/35384- y de 15 noviembre 2001 -EDJ 2001/40417-). En el presente caso la identidad de la acción es evidente, pues en ambos procesos se ejercita una acción de reclamación

Sin querer adentrarme más de lo debido para los fines de este trabajo en esta cuestión, si voy a opinar que el problema del anterior enfoque radica en que muy difícilmente se puede acometer dicha cuestión sin aunar, en un único análisis, ambos preceptos (219 y 400 LEC). Es decir, que la respuesta que se dé, dependerá de la visión que se tenga del art. 219.1 LEC, en relación con el resto del sistema. Pues, si en lugar de seguir la perspectiva de CALDERÓN CUADRADO (que seguidamente se expondrá), se sostiene la hipótesis de que existe una terminante prohibición de la tutela mero-declarativa, debiéndose optar en lo dinerario siempre por la tutela de condena; y si únicamente se tolera aquélla, de forma confusamente velada, en los supuestos en que resulte imposible fijar la cuantía de lo debido (219.3 LEC), resulta obvio que el papel jugado por la institución de la preclusión (400 LEC) varía enormemente. Esa alteración se basaría en que faltaría acción en el supuesto que se pidiese una tutela mero-declarativa mientras que, si se solicitase la condena genérica, se debería valorar si existe esa imposibilidad probatoria. En el caso que así fuere, se dictaría la sentencia con reserva y se podría interponer nueva demanda para fijar aquélla. En otro caso, se debería absolver en el fondo. Y siendo las anteriores todas las opciones legalmente factibles ¿no serían otras las instituciones (prejudicialidad y cosa juzgada) las llamadas a resolver las cuestiones

de cantidad por responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de circulación. El hecho de que los conceptos que se reclamen en uno y otro proceso (gastos de grúa y lucro cesante respectivamente) sean diferentes no significa en modo alguno que estemos ante acciones diferentes, sino que al contrario refuerza la propia identidad de la acción pues se trata de daños derivados de un mismo hecho, esto es el accidente de circulación de fecha 15 de enero de 2007. El hecho de no haber ejercitado anteriormente la reclamación por lucro cesante no impide la cosa juzgada, pues, como ya se señaló en un fundamento de derecho anterior, es doctrina jurisprudencial aquella que considera que la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, es contrario a la necesaria seguridad jurídica, pues no puede pender indefinidamente diversas acciones para reclamar sobre unos mismos hechos.” Y aún en el mismo lugar y respondiendo a idéntica cuestión que los anteriores, también hallamos la opinión de GARCÍA-CHAMON CERVERA, ENRIQUE, quien considera que el art. 400.2 LEC “Significa que si en el momento de presentar la primera demanda declarativa de la responsabilidad civil del demandado, ya se conocían todos los conceptos indemnizatorios (lesiones, secuelas, daños materiales) que afectaban al perjudicado, entiendo que el demandante debe presentar una única demanda interesando la declaración de responsabilidad y también la condena del demandado al pago de la cuantía exacta del importe de la indemnización de sus daños y perjuicios o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una simple operación aritmética.”. Como consecuencia de ello, afirma en el siguiente párrafo que: “En el caso de que se promueva un segundo procedimiento en el que sólo se interesa la condena a la indemnización de daños y perjuicios fundada en la sentencia declarativa de la responsabilidad civil dictada en el primero de los procedimientos, el demandado podría oponer la excepción de cosa juzgada a resolver en el acto de la audiencia previa porque los hechos que permitían fijar los distintos conceptos indemnizatorios podían haber sido alegados en el primer procedimiento al ser conocidos en ese momento.”

que pudieran sobrevenir, en lugar de la mentada preclusión? Por ello resulta esencial encarar la cuestión de la limitación de la tutela de mera declaración por el art. 219 LEC pues, del enfoque que se le dé, dependerá el alcance en este tema del art. 400 LEC.

Ahora bien, recuperando al discurso de CALDERÓN CUADRADO, cabe decir que, establecido lo anterior, (es decir, observándose que el artículo 400 LEC no operaría como un limitador de la tutela de mera declaración) quedaría por dilucidar si el artículo 219 LEC es (o no) el único precepto que establecería la tutela de condena como límite a la tutela de mera declaración. Conviene en un primer momento aclarar, que la tutela mero declarativa tiene (como sucede con todos los derechos y tutelas) unos **límites**⁷⁶¹, de entre los cuales se pueden considerar dos como especialmente “idiosincráticos”; el primero de ellos es indubitado en la doctrina y en el foro; el segundo justamente es el ahora debatido:

1.- El primer límite se deriva de la necesidad de un **interés digno de protección**⁷⁶². De esta forma, la tutela mero declarativa no implica que sea lícito pedir (ni puede llevar a) declaraciones que sean puramente retóricas pues ello quedaría fuera de la función jurisdiccional⁷⁶³. Por ello, el quid de la cuestión radica en apreciar la existencia o no de

⁷⁶¹ En este sentido decía FRAGA IRIBARNE, M., que: “Resulta, pues, que el campo de aplicación de la acción declarativa [meramente declarativa] es *indefinido*. Pero no *puede* ser ilimitado; entonces tendrían razón sus contradictores, y el instituto serviría para crear situaciones absurdas, plantear cuestiones hipotéticas e inanes, y en definitiva, apartar a los Tribunales de su misión, sobrecargándolos con un trabajo desorbitado y sin verdadera utilidad.” *La acción meramente declarativa*, opus cit., pág. 102; se ha respetado la cursiva del autor.

⁷⁶² Sobre dicho interés resulta de referencia CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *Tutela civil declarativa*..., opus cit., en la que dedica concretamente al “interés en accionar” las págs. 218 a 331.

⁷⁶³ Este enfoque de la cuestión se observa ya en eminentes procesalistas clásicos. Así, por ejemplo, se expresa en CHIOVENDA, J., quien fijó tres condiciones a la sentencia de mera declaración (existencia o inexistencia de la voluntad de ley, *legitimatío ad causam* e **interés** en obrar). En cuanto a éste último, comentó este autor que “el interés en obrar consiste en una condición de hecho tal, que el actor sufriría un daño sin la declaración judicial. Esta condición de hecho [...] consiste [...] más bien en la incertidumbre de derecho ante la opinión común”; manifestando que la “incertidumbre debe ser también *objetiva* [...] es necesario un hecho *exterior objetivo* que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de los terceros.” *Principios de derecho procesal civil*, opus cit., pág. 206; las cursivas aparecen en el texto consultado. Entre los ejemplos “de interés de obrar por simple declaración” explicita en primer lugar: “la dificultad de ceder un crédito por ser litigioso”. Ídem, pág. 207 *ab initio*. En parecido sentido se pronunció WACH, A., cuando sostuvo el siguiente “importante axioma: *la sola necesidad de una mayor seguridad jurídica, de una certeza del derecho, no es fundamento de la acción declarativa*. [...] El proceso no es el lugar apropiado para remediar negligencias en la conducta jurídica de las partes.” *La pretensión de declaración*, opus cit., págs. 102 *in fine* y 103. Para este autor: “La protección del derecho requiere la necesidad de protección, la cual, por su parte, si no surge de la violación del derecho, del estado de cosas objetivamente ilegal, resultará de la amenaza contra el derecho, de la configuración de hechos que producen la inseguridad jurídica. La violación y la amenaza de la seguridad son las dos únicas

ese interés en cada caso concreto⁷⁶⁴, sin que se pueda negar con carácter general a las pretensiones de reconocimiento judicial de deudas⁷⁶⁵. A pesar de ser indubitado en la

formas en que pueden ser afectados los bienes jurídicos y en las cuales puede basarse la protección del derecho en cualquier forma que sea” (ídem, pág. 103), debiendo constituir la conducta del demandado: “un ataque que motive la protección del derecho, un ataque que afecte el derecho.” Ídem, pág. 104. Sostiene posteriormente que: “El fin de la pretensión de declaración es, pues, la seguridad inquebrantable del derecho. Su causa, una conducta del demandado que quebrante, en este sentido, la relación jurídica en forma perjudicial para el actor.” Ídem, pág. 110. Es justamente “la incertidumbre subjetiva sobre la situación jurídica existente, [la que] constituye la verdadera causa de la declaración.” Ídem, pág. 111.

En opinión de CHIOVENDA, J.: “Objeto último de la declaración es siempre la voluntad de la ley en el caso concreto”. *Principios de derecho procesal civil*, opus cit., pág. 207. Por su parte, WACH, A., comenta que: “El interés declarativo, como interés en la declaración, debe ser susceptible de ser satisfecho por ella. El valor de la sentencia está, para el actor, en sus efectos, [...]. Y estos efectos son los de la fuerza de cosa juzgada. Por ellos se mide el “interés jurídico”.” *La pretensión de declaración*, opus cit., pág. 106. Ahora bien: “El interés es una noción valorativa. Están, pues, en cuestión valores jurídicos en el sentido más lato. Aquí se abre un campo libre para la casuística.” Ídem, pág. 112. Advertía también CHIOVENDA, J., que no “puede ser objeto de declaración la simple posibilidad de una voluntad de ley: como si alguien pidiese al juez declarar las consecuencias jurídicas de un hecho aún no ocurrido o de un hecho actual, pero que sólo puede tener importancia jurídica concurriendo con un hecho aún no sucedido.” En este punto interrumpo la anterior cita para reflejar que hace una interesante remisión a pie de la página 208 a Schmidt, manifestando que: “esto no excluye que el *hecho* ocurrido pueda dar lugar a declaración respecto a sus *consecuencias* todavía no ocurridas. La lesión alcanzada en un accidente puede manifestar sus efectos dañosos mucho tiempo después, pero justifica una acción de declaración inmediata. Consúltense los casos resueltos por la Cas. Tur. 10 Marzo 1909 (*For. Ital.* 1909, pág. 1.463)”⁷⁶⁴; las cursivas aparecen en el texto consultado. Continuando con la interrumpida cita, sigue diciéndonos CHIOVENDA que: “No es que falte en estos casos el interés *actual* en obrar; pero si se admitiesen acciones de este género, el proceso devendría más bien que un simple organismo de actuación de la ley, un instrumento general de facilitación del comercio jurídico más gravoso para el Estado que útil para los ciudadanos.” *Principios de derecho procesal civil*, opus cit., págs. 207 *in fine* y 208, la cursiva aparece en el texto consultado. En cuanto a esta cuestión es interesante nuevamente la perspectiva de WACH, A., quien sostuvo que en la pretensión de mera declaración el interés debe consistir “en la *pronta* declaración. Esto surge de la naturaleza del asunto. Se tiene interés en la declaración, se tiene una pretensión de protección del derecho, siempre sólo en el momento dado.” *La pretensión de declaración*, opus cit., pág. 117; la cursiva aparece en el texto consultado.

⁷⁶⁴ En este sentido, y en relación a los fines de las acciones de simple declaración, se pueden interpretar las siguientes palabras de FRAGA IRIBARNE, M.: “Lo decisivo es que ésta [la acción meramente declarativa] sirve para tutelar el interés de certidumbre; el Estado ve en él una causa civil suficiente y lo dota de una acción especial.” *La acción meramente declarativa*, opus cit., pág. 97.

⁷⁶⁵ Entre los procesalistas españoles muchos han sido los que han fijado su atención sobre esta cuestión. Por todos baste, por un lado, el comentario de RIFÁ SOLER, J. M.; RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I., quienes, después de afirmar que los requisitos de la acción meramente declarativa son los mismos que los de cualquier otra acción, variando sólo el *petitum*, precisan que: “Con todo, el actor deberá acreditar de modo especial la existencia de un **interés legítimo** en obtener la tutela que pide.” [Idéntica frase fue utilizada, en su momento, por FERNÁNDEZ, M. A., con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., pág. 25]. De esta forma, conviene desde un primer momento hacer constar que, mientras que en las acciones de condena y en las constitutivas ese interés jurídico se considera “ínsito” en las mismas, en las meramente declarativas se exige al demandante que alegue y pruebe la existencia de ese interés, entendiendo estos autores que: “La existencia actual de una relación jurídica y su negación o perturbación por el demandado originan su interés en accionar.” Los supuestos que relacionan en los que se justificaría el ejercicio de una acción declarativa serían:

- Cuando exista una controversia, duda o indefinición respecto al derecho.
- Cuando de la existencia de un derecho o de una relación jurídica se derive la obligación de realizar prestaciones futuras o periódicas.
- Cuando se solicita la inexistencia de un derecho o relación jurídica por la que resultaría obligado. A estas acciones se las llama declarativas negativas. *Derecho procesal civil*, vol. II, opus cit., págs. 42 a 44. A las anteriores cabría añadir la que se produciría cuando “el actor no puede ejercitar una acción de condena”, como sostuvo FERNÁNDEZ, M. A., con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., pág. 24.

doctrina y en la jurisprudencia las anteriores aseveraciones, y desde un punto de vista normativo, se observa que existe una cierta orfandad legal en esta materia pues, como dice TAPIA FERNÁNDEZ⁷⁶⁶: “tampoco se contempla en la nueva Ley una norma alusiva al requisito del interés en accionar (como se hace en otros ordenamientos jurídicos: p. ej., el art. 100 del Codice di Procedura Civile italiano), con base en el cual poder solicitar tipos de tutela no expresamente previstos [dicha observación la realiza en su análisis del artículo 220 LEC, sobre las condenas de futuro]. El Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil precisaba, en el artículo 1.4 que <<quien pretenda la decisión de un tribunal, habrá de poseer causa suficiente e interés legítimo>>; norma que podría servir de base para una tutela genérica de prestaciones aún no vencidas ni exigibles, si el solicitante de dicha tutela acreditaba causa suficiente e interés legítimo. Sin embargo, esta norma fue suprimida ya en el Anteproyecto de LECiv/1998.”⁷⁶⁷

Por otro lado, y a modo de engarce de la doctrina española con la italiana, valgan las aportaciones de DÍEZ-PICAZO, I., quien relaciona que: “El concepto de interés como requisito de la acción tiene bastante de escurridizo y oscuro. Sobre el mismo ha sido la doctrina italiana la que más ha reflexionado (*vid.*, por todos, la síntesis contenida en CARPI, COLESANTI, TARUFFO, *Commentario breve al código di procedura civile*, Padua, 1988, págs. 172-174), sin duda por la existencia de un precepto expreso al respecto en el código procesal italiano [el art. 100 CPC]. [...]. El interés viene considerado, por tanto, como un requisito de toda pretensión o resistencia que cabe definir como la *necesidad* o la *concreta utilidad* de la tutela jurisdiccional que se solicita. La doctrina italiana parece concorde en entender que la noción de interés tiene en general un valor más sistemático que práctico. [...], sin embargo, hay casos en que la necesidad o utilidad de la tutela jurisdiccional no deriva sin más de su petición. Este es el caso, de un lado, de las acciones meramente declarativas, y de otro lado, de las acciones cautelares (en las que el interés coincidiría con el *periculum in mora*).” Continúa argumentando en el siguiente párrafo que: “Por lo que se refiere a las acciones meramente declarativas, la necesidad o utilidad de la tutela jurisdiccional pretendida en que consiste el interés se concreta en la necesidad de eliminar una situación de incertidumbre sobre la existencia o inexistencia de la relación jurídica. Esta incertidumbre [...] debe reunir tres notas: debe ser una incertidumbre objetiva y actual [...]; debe ser una incertidumbre que derive de actos u omisiones imputables al demandado; y debe ser una incertidumbre que cause un perjuicio al actor que sólo pueda ser evitado mediante un pronunciamiento judicial. Por otra parte, dado que el interés se erige en requisito de la acción, el examen de su existencia y subsistencia debe realizarse en la sentencia definitiva de la instancia como cuestión de fondo (con carácter preliminar al fondo en sentido estricto), pudiendo y debiendo el órgano judicial examinarlo de oficio. Aunque pueda confundirse con la legitimación, el interés no forma parte de aquella, sino que constituye un requisito autónomo y distinto (cabe que el actor tenga legitimación y no concurra el interés y viceversa).” § 126.- *Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, opus cit., pág. 357.

⁷⁶⁶ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 804.

⁷⁶⁷ En este punto se quedó DÍEZ-PICAZO, I., cuando comentó que: “Por otra parte, cabe mencionar que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil contempla expresamente la figura de la tutela jurisdiccional merodeclarativa y el concepto de interés. En su artículo 5, bajo la rúbrica *Clases de tutela jurisdiccional*, se dice: <<1. Se podrá pretender de los tribunales (...) la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas (...). Quien pretenda la tutela de un tribunal habrá de poseer causa o interés legítimos>>.” § 126.- *Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, opus cit., pág. 358.

2.- Un segundo límite lo parecería constituir el propio **artículo 219** LEC que impediría la acción meramente declarativa en la pretensión del pago de cantidades de dinero determinado, de frutos, rentas utilidades o productos⁷⁶⁸. Así efectivamente se deduce de lo prescrito en el **primer apartado** de este precepto⁷⁶⁹, al ordenar que *cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago*, siendo numerosas las sentencias que han vinculado este artículo con la referida delimitación de la tutela de mera declaración⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Que este precepto es un límite de la tutela de mera declaración se peribe como algo obvio. Así lo explicita GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., al comentar que: “Es evidente, por ejemplo, el establecimiento de un límite al ejercicio jurisdiccional de tutelas merodeclarativas del derecho a recibir del demandado cantidades por los conceptos que señala el enunciado legal, bien como petición principal, bien como petición accesoria de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, pero lamentablemente no se establecen las consecuencias de la infracción de dicho límite.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 78. Este límite parece empero que no se preconiza en otros ordenamientos. V. gr., CALAMANDREI, P., consideró que correspondía “a las partes determinar el *thema decidendum*; por tanto, en virtud de ese principio (dispositivo) son las partes las que deben valorar si les resulta útil el limitar la controversia únicamente al *an debeat*, no pudiendo el juez negarse a resolver sobre esta petición.” *Studi sul proceso civile*, opus cit., págs. 222 *in fine* a 224. Por su parte, SATTÀ, S., afirmó que, en general, se reconocía que se podía demandar en juicio sólo la condena genérica, con lo que el juez no podía, en este caso, disponer la prosecución del juicio sobre el *quantum*. De esta forma, para este autor, el derecho al pronunciamiento sobre el *an* es del todo autónomo de la decisión sobre el *quantum*. *Diritto processuale civile*, opus cit., págs. 367 a 370.

⁷⁶⁹ Como afirma TAPIA FERNÁNDEZ, I.: “En el apartado primero [del art. 219 LEC], el legislador prohíbe al actor ejercitar una acción meramente declarativa de su derecho [...]. Pero es que, además, la petición de condena al pago de cantidad de dinero deberá estar exactamente cuantificada en su importe, pues la Ley, en este precepto que se comenta y en el mencionado artículo 209.4ª, prohíbe solicitar su determinación en ejecución de sentencia.”, con lo que: “La única libertad que concede la Ley al actor es que, si no pudiera establecer el importe exacto de la condena, fije claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de tal modo que la cantidad exacta se obtenga con el ejercicio de una pura operación aritmética.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 798.

⁷⁷⁰ En este sentido, una de las primeras sentencias que intentó delimitar el alcance de la tutela de mera-declaración en lo pecuniario a través de lo prescrito en la nueva LEC fue la **sentencia de la AP de Córdoba (Sección 2ª), de 15 de marzo del 2001**, resolutoria del recurso nº 394/00, y en la que se reflejan asimismo los efectos prejudiciales de la sentencia firme mero-declarativa que resulta vinculante en un segundo proceso por el conocido efecto positivo de la cosa juzgada material, la cual, en su fundamento de derecho segundo, afirmó que: *En la resolución del presente litigio cobra especial trascendencia el resultado del pleito anterior (el núm. 77/94) debatido entre las mismas partes y resuelto por sentencia firme.*

En dicho pleito, al que reiterada y obligadamente hace referencia la sentencia recurrida, se ventiló una acción declarativa y conjuntamente con la demanda, la sentencia «declaró» que los hoy actores adeudaban a los demandados un total de 9.877.778 ptas. sin que contuviese un pronunciamiento de condena ni al pago del principal ni mucho menos al de los intereses.

Realmente en casos como el presente se hace muy difícil distinguir entre ambos tipos de acciones --la declarativa y la de condena-- que muchas veces se suelen ejercitar simulativamente.

Posiblemente la meramente declarativa podría tener por objeto el de perfilar y esclarecer cual es la cantidad realmente debida en los casos de confusión e incertidumbre sobre la misma. Pero la realidad es que a la hora de la ejecución el derecho meramente declarado tendría muy escasa operatividad práctica, como se refleja en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en el art. 521 establece que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas. Por esta razón la propia ley en su art. 219. 1, consciente de las dificultades aludidas dispone que «cuando se reclame enjuicio una determinada

Por su parte, CALDERÓN CUADRADO defiende que este límite no puede ir más allá de estos concretos casos y, por tanto, sí será factible este tipo de acciones en otras pretensiones diversas. Así, por ejemplo, sucedería en el caso de las deudas pecuniarias aún no exigibles.⁷⁷¹ Ahora bien, el confuso redactado del antedicho precepto ha sido causa de numerosas críticas en lo tocante a este tema.⁷⁷²

Volviendo a las reflexiones de CALDERÓN CUADRADO⁷⁷³, y centrando la atención en el primer apartado del artículo 219 LEC, cabe referir que esta autora también analiza la cuestión de la posible limitación de la tutela de mera-declaración por la de condena, partiendo del instituto de la **acumulación de acciones**. Sostiene concretamente que: “el artículo 219.1 de la LEC no sólo no impide una acumulación similar [acumulación de acciones de mera declaración y de condena], sino que su punto de partida –querido o no- es precisamente ese”; el problema por tanto no sería el de si se podrían o no acumular las acciones sino que “viene dado porque el legislador guarda silencio sobre la consecuencia jurídica, la respuesta judicial al respecto”. Para esta autora también en este caso serían de aplicación los “requisitos de exhaustividad y congruencia recogidos en el artículo 218 LEC”. De lo anterior se derivaría que, si hay acumulación, la

cantidad de dinero no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago...

[...] Otro tipo de intereses son de carácter moratorio y se refieren al tiempo transcurrido desde la demanda origen del anterior pleito hasta el momento presente. Pero ya se ha aludido a la vinculación entre este procedimiento y el anterior del que trae causa y se ha dicho también que por mor del carácter declarativo que tiene la precedente acción, en el pronunciamiento que le puso fin para nada se hablaba del pago de intereses por lo que obviamente no pueden pretenderse en este momento que no son debidos.

⁷⁷¹ En sentido muy parecido argumenta BANACLOCHE, J., que el artículo 219 LEC seguiría prohibiendo el ejercicio de acciones puramente declarativas pero esta prohibición “está referida tan sólo a cuando tales deudas sean susceptibles de ser exigidas en juicio, porque ya han vencido y debieron pagarse [...], pero no para los casos en que aún no se puede reclamar el pago de dichas deudas porque todavía no son exigibles”. Para estos casos sería de aplicación el artículo 5.1 LEC que, como se ha dicho, permite la tutela meramente declarativa. Cfr. *Consulta 5 (Acción meramente declarativa)*, opus cit.

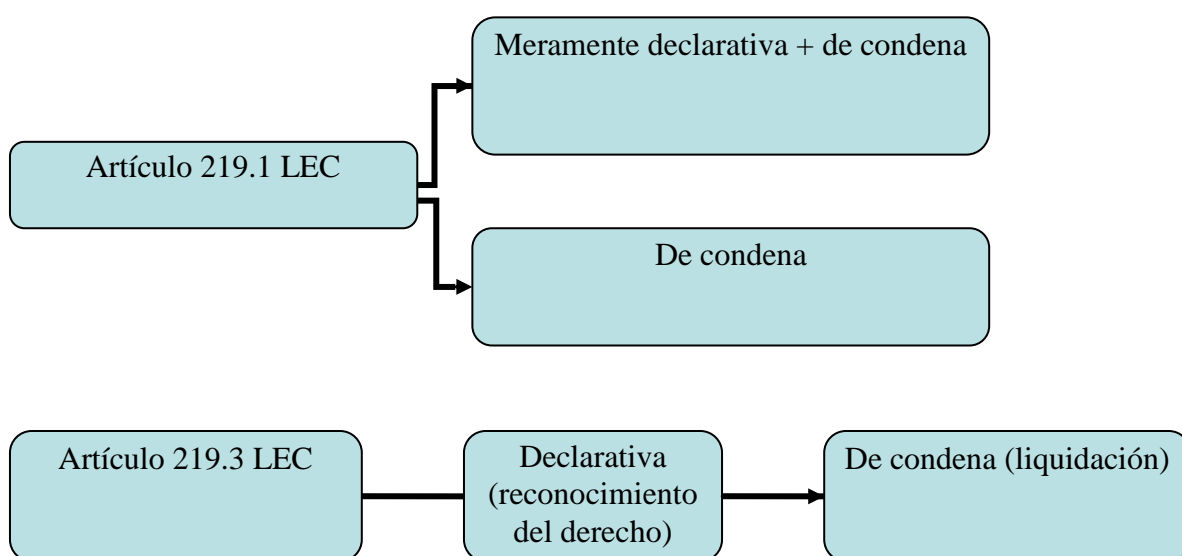
⁷⁷² Así, por ejemplo, RIBELLES ARELLANO, además de considerar que el artículo 219.1 LEC prohíbe “las condenas genéricas o sin ninguna determinación”, debiendo fijar el escrito de demanda una cantidad concreta o precisar con exactitud las bases para que, en ejecución de sentencias, se pueda proceder a su liquidación (como ejemplos de solicitudes de condenas prohibidas menciona las de: “al pago de daños y perjuicios”, “a las rentas devengadas”, “a la cantidad que fije el juzgado en concepto de daño moral” y “a las ganancias dejadas de percibir”), afirma que la redacción del precepto no es afortunada en este punto por los siguientes motivos:

- El precepto califica como “acción meramente declarativa” cuando en realidad la petición es declarativa de condena.
- En segundo lugar el precepto parece prohibir las acciones meramente declarativas de la existencia de una deuda cierta.
- En tercer lugar el artículo 219.3 LEC permite la acción meramente declarativa en contradicción con su apartado primero. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 849.

⁷⁷³ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 408 y 409.

correspondiente sentencia “deberá contener un doble pronunciamiento sobre la simple declaración, primero, y sobre la petición condenatoria, después.” Por tanto, existiría (según esta autora) la posibilidad “de acumular una acción simplemente declarativa y otra condenatoria. La sentencia que al respecto se dicte podrá tener aquella caracterización tanto en caso de absolución de ambas pretensiones, como de desestimación de la última y estimación de la primera planteada.” De esta forma, el artículo 219.1 LEC lo que “requiere es o bien acumular una y otra acción, o bien solicitar en solitario el correspondiente pronunciamiento condenatorio.”⁷⁷⁴

De un modo gráfico dicha autora sostendría, en definitiva, lo siguiente:



⁷⁷⁴ Ídem, página 419. Otros autores, obviando en mi opinión lo prescrito en el art. 219.1 LEC, aún van más lejos. Así, por ejemplo, SOLER PASCUAL, LUIS ANTONIO asevera que “la parte puede desglosar sus pretensiones, iniciando una acción mero-declarativa para luego, en su caso, ejercer una acción de condena. Y es que, como bien es sabido, la petición contenida en la pretensión procesal tiene, como objeto inmediato, la solicitud de cierta actuación jurisdiccional que en el caso del proceso de declaración supone promover específicamente una actuación que puede consistir en alguna de las modalidades de tutela judicial previstas.” En congruencia con lo anterior, afirma posteriormente que: “Ello significa que el ejercicio que de ordinario se produce en las demandas, de ambas acciones, no se sustenta en una carga u obligación procesal sino el ejercicio de una facultad acumulativa, de acumulación subjetiva subjetiva [sic] de acciones al amparo del art. 72 LEC -EDL 2000/77463- que específicamente contempla el caso del ejercicio simultáneo de acciones conexiones por razón del título o causa de pedir, señalándose en el propio precepto que existe título o causa de pedir idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.” Sosteniendo en el siguiente párrafo que: “En conclusión, el ejercicio separado de acciones con diferente objeto por razón de su pretensión, aún sustentadas en idéntico título o causa de pedir, está expresamente contemplado en nuestra legislación adjetiva al calificar su ejercicio simultáneo de caso de acumulación subjetiva de acciones, no contemplándose tal institución como de derecho necesario sino voluntario -"podrán acumularse..." dice el ya citado art. 72 (EDL 2000/77463)-. Es factible en suma, reservar el ejercicio de acciones de condena hasta la obtención del título en que se sustenten.” AAVV, *Responsabilidad civil...*, opus cit.

Como se colige de lo expuesto en anteriores apartados concuerdo con la anterior estructura, matizando el hecho de que la sentencia con reserva sólo es en parte funcionalmente de mera-declaración, excepto en lo referente a la primera de las posibilidades apuntadas: la consistente en poder acumular ambos tipos de acciones en el supuesto de hecho que recoge la norma en cuestión; acumulación que justamente es uno de los motivos en los que basa CALDERÓN CUADRADO su tesis de que dicho precepto no supone una limitación a la tutela de mera declaración. De lo anterior resultaría indubitado que, pudiéndose ejercitar una acción de condena, no se podría solicitar únicamente la de mera declaración. Asimismo, desde la literalidad del art. 219.1 LEC⁷⁷⁵, parecería que efectivamente se podría interponer, acumuladamente, la mera declaración con la condena. Pero esto último, desde mi punto de vista, no únicamente significaría burlar la finalidad de la norma sino que, indirectamente, dejaría sin sentido la propia sentencia con reserva de liquidación. A este problema dedicaré las siguientes líneas.

Si se examina con cierto detenimiento el anterior esquema se deduce sin dificultad que la tutela de mera-declaración se ha permitido impetrar **directamente**, al menos desde un punto de vista funcional pues, como se ha examinado ya, la sentencia con reserva responde más bien a un fenómeno de tutela de condena “escindida”, en el campo de las deudas pecuniarias únicamente en el supuesto prescrito en el **artículo 219.3 LEC**; es decir, cuando todavía no se pueda interponer una pretensión de condena líquida debido a que, por el momento, resulta imposible su liquidación, habiendo además un interés legítimo en que, a pesar de esa iliquidez, se declare ya la existencia del correspondiente débito. Esta acción buscaría una de las utilidades que se preconizan de la tutela de mera-declaración, pues su única finalidad legalmente reconocida sería la de fijar de forma prejudicial, con fuerza de cosa juzgada (art. 222.4 LEC), un *an debeatur*.

Que el anterior es el único caso en que se puede ejercer directamente la tutela de mera-declaración se deriva necesariamente del mismo art. 219 en su apartado primero LEC, el cual niega el ejercicio independiente de las acciones de este tipo. Ahora bien,

⁷⁷⁵ Recuérdese que este primer apartado del artículo 219 establece expresamente que: *Cuando se reclame en juicio el pago de [...], no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse **también** la condena a su pago.*

sentado lo anterior la cuestión suscitada consiste en que, a pesar de la proscripción de ese uso de la acción de mera declaración de forma independiente a la de condena, se puede defender (como hace CALDERÓN CUADRADO) su ejercicio de manera acumulada a ésta⁷⁷⁶. O por decirlo de otra manera, la cuestión que se plantea es si el legislador, habiendo querido limitar el ejercicio de la tutela de mera-declaración de forma independiente en lo dinerario, la quería permitir de forma acumulada (simple) a la de condena. A este respecto, frente a la citada hipótesis de CALDERÓN CUADRADO, se puede oponer la siguiente: cuando el art. 219.1 LEC prohíbe el ejercicio independiente de la tutela de mera declaración, lo hace porque le niega su autonomía en este ámbito, no recogiendo este precepto el fenómeno de una acumulación de acciones, sino enunciando lo mero-declarativo como cuestión prejudicial a resolver de forma lógicamente necesaria, para poder posteriormente fallar sobre el objeto principal del proceso (la condena), actuando lo mero declarativo únicamente como *prius lógico* inescindible, por tanto, de la misma tutela de condena. Argumentos que se pueden argüir en su sostén son los siguientes:

En primer lugar, la propia **Exposición de Motivos de la LEC** que, en su **apartado IX**, afirma que: *Importantes resultan también las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible*. Si se ha concluido que este tipo de sentencias son una especie del género de las de mera-declaración, la restricción que se propugna se podría entender referente a toda la tutela meramente declarativa (obviamente, únicamente en el ámbito de lo dinerario). Siendo claro que los casos *imprescindibles* son aquellos en los que no se puede acudir directamente a la acción de condena *completa*, parece también razonable defender que en todos los demás no solamente está vetada una sentencia con reserva de liquidación sino cualquier otra que, como esta, sea todavía más claramente mero-declarativa.

⁷⁷⁶ Concretamente CALDERÓN CUADRADO, M^a P., afirma que “si hubo peticiones acumuladas, la sentencia deberá contener un doble pronunciamiento sobre la simple declaración, primero, y sobre la petición condenatoria, después.” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 409. El orden, obviamente, no es irrelevante; aún así esta autora nos advierte de que “no se diga que se trata de una cuestión lógica o prejudicial y mucho menos técnica”. Ídem, pág. 408. A pie de dicha página se remite a lo que señala en ese mismo capítulo sobre la cosa juzgada. Siguiendo con su razonamiento, la acumulación de una acción de mera-declaración a otra de condena podría dar lugar a los siguientes resultados:

- 1.- Si se estima o desestima totalmente la demanda no se plantearía ningún problema.
- 2.- Si se desestima la de condena pero concurren los presupuestos de la meramente declarativa se estimaría parcialmente la demanda.
- 3.- La mencionada autora no lo dice expresamente, pero es evidente que no cabría en ningún caso la desestimación de la de simple declaración y la estimación de la de condena.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, una interpretación teleológica del mismo **art. 219.1 LEC** ha de llevar a la conclusión de que, el mismo, **busca proscribir** no únicamente el ejercicio independiente de la tutela de simple declaración, sino su **autonomía** en este ámbito. Es decir, no es que se niegue su autonomía porque se prohíba su uso independiente, sino que se prohíbe éste al negarse aquélla. Y ello porque no tendría ningún sentido que fuera admisible acabar dictando una sentencia meramente declarativa cuando previamente se hubiera desestimado la pretensión de condena a la que se hubiera acumulado una acción de aquella especie y que, por contra, estuviera prohibido peticionar *ab initio* únicamente esa mera declaración. Obviamente, al negarse la autonomía de la acción de simple declaración en este ámbito, se proscribía tanto su ejercicio de forma independiente, como de manera acumulada.

Esa falta de autonomía de la tutela meramente declarativa en este ámbito se puede advertir aún con mayor claridad en el redactado del **artículo 219.1 del Anteproyecto de la LEC**, cuyo tenor literal era el siguiente: *Cuando se reclame en juicio el pago de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que **deberá solicitarse la condena a pagarlos, con fijación de las bases con arreglo a las cuales haya de hacerse la liquidación**; precepto que, por tanto, no incluía el *también* que sí recoge el actual art. 219.1 LEC y que parecería habilitar esa acumulación de acciones, permitiéndose únicamente en su **apartado 2º** la condena con reserva: *Cuando la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase fuere accesorio*. De lo que se concluye que, en un inicio, no sólo estaba proscrita la autonomía de la tutela de mera declaración sino que el ejercicio funcional de ésta, a través de la sentencia con reserva, dependía de una acción principal, esta sí podía ser meramente declarativa o de condena, la cual había de ser necesariamente estimada para que pudiera prosperar, por accesorio, la reclamación con reserva⁷⁷⁷. Así las cosas lo que parece claro es que en la compleja mente del*

⁷⁷⁷ Insiste en la anterior idea, como derivación no reformada de este enfoque primigenio, el actual **artículo 252 LEC** el cual, al tratar sobre las reglas para determinar la cuantía del proceso, establece expresamente en los dos primeros párrafos de su regla 2.ª que: *Si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero*

Legislador que, en mi opinión, acabó confundiendo en parte lo accesorio, lo dinerario y lo mero-declarativo, y en relación con las deudas pecuniarias, la acumulación entre acciones declarativas y de condena de forma simple no fue en ningún momento aceptada⁷⁷⁸. Como mucho se articuló la declarativa dineraria de forma accesoria de otra declarativa no pecuniaria o de condena principal, pero nunca en relación de acumulación simple.

Y nuevamente esa falta de autonomía la observamos, ahora ya sí de forma preclara, en el **art. 219.3 LEC**, al haber sido precisamente ésta la verdadera causa por la que el Legislador ha tenido que seguir tolerando la odiosa sentencia con reserva. En este instituto se hace palmaria la interdicción de la tutela de mera declaración en lo dinerario, al llegarse a conceptuar como de condena lo meramente declarativo, obligando a articular su tutela a través de una acción de condena bastarda que provoca una sentencia sin *autonomía* pues, aunque goza de fuerza de cosa juzgada, en principio no satisface *autónomamente* la pretensión impetrada, como se debería predicar de toda sentencia (también en las de mera-declaración), al operar únicamente como antecedente prejudicial de la posterior sentencia de condena líquida (completa). O dicho de otra manera, este precepto se concibe como un último recurso, como un cierre del sistema. Y siendo esto así, se demuestra claramente la interdicción de la acumulación postulada por CALDERÓN CUADRADO pues, si la búsqueda de la certeza de la existencia de lo debido (finalidad de la mera declaración) no es capaz de habilitar una tutela autónoma de simple declaración ni tan siquiera cuando se halla dirigida a exigir su satisfacción (finalidad de la condena) de forma indirecta, por aún no poderse aquélla cuantificar, ¿en qué otro supuesto se podría sostener como más evidente un interés en la mera-declaración que justificase su autonomía? Si en este caso no se reconoce, con menor razón se habría de predicar de los demás. Obviamente, los anteriores razonamientos se han de circunscribir a lo dinerario, al no sucede lo mismo en el caso de las demás

si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera.

Para la fijación del valor no se tomará en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas.

⁷⁷⁸ Tanto es así que, como analizaré con mayor detenimiento al estudiar la relación entre la sentencia con reserva de liquidación y la acumulación de acciones, el artículo 219.3 LEC acabará prescribiendo que: *No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea **exclusivamente** la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.* Es decir, el artículo llega a prohibir la acumulación de acciones y de procesos en el ámbito de la sentencia con reserva.

pretensiones, en donde la tutela de mera declaración se concibe sin más cortapisa que la acreditación del específico interés que la sustente⁷⁷⁹.

Ahora bien, aun habiendo apuntado todo lo anterior, lo cierto es que esta cuestión no se puede considerar como pacífica **en el foro**. Desde la entrada en vigor de la LEC del 2000, varias han sido las resoluciones dictadas por el **Tribunal Supremo** en relación con esta cuestión. A caballo entre ambas regulaciones se halla su **Sentencia de 31/07/2001 (Sala 1ª)**⁷⁸⁰, en la cual se recogió la doctrina que estaba sentada en aquellos

⁷⁷⁹ Véase lo dicho en el ejemplo que la misma CALDERÓN CUADRADO, Mª P., extracta, en defensa de su hipótesis, la **SAP de Cuenca de 20 de enero de 1997** (BD, marginal AC 1997/757, páginas 355 y 356 *ab initio* opus cit.). Este tribunal distinguió entre dos acciones: la meramente declarativa y la reivindicatoria (esta diferenciación se ha explicitado en varias resoluciones v. gr. STS 775/2012 que ya se ha relacionado brevemente con anterioridad), las cuales aunque comparten “incluso una parte de sus elementos esenciales (debiendo acreditar quien las ejercita la propiedad sobre el bien e identificar el mismo), no es menos cierto que ambas acciones difieren en cuanto al resto de sus elementos esenciales (posesión del demandado, en un caso, perturbación o puesta en cuestión del derecho de dominio ajeno, en el otro). Tratándose de acciones distintas, ha de añadirse que las mismas no se encuentran tampoco estructuradas en una relación de pura progresión (la acción reivindicatoria no es lo mismo que la declarativa pero más), sino que discurren de manera paralela”. Por tanto, cabe ejercitar una u otra acción o ambas, pero puede darse el caso de que se desestime la de condena (reivindicatoria) sin necesidad de pronunciarse sobre la declarativa cuando esta no ha sido acumulada a la anterior, pudiendo incluso dejarse sin prejuzgar dicha acción declarativa si no ha sido necesario pronunciarse de forma prejudicial sobre su existencia, como sucedería en el caso que se comenta en dicha sentencia: que los demandados se opusieran exitosamente a la acción reivindicatoria “aduciendo que la posesión la ostentan por un título legítimo”. Lo anterior no es discutible en las acciones sobre el dominio u otras de naturaleza real. Incluso, de *lege ferenda*, se podría sostener que lo mismo cabría aducir en relación a otro supuesto que plantea dicha autora: el de la “falta de vencimiento del crédito en reclamaciones de cantidad”. *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 355. Aún siendo (desde un punto de vista teórico) ambos casos equivalentes en lo tocante al juego de ambos tipos de tutelas, en este último supuesto, como se ha sostenido anteriormente, el artículo 219.1 LEC no ha querido que se configurasen de idéntica forma, y así también lo ha entendido la jurisprudencia. Pero no porque en el ámbito de las deudas pecuniarias sea inconcebible que se pueda producir la desestimación de una acción de condena y luego la estimación de una pretensión de mera-declaración sobre la existencia de idéntico débito. Sino porque el Legislador ha entendido que la única finalidad de esta acción mero-declarativa en el ámbito de lo pecuniario es su utilidad prejudicial. El único interés relevante en este ámbito (la imposibilidad de la correspondiente liquidación) será el que deberá acreditarse para justificar una sentencia con reserva de liquidación. Interés que deberá incluir, además, el motivo por el cual se pretende la obtención de dicha tutela de forma anticipada al momento en que se puedan liquidar las cantidades del débito que se declara ya existente. Pero obsérvese que, en este caso, dicha acción (aunque se utilice de forma autónoma) no pierde su clara finalidad prejudicial al consistir ésta en el dictado de una sentencia con reserva, cuyo principal objetivo no es el de conseguir una determinada certidumbre jurídica, sino el de poder hacerla valer en el proceso al que el propio artículo 219.3 LEC nos remite: un segundo declarativo dirigido a la obtención de una condena líquida, completa y, por tanto, a la consecución del correspondiente título ejecutivo.

⁷⁸⁰ En cuyo fundamento de derecho tercero expuso que: *El motivo segundo del recurso --al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión de los artículos 1838 y 1844 del Código Civil, por cuanto que, según denuncia, la sentencia impugnada entiende que las acciones ejercitadas no pueden acumularse, y no ha valorado que en la demanda solo fueron instadas acciones meramente declarativas, pues se ha solicitado únicamente la declaración del reconocimiento de la existencia de una obligación y no la condena al pago de las cantidades de su referencia-- se desestima por las razones que se dicen seguidamente.*

momentos, como explicitó al decir que: *Por su incidencia con la cuestión objeto de este motivo del recurso, conviene traer a colación la doctrina sentada en la STS de 18 Oct. 1999, la cual precisa que «la posibilidad de las acciones meramente declarativas, aunque no está expresamente reconocida en la Ley Procesal, es una realidad reconocida ampliamente en la jurisprudencia, especialmente en el campo de los derechos reales (SSTS de 8 Nov. 1994 y 18 Jul. 1997), pero no es advertible, singularmente en el terreno de los principios, la operatividad en el ámbito de las deudas pecuniarias, toda vez que, salvo algún condicionamiento específico (que aquí no consta), no se entiende un interés jurídico en la declaración de existencia de la deuda, que no pueda ser seguida de su efectividad», cuya posición es extrapolable al supuesto del debate, toda vez, como la propia recurrente descarta la presencia, siquiera implícita, de acciones de condena en la demanda, corresponde sentar la inexistencia de interés jurídico en el exclusivo ejercicio de las promovidas con la suplica de la declaración de la deuda de una cantidad líquida.*

Esta doctrina, que negaba con carácter general la tutela meramente declarativa en el ámbito de lo dinerario por entender que, en estos casos, faltaba el requisito del interés legítimo, se reiteró en su posterior **sentencia de 19/06/2003 (Sala 1ª)**⁷⁸¹. Esta

Por su incidencia con la cuestión objeto de este motivo del recurso, conviene traer a colación la doctrina sentada en la STS de 18 Oct. 1999, la cual precisa que «la posibilidad de las acciones meramente declarativas, aunque no está expresamente reconocida en la Ley Procesal, es una realidad reconocida ampliamente en la jurisprudencia, especialmente en el campo de los derechos reales (SSTS de 8 Nov. 1994 y 18 Jul. 1997), pero no es advertible, singularmente en el terreno de los principios, la operatividad en el ámbito de las deudas pecuniarias, toda vez que, salvo algún condicionamiento específico (que aquí no consta), no se entiende un interés jurídico en la declaración de existencia de la deuda, que no pueda ser seguida de su efectividad», cuya posición es extrapolable al supuesto del debate, toda vez, como la propia recurrente descarta la presencia, siquiera implícita, de acciones de condena en la demanda, corresponde sentar la inexistencia de interés jurídico en el exclusivo ejercicio de las promovidas con la suplica de la declaración de la deuda de una cantidad líquida.

El actor pudo demandar a «AFINSA» para interesar conjuntamente tanto la declaración de la obligación de que esta compañía le reembolsara, e igualmente a su esposa, la cantidad abonada a la Caja por las results del juicio ejecutivo antes aludido, como la condena a su pago, y, de manera subsidiaria, tuvo asimismo a su alcance efectuar análoga reclamación contra los restantes codemandados, lo cual constituía la forma adecuada para encauzar sus pretensiones, pero no lo es la ofrecida en este proceso.

Por demás, conviene recordar la regla contenida en el artículo 219.1 de la Ley 1/2000, de 7 Ene., de Enjuiciamiento Civil, la cual dispone que «cuando se reclame el pago de una cantidad de dinero determinado de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago (...)», que aunque no es de aplicación al supuesto del debate en virtud de la Disposición transitoria cuarta de esta Ley, expresa la actual posición legislativa sobre esta materia. Dictada en resolución del rec. 1746/1996 y de la que fue ponente García Varela, Román, nº de sentencia 785/2001, LA LEY 153588/2001.

⁷⁸¹ En cuyo fundamento de derecho segundo expuso que: *El motivo tercero alega quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales por infracción de los arts. 610 de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución al denegarse la prueba pericial solicitada, lo que causa indefensión a la recurrente.

En su escrito de proposición de prueba, la parte actora aquí recurrente propuso prueba pericial en los términos que constan en dicho escrito; tal prueba fue denegada por auto del Juzgado de fecha 23 Feb. 1996 (folio 1118) porque «resultaría inútil a los efectos de dictar sentencia»; tal resolución fue confirmada por auto de 19 Mar. 1996 (folio 1148), resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra aquél. Solicitado en segunda instancia el recibimiento a prueba y la práctica de la prueba pericial propuesta ante el Juzgado, la Sala de apelación denegó el recibimiento a prueba por auto de 26 Mar. 1997, razonando que «la incorrección de los términos en que se expresaba el suplico aumentaba ésta con los términos en que se expresaba el escrito de réplica evidencia la causa por la que se deniega la prueba ahora solicitada en la anterior instancia, circunstancia que subsiste en esta alzada ya que el enjuiciamiento que se haga ha de partir de los mismos "petitum" tenidos en cuenta en la anterior instancia resultando ajenas las pruebas solicitadas (art. 566 de la LEC)»; recurrido en súplica este auto, fue confirmado por el de fecha 23 Abr. 1997.

La solución casacional del motivo exige precisar la clase o naturaleza de la acción ejercitada en sus escritos iniciales, demanda y réplica, por la recurrente. La demanda se inicia diciendo que se ejercita la acción de impugnación de dictamen de perito que autoriza el art. 38, párrafo séptimo, de la Ley de Contrato de Seguro, lo que se fundamenta en que en el acta de peritación impugnada no se realiza valoración de los daños causados en las mercaderías ni por pérdida de beneficios, únicas partidas sobre las que no existía acuerdo entre los peritos designados, respectivamente, por la aseguradora y la asegurada, solicitándose en el suplico que se «dicte en su día sentencia por la que se determine la indemnización total que correspondería percibir a mi representada y condenando a la demandada a estar y pasar por dicha valoración, con expresa imposición de costas a la demandada» y en el escrito de réplica, la recurrente suplica se «dicte en su día sentencia por la que de acuerdo con el suplico de nuestro escrito de demanda se determine la indemnización total que por los conceptos que debieron ser objeto de valoración por el tercer perito al efecto designado correspondería percibir a mi representada y condenando a la demandada a estar y pasar por dicha valoración con expresa imposición de costas a la demandada».

Tal pronunciamiento de la pretensión de la demandante evidencia que la acción por ella ejercitada tiene la naturaleza o pertenece a la clase de las llamadas, por la doctrina y la jurisprudencia, acciones merodeclarativas a las que se refiere la sentencia de esta Sala de 8 Nov. 1994, según la cual «aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso las acciones merodeclarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas "acciones" y de hecho no son infrecuentes en la práctica, en especial en el campo de los derechos reales. Este tipo de pretensiones no intenta la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no busca por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, y la parte contraria no se opone al derecho»; avanzando en esta doctrina, la sentencia de 18 Oct. 1999 afirma que «la posibilidad de las acciones meramente declarativas, aunque no esté expresamente reconocida en la Ley Procesal, es una realidad reconocida ampliamente en la jurisprudencia (sentencias de 18 Nov. 1994 y 18 Jul. 1997), pero no es advertible, singularmente, en el terreno de las deudas pecuniarias toda vez que, salvo algún condicionante específico (que aquí no consta), no se entiende un interés jurídico en la declaración de existencia de la deuda, que no puede ser seguida de efectividad». La sentencia de 31 Jul. 2001, después de citar la reseñada de 18 Oct. 1999, añade «cuya posición ese extrapolable al supuesto del debate, toda vez, como la propia recurrente descarta la presencia, siquiera implícita, de acciones de condena en la demanda, corresponde sentar la inexistencia de interés jurídico en el exclusivo ejercicio de las promovidas con la súplica de la declaración de la deuda en cantidad líquida» y más adelante señala esta sentencia que «por lo demás conviene recordar la regla contenida en el art. 219.1 de la Ley 1/2000, de 7 Ene., de Enjuiciamiento Civil, la cual dispone que "cuando se reclame el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago (...)", que aunque no es de aplicación al supuesto del debate en virtud de la disposición transitoria cuarta de esta Ley, expresa la actual posición legislativa sobre esta materia».

perspectiva parecía casar perfectamente con la negación de la autonomía de la acción meramente declarativa en el ámbito de lo pecuniario que, como he defendido anteriormente, se halla explícitamente recogida en el art. 219.1 LEC. Ahora bien, una interpretación excesivamente estricta de esta proscripción de la tutela de mera-declaración en el ámbito de lo pecuniario podría atentar contra el derecho a la **tutela judicial efectiva**. Como se expuso en el apartado 4.4.1 de esta misma obra, el Tribunal constitucional fraguó su propia doctrina sobre esta cuestión, la cual ha sido pulcramente recogida por CALDERÓN CUADRADO⁷⁸², quien concluye que: “Es manifiesto, por tanto, que para el Tribunal Constitucional no debía –ni debe- negarse la admisibilidad con carácter general de la tutela meramente declarativa. Pese a la ausencia de norma en tal sentido en el ordenamiento español de entonces, la propia Constitución respaldaría aquella construcción jurisprudencial favorable a este tipo de acciones. Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva exigía –y exige-, en su opinión, dar una respuesta favorable a su reconocimiento generalizado, que no incondicionado, quedando abierta, en consecuencia, la posibilidad de recurrir en amparo ante el máximo intérprete de la Constitución por vulneración del artículo 24 de la misma.”⁷⁸³

Sobre ello se volverá al analizar la prohibición de diferir la liquidación para la ejecución de la sentencia (apartado 4.10.3 de este estudio). A lo que ahora importa es interesante hacer constar que el **Tribunal Supremo** ha dictado diversas resoluciones en que admite la tutela de mera-declaración en este ámbito, como se observa en su **sentencia de 10/02/2009 (Sala 1ª)**⁷⁸⁴, en cuyo fundamento de derecho octavo expuso que: *Por lo que afecta a la acumulada pretensión de indemnización por los daños y perjuicios causados, por el aprovechamiento de la reputación de las marcas de la recurrente, en el sentido antes explicado, según la imitación de sus prestaciones por la*

La expuesta doctrina jurisprudencial aplicada al caso litigioso, en que la acción ejercitada constituye un claro ejemplo de acción meramente declarativa de la liquidación de la indemnización que se dice debería abonar la demandada a la actora, pero sin actuar ninguna pretensión de condena a su pago, pone de manifiesto la inexistencia de un interés jurídico en el ejercicio de esa acción. Inexistente, por tanto, interés jurídico en el ejercicio de la acción planteada, resultan inútiles las pruebas propuestas con la finalidad de determinar el montante de la indemnización cuya simple o mera declaración se postula. En consecuencia procede la desestimación del motivo. Dictada en resolución del rec. 3100/1997 y de la que fue ponente González Poveda, Pedro, nº de sentencia 601/2003, LA LEY 108336/2003.

⁷⁸² *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 142 a 148. Relaciona esta jurista, entre otras, las SSTC 20/1993, Sala 2ª, de 12 de febrero, 39/1984, Sala 1ª, de 20 de marzo, 71/1991, Sala 2ª, de 8 de abril, 210/1992, Sala 1ª, de 30 de noviembre y 65/1995, Sala 2ª, de 8 de mayo.

⁷⁸³ Ídem, págs. 147 *in fine* y 148 *ab initio*.

⁷⁸⁴ Dictada en resolución del rec. 2012/2005 y de la que fue ponente Almagro Nosete, José, nº de sentencia 49/2009, LA LEY 2639/2009.

*contraparte (generando confusión o riesgo de asociación en el consumidor medio), ha de estarse a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de noviembre de 2008 que explica (fundamento jurídico quinto) las limitaciones de la Ley de Marcas de 1988 y cómo las acciones de protección de las marcas se acompañaron de las de Competencia desleal, lo que conduce a la aplicación del art. 11.2 de la Ley 3/1991. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a indemnización no comporta que en este proceso pueda fijarse el alcance ni la cuantía de la indemnización ya que no cabe establecer, más allá del pronunciamiento declarativo, ninguna condena concreta. Y en cuyo fundamento de derecho noveno dijo que: En efecto, la demanda originaria de este proceso fué registrada por el Juzgado de Primera Instancia el día 22 de octubre de 2001 (coincidente con la fecha de la demanda), esto es en plena vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, conforme a lo establecido por la Disposición Final vigesimotercera (la presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el BOE del Estado). Tal vigencia obliga, de acuerdo con el art. 219 si se pide la condena al pago de cantidad, a que se cuantifique exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando, claramente, las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una simple operación aritmética. Por ello, no se puede acoger el pronunciamiento contra las demandadas a indemnizar a la mercantil Freixenet en la cantidad que se establezca en la sentencia. En consecuencia, debe entenderse que la condena al pago se hace a reserva, en su caso, de liquidación para un pleito posterior. Y como también se desprende de otras, como de sus **sentencias de 21/03/2012 (Sala 1ª)**⁷⁸⁵, y **de 5/10/2012 (Sala 3ª, Sección 5ª)**⁷⁸⁶.*

⁷⁸⁵ En cuyo fundamento de derecho cuarto se dijo que: *Motivo tercero. Por incurrir la resolución en infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. "Concretamente y también en cuanto a la declaración de la existencia de perjuicios en el demandante, se denuncia infracción del art. 219 LEC por entender que la indicada sentencia de segunda instancia vulnera el precepto señalado al incluir un mero pronunciamiento declarativo de perjuicios, sin solicitar el demandante, ni acordarlo la propia Audiencia, condena a pago alguna".*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se introduce un pronunciamiento declarativo de daños, pues así se solicitó por el actor en la audiencia previa y se reprodujo en el recurso de apelación, como ya hemos razonado al contestar al motivo primero, y no cabe extrañeza por la omisión de condena concreta, pues la parte demandante se reservó las acciones civiles para ejercitarla en posterior proceso por lo que lejos de infringirse el art. 219 LEC, se respeta escrupulosamente el mismo. (En este sentido la STS de 11 de octubre de 2011, entre otras). Dictada en resolución del rec. 72/2009, y de la que fue ponente Arroyo Fiestas, Francisco Javier, nº de sentencia 131/2012, LA LEY 29288/2012.

A mi entender, en las anteriores resoluciones se interpreta que el art. 219 LEC sólo pretende impedir que se reserve de liquidación para la ejecución (lo que hace sin duda en su apartado tercero), pero a costa de obviar lo que se regula en los dos primeros apartados del mismo precepto. El razonamiento que subyace en las mismas es equiparable al que se expuso en la **sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 15/09/2008**⁷⁸⁷, en cuyo fundamento de derecho décimo tercero se dijo que: *La demandante, por último, también solicita se condene a LA SEXTA "al pago de una indemnización por la cuantía que resulte de la liquidación que se practique en un posterior juicio declarativo". El derecho a ser indemnizada viene reconocido en los artículos 138 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual. Ahora bien, al remitir la liquidación de los daños a lo que resulte en un ulterior procedimiento, debe analizarse si tal pretensión se ajusta a las limitaciones del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo apartado primero se prohíbe expresamente las pretensiones meramente declarativas del derecho a percibir una cantidad determinada o indeterminada de dinero, exigiendo la norma que se solicite también "la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética".*

⁷⁸⁶ En cuyo fundamento de derecho quinto expuso que: *Ahora bien, la estimación del recurso comporta también, como se solicita en el suplico del escrito de demanda, que declaremos "el derecho a la reparación de los daños y perjuicios causados".*

Esta declaración, además de la anulación del acto y la rectificación del error, agota el contenido de nuestro fallo, en concordancia con lo solicitado y razonado en la demanda. Conviene precisar que lo solicitado al respecto es únicamente que se declare el derecho a la reparación de daños y que lo razonado por la recurrente, en el fundamento VII de la demanda, indica que " no pudiéndose determinar de forma cierta el perjuicio ocasionado, no es posible su liquidación en la demanda ni interesar una condena a una cuantía concreta". Añadiendo, en el citado escrito, que el recurrente "se reserva expresamente las acciones y recursos que correspondan para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado". Y, en fin, sin olvidar que la Administración General del Estado no hace referencia alguna a tal pedimento de la demanda.

Acorde con lo expuesto y de conformidad con lo que disponen los artículos 71.1.d) de la LJCA y 219.3 de la LEC procede declarar el derecho a la reparación, que corresponderá a la Administración General del Estado. No podemos, en definitiva, ni fijar importe alguno de indemnización ni establecer las bases a las que debiera sujetarse para su efectividad en ejecución de sentencia. Y no podemos acordar tal previsión porque el artículo 71.1.d) de la LJCA sólo permite fijar la cuantía de la indemnización cuando " lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello ", y en este caso ni se pide ni consta tal probanza. Tampoco podemos establecer las " bases para la determinación de la cuantía " porque no se solicita en el suplico de la demanda, que se limita a señalar en los fundamentos, que lo que se propone, cuando pone en relación los derechos de asignación no concedidos y el valor en el mercado (bolsa) de carbono, es una mera aproximación.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil recurrente. Dictada en resolución del rec. 608/2011, y de la que fue ponente Teso Gamella, María del Pilar. LA LEY 154039/2012.

⁷⁸⁷ Dictada en el proc. 467/2007, por Ribelles Arellano, José María, LA LEY 124225/2008.

La petición de la actora, en principio, chocaría con lo dispuesto en el precepto transcrito. Ahora bien sí parece tener encaje en la excepción del último inciso del apartado tercero, por el que se permite "al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". Esto es, lo que el artículo 219 no parece admitir es la reserva de liquidación para la fase de ejecución, siendo válido, por el contrario, el que se determine la cantidad líquida en un procedimiento declarativo posterior. En este caso la pretensión de condena genérica se asemejaría a una pretensión meramente declarativa que actuaría como antecedente lógico del pleito posterior. Por todo ello debe acogerse la petición de la demandante.

A modo de **resumen** se pueden extraer dos grandes conclusiones del presente apartado, vinculadas ambas con lo prescrito en el art. 24 CE. En primer lugar, si se conviene que el art. 219.1 LEC prohíbe de forma explícita, genérica e indiscriminada el ejercicio de la tutela de mera declaración en el ámbito de lo pecuniario, se podría poner en duda su constitucionalidad pues, como ya se comentó⁷⁸⁸, el Tribunal Constitucional⁷⁸⁹ ha reconocido la tutela meramente declarativa como una más de las que integran el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Por tanto, al vedarla de manera general sin tener en cuenta la existencia de un posible interés legítimo en su uso, se podría llegar a vulnerar aquel derecho fundamental.

Inextricablemente unido a lo anterior (y buen ejemplo de ello son las sentencias extractadas) está la cuestión de la inaplicación por diversos tribunales, incluyendo al mismo Tribunal Supremo, de esa proscripción. En estos casos, en mi opinión, aprovechando la defectuosa dicción del art. 219 LEC, se burla la prohibición que establece su apartado primero considerando que el mismo queda excepcionado por su apartado tercero. Pero obsérvese que esa excepción se usa a modo de norma general; de esta forma, más que excepcionar, lo que haría este apartado tercero sería contradecir lo que se prescribe en el primero. Inconsistencia esta última que, aunque sólo aparente,

⁷⁸⁸ Vid. el apartado 4.4.1. de esta misma obra.

⁷⁸⁹ Cfr. STC 20/1993.

también podría ser causa de su inconstitucionalidad⁷⁹⁰. Y digo que sólo es aparente la misma al considerar incorrecta esta forma de interpretar el precepto pues, como se expone a lo largo del presente estudio, la sentencia con reserva (art. 219.3 LEC) no es una sentencia de mera-declaración, sino una sentencia de condena escindida, siendo el único interés que la habilita el de la imposibilidad de probar el *quantum* de lo debido.

4.4.5. Precisiones sistemáticas y terminológicas: en torno a la liquidez y distinción entre figuras afines⁷⁹¹.

4.4.5.1. Liquidez y sentencia con reserva.

Habiéndose examinado en los apartados anteriores la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva de liquidación desde la perspectiva de los diversos tipos de tutelas de declaración, resulta ahora pertinente analizar esa misma naturaleza pero desde **otra perspectiva**. Para ello hay que advertir ya que no es por casualidad que, en la LEC del 2000, se regulen de forma sucesiva tres tipos diferentes de sentencias, en los correlativos artículos 219 a 221 LEC⁷⁹², preceptos cuya vinculación ha sido explicitada por varios autores. Así, por ejemplo, ARMENTA DEU analiza las anteriores normas bajo un único epígrafe: “La liquiditat de la sentencia: la seva relació amb el contingut de les sentències en supòsits especials (sentències il·líquides; condemnes de futur, i sentències favorables a associacions de consumidors i usuaris)”⁷⁹³, relacionando la

⁷⁹⁰ V. gr. cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento civil...*, opus cit., págs. 1360 a 1362.

⁷⁹¹ En este apartado únicamente se abordarán con cierto detenimiento los dos tipos sentencias normadas en los arts. 220 y 221 LEC, por ser las únicas que la LEC del 2000 ha regulado expresamente, y por las vinculaciones que presentan con las sentencias con reserva de liquidación. *Vid.* sobre esta misma temática FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., epígrafe: “Delimitación de figuras afines”, págs. 21 y 22, en el que también trata de distinguir las sentencias con reserva de las normadas en los artículos 220 y 221 LEC. A ellas se añadirá un sucinto comentario sobre las sentencias condicionales con las que también se ha relacionado la sentencia con reserva. Se deja apuntada la existencia de similares cuestiones (a las que en este apartado se verán) con respecto a las sentencias colectivas que se pueden dictar en el ámbito laboral. Sobre esta última cuestión se puede consultar GRANADOS ROMERA, M^a I., *La sentencia colectiva*, opus cit.

⁷⁹² Como afirma TÁPIA FERNÁNDEZ, I.: “Los artículos 219, 220 y 221 hacen referencia al contenido de la resolución judicial que pone fin al litigio en supuestos muy específicos; en casos en los que se pretende de los tribunales unas muy concretas tutelas jurídicas.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 796.

⁷⁹³ ARMENTA DEU, TERESA y GARCIA ALBERO, JORDI (actualizadores de la presente edición) y OROMÍ VALL-LLOVERA, SUSANA (resúmenes, actividades, glosarios, bibliografía y tratamiento didáctico), *Dret processal I*, segunda edición, Material docente de la UOC, Barcelona, Eureka Media, S.L., 2010, capítulo: “Acabament del procés: recursos i cosa jutjada. Judici ordinari i judici verbal”, págs. 20 a 22.

exigencia de la liquidez de la sentencia tanto con la coherencia de lo solicitado por las partes como con las necesidades de la ejecución, y considerando esta exigencia la regla general (art. 219.2 LEC)⁷⁹⁴. En la misma dirección se pronuncia MONTERO AROCA cuando, precisamente dentro del epígrafe “Liquidez”, analiza estos tres tipos de sentencias⁷⁹⁵. Otros autores también han conectado los antedichos preceptos (o, al menos, dos de ellos), pero sirviéndose de otros conceptos. V. gr., ORTELLS RAMOS, lo hace en torno a la cuestión de “la determinación de los pronunciamientos”⁷⁹⁶, mientras que PEREDA GÁMEZ argumenta que: “*Las sentencias con reserva de liquidación, las condenas de futuro y las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios pueden quedar “abiertas”, pendientes de una posterior concreción.*”⁷⁹⁷.

En consonancia con las opiniones de los anteriores autores, parece conveniente en este momento enfocar la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva a partir de su comparación con los otros dos referidos tipos de sentencias, vertebrándose en torno a la mencionada cuestión de su **liquidez**. Partiendo de lo anterior, se pueden fijar las siguientes hipótesis de partida:

1.- La sentencia, en principio y con carácter general, ha de ser líquida (obviamente, siempre que trate de una pretensión de esa naturaleza) en virtud de lo establecido

⁷⁹⁴ En idéntico sentido se pronuncia en *Lecciones de Derecho Procesal Civil...*, opus cit., pág. 223.

⁷⁹⁵ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 14ª edición, Tirant lo blanch, València, 2005, págs. 346 a 348.

⁷⁹⁶ ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, opus cit., págs. 451 y 452. Asevera este autor que la completa determinación “es la regla general. Pero la LECiv establece dos supuestos de sentencias relativamente indeterminadas, en los que es necesaria una posterior integración de la sentencia mediante una actividad declarativa complementaria.” Pág. 451. Como se ha recogido anteriormente, este jurista considera que esa indeterminación gira justamente entrono a la liquidez en el caso del artículo 219 LEC, mientras que en el otro supuesto de indeterminación que recoge, el de: “Las sentencias dictadas previa demanda de las asociaciones de consumidores y usuarios con base en su legitimación para instar, por sustitución, condena a prestación a favor de consumidores y usuarios, o con base en su legitimación para instar la tutela de intereses colectivos de éstos (art. 221 LECiv)”, la necesidad de “una actividad declarativa de integración, prevista en el artículo 519 LECiv”, tendría por objeto “apreciar concretamente si en la persona que acude al tribunal concurren las características que le permiten beneficiarse de la sentencia.” Pág. 452.

⁷⁹⁷ C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 292.

(primordialmente) en los artículos 209.4 y 219.1 y .2 LEC. Por tanto, la **regla general** instauraría la necesidad de efectuar la liquidación en la sentencia⁷⁹⁸.

2.- La sentencia solo puede ser ilíquida en el caso prescrito en el artículo 219.3 LEC. Esta sería la **regla especial** en este asunto⁷⁹⁹.

4.4.5.2. Sentencia con reserva y condena de futuro.

Partiendo del anterior esquema, lo primero que cabe afirmar es que las sentencias con condenas de futuro del **artículo 220 de la LEC** no son ilíquidas. Concretamente este último precepto prescribe que:

1. Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.

2. En los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y el demandante lo hubiere interesado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia, el auto, o el decreto incluirán la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca,

⁷⁹⁸ Aquí resulta pertinente rememorar el anterior análisis sobre la especialidad/excepcionalidad de las reglas recogidas en el art. 219 LEC. Por otro lado cabe recoger que, para MONTERO AROCA, J., esta regla general “tiene un doble contenido”, en relación al actor y al tribunal, pues ambos deberán fijar el importe exacto de las respectivas cantidades o las correspondientes bases. *Derecho Jurisdiccional II*, opus cit., pág. 346.

⁷⁹⁹ En este punto no parece haber controversia alguna, pronunciándose unánimemente la doctrina en este sentido. A título ejemplificativo se puede citar a MONTERO AROCA, J. (ídem, pág. 347), y a PEREDA GÁMEZ, F. J. (C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 293). Recuérdese empero la defensa que efectúe en el apartado anterior referente a la especialidad/excepcionalidad de las reglas recogidas en el art. 219 LEC, en el que concluí que el art. 219.1 LEC era norma excepcional frente al art. 5 LEC, mientras que el art. 219.3 LEC acababa “reenganchando” con éste último precepto la posibilidad de ejercitar (funcionalmente) cierta tutela de mera-declaración. Lo anterior no es incompatible con el presente esquema al variar el punto de vista: allí traté de este tema desde la perspectiva de los tipos de tutela declarativa; ahora se está ante el foco centrado en la liquidez de las sentencias, complementándose en definitiva ambos planos.

*tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.*⁸⁰⁰

Esta figura, al igual que sucedió (como ya hemos visto) con la tutela de mera-declaración, tuvo un reconocimiento inicialmente **jurisprudencial** y luego legal, a partir de la LEC del 2000, como también ha ocurrido con aquella⁸⁰¹. Este hecho lo

⁸⁰⁰ Este segundo apartado se añadió por la **Ley 19/2009, de 23 de noviembre**, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (BOE núm. 283, de 24/11/2009), y se modificó por la **Ley 4/2013, de 4 de junio**, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5/06/2013). Sobre la situación de esta materia antes de la anterior modificación del 2009, se puede consultar el comentario de GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO a la **SAP de Burgos de 29/10/2001**, en el que se relata diáfananamente la problemática existente antes de la citada reforma. Central en esta cuestión era la materia referente a cómo se debían reclamar las cuantías que, una vez deviniera firme la sentencia que estimase una pretensión de deshaucio, se pudieran devengar por continuar al antiguo arrendatario en la posesión (ahora ya ilegítima) del correspondiente inmueble. Sobre este asunto, el mentado autor considera que: “Existe en nuestro ordenamiento una acción que permite obtener sentencia que condene al arrendatario a abonar una indemnización al arrendador en los casos en que, tras haberse dictado sentencia estimatoria de una pretensión de deshaucio, aquél se mantenga en la posesión del inmueble.” La cuantía de esa indemnización sería: “la de la renta y cantidades asimiladas pactadas en el contrato que se resuelve por medio de la sentencia de deshaucio, y tendrá, como aquéllas, un devengo periódico.” En cuanto al tema de la acumulación de acciones, la anterior acción que “es de condena a una prestación futura”, se debía acumular “a la de deshaucio y a la reclamación de las rentas impagadas, pues sólo en tal caso se actualiza el fundamento que permite reconocerla como existente.” *Jurisprudencia* § 533. *Emiliano E. I. c. Eusebio Emilio F. D. y Martina M. F. AP Burgos S 29 octubre 2001. § 533. Sobre la posibilidad de obtener una condena de futuro en un proceso de deshaucio por impago de rentas*, en *Tribunales de Justicia*, número 12, diciembre 2002, págs. 77 a 82, pág. 81 para los anteriores fragmentos. Como se observa con el actual redactado del art. 220.2 LEC, el anterior enfoque ha sido el recogido (sustancialmente) en la actual normativa, con lo que a los futuros arrendadores que se puedan ver en esa compleja situación ya no deberán “esperar que este criterio se extienda a los demás órganos jurisdiccionales”, ni cabe ya el riesgo de que nazcan “prácticas jurisprudenciales contradictorias” (*idem*, pág. 82) pues, en este caso, el Legislador ha actuado con pulcritud, resolviendo un vacío que, efectivamente, podía dar lugar al anterior riesgo alertado por el citado autor.

⁸⁰¹ Tardó también en reconocerse legalmente este tipo de sentencias en otros ordenamientos de nuestro entorno. Así nos lo muestra CHIOVENDA, J., quien comenta que (en aquellos momentos) en el ordenamiento italiano tampoco existía una regulación específica; así lo explica este inclito autor: “Nuestra ley no contiene normas generales acerca de las condenas de futuro; pero la doctrina las deduce justamente del mismo concepto del interés en obrar y de los principios generales”. Por el contrario: “El texto moderno del Reglamento germánico (§§ 257 a 259) ha regulado detalladamente esta materia; pero las nuevas disposiciones fueron juzgadas por alguno de superfluas.” *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., págs. 192 y 193; cita con carácter general a De Palo, Galante, Mortara, Moos y Hellwig; y en este punto, a pie de la pág. 193, a Kohler en *Civilprozessrecht*, pág. 107.

En España, diversos autores han narrado la evolución histórica de esta figura, como por ejemplo CORDÓN MORENO, F., quien realizó un comentario sobre este tipo de sentencias, respondiendo a la pregunta: “¿En qué supuestos cabe la condena de futuro?”, de cierto interés para conocer el estado de la cuestión antes de la entrada en vigor de la LEC 2000. Se pone de manifiesto en el mismo la gran importancia que tuvo en este campo la jurisprudencia, de la cual hace una notable relación, afirmando en este sentido que: “Si bien la LECiv [de 1881] no contempla las condenas de futuro, su admisibilidad en nuestro ordenamiento ha sido admitida por la jurisprudencia, aunque como excepción a la regla general”. *Proceso Civil de Declaración*, opus cit.; págs. 280 *in fine* a 282, págs. 280 *in fine* y 281 *ab initio* para la presente cita. También en este punto se puede acudir a TAPIA FERNANDEZ, I., cuyo comentario es interesante no tan solo porque compara la regulación de este tipo sentencia con el que se realiza en otros ordenamientos (señalando, v. gr., que en el sistema procesal alemán se admite este tipo de sentencias con

explicitan claramente LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, cuya aportación recojo seguidamente, al enlazar este hecho con la sentencia con reserva; concretamente estos autores sostienen que: “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya habían acogido, antes de la LEC –primera norma procesal civil que admite tal solicitud-, esta posibilidad de las condenas de futuro, y, precisamente, como excepción a la prohibición de las sentencias con reserva de liquidación contenida en el artículo 219 LEC. <<Una forma de tutela, como la condena de futuro, no puede ser excluida o negada a radice sólo por el hecho de que, por excepción a la regla general, conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles; ciertamente esto no significa la indiscriminada admisibilidad ex Constitutione de este tipo de tutela en toda clase de procesos, correspondiendo al legislador o, en su defecto, a los Jueces y Tribunales, sobre la base de los principios generales del ordenamiento, el perfilar los presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional, que ha de contar por parte de quien impetra la tutela, de forma similar a los supuestos de ejercicio de acciones meramente declarativas>> (STC 1.^a 194/1993, 14 junio).”⁸⁰²

Reenfocando la cuestión desde el punto de vista de la liquidez, se observa cómo ésta sería una de las principales notas diferenciadoras entre la condena de futuro y la sentencia con reserva. En este sentido resultan muy apropiadas las reflexiones de

carácter general; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., págs. 801 a 805, pág. 803 para la anterior cuestión) sino que también analiza la situación de esta materia antes de la LEC del 2000, señalando como un antecedente normativo el recogido en el art. 135.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, y resaltando también la importancia que ha jugado en este campo la jurisprudencia al aseverar que: “la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había venido reconociendo esta posibilidad en algunas de sus resoluciones (SSTS 19 noviembre 1954 [RJ 1954, 2594]; 24 septiembre 1984 [RJ 1984, 4335]) referidas a obligaciones sujetas a plazo, obligaciones condicionales, o prestaciones periódicas. Pero sobre todo, es a partir de la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1993 (RJ 1993, 194) cuando se tiene clara idea de la aptitud o posibilidad jurídica de un tipo semejante de tutela jurídica, dado que, como expresa la propia sentencia <<una forma de tutela de condena como la condena de futuro no puede ser excluida o negada “a radice”, sólo por el hecho de que por excepción a la regla general conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles>>; si bien ello no significa, en el extremo contrario, la indiscriminada admisibilidad de este tipo de tutela en toda clase de procesos.” Ídem, pág. 803. Por su parte, y a los efectos del estudio de este art. 220 LEC, son también interesantes las opiniones vertidas por RIBELLES ARELLANO, en cuyo comentario realiza un detenido análisis de los “Antecedentes legales y jurisprudenciales” del citado precepto, que engarza con algunos artículos de la ALEC, así como de los derogados artículos 135.2 LAR y 40 LAU de 1994. Añade también jurisprudencia del TS y del TC, extractando algunas de sus sentencias. Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., págs. 851 a 855.

⁸⁰² GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 296 y 297 *ab initio*. Que algunos autores no confundieron ambos institutos se constata con las siguientes palabras de FERNÁNDEZ, M. A.: “No es, en cambio, prestación de futuro aquélla cuyo importe debe determinarse en ejecución de sentencia (360), háyanse o no fijado bases para la liquidación.” Con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., pág. 22.

FERNÁNDEZ LÓPEZ quien sostiene que, en el caso de la condena de futuro, la cantidad se puede determinar. Siguiendo las opiniones de esta autora resultaría que lo peculiar de estas sentencias no estribaría en su liquidez ni en la determinación de la prestación debida, sino en su **periodicidad**, debiéndose fijar la cantidad debida (o sus bases) en la sentencia; evidentemente, con posterioridad a la sentencia deberán reclamarse las cantidades que se vayan devengando y que no fueren abonadas. Se hace así necesario diferenciar el concepto de liquidez del de **vencimiento**. Aquí la cantidad es líquida pero **no exigible** (pues aún no ha vencido)⁸⁰³, es decir, no se ha cumplido el requisito temporal para que esas cantidades sean debidas. Y, como acertadamente apunta la mencionada profesora, este hecho comporta una gran diferencia entre estas sentencias con condena de futuro y las sentencias de carácter ilíquido pues, mientras éstas últimas son inejecutables, las de futuro conforman un **verdadero título ejecutivo** que no necesitaría de “un pronunciamiento judicial posterior”⁸⁰⁴.

Por otro lado, la naturaleza jurídica **de condena** de las sentencias de futuro parecería indubitada⁸⁰⁵. Así lo explicitan LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO al

⁸⁰³ **Falta de exigibilidad** que es resaltada por diversos autores como, por ejemplo ARMENTA DEU, T., quien afirma que: “Aquest tipus de sentències de condemna pateix de l'exigibilitat, en la mesura que la prestació no és deguda en el moment en que es dicta la resolució.” Esta autora relaciona este tipo de sentencias con el art. 578 LEC y, para el caso específico de acumulación de una acción de reclamación de rentas periódicas a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, con el art. 220.2 LEC. *Dret processal I*, opus cit., pág. 21. También se observa este acento en RIBELLES ARELLANO, quien sostiene que las condenas de futuro son una modalidad de las acciones de condena (o de las sentencias de condena) cuya característica recae en el hecho de que, cuando se interpone la demanda (y se dicta la sentencia) no es exigible la prestación, o lo es sólo en parte. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 852. Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO afirman que “el presupuesto de la condena de futuro exige que la prestación periódica o los intereses venzan y sean exigibles después de la sentencia”. *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 297 y 298. Y en el mismo sentido CORDÓN MORENO, F., también considera a estas condenas de futuro como una excepción a la norma que “la pretensión de condena” deba recaer sobre una prestación que esté vencida y sea exigible. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 91.

⁸⁰⁴ *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 21 y 22; en este momento se remite a pie de la página 22 a López Simó, F.

⁸⁰⁵ Así ya lo entendió CHIOVENDA, J., cuanto manifestó que: “En todos estos casos, la sentencia es de condena, porque el juez tiene presente la ejecución de la propia sentencia.” *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., véanse págs. 192 y 193. Por el contrario, WACH, A., sostuvo que: “Una acción fundada en el derecho a prestaciones continuadas, en parte aún no vencidas, sería acción de condena sólo en cuanto persiga las prestaciones de plazo vencido, y en lo demás, acción declarativa. Sólo podría plantearse la cuestión de si, para el reclamo a condenas futuras, no sería fundamento suficiente de protección, el hecho del incumplimiento hasta ese momento. La práctica confirma esto, y lo mismo hace el Proyecto de Código Civil.” *La pretensión de declaración*, opus cit., pág. 79; a pie de la misma reconoce empero que: “Comúnmente se habla en estos casos sólo de condena”, citando en este sentido expresamente a Weismann y a Rocholl. En congruencia con lo anterior, prosigue arguyendo posteriormente que: “La violación del derecho es causal de declaración, si se presenta en forma de

sostener su naturaleza de “pretensiones de condena y no meramente declarativas” al poder el demandante “acudir directamente al proceso de ejecución, siendo el título ejecutivo la sentencia de condena de futuro”⁸⁰⁶. Ahora bien, de forma similar a lo que sucede con la tutela de mera-declaración, se acentúa en este caso el **requisito del interés**⁸⁰⁷. Así lo explicita CORDÓN MORENO al afirmar, recogiendo la doctrina del TC, que este tipo de tutela “ha de contar, por parte de quien la ejercita, lo mismo que las acciones meramente declarativas, de un interés cualificado”⁸⁰⁸.

incumplimiento de una obligación de efectuar prestaciones periódicas, motivando no sólo la acción por condena al pago de lo ya vencido, sino también la pretensión declarativa, respecto de las cuotas futuras. En el incumplimiento está involucrado un ataque al derecho total, origen de la prestación respecto de las cuotas. La manifestación del reconocimiento de aquél, de su estricto cumplimiento sería, en vista de la violación, una *protestatio facto contraria*, siempre que la falta de pago de una cuota no se basara en una causa aislada de exención, correspondiente solamente al pago de ella. Por ello, la acción podrá basarse *ab initio* en la relación jurídica total, y ya no podrá evitarse la condena por medio del pago y reconocimiento durante el juicio.” Ídem, pág. 116.

En España se las conceptúa claramente como de condena. Así, por ejemplo, DAMIÁN MORENO, JUAN, sostiene que: “Se habla así de sentencias de condena presente y prestación futura [PRIETO-CASTRO]; no son sentencias de mera declaración, sino de condena. La diferencia estriba en que las de condena, una vez pronunciado el acaecimiento previsto en la norma, deviene título ejecutivo sin necesidad de una nueva declaración y, sin embargo, las segundas nunca pueden, por sí solas, dar lugar a una ejecución.” *Introducción al sistema judicial español*, 2ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, 2012, pág. 167.

⁸⁰⁶ GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 297 y 298.

⁸⁰⁷ Este hecho ya lo destacó también CHIOVENDA, J., quien hizo pivotar su exposición justamente sobre la cuestión del interés, el cual podía consistir bien:

- 1.- “En la necesidad de prevenir el daño que se derivaría de la falta de un título ejecutivo en el momento en que a [sic] prestación sea debida (juicios *preventivos*). Por ejemplo: si en el momento que vence un arrendamiento el arrendador no puede obtener la cosa arrendada aún en vía ejecutiva, no puede consignarla al nuevo arrendatario. Por esto, la práctica consentía al arrendador pedir preventivamente la condena al arrendatario a la dejación de la cosa el día del vencimiento”.
- 2.- “En la conveniencia de evitar juicios reiterados para conseguir lo que es debido periódicamente (plazos de arrendamiento, de alimentos, de intereses de rentas), cuando exista razón para estimar que estos juicios serían de todas maneras necesarios, como cuando el deudor es moroso en el pago de algunos plazos.”
- 3.- “En la necesidad de tener un título ejecutivo para obtener la actuación de la Ley respecto de una prestación que depende de una contraprestación del actor cuando éste se declara propicio a la contraprestación.”
- 4.- “cuando la Ley concede al juez la facultad de fijar un término al deudor (Cód. Civ., arts. 1.173 y 1.826, Código Proc. Civ., art. 741), la fijación del término puede hacerse juntamente con la condena, la cual es así exigible en futuro. Lo mismo ocurre cuando la sentencia pronuncia al mismo tiempo la resolución de un contrato y la condena a una restitución, pero concediendo una dilación al demandado (Cód. Civ., art. 1.165).” *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., véanse págs. 192 y 193; se ha respetado la cursiva del propio autor.

En la actualidad los autores italianos siguen acentuando este requisito. Por todos basten las siguientes palabras de PROTO PISANI, A., con las que finaliza su exposición sobre este tipo de condenas: “Da questi rilievi mi sembra si possa concludere a favore dell’ammissibilità in via generale della condanna in futuro, salvo la necessità di verificare, in concreto, la sussistenza del requisito dell’interesse ad agire.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 168 *ab initio*, dedicando a “Il problema della condanna in futuro” sus págs. 165 a 168 *ab initio*.

⁸⁰⁸ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 91. Por su parte TAPIA FERNÁNDEZ, I., también remarca la importancia que, en este tipo de tutelas, adquiere el concepto de “interés en accionar”. Dicho interés “puede surgir antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se preanuncia próxima y probable. [...], el Juzgador sólo

Las antedichas peculiaridades de este tipo de sentencias han suscitado el que también hayan sido objeto de otras clasificaciones, v. gr., se las incluído en ocasiones dentro de las sentencias **condicionales**⁸⁰⁹. En este sentido, y conectando nuevamente condena de futuro y condena con reserva, TAPIA FERNÁNDEZ arguye que estas sentencias (las de futuro) contienen una reserva, pero no de liquidación sino “con reserva de la excepción de cumplimiento”, afirmando asimismo que se las suele también calificar como

podrá apreciar el interés en pedir la condena de futuro en cada caso en concreto, valorando la verosimilitud o probabilidad del futuro incumplimiento.” Ídem, pág. 802.

⁸⁰⁹ Relacionado con esta cuestión, LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO sostienen la no asimilación de “las condenas de futuro sobre este tipo de obligaciones con las obligaciones sometidas a condición. La prestación periódica o los intereses no están sometidos a más condición que el transcurso del plazo para su vencimiento y su exigibilidad”. GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 297 y 298. Por su parte PEREDA GÁMEZ, F. J., considera que: “Debe diferenciarse la condena de futuro de los juicios de carácter preventivo o cautelar, y también de la condena “con reserva” y de la condena “condicional”. C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 295. También relevante para el presente tema es la **sentencia nº 206/2005 de la AP de Cantabria (Sección 2ª), de 25 de abril del 2005**, resolutoria del recurso nº 250/2004, pues en su fundamento de derecho sexto dijo que: *El siguiente motivo del recurso de apelación combate la remisión que se hace en la propia sentencia a la fase ejecutiva para la liquidación de la indemnización correspondiente a un periodo de sanidad y unas secuelas que el juez respectivamente estima no concluido y pendiente de determinar tras la maduración de la menor y su completo desarrollo ocular.*

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil procura restringir las sentencias con reserva de liquidación a los casos en que sea imprescindible y así el art. 219 impide que salvo los casos en él tasados pueda el demandante pretender o el tribunal permitir que en la sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. Debe diferenciarse entre estas sentencias de condena con reserva de liquidación del dinero, frutos, rentas, utilidades o productos a pagar y simultánea fijación clara y precisa de las bases para tal liquidación y cuyo régimen local se contiene en el citado art. 219, de las denominadas condenas de futuro del art. 220, respuesta judicial a las denominadas acciones preventivas («acciones en prevention»), comúnmente acogidas en el ordenamiento jurídico francés y que han sido calificadas por la doctrina como sentencias de condena condicional, donde la condición está representada por la futura inobservancia de la obligación, y de la que es claro ejemplo el de la sentencia casada por la del Tribunal Supremo 383/2002, de 30 de abril y que inicialmente condenaba a abonar una cantidad de dinero diaria hasta que se cumpliera cierta prestación por los condenados, y que es mencionada por la resolución aquí apelada.

Sin embargo, la sentencia objeto de este recurso de apelación, no es tanto una sentencia que contiene una condena de futuro, sino una hecha con reserva de liquidación, que únicamente sería admisible en derecho si se encontrara en alguno de los supuestos señalados en el art. 219.1 y 2 de la LEC, lo que claramente no es el caso. Tampoco se está en el supuesto final del art. 219.3 que permitiría la condena al pago de una indeterminada indemnización dejando para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades, porque no es ésta la pretensión exclusivamente planteada.

En consecuencia, este motivo del recurso sí debe ser parcialmente estimado, pero en la inteligencia, claro está, de que mientras Daniela no alcance con la edad su completo desarrollo ocular, no será posible establecer el periodo de curación que la niña ha necesitado, ni cuáles van a ser (si lo son) las secuelas que resultan definitivamente para su vista. Será entonces cuando definitivamente consolidada la situación y en un pleito posterior sea posible fijar con rigor la entidad del daño real padecido por el accidente, salvo el estrictamente estético, sin que --a la vista de la prueba pericial practicada-- puedan por ello descartarse ulteriores agravamientos, por los que también podrá la perjudicada reclamar. De la que fue ponente Arias Berrioategortúa, Bruno, La LEY nº 1354/2005.

sentencias “de condena condicional, donde la condición está representada por la futura inobservancia de la obligación” o como sentencia “incompleta o todavía abierta”⁸¹⁰.

Por otro lado, también se diferenciarían de las sentencia con reserva tanto por su **ámbito de aplicación**, como por las razones por las cuales se concibieron. En cuanto a lo primero⁸¹¹, y vista la claridad del precepto, baste el comentario de MONTERO AROCA, quien afirma que: “La necesidad de liquidez de la sentencia de condena dineraria no impide la posibilidad de condenas de futuro, esto es, relativas a obligaciones dinerarias atinentes, bien a intereses aún no vencidos, bien a prestaciones periódicas aún no devengadas, y en los dos casos atendiendo al momento en que la sentencia se dicta.”⁸¹²

⁸¹⁰ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 801.

⁸¹¹ Para conocer el estado de esta cuestión en el periodo inmediatamente anterior a la aprobación de la LEC del 2000, sirvan las siguientes reflexiones de DÍEZ-PICAZO, I., al hilo de su comentario de la **STS 1.ª 667/1997, de 18 de julio**, cuando dijo que: “De los numerosos problemas que pueden suscitarse al hilo de esta figura [de la condena de futuro], el que en esta sentencia [la citada 667/1997] se plantea es el problema central: su admisibilidad o, mejor dicho, el ámbito de su admisibilidad. Básicamente el problema consiste en determinar si la condena de futuro es una forma de tutela jurisdiccional típica o atípica, es decir, si no hay más supuestos de condena de futuro que los expresamente previstos en el ordenamiento (el paradigma es el artículo 135.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos) o si, por el contrario, aun en defecto de previsión legal expresa se pueden solicitar condenas de futuro en todos aquellos casos en que quepa fundadamente temer un incumplimiento futuro del deudor, aunque la obligación aún no haya vencido o incluso aunque la misma sea aún incierta. La presente sentencia no aborda con carácter general esta cuestión (tampoco tenía por qué hacerlo), pero de la misma parece deducirse lo que cabría denominar una posición intermedia: la condena de futuro no es una forma de tutela jurisdiccional que exija tipicidad, pero en los casos en que nó esté expresamente prevista su viabilidad tiene como presupuesto que se esté en presencia de una deuda cierta y con un momento cierto de vencimiento. Aparte de ello, aunque la sentencia no lo mencione, parece lógico que la condena de futuro exija también un interés, esto es, una específica necesidad o utilidad de la concreta tutela jurisdiccional que se solicita, que en este caso debe concretarse en un alto grado de certidumbre acerca del futuro incumplimiento del deudor.” § 126.- *Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, opus cit., pág. 358.

⁸¹² *Derecho Jurisdiccional II*, opus cit., pág. 347. Trata seguidamente este autor de forma separada los dos casos que menciona. De esta forma, en cuanto a los **intereses** sostiene que: “no se había realmente suscitado cuestión en torno a que la condena relativa a los mismos podía incluir también los que se produjeran tanto con posterioridad a la demanda como con posterioridad a la sentencia y hasta que se produjera efectivamente el pago; por ello en la ejecución de la sentencia la condena de intereses recibe el tratamiento de condena a cantidad líquida, aunque realmente no lo es”. Ídem, págs. 347 *in fine* y 348 *ab initio*. En lo relativo a la condena a **prestaciones periódicas**, manifiesta que: “Con rigor formal podría sostenerse que, tratándose de obligaciones dinerarias de pago periódico, la sentencia sólo podrá pronunciarse respecto de los plazos vencidos, bien en el momento de presentación de la demanda, bien en el de dictarse la sentencia, y aun esto segundo con reparos; pero si este rigor se lleva a sus consecuencias lógicas podría suceder que tuvieran que reiterarse los procesos conforme fueran venciendo los plazos de las prestaciones periódicas. Lo que el art. 220 permite es que es estos supuestos la condena se extienda, por un lado, a los plazos ya vencidos, con lo que se tratará de una condena que mira hacia el pasado, y, por otro, a los plazos que venzan con posterioridad a la sentencia misma, por lo que se habla de condena de futuro. La norma anterior debe ponerse en relación con el art. 578.” Ídem, pág. 348. Por otra parte, en relación a este tipo de sentencias, se reiteran las anteriores opiniones en la obra que, el citado MONTERO AROCA, J., realizó conjuntamente con FLORS MATÍES, JOSÉ, *Tratado de recursos en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 611, en la que mencionan además la posibilidad de que se

produzca en ciertos casos falta de exhaustividad o incongruencia (ídem, pág. 586), y en la que resaltan “que el artículo 220 es una norma procesal, relativa al contenido de la sentencia, por lo que la infracción de la misma debe denunciarse por el recurso de infracción procesal.” Ídem, pág. 612 *ab initio*. Y nuevamente vemos la reiteración en dichas opiniones en su posterior *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, en cuyas págs. 162 y 163 se reproduce (con respecto a dicho tema) lo contenido en las págs. 611 y 612 *ab initio* ya citadas.

Por su parte LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO limitan su campo de acción a “pretensiones de condena sobre prestaciones periódicas o pago de intereses”. GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 297 y 298. DAMIÁN MORENO, J., es algo más exhaustivo en su comentario al sostener que: “El presupuesto material para la admisibilidad de este tipo de condenas deriva de la existencia de una prestación diferida o de carácter periódico, tal como sucede por ejemplo en los procesos de deshaucio por falta de pago de las rentas o para la reclamación de cantidades debidas a las comunidades de propietarios (gastos de comunidad). Por lo tanto, quedarían fuera del ámbito todos aquellos supuestos cuyo fundamento resulte de la aplicación de las normas que facultan al acreedor a anticipar el ejercicio de la acción por temor a un eventual incumplimiento del deudor dentro del plazo establecido (art. 1.129 CC); por lo demás es claro que estas reglas no son aplicables a las obligaciones sujetas a plazo (art. 1.125 CC).” *Introducción al sistema judicial español*, opus cit., págs. 167 y 168 *ab initio*. Desde una perspectiva temporal hay que tener presente, como afirma GASCÓN INCHAUSTI, F., que el art. 220 LEC “no establece ningún género de límite a la eficacia en el tiempo de la condena de futuro: todo dependerá de la naturaleza de la prestación que subyace al proceso y cuyo cumplimiento futuro se reclama judicialmente.” § 533. *Sobre la posibilidad de obtener...*, opus cit., pág. 80.

Visto lo anterior resulta, en mi opinión, muy discutible que la condena de futuro sea el instrumento adecuado para la resolución de problemáticas como se expone (y en la forma que se expone) en la siguiente **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 10/09/2012**, en cuyo fundamento de derecho segundo se dijo que: *Prohibición de condenas condicionadas*.

2.1. *El 2º motivo del recurso de esta parte, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia que prohíben la condena condicionada, denuncia que la sentencia recurrida, en contra de lo previsto en los art. 219 y 220 LEC, declara la responsabilidad personal del demandado "por el valor de los bienes y derechos que deban formar parte del caudal relicto, y de los que hubiere dispuesto desde la fecha del fallecimiento del causante", condenándole, "de manera condicionada", a restituir a la masa hereditaria aquéllos de los que hubiere dispuesto o, en su defecto, su importe actualizado.*

En efecto, el recurrente censura la decisión del tribunal a quo de imponerle, sin esperar a la rendición de cuentas, una condena genérica e indeterminada para que responda, de forma condicionada, de unos hipotéticos actos de disposición que no se describen, sobre unos bienes que no se identifican salvo por su pertenencia a la masa hereditaria, con el fin de obligarle a restituirlos o, en su defecto, a reintegrar su valor, para cuya concreción tampoco se ofrece pauta alguna, todo lo cual -según entiende- infringe la prohibición de dictar condenas condicionales o de futuro más allá de lo permitido por los arts. 219 y 220 LEC, los cuales no autorizan a condenar sin concretar los actos por los que se condena ni las bases para la determinación de la responsabilidad por la que deba recaer ejecución, ni a posponer tales precisiones a esta última fase.

2.2. *La sentencia recurrida estima la pretensión de las actoras y condena al demandado a rendir cuentas por la administración de la herencia del causante, en virtud de lo dispuesto -por analogía con los albaceas- en el art. 317 CS en relación con el art. 8 CS, que limita las posibilidades de disposición de la herencia yacente por parte del "heredero llamado" a realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación, de vigilancia y de administración, además de promover interdictos en defensa de los bienes hereditarios.*

Como consecuencia, la sentencia recurrida declara la responsabilidad personal del demandado por "los actos de disposición de bienes (en sentido amplio) que deban formar parte del caudal relicto, y que hubiera efectuado desde la fecha de fallecimiento del causante, restituyendo a la masa hereditaria los bienes y derechos de los que hubiera dispuesto desde esa fecha o, en su defecto, de su importe actualizado".

Pues bien, en contra de lo que sostiene el recurrente, tanto la doctrina del TC (SSTC 194/1993 de 14 jun. y 163/1998 de 14 jul.), como la del TS (SSTS 1ª 1233/2004 de 29 dic. FD4 y 971/2006 de 5 oct. FD4),

En cuanto a lo segundo, RIBELLES ARELLANO sostiene que su **fundamento**⁸¹³ sería doble:

A) La **economía procesal** pues se evitarían juicios reiterados⁸¹⁴ cuando las prestaciones del demandado fueren idénticas y se fundasen en un mismo título o en una misma causa de pedir.

B) La **función preventiva** (semejante a la tutela cautelar) al anticipar la condena, cuando aún la prestación no ha vencido y no es exigible⁸¹⁵. En este caso, el acreedor

como el actual art. 220 LEC, sí admiten las condenas de futuro con base en el principio de economía procesal y en evitación de juicios reiterados sobre una obligación predeterminada.

En este sentido y con dicha finalidad, nada impide disponer la condena al equivalente pecuniario de una prestación no dineraria, que debería hacerse efectiva mediante el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y de rendición de cuentas previsto en los arts. 712 y siguientes de la LEC (STS 1ª 752/2009 de 16 nov. FD2), lo que nosotros mismos hemos admitido en supuestos similares al presente, en los que, declarada la nulidad del título hereditario, se condenaba a los herederos "aparentes" a reintegrar a la herencia "todas las cantidades obtenidas en las distintas ventas de bienes inmuebles y participaciones indivisas de bienes inmuebles correspondientes a la citada herencia realizadas entre el momento en que obtuvieron la declaración de herederos ab intestato y aquel otro en que fueron notificados de la sentencia de esta Sala ... en la que fue declarada la nulidad de su título hereditario, [además de]... todos los bienes de la misma que todavía obren en su poder, así como del valor de aquellos bienes o participaciones indivisas de bienes de la misma herencia de que hayan dispuesto después de declarada la nulidad de su título hereditario, con los frutos e intereses correspondientes, incluyendo los que hubiera podido percibir (art. 455 CC) y debiendo responder, asimismo solidariamente, del deterioro o pérdida de tales bienes cualquiera que fuese la causa (art. 457 CC)" (STSJC 33/2006 de 14 sep. FD5); o en otros supuestos en los que se trataba de fijar, en ausencia de acuerdo, la indemnización requerida para la constitución de una servidumbre forzosa, una vez declarado judicialmente el derecho a ésta (SSTSJC 31/2010 de 6 sep. y 14/2011 de 10 mar.).

Ajustándose, por tanto, en este punto la sentencia recurrida a lo que permite el art. 220 LEC, en relación con los arts. 712, siguientes y concordantes de la LEC, es por lo que procede la desestimación de este motivo del recurso extraordinario de infracción procesal. Dictada en resolución del rec. 74/2009 y de la que fue ponente Ramos Rubio, Carlos, nº de sentencia 53/2012, LA LEY 157301/2012.

⁸¹³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 854.

⁸¹⁴ En este sentido dice DAMIÁN MORENO, J., que la regla de la no exigibilidad judicial de cantidades no vencidas "sufre, en beneficio del acreedor y a fin de evitarle un reiterado e innecesario ejercicio de la misma acción, una importante excepción en el caso de prestaciones periódicas, considerando vencidas y exigibles todas aquellas que se encuentren en la misma situación." *Introducción al sistema judicial español*, opus cit., pág. 167. Este mismo argumento se expone por la doctrina italiana. Por ejemplo, PROTO PISANI, A., comenta como uno de los dos "principali argomenti favorevoli" a la admisibilidad de la "condanna in futuro" precisamente la "esigenze di economia di giudizio, cioè di evitare giudizi reiterati per conseguire ciò che è dovuto periodicamente, qualora vi sia ragione di ritenere che questi giudizi si renderebbero in ogni modo necessari". *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 167.

⁸¹⁵ En este mismo sentido se pronuncia TAPIA FERNANDEZ, I., cuando afirma que "las circunstancias que hacen surgir una de condena de futuro son similares a las que, con carácter general, generan el <<periculum in mora>> para la adopción de una medida cautelar." *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 803; cita en este punto a "ROGNONI: *La condanna in futuro*. Milano, 1958, pg. 218". Similares pero no iguales, pues como refiere asimismo esta autora: "Distinta de la denominada tutela cautelar, esto es, de la posibilidad de proteger el derecho reclamado en juicio asegurando la efectividad del cumplimiento de la sentencia que recaiga en ese proceso, la doctrina viene desde hace décadas hablando de otro tipo de tutela preventiva, consistente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales ejercitando una acción preventiva (<<action en prévention>>), acogida comúnmente en el ordenamiento jurídico francés y en otros europeos), que tiende principal y exclusivamente a la prevención de un daño futuro, pero probable." Ídem, pág. 801.

debe justificar un interés legítimo suficiente como para poderse adelantar el ejercicio de la acción en un momento en el que el deudor todavía no ha incumplido completamente su obligación⁸¹⁶.

Las mismas razones que el anterior aduce CORDÓN MORENO para sustentarla, pues éstas serían “preventivas o de aseguramiento del derecho invocado, y también por respeto al principio de economía procesal, con el fin de evitar una innecesaria repetición de litigios”⁸¹⁷.

Ahora bien, seguramente el autor que (en España) ha profundizado más en el estudio de las condenas de futuro sea LÓPEZ SIMÓ, quien también trató de deslindar claramente este tipo de condenas de las condenas con reserva⁸¹⁸. Para este autor ambos tipos de condenas son **distintas** por los siguientes **motivos**:

⁸¹⁶ El mentado autor cita en este sentido la repetida **STC 194/1993, de 14 de junio**. Esta función preventiva sería el otro gran argumento en favor de la admisibilidad de este tipo de condenas en el ordenamiento itálico. Con estas palabras lo dice PROTO PISANI, A.: “esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, affinché, in tutte quelle ipotesi in cui l’intervento giurisdizionale deve essere rapido, la tutela esecutiva non sia frustrata dall’eccessivo divario temporale tra il momento della lesione e quello della concreta soddisfazione coattiva del diritto.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 167. Ahora bien, hay que tener presente el importante matiz que a esta función (dentro, obviamente, del marco ofrecido por el ordenamiento italiano) explicita, al decir que: “Il problema dell’ammissibilità della condanna in futuro è un problema diverso da quello dell’ammissibilità o meno della c.d. inhibitoria generale: contrariamente alla condanna c.d. inhibitoria, la condanna in futuro esplica una funzione che può essere qualificata come preventiva solo se a questo termine si dia un significato molto esteso; ciò che infatti la condanna in futuro mira a prevenire non è tanto la violazione quanto il divario temporale tra il momento della violazione e la possibilità di metterle in moto l’esecuzione forzata; così che appare più corretto inserire tale tipo di condanna tra le ipotesi in cui la condanna assolve una funzione repressiva.” Ídem, pág. 166. Ahora bien, PROTO PISANI no se limita a exponer los argumentos favorables a la condena de futuro; también relaciona los contrarios, que también divide en dos: “il rischio della strumentalizzazione del processo, utilizzato con finalità vessatorie nei confronti del debitore” y “il rischio che una tanto estesa possibilità di adire il processo possa costituire un peso ingiustificato per gli organi giurisdizionali, che verrebbero ad essere gravati da richieste relative a chimeriche possibilità di violazione futura del proprio diritto.” Ídem, pág. 167.

⁸¹⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 91.

⁸¹⁸ Justamente a este autor se remitió, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ARIAS LOZANO, D. (*La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., a pie de la pág. 11154) cuando afirmó rotundamente que la condena con reserva no era una condena de futuro, (refiriéndose concretamente a <<Las condenas de futuro>>, *Revista General del Derecho*, núms. 598-99, julio-agosto de 1994, págs. 8.123 y ss.). En las próximas líneas, se seguirá el trabajo que el citado LÓPEZ SIMÓ, FRANCISCO, efectuó en su obra conjunta con CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO y GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, *Las Condenas de Futuro. (Su régimen en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2001, y más específicamente el apartado que tituló: “*Condena de futuro y condena genérica o con reserva*”, págs. 50 a 53 *ab initio*.

1.- Porque “la condena con reserva es siempre una condena *pecuniaria* ([...]), pero ilíquida ([...]) y es, por tanto, uno de los supuestos en que se plantea la *necesidad de <<liquidar>>* una condena, esto es, determinar exactamente qué cantidad de dinero debe ser entregada por el deudor, con citación y audiencia, para ello, de éste; la condena de futuro, en cambio, puede ser *no pecuniaria* ([...]) o, siendo dineraria, es posible que se conozca –de modo exacto o aproximado- su cuantía (si, p. ej., la sentencia condena al pago de las rentas adeudadas y todas las demás que vencieran en el futuro, la fijación del <<quantum>> dependerá de una simple operación matemática que el juez podrá realizar sin necesidad de oír al deudor ejecutado), por lo que en este caso *no es precisa esa liquidación.*”⁸¹⁹

2.- Porque: “La condena con reserva se produce cuando, [...], no es posible ni precisar la cuantía a que debe ascender la indemnización ni, tan siquiera, establecer las bases o criterios para una posterior liquidación (condena a *prestación actual*, aunque ilíquida); la condena de futuro, como sabemos ya, se produce, en cambio, cuando en el momento de solicitar la condena del demandado y de dictarse la sentencia correspondiente, aún no

⁸¹⁹ Ídem, págs. 50 *in fine* y 51. Véase la gran similitud entre el ejemplo propuesto por el citado autor y las que yo he denominado como sentencias con reserva de liquidación tipo 1 que, como se vio, se suelen considerar efectivamente también como sentencias de carácter líquido. Este intento de deslinde, en base precisamente a la necesidad de liquidación, también se ha expuesto en el foro. Así se puede comprobar en la **sentencia nº 333/2004 de la AP de Valladolid (Sección 3ª), de 27 de octubre del 2004**, en cuyo fundamento de derecho primero se afirmó que *determinadas por la parte actora las obras a realizar que constituyen el soporte fáctico de su demanda no pueden concederse otras. No puede servirle de amparo la petición genérica que se hace en el suplico de la demanda, en su apartado cuarto, de que se condene a los demandados a la realización de todas las obras de la misma consideración que no contenidas en el informe aparezcan con posterioridad, pues esas obras así pedidas carecen de soporte fáctico para permitir a la parte demandada alegar frente a ellas, porque no se puede argumentar ni probar frente a lo que se desconoce, adoleciendo el suplico, en el apartado aludido, de falta de claridad y precisión en contravención de la exigencia del art. 399 de la L.E.Civil. A mayor abundamiento hemos de indicar que esa petición se refiere a obras aparecidas con posterioridad a la demanda. De la lectura del informe del perito Sr. Casimiro no se desprende que la necesidad de las obras que aprecia el perito mentado haya aparecido o se haya mostrado después de la demanda, sino que estima otras diferentes a las detectadas por los peritos nombrados por los actores. Por tanto no se cumple el supuesto tenido en cuenta por los actores para fundamentar su genérica petición. Tal petición contiene una condena de futuro que no se puede deferir a la fase de ejecución de sentencia, pues en la regulación actual esa posibilidad solo es predicable de las sentencias de condena con reserva de liquidación (art. 219. 2 de la L.E.Civil) si condenan al pago de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase y siempre que se pueda hacer mediante una simple operación aritmética, lo que es incompatible con la naturaleza de una obligación de hacer como la solicitada. No podemos soslayar que la intervención del perito Sr. Casimiro lo fue esencialmente para dictaminar si en el supuesto enjuiciado el estado del edificio podía calificarse como ruina, tal como pretendía la parte demandada en su demanda reconventional, por lo que las consideraciones que hace sobre las reparaciones a realizar y su coste deben de limitar sus efectos a tal pretensión sin poderse extender a las obras que los demandados deben de realizar, que no pueden ser otras que las que describieron el hecho sexto de su demanda. A estas debe de contraerse la condena que se impone a los apelantes. Resolutoria del recurso nº 337/2004, y de la que fue ponente Salinero Román, Francisco, LA LEY 224115/2004.*

ha vencido la obligación o ha vencido sólo en parte (condena a *prestación de futuro*).⁸²⁰

3.- Porque la condena con reserva “puede ser *inmediatamente ejecutada*, porque se trata de una condena a prestación actual, y en este sentido ejecutable de inmediato, sólo que, puesto que tal condena es ilíquida, debe complementarse o integrarse con ciertas actuaciones previas al despacho de la ejecución”, frente a la condena de futuro, que solamente se puede ejecutar “cuando se produzca la exigibilidad de la prestación debida: *ejecución futura*”⁸²¹.

En cuanto a las anteriores distinciones, las dos primeras (la referente a la liquidez y la atinente a la actualidad o no de la prestación) me parecen indudables, sirviendo ambas para delimitar claramente estos dos tipos de sentencias. Pero, en mi opinión, no sucede lo mismo con la tercera de las anteriores distinciones de LÓPEZ SIMÓ pues no es cierto que la condena con reserva sea ejecutable⁸²². Y ello, como se ha visto, resulta

⁸²⁰ Ídem, pág. 51. Recuerdan estas palabras de López Simó a las ya clásicas reflexiones de CHIOVENDA, J., sobre esta clase de sentencias, cuando sostenía que las mismas se preveían para los “casos en los cuales puede obrarse por una prestación aún no debida, y que no será debida hasta después de la condena, no existiendo, por lo mismo, violación alguna del derecho en el momento de la sentencia.” *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, opus cit., véanse págs. 192 y 193. Ahora bien, con respecto a la concreta configuración de este tipo de sentencias en el actual art. 220 LEC, resultan interesantes las siguientes reflexiones de DE LA OLIVA, A.: “desde luego, este precepto de la LEC no permite pedir con posibilidad de éxito una sentencia de condena cuando al demandante aún nada se le deba. Si nada se le debe aún, carece de interés legítimo. Cuando ya se le debe algo, puede pedir y obtener lo que se le debe y lo que se le deberá, siempre y cuando se trate de intereses con vencimientos en momentos determinados o de prestaciones periódicas igualmente determinadas.” DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO y VEGAS TORRES, JAIME, *Curso de derecho procesal civil II. Parte especial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pág. 216.

⁸²¹ Ídem, pág. 51. Constata este autor que la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva es discutida y lo pone de manifiesto a pie de dicha página confrontando la posición de Cordón Moreno (quien, como se analizó detenidamente, la consideraba de condena) con la de Guasp y Arias Lozano (que, como también se analizó pormenorizadamente, la consideraban de carácter meramente declarativo), abogando LÓPEZ SIMÓ, F., claramente por la posición del primero de los citados, cuya tesis considera que “es correcta”. En mi opinión, el hecho de partir del punto de vista de Cordón Moreno, le lleva a entender que “una cosa es que sea necesario determinar el importe de la condena con reserva en un incidente que se practica en sede o dentro de la ejecución forzosa (ésta ya se ha iniciado); y otra, muy diferente, que la ejecución no pueda comenzar mientras no se produzca la exigibilidad de la prestación debida y su falta de cumplimiento, como ocurre con la sentencia que contiene una condena de futuro.” Ídem, pág. 52. Por otro lado, extracta este autor (ídem) parte de la repetida **STC de 14/06/1993** (RTC 1993, 194) en la que, en el ámbito jurisdiccional laboral, se diferenció por el TC ambos tipos de sentencias, lo que se reiteraría en la **STC de 14/07/1998** (RTC 1998, 163).

⁸²² En este sentido, ya explicó CALAMANDREI, P., que la condena genérica italiana se diferenciaba de la condena de futuro, en que aquélla daba lugar “a un’*actio iudicati* che non può mirare immediatamente alla esecuzione forzata, ma solo alla emanazione di una nuova sentenza (di condanna)” [aquí se remite a pie de página, donde cita de Chiovenda, *Principii*, pág. 176], al ser necesaria siempre una nueva sentencia

especialmente claro en la actualidad, al necesitar siempre la condena con reserva de un segundo declarativo para su cuantificación, no pudiéndose (en principio)⁸²³ realizar ésta nunca a través de los incidentes de los arts. 712 y ss. LEC. Por tanto, la tercera de las diferencias radicaría en que la condena con reserva es, como he sostenido repetidamente, una sentencia funcionalmente de mera-declaración y, en consecuencia, inejecutable; mientras que la condena de futuro, por el contrario, sí constituiría ya un título ejecutivo (sujeto únicamente a su exigibilidad)⁸²⁴.

Finalmente, para cerrar este bloque temático, recogeré la dura **crítica** que RAMOS MÉNDEZ⁸²⁵ dedica al art. 220 LEC, al afirmar que “el afán dogmático del legislador le ha jugado una mala pasada, o, a lo mejor, ha pretendido cercenar a propósito una posibilidad que antes de la ley no tenía fronteras y ahora, si se opta por una interpretación literal sí.” Para este autor, lo más relevante de las condenas de futuro radicaría en que “el pronunciamiento judicial pueda incluir lo que ocurra después de dictada la sentencia”, opinando que en la legislación anterior las condenas de futuro eran viables con carácter general, dependiendo de las circunstancias del caso. En cambio, señala que, con la nueva LEC, solamente se pueden dictar estas sentencias en dos supuestos: “cuando se reclama el *pago de intereses o de prestaciones periódicas*”⁸²⁶, y considera que una interpretación literal del precepto recorta el ámbito de su tutela jurídica; en consecuencia afirma que “los ciudadanos seguirán siendo libres

(de liquidación), “di fronte alla quale la precedente condanna generica non ha che la efficacia di un mero accertamento pregiudiziale”. *Studi sul processo civile*, opus cit., pág. 239.

⁸²³ Vid. el apartado 4.12.2 de este mismo estudio en donde, a pesar de la contundencia del tenor literal de la Ley, se analiza como el TS ha ido elaborando una doctrina jurisprudencial que habilita, en base al criterio de la “complejidad”, el poder acudir a estos incidentes para liquidar el *quantum* de la correspondiente sentencia de condena.

⁸²⁴ Valga decir que el mismo LÓPEZ SIMÓ, F., parece vacilar algo sobre este punto. Y no tanto en el momento antes comentado de tener que elegir entre considerar la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva (pues aboga claramente por considerarla de condena), sino posteriormente, cuando asevera que: “A pesar de la restricción en el ámbito de admisión de las condenas con reserva [el operado por el art. 219 LEC], las diferencias antes expuestas entre éstas y las condenas de futuro siguen siendo válidas en lo sustancial. Y ello tanto desde un punto de vista teórico, como, por supuesto, en la práctica: al fin y al cabo, la restricción efectuada por el art. 219 LECiv operará en los procesos que se sustancien conforme a ella, pero no puede dejar sin efecto las condenas con reserva dictadas al amparo del art. 360 de la LECiv antigua, que, en su caso, podrán ser ejecutadas conforme, eso sí, a las normas de la nueva Ley (vid., para su liquidación, los arts. 712 y ss.)” *Las Condenas de Futuro...*, opus cit., págs. 52 *in fine* y 53 *ab initio*.

⁸²⁵ *Enjuiciamiento civil...*, págs. 1362 a 1364.

⁸²⁶ En parecido sentido se pronuncia sobre este punto PEREDA GÁMEZ, F. J., cuando afirma que: “Ante estos antecedentes legales y doctrinales la regulación del art. 220 NLEC limita extraordinariamente el ámbito de las condenas de futuro, al referirla sólo al pago de intereses o prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte sentencia.” C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 297.

para plantear sus pretensiones de tutela jurídica de la forma más inteligente y más rentable posible.”⁸²⁷

4.4.5.3. Sentencias con reserva y sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

Más dudoso, desde el punto de vista de su carácter líquido, es el caso de las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios del **artículo 221 de la LEC**. Concretamente dicho precepto prescribe que:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley⁸²⁸ estarán sujetas a las siguientes reglas:

1. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los

⁸²⁷ En parte, en parecido sentido ya se pronunció DÍEZ-PICAZO, I., en relación con el entonces aún art. 220 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando sostuvo que: “La previsión expresa de la posibilidad de solicitar y obtener condenas de futuro resulta loable. No veo razón alguna, sin embargo, para limitarla al pago de intereses o de prestaciones periódicas. También en numerosas obligaciones de tracto único pueden resultar útiles las condenas de futuro.” § 126.- *Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, opus cit., pág. 358.

⁸²⁸ Recordemos que el **Artículo 11 LEC** (*Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*), tiene el siguiente redactado:

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3. Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.⁸²⁹

Desde el punto de vista de si es siempre necesaria su **liquidez**, y a diferencia de lo que sucedía con las condenas de futuro, las posiciones están más encontradas, pudiéndose recoger, como ejemplos de dos polos muy alejados, las siguientes:

⁸²⁹ Este segundo apartado se añadió por la **Ley 39/2002, de 28 de octubre**, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 29/10/2002). Por otro lado, y como afirma PEREDA GÁMEZ, F. J., este artículo 221 LEC se “debe poner en relación con los arts. 11, 15, 256.6 y 519 en cuanto supone la aplicación, para la sentencia, de las consecuencias de haber introducido en nuestro ordenamiento jurídico la “class action”.” C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 297. Por su parte, TÁPIA FERNÁNDEZ, I., engarza este tipo de sentencias con la Carta Magna, al sostener que: “Partiendo de la exigencia de protección eficaz de los derechos de los consumidores y usuarios contenida en el artículo 51 CE, el Legislador ha tomado conciencia de los problemas prácticos que con relación a esta específica tutela plantea la protección de esos intereses.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., 806.

Por un lado, en el sentido de tampoco considerarlas como ilíquidas se pronuncia la profesora FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien sostiene que se trataría precisamente de sentencias ejecutivas donde la cantidad es líquida. La particularidad de este tipo de sentencias (que justificaría su peculiar regulación) se hallaría en el hecho de la **indeterminación de los sujetos** a los que podría beneficiar la condena⁸³⁰.

Por el contrario, LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO sostienen que “los consumidores y usuarios que afirmen ser beneficiarios de la sentencia de condena tendrán que demostrar tal cualidad en un incidente dentro del proceso de ejecución con audiencia del condenado (artículo 519 LEC). Puede apreciarse como este supuesto supone una excepción a la prohibición de las sentencias con reserva de liquidación (artículo 219 LEC)”⁸³¹.

Ahora bien, para profundizar algo más en esta cuestión, resultan interesantes las reflexiones de GARNICA MARTÍN sobre este tema, especialmente porque conecta

⁸³⁰ *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 22, lo cual no obsta para que: “Por lo que respecta a la indemnización, aunque ésta sea líquida, será necesario proceder a su actualización una vez que haya tenido lugar el incidente de determinación de los beneficiarios al que se refiere el art. 519 LEC.” Ídem, a pie de la susodicha pág. 22. O, como afirma ARMENTA DEU, T., el artículo 221 LEC (que relaciona con el art. 11 LEC), “estableix unes regles especials sobre l’eficàcia subjectiva d’aquesta sentencia”. *Dret processal I*, opus cit., pág. 21 *in fine*. También MONTERO AROCA, J., alude a “las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios con la legitimación extraordinaria del art. 11”, recogiendo las reglas establecidas en el art. 221.1 LEC, cuando analiza el tema de la liquidez. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, opus cit., pág. 348.

⁸³¹ GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 301. Esta posición la recoge expresamente FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., oponiendo las siguientes líneas argumentales:

1º.- Que tanto en este caso como en el de la condena de futuro “podrían conllevar la necesidad de proceder a ciertas operaciones de liquidación en la fase de ejecución (limitadas a la realización de simples operaciones aritméticas si lo que se ha establecido en ellas son las bases para su liquidación), lo que no sucede, como después se verá, en el supuesto de reserva de liquidación establecido por el art. 219.3 LEC.”

2º.- Que, “frente a las sentencias con reserva, el resto no cuentan entre sus requisitos esenciales el de la iliquidez. Por ello, [...] la sentencia de condena con reserva se caracteriza, en primer lugar, por no hacer referencia alguna ni siquiera a las bases a emplear para cuantificar la deuda y, en segundo lugar, por no poderse proceder a su liquidación en fase de ejecución, pues por sí misma no constituye un título ejecutivo y, por tanto, no tiene la virtualidad de permitir que se dicte auto despachando ejecución.” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 22.

Por su parte, CALDERÓN CUADRADO, M^a P., manifiesta que “una excepción [a la finalidad del artículo 219 LEC de impedir la condena con reserva a fin de garantizar la eficacia de la ejecución evitando su hipertrofia] podría encontrarse en las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios (arts. 221.1.^a y 519).” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., a pie de su pág. 398. Sobre dicho tema remite (en este mismo lugar) a Andrés Ciurana B., *La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios*, y a Pardo Iranzo, V., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*, ambos en *Tutela de consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coordinador Barona Vilar, S., Valencia, 2003, págs. 417 a 446 y 371 a 390, respectivamente).

expresamente en su análisis la sentencia con reserva y la normada en el referido art. 221 LEC⁸³². Concretamente este autor relaciona ambas instituciones en dos momentos.

En primer lugar, cuando analiza el asunto de la “Determinación individual de los beneficiarios de la condena”. En esta sede, y partiendo de que “resulte posible la determinación individual” del alcance subjetivo del ejercicio de una acción colectiva, plantea la cuestión “de si debe limitarse a ello la sentencia, o bien si debe también proceder a determinar completamente la prestación que corresponde al afectado. En suma, si debe procederse a cuantificar el perjuicio en la propia sentencia.”⁸³³ Ante esta interrogación da diferentes respuestas dependiendo de:

- si es posible hacerlo “así debe ocurrir”⁸³⁴.

-“Ante cualquier duda respecto a la efectiva cuantificación del daño no debe procederse a realizarla en la sentencia, para dar ocasión a oír previamente al afectado, evitando dejarle en indefensión. En tal caso la sentencia debe fijar las bases para la liquidación, remitiendo a la fase de ejecución su concreción”⁸³⁵, considerando en este momento que “en el caso de acciones de grupo se produce una excepción al principio general prohibitivo de las sentencias con reserva de liquidación que se deja sentado en el art. 219. En otro caso no se podría encontrar sentido a lo que se dispone en el art. 519 que admite la ejecución en supuestos de acciones de grupo aun cuando los beneficiarios de la condena no hayan quedado determinados.”⁸³⁶

⁸³² Probablemente uno de los primeros autores que ya apuntó esta relación fue FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^a, quien ya advirtió (después de aseverar que: “Una de las cuestiones estrella de la Ley [LEC 2000] es la inclusión de las llamadas class actions”) que se podía “producir un juego curioso si se combinan estas acciones con los presupuestos del artículo 219.3 de la LEC que permite diferir a un ulterior procedimiento la determinación de daños y perjuicios al impedir las demandas con reserva de liquidación para ejecución.” PICÓ I JUNOY, JOAN (director), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2002, *Las acciones de responsabilidad civil en el nuevo proceso civil*, págs. 105 y ss.; pág. 109 para la presente cita. A pie de esta última página nos recuerda que: “Hasta la entrada en vigor de la LEC esta legitimación se reconocía únicamente en los supuestos de impugnación de cláusulas abusivas en la ley de condiciones generales de contratación.”

⁸³³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., págs. 855 a 864, pág. 859 para la anterior cita.

⁸³⁴ En apoyo a esta aseveración, argumenta que: “Si ese perjuicio está concretado a partir de elementos probatorios que obren en autos parece que lo más razonable es que la sentencia se pronuncie sobre él, aun cuando el titular de la acción de resarcimiento no haya intervenido en el proceso.” Idem, pág. 859.

⁸³⁵ Idem.

⁸³⁶ Idem.

- Finalmente la tercera respuesta sería la siguiente: “La alternativa a no permitir la determinación objetiva del resarcimiento como incidente de la ejecución es remitir a un ulterior proceso declarativo con tal objeto, alternativa a la que se hace referencia en el propio art. 219.3. No parece razonable que como regla se remita a esa vía, máxime cuando el objeto del proceso ulterior estaría muy condicionado por la eficacia de cosa juzgada procedente del proceso anterior. No obstante, no puede desconocerse que en determinados supuestos será precisamente ésa la solución más razonable.”⁸³⁷

Posteriormente este mismo autor, vuelve a conectar ambas figuras, pero ahora ya en sede de “Determinación objetiva de las pretensiones en la sentencia”. Inicia su reflexión criticando el silencio legal entorno a la cuestión de si, en el “ejercicio de acciones colectivas de resarcimiento [...] debe cuantificarse en la sentencia de forma global”⁸³⁸, afectando dicha cuestión no solamente a la sentencia sino también a la demanda. Para abordar este tema interconecta hábilmente los artículos 221, 399 y 219 LEC, con lo que la cuestión pasa a ser “si puede considerarse que el artículo 221 introduce un nuevo supuesto de excepción también en este aspecto, o bien si es excepcional únicamente en la determinación subjetiva, pero no en la objetiva.”⁸³⁹ Relacionando a continuación los “argumentos en pro⁸⁴⁰ y en contra⁸⁴¹ de cada una de las posiciones que se pueden seguir en este punto.”

⁸³⁷ Ídem. Seguidamente aclara la cuestión afirmando que: “Así que debe ocurrir en todos aquellos casos en los que la acción de grupo haya tenido por objeto una cuestión de hecho común a un grupo de afectados, como por ejemplo un contagio de una enfermedad (v. gr. un supuesto similar al que ha planteado el SIDA), pero en el que exista una dificultad de enjuiciamiento sobre cada caso particular que excluya que se pueda hacer de forma rápida y sencilla, que es para lo único que es útil el incidente de liquidación. En estos casos, en los que puede ser necesario practicar prueba de forma individual sobre cada uno de los afectados para determinar el nexo causal y para cuantificar el daño es impensable que toda esa actividad se pueda realizar en el incidente de ejecución, por lo que debe quedar la cuestión demorada para un proceso ulterior, respecto al cual lo resuelto en el proceso sobre la acción colectiva debe tener una eficacia prejudicial.” Ídem.

⁸³⁸ Ídem, pág. 861 *in fine*.

⁸³⁹ Ídem, pág. 862.

⁸⁴⁰ Como argumentos “a favor de exigir que se cuantifique la reclamación” explicita los siguientes:

1.- El que considera que “el artículo 221 es una excepción respecto a lo que se dispone en el art. 219 pero únicamente en cuanto a lo que en el mismo se dice, es decir, respecto a la individualización de las diversas pretensiones singulares de resarcimiento.”

2.- El que considera que “la ausencia de cuantificación de la pretensión resarcitoria puede dificultar enormemente la seguridad jurídica y suponer una dificultad añadida para que el demandado sepa a qué se enfrenta y pueda utilizar adecuadamente su derecho de defensa.”

3.- El que sostiene que: “La ausencia de determinación produce consecuencias nocivas respecto a otros efectos del proceso que están relacionados con la cuantía, como en el caso de las costas procesales.” Ídem.

⁸⁴¹ En contra postula los siguientes argumentos:

Ante tales argumentos el mencionado autor enfoca esta materia bajo el prisma “de los principios sobre los que se asienta el art. 219” llegando a las siguientes aseveraciones:

1.- “cabe que la acción de grupo se ejercite con la única finalidad de obtener un pronunciamiento de carácter declarativo y se excluya expresamente la petición de condena.” En estos supuestos “no resultará indispensable la cuantificación, salvo a los efectos accesorios de costas.”

2.- El que “una acción dirigida al resarcimiento de daños y perjuicios pueda ejercitarse como una mera acción declarativa [...] no sólo es posible hacerlo, sino muy saludable, pues es la forma de evitar que los procesos sobre acciones de grupo no se conviertan en una *mezcolanza* de pretensiones que ahoguen la eficacia del proceso, de forma que la razón de economía, que es una de las razones esenciales que puede justificar la acción de grupo, no juegue en contra de la misma.” Con lo que “la consecuencia de ello es que el resarcimiento de las pretensiones individuales no se haría en el propio proceso, sino en un ulterior proceso declarativo, al menos en el caso de las pretensiones individuales ejercitadas en el propio proceso de grupo, porque lo que probablemente puede ser difícil de evitar, y tampoco estaría justificado hacerlo, es que pretensiones individuales de resarcimiento se incorporen al propio proceso en el que se ejercitó la acción de grupo.”⁸⁴²

3.- En los dos casos anteriores se trataría del ejercicio de acciones meramente declarativas. GARNICA MARTÍN se plantea seguidamente el caso de que “la acción de grupo vaya más allá de la simple petición declarativa de responsabilidad”. En estos casos sostiene que “debe exigirse que se cuantifique globalmente la petición. De esta forma lo único que puede restar hacer en la sentencia es determinar los afectados, de forma directa o indirecta, fijando las bases para ello, de manera que en ejecución no se tenga que sustanciar un verdadero proceso declarativo para la determinación de las

1.- Estaría “el argumento esencial [...] de la propia dificultad de cuantificar en aquellos casos en los que el número de afectados sea muy numeroso.”

2.- Como segundo argumento se propone uno de “pura interpretación jurídica”: “si el art. 221 establece una excepción respecto a la regla que marca el art. 219, al admitir que algo tan fundamental como la determinación de los sujetos de la pretensión de resarcimiento quede en la indeterminación, con más razón debe considerarse que está admitiendo que la propia pretensión quede en la indeterminación.”

Ídem, pág. 863.

⁸⁴² Ídem.

condiciones de la acción individual de resarcimiento, sino a lo sumo un incidente en que se determine de forma sencilla la cualidad de afectado y el monto de la reparación.”⁸⁴³

Emulando en parte la mecánica seguida por el anterior autor, trataré este tema desde la interpretación que aquí he defendido del art. 219 LEC. En consecuencia **dos** son las **cuestiones** en que haré hincapié. La primera de ellas es la relativa a la posible permisión del ejercicio de la **tutela de mera declaración** en los supuestos reglados en el art. 221 LEC, cuando la reclamación sea de carácter dinerario; es decir, si se exceptiona en éste último lo prescrito en el art. 219.1 LEC. La segunda interrogación consiste en saber si la sentencia del art. 221 LEC, al permitir la indeterminación de los sujetos beneficiarios de la misma, habilita también para **poder dejar indeterminado el correspondiente quantum** que correspondería a cada uno de ellos; es decir, si constituye o no una excepción al principio de exhaustividad de las sentencias (art. 218 LEC) no solamente en cuanto a los sujetos beneficiarios sino también, en lo referente a las cuantías de las que se podrían beneficiar, lo que se ha de vincular tanto con lo previsto en el art. 219.3 LEC, como con lo dispuesto en el art. 519 LEC⁸⁴⁴.

⁸⁴³ Ídem. Reserva esta posibilidad “para los supuestos en los que una y otra operación resulten sencillas, como por ejemplo en casos de una pluralidad de afectados con un crédito individual pequeño y fácil de determinar. En otro caso lo prudente es que esa determinación se haga en un proceso autónomo, respecto al cual la sentencia sobre la acción de grupo estaría llamada a desempeñar una función prejudicial, es decir, el efecto positivo o vinculante de la cosa juzgada.” Ídem, págs. 863 *in fine* y 864 *ab initio*. Surge aquí la cuestión de “cómo puede determinarse con un mínimo de garantía el monto de la reclamación en el supuesto de pluralidad de afectados antes de iniciarse el proceso.” Como solución aporta el acudir: “a estudios estadísticos. Esto es algo que puede resultar muy extraño en nuestras latitudes, pero por la sencilla razón de que no hemos tenido acciones de grupo. Donde sí las han tenido, particularmente en los EEUU, es, en cambio, algo común.” Ídem, pág. 864. Finalmente, entroncando con lo anterior, se plantea la cuestión “de si es necesario entender esa cuantificación en términos completamente cerrados, o puede ser entendida en términos relativos, es decir, acudiendo a un sistema de límites, máximo y mínimo.” En este tema defiende, en base al “pragmatismo, que es un principio sin el cual no pueden darse respuesta a las múltiples cuestiones que plantean las acciones de grupo”, que se admita “como posible este sistema, es decir, a que tanto en la demanda como en la sentencia el *quantum* indemnizatorio quede en una relativa indeterminación y fijado por medio de un sistema de límites, de forma que sea la ejecución la que permita su definitiva concreción.” Ídem.

⁸⁴⁴ Este **artículo 519 LEC** (*Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*), es del siguiente tenor literal:

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.

En cuanto a la primera de las anteriores cuestiones hay que advertir, en primer lugar, que el **ámbito objetivo** de las sentencias del art. 221 LEC es más amplio que el de la sentencia con reserva, al abarcar no únicamente **condenas** dinerarias, sino también *de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica* (221.1.1º LEC)⁸⁴⁵. Por tanto, el citado precepto regula pretensiones de condena, no de simple declaración, sin excepcionar en ninguno de sus apartados lo dispuesto en el art. 219.1 LEC, por lo que la proscripción de la tutela meramente declarativa en el ámbito de lo dinerario también afectaría a este tipo de sentencias. En este sentido obsérvese que, cuando la norma prescribe que *si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente* (art. 221.1.2º LEC), reconoce expresamente la autonomía de la tutela de mera declaración⁸⁴⁶, pero sólo en relación a esos pronunciamientos de ilicitud o no conformidad, con lo que no rompe la tajante prohibición del art. 219.1 LEC de impetrar acciones meramente declarativas en lo dinerario⁸⁴⁷.

Cuestión diferente de la anterior es la de si, ejercitándose una acción de condena dineraria en estos casos, ésta se puede solicitar de forma ilíquida. Advierte en este sentido la norma que las sentencias que se pronuncien en base a ella se harán *sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores* (221.1 LEC), siendo su única especialidad el que la demanda se interpone por un actor específico (*asociaciones de*

⁸⁴⁵ En este sentido, PEREDA GÁMEZ, F. J., afirma las acciones que habilitarían este tipo de sentencias pueden ser tanto dinerarias como no dinerarias (diferenciándose entonces si se dictan “a favor de concretas personas físicas”, “a favor de personas físicas determinables pero no determinadas individualmente” o “a favor de la asociación de consumidores o usuarios”), “de declaración de ilicitud de una actividad o conducta” (tratándose en este caso de una acción de mera declaración) y “declarativa de nulidad de pleno derecho de cláusula o cláusulas de un contrato”. C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 298. En relación al último tipo de acciones, las susodichas declarativas de nulidad de pleno derecho de cláusula/s de un contrato, las mismas se referirían “a las acciones de cesación, retractación y declarativas”. Ídem, pág. 299.

⁸⁴⁶ A diferencia de lo que sucede con respecto a la sentencia con reserva en la que, como se examinó anteriormente, lo simplemente declarativo sólo parece concebirse a modo justamente de *presupuesto de la condena*, es decir, como *prius logico* de la misma.

⁸⁴⁷ Con lo que disiento de CALDERÓN CUADRADO, M^a P., cuando concluye que “en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios [...] [el actor] puede optar sin condicionamiento alguno entre el ejercicio de una acción declarativa y otra de condena y asimismo puede acumular ambas en la misma demanda. En el primer caso y si sólo se pidió la declaración, el juez se verá obligado a pronunciarse sobre ella aunque fuera posible, por la concurrencia (alegados o no) de todos sus presupuestos, una sentencia condenatoria.” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 420.

consumidores o usuarios) en base a la legitimación legal que les reconoce el art. 11 LEC. Y sobre esta cuestión el art. 221.1.1º LEC establece dos reglas, en relación de subsidiariedad, en referencia a su peculiar objeto que se ciñe a la determinación individual de los correspondientes consumidores y usuarios, siendo la **regla general** el de su determinación individual y la **regla especial** (y subsidiaria, al sólo habilitarse *cuando la determinación individual no sea posible*) el establecer en la sentencia *los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante*. Es evidente el parecido entre este formato y el seguido tradicionalmente en la sentencia con reserva, en donde sus dos primeras reglas establecen precisamente la necesidad de su absoluta concreción (liquidación) y, en su defecto, la fijación de las correspondientes bases para ello. Por tanto, lo que no se prevé es una condena totalmente genérica con respecto a los posibles beneficiarios; es decir, no se prevé una sentencia con una absoluta reserva de la determinación individual de aquéllos⁸⁴⁸.

Ahora bien, el principal problema que se plantea es que poco dice el art. 221 LEC sobre la **determinación del quantum debido** en los casos que admite (determinación individual/fijación de los datos...), al enunciar únicamente que *si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones* (art. 221.1.3º), lo que indicaría que, para estos consumidores/usuarios, la sentencia debería ser ya líquida. Por tanto, en el segundo supuesto (el de esa falta de individualización) parecería obvia la remisión de este asunto (para el sólo caso de que la pretensión fuera dineraria) a lo establecido en el art. 219 LEC. Pero esa remisión se habrá de hacer atendiendo también a la peculiar circunstancia de que los propios beneficiarios están indeterminados.

⁸⁴⁸ Este hecho ya indicaría que, si el mencionado precepto prohíbe una indeteminación total de los correspondiente beneficiarios (elemento subjetivo que, recuérdese, es el que legitima la propia existencia de esta figura), igualmente se debería entender como proscrita (en su ámbito de aplicación) la posibilidad de una indeterminación total con respecto a la cuantía de lo debido. O dicho de otra forma, si no se permite la remisión a la ejecución de esa completa individualización, tampoco se entendería que, por el contrario, se pudiera reserva la completa liquidación de las cantidades que se debieran a esa sede ejecutiva; pues ello debería haber sido regulado expresamente en el citado precepto; a riesgo, en caso contrario, de hacer una interpretación del precepto *contra legem*, contraviniendo lo que sí ha sido normado expresamente en el art. 219.3 LEC.

De lo anterior resultaría que, en estos casos de falta de determinación concreta de los beneficiarios + ejercicio acción de condena dineraria, las reglas a aplicar serían las mismas que se predicarían en general para este tipo de condenas; es decir, la primera opción consistiría en cuantificar exactamente el importe que correspondería a cada uno de ellos, sin poder *solicitarse su determinación en ejecución de sentencia* (219.1 LEC)⁸⁴⁹; la segunda regla sería la de fijar *claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética* (219.1 LEC), liquidación *que se efectuará en la ejecución* (219.2 LEC); y la tercera regla permitiría poder solicitar una sentencia con reserva, dejándose *para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades* (219.3 LEC), la cual sólo podría utilizarse en caso que, por el momento, fuera imposible realizar aquella liquidación/fijar las correspondientes bases.

De esta forma, determinar los beneficiarios y determinar el *quantum* que les es debido son dos cuestiones distintas, aunque conexas, que se rigen respectivamente por lo prescrito en los arts. 221 y 219 LEC. En este sentido, no existiría contradicción entre ambos preceptos al pretender el primero de aquéllos únicamente fijar una regla especial en relación a la determinación subjetiva de los beneficiarios de una condena, pero no excepcionar la regla general de su necesaria liquidez. Ello se observa también en el dictado del **artículo 519 LEC** que parece ideado para ese único fin, el de determinar *los consumidores o usuarios individuales* beneficiados por la correspondiente sentencia, debiéndose limitar el auto que se dicte en este incidente en sede ejecutiva a resolver *si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena*; condena cuya cuantía no debería ser objeto (ahora) de discusión más allá de lo que habilita el propio art. 219.2 LEC para estos supuestos, que no son otros que los que he incluido en la segunda regla, es decir, aquellos en que se ha fijado *claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética*. Auto que, aunque es el que habilita el poder *instar la ejecución* (lo que engañosamente

⁸⁴⁹ Opción en modo alguno ilógica, pues puede suceder que lo ignorado sea la variable subjetiva, es decir si hay X o Xⁿ afectados, aún conociendo que, en caso de serlo, la indemnización obedecerá siempre a una misma cuantía.

recuerda al auto que acababa liquidando las cantidades debidas bajo el imperio del art. 360 ALEC) lo hace no tanto por fijar lo debido, sino a quién es debido⁸⁵⁰.

En **conclusión**, el art. 221 LEC no excepciona al art. 219 LEC ni en lo relativo a la proscripción de la tutela de mera declaración en lo dinerario (art. 219.1 LEC), ni con respecto a una posible reserva de liquidación para la ejecución (art. 219.3 LEC) por lo que se deberá o cuantificar lo debido, o fijar sus bases, o demostrar la imposibilidad de su cuantificación, en cuyo caso se deberá acudir a un segundo declarativo para ello⁸⁵¹.

Para profundizar algo más en lo anterior, y recordando que los arts. 219 y 221 LEC sólo pueden solaparse cuando la pretensión sea de carácter dinerario, resulta ahora interesante concretar lo anteriormente expuesto en uno de los casos que, con mayor atención, ha sido estudiado por la doctrina: el de la **acción de cesación** regulada en el **art. 12 de ley 7/1998**, a la que se pueden acumular, **de forma accesorias**, tanto una acción de devolución de cantidades como otra de indemnización de daños y perjuicios⁸⁵². Dejando a un lado el tema de la accesoriedad (que en reiteradas ocasiones he

⁸⁵⁰ Este incidente del art. 519 LEC lo conceptúa TAPIA FERNÁNDEZ, I., como “una especie de <<incidente de liquidación>>, previo a la plena eficacia del título ejecutivo, puesto que dicho título debe integrarse una vez declarado que concurren en el solicitante los requisitos exigidos por la sentencia para resultar beneficiado por la condena genérica.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 809. Y con lo anterior estoy de acuerdo, siempre y cuando esa integración no exceda (con respecto a la liquidación) de los límites establecidos por el art. 219.2 LEC.

⁸⁵¹ Vista la anterior exposición, ya habrá apreciado el lector las diferencias entre mi posición y la que antes he resumido de GARNICA MARTÍN. En este sentido quisiera ahora apuntar que, en mi opinión, el art. 519 LEC no amplía sustancialmente lo que establece el art. 219 LEC en sus dos primeros apartados, pues se limita a regular un incidente de determinación de los beneficiarios que, obviamente, se deberá usar también para liquidar en cada caso las cuantías que les son debidas, pero dentro de las bases que permiten tanto el citado art. 219 LEC como el propio art. 221 LEC que, como se vió, no habilita una reserva completa de esa individualización. Y ello tanto por razones de economía procesal como por el hecho de que el art. 219 LEC calla con respecto a cómo se debe proceder, en ejecución, a liquidar las pertinentes bases.

⁸⁵² Concretamente este **art. 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril**, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC en adelante; titulado: *Acciones de cesación, retractación y declarativa*) es del siguiente tenor literal:

1. *Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.*

2. *La **acción de cesación** se dirige a obtener una sentencia que **condene** al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.*

*A la acción de cesación **podrá acumularse**, como **accesoria**, la de devolución de **cantidades** que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de **indemnización de daños y perjuicios** que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.*

3. *La acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado*

abordado en apartados anteriores de este estudio), el problema que ahora interesa es el de cómo se debería abordar la cuestión de la liquidez de esas acciones accesorias y dinerarias. Y aquí hay autores que parecen tratar el incidente del art. 519 LEC a modo de sustituto de los incidentes liquidatorios regulados en los arts. 928 y ss. ALEC. Así, por ejemplo, PEREDA GÁMEZ⁸⁵³ sostiene que: “Si estos perjuicios proceden de una actividad o conducta ilícita se seguirá el cauce señalado anteriormente, con cuantificación en sentencia o remisión al trámite del art. 519 NLEC. Si nacen de la acción declarativa de nulidad o se infiere o se acredita algún perjuicio de carácter general para una pluralidad de sujetos deberá así hacerse constar en la sentencia y parece que habrá que aplicar también el art. 519 NLEC.”⁸⁵⁴

Y es que ambas determinaciones (de los beneficiarios y de los pertinentes *quantum*) están tan estrechamente relacionadas que pueden llevar a confusión. Muy esclarecedoras en este sentido son las palabras de GARCÍA VILA quien, después de distinguir entre la acción de cesación⁸⁵⁵ y la acción de retractación, de reflexionar sobre las condiciones de posibilidad para que se puedan acumular a ellas acciones de carácter pecuniario⁸⁵⁶, y de resaltar lo novedoso del art. 12.2 LCGC⁸⁵⁷, sostiene que es de

de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

4. La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley.

Por otro lado, recuérdese que el **art. 221.2 LEC** prescribe que: *En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.*

⁸⁵³ Tras afirmar que el supuesto de la acción “declarativa de nulidad de pleno derecho de cláusula o cláusulas de un contrato” tendría precisamente como “principal problema” el del “alcance de la posible condena a indemnizar daños y perjuicios (art. 12.2 LCGC)”, no previendo la LEC “la indemnización de daños y perjuicios derivados de cláusula declarada nula (por ejemplo, devolución de intereses leoninos).” C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 299.

⁸⁵⁴ Ídem.

⁸⁵⁵ Recogiendo que: “La LCGC reconoce de forma expresa que a la acción de cesación se podrá acumular de forma accesorias, la pretensión de devolución de cantidades cobradas en virtud de las condiciones generales nulas a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiera causado la aplicación de dichas condiciones.” GARCÍA VILA, MÓNICA, *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, S.L., 2005, págs. 343 *in fine* y 344 *ab initio*.

⁸⁵⁶ Al considerar dicha autora en el siguiente párrafo que: “Para que se puedan ejercitar estas dos pretensiones de condena pecuniaria de forma acumulada a la acción de cesación, es necesario que la utilización de condiciones generales de la contratación que se consideren nulas, se haya producido de manera efectiva y que dicha utilización haya tenido consecuencias perjudiciales. [...]. Respecto a la acción de retractación, cabe recordar en esta sede, como para su interposición y posterior estimación, es necesario que la recomendación haya tenido como consecuencia el empleo efectivo de las condiciones generales nulas que han sido recomendadas, con lo que la existencia de cantidades cobradas y la

aplicación en estos casos el citado artículo 221 LEC, pasando a analizar cómo se han de determinar los beneficiarios de la correspondiente condena pecuniaria, y razonando que: “La determinación y concretización de los beneficiarios tanto de la devolución de cantidades cobradas como de los beneficiarios de daños y perjuicios, es completamente necesaria, porque las cantidades que se hubiesen cobrado como consecuencia de la utilización de condiciones generales nulas, puede que coincidan en todos los adherentes afectados, pero es posible que las cantidades que corresponda devolver a cada adherente afectado sean diversas. De igual modo, la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda a los adherentes también será diferente en función de los concretos daños y perjuicios que se hayan causado a cada adherente afectado.”⁸⁵⁸ Por tanto, la indeterminación “será no sólo subjetiva (sujetos afectados), sino también objetiva”⁸⁵⁹. Lo que en todo caso hará la sentencia es determinar “los datos, características y requisitos que deben concurrir en los consumidores y usuarios, en nuestro caso adherente [sic] afectados, para que éstos puedan exigir el pago correspondiente de esa condena genérica.”⁸⁶⁰ Sosteniendo en el siguiente párrafo que: “De este modo, tras la sentencia de condena dineraria genérica, aquellos adherentes que se entiendan beneficiados por la misma, es decir, que crean reunir los datos, características y requisitos contenidos en la sentencia, podrán personarse ante el tribunal competente para la ejecución y solicitar al mismo que los reconozca como beneficiarios de la condena. Ante dicha solicitud, el tribunal dando audiencia al condenado, dictará un auto en el que reconocerá, en su caso, a los solicitantes como beneficiarios de la condena, Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución (art. 519).”⁸⁶¹

producción de daños y perjuicios es más que probable, lo que permite el ejercicio de las pretensiones pecuniarias examinadas de forma acumulada a la retractación.” Ídem, pág. 344.

⁸⁵⁷ Al proseguir su argumentación en el siguiente párrafo sosteniendo que: “Lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 12 de la LCGC que permite el ejercicio de pretensiones de condena pecuniaria (devolución de cantidades cobradas e indemnización de daños y perjuicios) de forma acumulada a la acción de cesación, supone una gran novedad al permitir la interposición de pretensiones de condena pecuniaria –aunque sea de forma acumulada–, a entidades que no han sufrido daño o perjuicio directamente, sino que defienden los intereses que han resultado afectados por el hecho dañoso.” Ídem.

⁸⁵⁸ Ídem, pág. 345.

⁸⁵⁹ Ídem, pág. 346.

⁸⁶⁰ Ídem, pág. 348.

⁸⁶¹ Ídem.

Me parecen muy atinentes las reflexiones de la anterior autora. Determinación de sujetos que se habrá de realizar según lo dispuesto en el art. 221 LEC y de cuantías que, como ya he expuesto, se deberá hacer conforme a lo prescrito en el art. 219 LEC, con la única peculiaridad que, en caso de establecer la sentencia unas bases para la liquidación (art. 219.2 LEC), éstas se deberán liquidar dentro del incidente del art. 519 LEC (así lo exige la economía procesal) conjuntamente con la determinación de los beneficiarios de la condena. Por tanto, también aquí rige la prohibición de reservar condenas totalmente ilíquidas para la fase de ejecución, al estar ideado el art. 519 LEC para determinar los *beneficiarios*, pero no las cuantías de la condena. Sólo en este sentido cabe interpretar sistemáticamente la anterior normativa, en la que ambos preceptos (arts. 219 y 221 LEC) excepcionan en parte, desde sus particulares y autónomos objetos, la necesaria exhaustividad de las sentencias (art. 218 LEC).

4.4.5.4. Sentencia con reserva y sentencia condicional.

Finalmente, para cerrar este apartado relativo a la distinción entre sentencia con reserva y otras figuras afines, haré un breve apunte de las diferencias existentes entre aquélla y la denominada **sentencia condicional**. Este tipo de sentencia, prohibida expresamente por diversos ordenamientos⁸⁶², ha sido definida como aquella *que somete su positividad, en cuanto a su ejecución al acaecimiento de un acontecimiento o acto futuro no previsto en la Ley*, como recoge la **sentencia de 5/12/2007 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala de Casación Civil**⁸⁶³. Figura poco conocida en nuestro ordenamiento, pero que ha recibido mayor atención en otros relacionados

⁸⁶² V. gr., por el **artículo 244 del Código de Procedimiento Civil venezolano** al prescribir que: *Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haberse absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no puede ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional, o contenga ultrapetita.*

⁸⁶³ Dictada en el Exp. 2004-000346. Concretamente la anterior cita se incardina dentro de las *Denuncias por defecto de actividad*, y al extractar parte del correspondiente escrito de formalización. Al anterior fragmento sigue lo siguiente: *Al respecto ha establecido la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de febrero de 1992 que “La sentencia condicional es aquella que subordina su ejecución al cumplimiento de una circunstancia prevista en el fallo”, dicha doctrina se ha mantenido inalterada hasta la fecha.*

La condición procesal es diferente a la civil, habida cuenta que la procesal se basa en el acontecimiento de un hecho futuro incierto o cierto, como lo constituye en el presente caso la subordinación del pago del saldo del precio al hecho de que se verifique la entrega del inmueble. Y le antecede el siguiente: El dispositivo de una sentencia no puede someterse al acontecimiento de un hecho circunstancial que debería cumplirse para perfeccionarse la ejecución de lo declarado.

Por ello una sentencia sometida a condición no es una sentencia positiva y precisa, por cuanto no pone fin a la relación que creó el conflicto.

con éste, como por ejemplo en el venezolano, pudiendo servir como resumen de su construcción dogmática en este último ordenamiento, el siguiente extracto de **Sentencia de 30/05/2011 del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui de la República Bolivariana de Venezuela**⁸⁶⁴: *Afirma la parte recurrente que la sentencia adolece de nulidad de conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil por cuanto se dictó una sentencia condicionada, según afirma se evidencia del dispositivo de la sentencia, que se declara con lugar se ordena el otorgamiento definitivo de venta y a su vez debe el actor consignar el monto del precio de la venta.*

Así las cosas, cabe citar lo que al respecto contempla nuestra Doctrina como así sostiene el autor Leopoldo Márquez Añez, en su obra Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana, página 79, expresa: “...El Juez no es libre ni tiene la autonomía de voluntad para someter la eficacia de su pronunciamiento, a la realización de acontecimientos futuros e inciertos, ya que a ello se opone la propia índole de la función que ejerce, y principios capitales de su actividad, como lo son el principio dispositivo, y el que le impone emitir en la causa un pronunciamiento dirimente del conflicto de interés que se le somete...”.

En igual sentido, la doctrina de la Sala de Casación Civil ha señalado que habrá condicionalidad en el fallo, cada vez que se subordine la eficacia del pronunciamiento al cumplimiento de cualquier circunstancia indicada en la sentencia, en forma tal que quite a su dispositivo la positividad y precisión que le es inherente. (Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de febrero de 2004).

Por su parte J. R. Duque Sánchez, en su Manual de Casación Civil, pág. 116 establece: ‘Una sentencia es condicional cuando se somete la decisión, ya en cuanto a las declaraciones del derecho de una u otra parte, ya en cuanto a su ejecutoriedad a alguna modalidad dependiente de un hecho o circunstancia que debe realizarse para dar existencia o perfeccionar el derecho declarado’.

⁸⁶⁴ En *II Motivos para decidir* y más específicamente en *De la sentencia condicionada*, dictada en el asunto: BP02-R-2011-000197, por la juez provisorio Dra. Helen Palacio García.

Como se ha visto en diversas ocasiones en este mismo apartado, a veces ha sido confundida con la sentencia con reserva, llegándose a sostener que la relación entre ambas era de género (condicional) y especie (con reserva)⁸⁶⁵. Ahora bien, este tipo de sentencias están proscritas en el ordenamiento español, como en varias resoluciones ha explicitado **nuestro Tribunal Supremo**, como se explicitó claramente en su **sentencia de 27/04/1990 (Sala 1ª)**⁸⁶⁶, al argumentar en su fundamento de derecho cuarto que: *La solución jurídica ofrecida por el Tribunal colegiado que refiere los perjuicios, de las cantidades que deban reintegrarse, al límite de los intereses, una vez que se practique la oportuna liquidación, se apoya, según se colige, en la escasa e insuficiente base probatoria, reconocida por el propio Juez de 1.ª Instancia de la condena, que añade a la obligación de reintegrar, consistente en una genérica indemnización de daños y perjuicios, tras establecer, que no puede dictaminar, pese a la numerosa documentación presentada por el actor «si ello es o no suficiente para una adecuada censura de su gestión»; condena, de carácter condicional, según refleja el último inciso del apartado quinto de la parte dispositiva de la sentencia de primer grado («...condenándole además, al pago de los daños y perjuicios causados a los titulares de la empresa, en el caso que resulte una irregular o negligente administración...»).* No parece adecuado que la base probatoria de la condena, conforme al artículo 1101 del Código Civil (dolo, negligencia o morosidad) a la indemnización de los daños y perjuicios, o en el caso específico del mandato, la prueba de la inejecución del mandato

⁸⁶⁵ El caso más paradigmático de lo anterior, y salvando las distancias existentes entre la sentencia con reserva hispánica y la condena genérica itálica, es el de VASSALLI, quien fue el primer procesalista civil de aquel país que intentó (mediante la publicación en 1918, en Roma, de su obra *La sentenza condizionale*) incardinar la condena genérica dentro del género (valga la redundancia) condicional. Para este autor, la condena genérica contendría una declaración íntegra, con fuerza de cosa juzgada, que quedaría sujeta a la condición de ser seguida por la liquidación necesaria para la correspondiente ejecución forzosa, pero siendo ya título para la hipoteca judicial. Sin querer entrar ahora en los argumentos expuestos en este sentido por el anterior autor, sí considero relevante dejar apuntado aquí que dicha perspectiva fue rápidamente criticada y arrumbada por la doctrina mayoritaria. De ésta última son buena muestra (en este punto) CALAMANDREI, P., quien dedicó específicamente todo un apartado a criticar esa opinión de Vassalli por entender que, en el caso de la condena genérica el hecho de la liquidación, que debería funcionar como condición de la condena, sería en realidad un elemento constitutivo de la misma; sería “la condanna stessa”. O dicho de otra manera, la condena genérica no se puede entender en sentido propio como condicional pues se formaría condenando a condición de que se condene con lo que “*pone come condizionante la esistenza dello stesso condizionato*”. *Studi sul processo civile*, opus cit., cfr. apartado noveno, “Critica alla opinione del Vassalli, che la classifica tra le condanne condizionali”, págs. 240 a 243. Y en parecido sentido que el anterior también ROGNONI, V., quien entendió que la sentencia de liquidación no se podía considerar como el evento futuro e incierto que condicionaba la condena, suspendiendo sus efectos hasta la verificación del evento mismo. Para este autor, esta sentencia de liquidación constituía un elemento que integraba una sentencia incompleta. Y es que, como comenta dicho autor, no se acababa de entender cómo adquiriría fuerza de cosa juzgada una obligación genérica al daño, cuando se declaraba que en realidad no existía ningún daño. *Condanna genérica e provvisoria ai danni*, opus cit., págs. 29 a 33.

⁸⁶⁶ De la que fue ponente Almagro Nosete, José, LA LEY 483-1/1990.

(art. 1718 en relación con el artículo 1719 del Código Civil) sea pospuesta a la condena misma, ya que la autorización concedida al juzgador por el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite una condena condicional sobre el pronunciamiento mismo acerca de los daños y perjuicios, sino una condena indeterminada («a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia»). En consecuencia, no pudo prosperar el motivo casacional examinado. Esta misma doctrina se ha reiterado, y también relacionando expresamente la sentencia condicional con la con reserva se encuentran, por ejemplo, en sus **sentencias de 12/03/2004 (Sala 1ª)**⁸⁶⁷ y **de 10/03/2011 (Sala 1ª)**⁸⁶⁸.

Probablemente falte, a mi entender, una suficiente elaboración dogmática de lo que se ha de entender en nuestro ordenamiento como sentencia condicional. Aún así, de la anterior jurisprudencia de nuestro TS parece deducirse que hemos de entender como condicional (en lo que ahora interesa) aquella sentencia que pospone no sólo la determinación de la cuantía de lo debido, sino la comprobación de alguno de los elementos que acreditan la propia existencia de aquello (*sobre el pronunciamiento mismo acerca de los daños y perjuicios* [STS 27/04/1990], en que el pago de una cantidad indeterminada queda además sujeta al hecho de que la parte demandante

⁸⁶⁷ En cuyo fundamento de derecho segundo se expuso que: *El artículo 360 no permite una condena condicional, sino indeterminada (Sentencia de 27 de Abril de 1990); la liquidación en fase de ejecución ha de efectuarse mediante la actividad procesal que establecen los artículos 928 a 931 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su caso, acudiendo al proceso incidental de los artículos 937 a 945 de la misma Ley procesal. (Sentencia de 15 de Junio de 1990). Dictada en resolución del rec. 2420/1995, y de la que fue ponente Auger Liñán, Clemente, nº de sentencia 216/2004, nº de recurso 2420/1995, LA LEY 12339/2004.*

⁸⁶⁸ En cuyo fundamento de derecho tercero se expuso que: *El tercer motivo se formula por infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por defecto de motivación en la sentencia impugnada, que concreta la parte recurrente en tres aspectos: 1º) La condena al demandado Sr. Melchor al pago de determinada cantidad, sin que pueda exceder de 14.704,34 euros, a favor del Banco apelante, contenida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que se recurre; 2º) La valoración que se realiza del contrato o documento suscrito entre el Banco Guipuzcoano y don Melchor; y 3º) La incongruencia de la sentencia entre la acción reivindicatoria y la acción que ahora se sostiene en apelación. El motivo debe prosperar en lo que se refiere al primero de los aspectos que se han destacado. En primer lugar, no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la omisión de pronunciamiento en que incurre el "fallo" respecto de los pedimentos e), f) y g) del escrito de demanda, al establecer en dicho "fallo" que, en cuanto a ellos, se ha de estar a lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, que se da por reproducido. Incluso acudiendo a dicho fundamento, si bien se comprueba que los pedimentos e) y f) son rechazados, no se precisa la condena a que se refiere el apartado g) y se viene también a conculcar lo dispuesto por la misma Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 219, que prohíbe las sentencias con reserva de liquidación y, con mayor razón, las condenas de carácter condicional, como la presente, en que el pago de una cantidad indeterminada queda además sujeta al hecho de que la parte demandante acredite ciertos hechos en ejecución de sentencia. Dictada en resolución del rec. 1998/2007, de la que fue ponente Salas Carceller, Antonio, nº de sentencia 159/2011, LA LEY 4437/2011.*

acredite ciertos hechos en ejecución de sentencia. [STS 10/03/2011]). Ahora bien, así entendida la condicional, la sentencia con reserva sería, en mi opinión, claramente una especie de aquél género pues, como he sostenido a lo largo del presente trabajo, la determinación de la cuantía forma parte intrínseca de la comprobación de la misma existencia de unos daños y perjuicios pues su fijación se habrá de basar precisamente en “ciertos hechos” cuya acreditación puede ser de gran complejidad. O dicho de otra manera, así concebida, la sentencia con reserva sería una excepción a la prohibición de dictar sentencias condicionales.

Ahora bien, como se ha visto, la sentencia condicional no se suele concebir de la anterior manera, sino que se considera como tal aquella que, condenando, condiciona la eficacia (ejecutoriedad) de su condena a un acontecimiento futuro e incierto. En este sentido, y como diría ROGNONI, no sería equiparable la sentencia que supedita la eficacia de su condena a un hecho posterior e incierto (por ejemplo que se haga algo por alguien) a aquella a la que le falta determinar la cuantía de lo debido, pues eso último responde a un fenómeno de integración y completud de lo que, en realidad, es un único pronunciamiento, eso sí, escindido en dos. En mi opinión, y al considerar que el funcionamiento de la sentencia con reserva se asemeja más al de una sentencia de mera declaración que al de una de condena completa, no se debería incluir la misma dentro de este género de las sentencias condicionales pues, éstas últimas, sí son verdaderas sentencias de condena, cuya ejecutabilidad no depende de un segundo juicio sino de la verificación de un determinado hecho posterior a ser dictada la sentencia. Es por ello por lo que considero que, tan solo cuando nos hallemos ante una sentencia ilíquida de las que he denominado con fijación de bases, existirá el riesgo de incurrir en una sentencia de carácter condicional, si finalmente resulta que el elemento que falte para concretar la cuantía (conforme a los parámetros prefijados en las correspondientes bases) en lugar de ser “automático”, acabe resultando ser incierto.

4.5. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA (ARTÍCULO 216 LEC).

4.5.1. Relación entre ambos institutos.

Desde un punto de vista teleológico, la relación entre sentencia con reserva y principio de justicia rogada⁸⁶⁹ resulta evidente si se tiene en cuenta que, la primera, se justifica por la existencia de una gran dificultad/imposibilidad en conseguir probar, en el correspondiente declarativo, el *quantum* de la pretensión ejercitada. O dicho de otra manera, la sentencia con reserva sólo sería un instrumento válido cuando, **a pesar de la debida diligencia del justiciable, éste fracasa en el intento de acreditar la cuantía de lo reclamado.** Esta inextricable unión ha sido puesta de manifiesto reiteradamente por el TS⁸⁷⁰, en conjunción con el principio dispositivo a través del que denomina *principio de congruencia*, orbitando entorno a ellos la configuración de la actual sentencia con reserva pues, del alcance que se dé a estos principios, dependerá el significado mismo de este tipo de sentencias⁸⁷¹. Como es sabido, ambos principios (de rogación⁸⁷² y

⁸⁶⁹ Como se ha visto en anteriores apartados, los *nomen* en sí pueden ocasionar, *per se*, graves problemas interpretativos. La LEC del 2000 habla de “justicia rogada” y a esta nomenclatura me atenderé, aunque es obvio que se está refiriendo básicamente al conocido principio de aportación de parte. Recuérdense en este punto las enseñanzas de MONTERO AROCA, J., cuando explicaba que “el principio dispositivo ha venido incluyendo dos principios distintos: el principio dispositivo en sentido estricto (o *Dispositionsmaixme*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el de aportación de parte (o *Verhandlungsmaxime*), por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba.” *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit., pág. 325.

⁸⁷⁰ De forma especialmente explícita desde su STS de 18/05/09.

⁸⁷¹ Son numerosas las sentencias dictadas por el TS en las que ha relacionado estos principios con la sentencia con reserva. Como ejemplo de lo crucial de esta cuestión, véase el siguiente fragmento de su **sentencia de 16/01/2012 (Sala 1ª)**, FDº 3º, en la que expuso que: *No se comparte la tesis del motivo de que los principios de congruencia (218.1 LEC) y de rogación (216) sujetan al juzgador de tal modo que, ante la cuantificación de una indemnización, no le queda otra alternativa que aceptar, total o parcialmente, el planteamiento de la demanda o rechazarlo, sin que pueda sustituir las bases o pautas del cálculo del valor. Lo que no cabe es alterar el sistema legal indemnizatorio pedido, ni rebasar la cuantía solicitada en la demanda, pero, acreditada la realidad del daño, el Tribunal puede señalar las bases o pautas que estime más correctas para la cuantificación. Es cierto que, en ocasiones éstas vienen dadas por la ley, y en otras por la propia doctrina jurisprudencial, pero generalmente no cabe cerrar la apreciación a la circunstancia de que hubieran sido invocadas. Mal se puede alegar incongruencia o falta de contradicción cuando se trata de aspectos propios de las máximas de experiencia, de los juicios de valor, de la naturaleza de las cosas, que no dan lugar a efecto sorpresivo de indefensión.* Dictada en resolución del rec. 460/2008, y de la que fue ponente Corbal Fernández, Jesús. Nº de Sentencia: 993/2011. LA LEY 6163/2012.

⁸⁷² En cuanto al **significado** que se dará en esta obra a este **principio de justicia rogada** cabe apuntar que, siguiendo en este momento a ORMAZABAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, se evidencia que existe una ligación entre:

dispositivo⁸⁷³) tienen campos semánticos diferenciados, siendo en consecuencia factible postular la posibilidad que se investigue de oficio por el órgano jurisdiccional, sin por ello infringirse necesariamente la disponibilidad que las partes tienen sobre sus derechos⁸⁷⁴, y ello sin perjuicio de los graves inconvenientes que esta actividad oficial pudiera comportar⁸⁷⁵. Por tanto, se trata de dos conceptos interrelacionados pero distintos⁸⁷⁶, habiéndose diversos autores esforzado por delimitarlos claramente⁸⁷⁷.

- Principio dispositivo-principio de aportación de parte.

- Principio de oficialidad-principio de investigación oficial.

Aportación de parte/investigación oficial que tratarían de responder al interrogante “de a quién corresponde aportar al proceso los hechos y las pruebas”, coincidiendo con lo que al actual “art. 216 LEC denomina principio de *justicia rogada*”, y que se plasmaba “en una fórmula latina clásica muy extendida: *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*.” *Introducción al Derecho procesal*, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2007, páginas 158 a 160, pág. 158 para los anteriores fragmentos. Como afirma MONTERO AROCA, J., se trataría de la cuestión referente “a quién debe aportar al mismo [al proceso] los hechos y a quién debe probarlos, con lo que se está haciendo referencia a las facultades materiales de dirección, que pueden corresponder a las partes o al juez.” *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit., pág. 329.

⁸⁷³ Que resulta ser tan estrecha que lleva también a observar a ORMAZABAL, G., que “en cuanto a los hechos que sustentan la pretensión, el principio de aportación de parte queda solapado con el dispositivo: efectivamente, determinar a quién corresponde la iniciativa para aportar los hechos es tanto como determinar a quién corresponde iniciar el proceso y delimitar su objeto, aspectos que antes hemos puesto en relación con el principio dispositivo.” Ídem, pág. 158.

⁸⁷⁴ Expone con mucha claridad este tema ORMAZABAL, G., cuando argumenta que: “Aun cuando el principio de aportación de parte acostumbra a ponerse en relación con el dispositivo, no parece que éste, estrictamente, sea consecuencia o se derive de aquél. Aportar las pruebas no es igual que aportar los hechos. Aportar los hechos, en efecto, es tanto como delimitar el objeto procesal, el tema objeto de debate. Es, en definitiva, una manifestación procesal del poder de disposición sobre el derecho subjetivo. Otorgar al Juez facultades para configurar el objeto procesal sería tanto como menoscabar el poder de disposición sobre el derecho subjetivo por parte de su titular o, si se prefiere, equivaldría a otorgar al Tribunal facultades de disposición sobre un derecho subjetivo ajeno. La disposición sobre el derecho subjetivo deducido en el proceso y la iniciativa del Juez para traer al proceso pruebas dirigidas a acreditar los hechos ya introducidos por las partes no son, sin embargo, cosas incompatibles sino, conceptualmente, perfectamente conciliables. Se podría, respetando escrupulosamente el principio dispositivo, permitir al Juez buscar pruebas para acreditar los hechos ya introducidos en el proceso.” Ídem, pág. 159.

⁸⁷⁵ En este sentido ORMAZABAL, G., sigue argumentando (en el siguiente párrafo al recogido en la anterior nota) que: “Una facultad judicial ilimitada en este sentido resultaría, sin embargo, del todo inconveniente. No por incompatible con el principio dispositivo, como decíamos, sino porque implicaría un inminente peligro de perjudicar la imparcialidad o neutralidad del Tribunal, al hacerlo descender a la arena del combate donde pugnan las partes y situarlo en un riesgo inminente de tomar posición a favor de alguna de ellas, facilitándole el levantamiento de su carga probatoria.” Ídem.

⁸⁷⁶ Esquemáticamente, del análisis que hace ORMAZABAL, G., de ambos principios se podría resumir (subrayo el ámbito en que se solaparían ambos principios) de la siguiente forma:

- Principio dispositivo: partes: inicio proceso + delimitación materia proceso (sujetos, *petitum*, *causa petendi*) + congruencia sentencia + disponibilidad continuación proceso-----salvaguarda autonomía voluntad (poder disposición) respecto derechos subjetivos.

- Principio aportación de parte: partes aportar: hechos + pruebas-----salvaguarda imparcialidad.

En relación a la exposición de el citado autor sobre el principio dispositivo véanse ídem, págs. 153 a 156.

⁸⁷⁷ Entre ellos se puede destacar a MONTERO AROCA, J., quien diferenció (dentro del principio de aportación de parte) entre la aportación de los hechos (en donde las facultades materiales de dirección corresponderían en régimen de monopolio a las partes, en salvaguarda no solamente de la imparcialidad del juzgador sino también del principio de oportunidad) y “la carga de la prueba de los hechos”, en la que introduce una pulcra distinción entre “la iniciativa para pedir el recibimiento a prueba del pleito y para proponer medios concretos de prueba” de un lado, y las consecuencias que sufrirá en la sentencia la parte que, alegando unos hechos, no los consiga probar, “pues el juzgador no podrá tener en cuenta los hechos

Aclarado lo anterior, se advierte fácilmente la importancia de fijar con esmero dónde reside la **frontera** entre **aportación de parte/investigación oficial** pues, si la falta de prueba factible sobre el *quantum* debe comportar la absolución sobre el fondo por la inexistencia de interés legítimo o, si se prefiere, por falta de accionabilidad⁸⁷⁸ en la pretensión de sentencia con reserva ejercitada, resultará esencial para valorar esa factibilidad el delimitar cuáles son las cargas de las partes y las facultades del órgano jurisdiccional en la aportación de los hechos y del material probatorio necesario para ello. Esta problemática se ha manifestado, de forma más o menos explícita, desde la génesis de la sentencia con reserva. **Históricamente** este principio de aportación de parte (circunscribiendo ahora su significado a la aportación del material probatorio) rigió férreamente en el proceso civil hispánico, mermándose únicamente (en este ámbito) por el de investigación oficial a través de las facultades que otorgaban al órgano jurisdiccional las denominadas *diligencias/providencias para mejor proveer*⁸⁷⁹ reguladas en los **artículos 48 LEC 1855**⁸⁸⁰ y **340 ALEC**⁸⁸¹. Ahora bien, la relevancia

no probados.” *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit., pág. 329. Este autor sostiene explícitamente en relación con “la carga de la prueba de los hechos” que dicha “manifestación del principio de aportación de parte no se basa de modo tan claro en el principio de oportunidad, ni su alteración atentaría contra el principio de imparcialidad del juzgador. En efecto, si la prueba tiene por objeto convencer al juez de la verdad de una afirmación de hecho, el que aquél pueda recibir de oficio el pleito a prueba y acordar medios concretos de prueba es incluso razonable, siempre que los hechos a probar hayan sido aportados en exclusiva por las partes.” Ídem, pág. 330.

⁸⁷⁸ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, con BANACLOCHE PALAO, JULIO; GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO y VALLINES GARCÍA, ENRIQUE, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la ley de enjuiciamiento civil*; consultadas primera edición, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., Thomson, Civitas, 2005, págs. 284 a 286 y segunda edición, págs. 271 a 273, Editorial Aranzadi, S.A., Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

⁸⁷⁹ Los motivos de esta ordenación son eminentemente políticos siendo indiscutido en la doctrina lo que sintetiza muy claramente ABEL LLUCH, XAVIER, cuando afirma que: “Fiel a los postulados dominantes del liberalismo y a la concepción privatística del proceso imperante en el siglo XIX, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (en adelante LEC 1855) parte de una concepción monolítica del principio de aportación de parte. Reconoce el dominio exclusivo de las partes sobre las pruebas, sin margen para la iniciativa probatoria de oficio, salvedad de las diligencias para mejor proveer.” *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2005, pág. 24.

⁸⁸⁰ En este sentido ABEL, X., explica que: “Las diligencias para mejor proveer, reguladas en el art. 48 LEC 1855, constituían la única manifestación de la iniciativa probatoria de oficio. [...], constituyó la primera regulación positiva de las diligencias para mejor proveer en un Código Procesal Civil, cuyos precedentes, según HERNÁNDEZ DE LA RÚA, se remontaban a dos leyes de las *Partidas* y una de la *Novísima Recopilación*.” Ídem, pág. 25; las dos leyes de la Partida 3ª serían la 11 del título 4 y la ya analizada 3 del título 22. Por otro lado, de este **art. 48 LEC 1855** cabe destacar lo que prescribía prescrito en el **punto 3º**, en el que se establecía que: *Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer: 3.º Decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario*,

⁸⁸¹ En este sentido (con respecto a la ALEC) MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, opus cit., pág. 330 *ab initio*. Por su parte, ABEL, X., sostiene que: “Las variaciones introducidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC 1881) no son relevantes. Se mantiene la vigencia del

de esta temática fue abordada (desde mi punto de vista y hasta donde he llegado en mi investigación) de una manera más bien tangencial⁸⁸².

Actualmente⁸⁸³, el **artículo 216 LEC** prescribe que *los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, prueba y pretensiones de las partes,*

principio de aportación de parte, y se recoge cierto margen para la iniciativa probatoria de oficio, bien mediante el reconocimiento de facultades judiciales en la práctica de las pruebas, bien singularmente mediante las diligencias para mejor proveer, cuya regulación, aun siendo sustancialmente idéntica a la de la LEC de 1855, experimenta una notable mejora técnica.” Pág. 27 opus cit. Asimismo comenta que había “un cierto margen para la iniciativa probatoria de oficio, el cual se advertía en dos manifestaciones. Una, son las facultades judiciales en la práctica de las pruebas”, entre las que destacaré el que “podía acordar la práctica de nueva pericial o la ampliación de la practicada por los mismos peritos u otros de su elección (art. 630 LEC 1881).” Por otro lado, la “segunda manifestación eran las diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC), concebidas como facultad discrecional del juzgador, con regulación legal más precisa que en 1855 y con interpretación jurisprudencial que rechazaba su <<ejercicio abusivo>>.” Ídem, pág. 28; extracta a pie de dicha página la **STS de 8/02/2000**, fto. jco. 2º, EDJ 2000/2107. Finalmente quisiera destacar, del citado **art. 340 ALEC**, su **punto 3º**, en el que se prescribía que: Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los jueces y tribunales acordar, para mejor proveer: 3.º *Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.*

⁸⁸² Digo “tangencial” al solerse pronunciar sobre la antedicha relación entre sentencia con reserva y principio de rogación a través de la congruencia de las sentencias (sobre ello véase el apartado específico dedicado en esta misma obra) y en relación más a las pretensiones ejercitadas que a la aportación de las correspondientes pruebas. De esta forma, se consideraba que era incongruente la sentencia “al condenar al demandado a mayor cantidad que la pedida en la demanda como adeudada por aquél, independientemente de que de las pruebas practicadas en los autos resulte como realmente debida una cantidad superior a la reclamada, como entiende la Sala “a quo”, pues no debe olvidarse que el principio de rogación que rige en el proceso civil y que se halla ínsito en el art. 359 L.E.C. veda extender el pronunciamiento judicial a cuestiones no solicitadas por las partes” (STS de 27/5/89; A. C./889-89). Extraída de ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO, *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, Granada, Editorial Comares, 1992, pág. 290. Principios de rogación y de congruencia que aparecen a veces como causa-efecto, como por ejemplo cuando PUYOL MONTERO, FRANCISCO JAVIER, aseveró que: “Con relación al devengo de intereses, es evidente, de acuerdo con reiterada jurisprudencia existente al efecto, que los intereses derivados del artículo 1.108 del código Civil están sometidos al principio de rogación, incurriendo en un vicio de incongruencia, proscrito en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento, la resolución que condene a hacerlos efectivos, sin que previamente haya sido solicitada su condena por la parte demandante en el procedimiento. A *sensu contrario*, el régimen jurídico de los intereses previstos en el artículo 921 de la Ley Procesal, presentan la oportunidad de su aplicación de oficio, con independencia de si han sido solicitados o no por la parte favorecida por la resolución judicial.” CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Excepciones procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, junio 1994, Madrid, 1995, Director: Antonio Salas Carceller, *La excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda. La inadecuación del procedimiento*, págs. 125 a 239, pág. 139 para el anterior fragmento.

⁸⁸³ Opina ABEL, X., que la LEC del 2000 “asentada en el principio de aportación de parte, reconoce un margen más amplio a la iniciativa probatoria de oficio, en armonía con lo previsto en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –entre otros, en Alemania, Italia y Francia-, y aun cuando aparentemente parezca deducirse lo contrario de la Exposición de Motivos.” *Iniciativa probatoria...*, opus cit., págs. 30 *in fine* y 31 *ab initio*. Remite a pie de la anterior página y de la siguiente varios preceptos de los tres ordenamientos que cita, entre los que quiero destacar el **§ 287 I** que “para los supuestos de evaluación de daños y de su resarcimiento, prevé la posibilidad de acordar de oficio la prueba pericial.” Esta opinión parece minoritaria en el seno de la doctrina pues parece más bien que, como afirma ERICE MARTÍNEZ, ESTHER: “La efectividad de la tutela judicial civil, que la LEC atribuye al órgano jurisdiccional, se pretende en este texto legal mediante un nuevo reparto de cometidos entre aquél y las partes, inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo.” CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Escuela Judicial, La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial,

excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. Como afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ⁸⁸⁴, la LEC establece un sistema basado en este principio de justicia rogada⁸⁸⁵, verdadero hilo conductor (conjuntamente con el principio dispositivo) de toda la normativa procesal civil, imbuyendo el contenido de muchos artículos clave desde la demanda (art. 399 LEC) hasta la sentencia, incluyendo la imposición a la demandante de la carga de cuantificar su pretensión (arts. 251 y ss. LEC). De forma concordante con lo anterior, la regulación del contenido de la sentencia se habría de casar con ese principio, debiendo (como señala la referida autora) especificar la sentencia la cantidad exacta por la que se condena⁸⁸⁶.

Ahora bien, reenfocando esta cuestión únicamente desde la perspectiva de la **aportación del material probatorio al proceso**, cabe preguntarse brevemente por cómo ha quedado configurado, con la LEC del 2000, el engranaje del sistema. En este sentido son interesantes las reflexiones de FLORES⁸⁸⁷, quien considera que los cambios operados en este ámbito han sido más en la forma que en el fondo “salvo en algunos casos puntuales, en los que la reforma probatoria de la LEC de 2000 ha tenido que

Madrid, XII-2006, LEDESMA IBÁÑEZ, PILAR y ZUBIRI DE SALINAS, FERNANDO (directores). *Iniciativa del tribunal en la prueba pericial*, págs. 193 a 219, pág. 196 para la presente cita.

⁸⁸⁴ *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 20.

⁸⁸⁵ Es discutida y discutible esta denominación. Así, por ejemplo, ABEL, X., sostiene que: “El art. 216 LEC ha supuesto, por primera vez en un Texto Procesal Civil, la introducción del <<*principio de justicia rogada*>> (técnicamente, el de aportación de parte, como ya precisan algunas resoluciones judiciales), pacíficamente admitido como principio específico del proceso civil y a menudo confundido con los principios dispositivo y de aportación de parte, tal como enseñan doctrina y jurisprudencia.” *Iniciativa probatoria...*, opus cit., págs. 56 *in fine* y 57 *ab initio*; aporta a pie de las antedichas páginas doctrina y jurisprudencia en apoyo de las referidas afirmaciones.

⁸⁸⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., sostiene la anterior aseveración en base a los siguientes razonamientos:

- 1.- El principio de congruencia obliga al juez a pronunciarse sobre todas la pretensiones formuladas.
- 2.- Una de las pretensiones es la de condena a pagar una determinada cantidad de dinero.
- 3.- Por tanto el juez se ha de pronunciar sobre la condena y sobre la cuantía de la misma.
- 4.- Los anteriores pronunciamientos determinarán el alcance de las costas procesales.
- 5.- El juez, determinando la cantidad de la condena, posibilita la ejecución de su resolución. Efectivamente, solo cabe ejecutar sentencias que sean líquidas o liquidables (artículo 571 a 579 LEC). Este último punto presenta especial relevancia si se repasa que el mandato constitucional pone en manos del Juez el juzgar y el ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE).

⁸⁸⁷ Sostiene este autor que la LEC del 2000 trató “de mantener, y en algunos casos de recuperar, la esencia de la prueba en la justicia civil, modernizando al tiempo la regulación de la actividad probatoria, de modo que en ella resultaran plenamente reconocibles, tanto los derechos fundamentales y garantías anudadas al concepto de proceso justo, como los modernos principios vinculados a la exigencia de tutela judicial eficaz y efectiva, presentes en la idea de “proceso social.” FLORES PRADA, IGNACIO, *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 25. A pie de dicha página clarifica los signos “proceso social”, los cuales usa como concepto “complementario al concepto de proceso justo, que aporta a este último exigencias de tutela no solo justa en términos de equilibrio de derechos y garantías, sino también de tutela eficaz, entendiendo la función jurisdiccional como prestación de servicio público y como instrumento para el mantenimiento de la paz social.”

ahondar y sanear desde raíz.”⁸⁸⁸ Y repárese atentamente en los casos que destaca a continuación: “Esto es lo que ha sucedido, por ejemplo, con algún trámite como las diligencias finales, que han sustituido a la viejas diligencias para mejor proveer, convertidas por el abuso y por la tolerancia jurisprudencial en una suerte de prueba dirimente, acordada de oficio por el órgano jurisdiccional, que chocaba claramente con los principios dispositivo y de aportación”⁸⁸⁹, señalando también (en el siguiente párrafo) que: “Pero tal vez donde más claramente se ha producido en la LEC esta reforma profunda ha sido en el ámbito de la prueba pericial. Aquí no ha habido modernización sino sustitución del viejo modelo de pericia, muy próximo a la idea de investigación judicial de oficio y a la concepción de la función pericial como auxilio judicial, por un nuevo modelo dual que, manteniendo la posibilidad de solicitar la designación judicial de perito, devuelve a las partes el control de la fuente de prueba permitiendo que aporten dictámenes elaborados por peritos de su elección.”⁸⁹⁰

Obsérvese cómo los anteriores ejemplos **desmantelan toda investigación de oficio** en los dominios por antonomasia de la sentencia con reserva, en pos de un reforzamiento de su contrario, la aportación de parte⁸⁹¹. Ahora bien, como afirma FLORES: “Aunque la LEC de 2000 apuesta, en principio, por un proceso de partes, y por un juez generalmente pasivo en la definición de los términos de la controversia y de los medios de fundamentación de las alegaciones, existen sin embargo ciertos instrumentos que permiten la “corrección” de los defectos que puede acarrear un

⁸⁸⁸ Ídem, pág. 25.

⁸⁸⁹ Ídem, págs. 25 *in fine* y 26 *ab initio*.

⁸⁹⁰ Ídem, pág. 26. Y aún resulta interesante añadir las manifestaciones que efectúa FLORES, I., en el párrafo siguiente: “Como puede apreciarse, la reforma de la prueba pericial no es superficial; lo que cambia es la concepción, la misma esencia del medio de prueba porque afecta nada menos que a la disponibilidad por las partes de la fuente de prueba y al principio de libertad de aportación. Tampoco la reforma es casual; es el resultado de poner sobre el tapete los fundamentos de la prueba y aplicarlos a la regulación de los distintos medios. En el caso de la pericial, aquí se defiende una clara incompatibilidad entre un perito configurado como auxiliar del juez y la función que debe cumplir la prueba en un proceso presidido por los principios dispositivo y de aportación de parte.” Ídem.

⁸⁹¹ El mismo FLORES, I., retrata claramente el trasfondo dialéctico que se trasluce en estas cuestiones, cuando comenta que: “No está del todo decidido, en este sentido, si el compromiso estatal en la solución de dichos conflictos intersubjetivos debe satisfacerse a través de un proceso construido exclusivamente sobre la disponibilidad del objeto y sobre el principio de aportación, o bien es necesario que el Estado, para garantizar la paz social y también la economía y la eficacia del propio proceso, intervenga más activamente en la solución de conflictos civiles de objeto privado, otorgando mayor protagonismo al juez en la definición final del objeto y principalmente en la selección de los medios de prueba. En términos muy sintéticos, el dilema se plantea entre un proceso en el que el [sic] la delimitación del objeto y la proposición de prueba sean competencias exclusiva de las partes, y un proceso en el que, planteado inicialmente el conflicto, pueda el juez intervenir en la concreción del objeto controvertido y en la selección de los medios de prueba necesarios para su solución.” Ídem, págs. 49 y 50 *ab initio*.

proceso civil excesivamente privatizado, de los cuales es claro ejemplo el art. 429.1 en lo que se refiere a la indicación de la insuficiencia probatoria y de la idoneidad de determinados medios no propuestos por las partes.”⁸⁹²

Tres preceptos resultan aquí claves para esclarecer el alcance del principio de aportación de parte: arts. 282, 429 y 435 LEC⁸⁹³. La relevancia del primero de ellos se constata si, como afirma ABEL, se advierte que, si bien el artículo 216 LEC “positiviza, por primera vez” la existencia del principio de aportación de parte en el proceso civil, es el **art. 282 LEC**, el que regula la iniciativa probatoria, estableciendo “la regla general, que la atribuye a las partes” (282.1 LEC), “y las excepciones, que admiten la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*” (282.2 LEC).

En referencia al segundo de los citados (**art. 429.1⁸⁹⁴, II y III LEC**), y siguiendo nuevamente a ABEL, constituiría “una previsión, carente de precedentes históricos, que

⁸⁹² Ídem, pág. 50. En la misma dirección se han pronunciado muchos otros autores. V. gr. LÓPEZ SIMÓ, FRANCISCO, quien después de explicitar claramente que la regla general consiste en que las partes “tienen que aportar las pruebas” (*Disposiciones generales sobre la prueba*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2001, pág. 29), relaciona las excepciones a dicha regla, recogiendo en primer lugar lo que prevé el segundo inciso del art. 282 LEC y a continuación los “casos en que la nueva Ley autoriza de modo expreso la prueba de oficio”. Ídem, pág. 30.

⁸⁹³ En este sentido ORMAZABAL, G., (refiere expresamente los arts. 282, 429.1.II y 435.2 LEC) al referirse concretamente a los “podres de iniciativa del Tribunal” en materia probatoria, aún siendo “en esta materia muy limitados”, no son “del todo inexistentes”. *Introducción al Derecho procesal*, opus cit., págs. 158 *in fine* y 159 *ab initio*. En parecida línea con el anterior, comenta ABEL, X., que “la opción por el principio de aportación de parte resulta mucho más matizada en la regulación positiva de la LEC, siendo posible distinguir una regla general (la vigencia del principio de aportación de parte) y unas excepciones (la admisión de supuestos de iniciativa probatoria de oficio). E incluso se puede constatar que alguna de tales excepciones aparece en procesos dispositivos, como se desprenderá del análisis del art. 429.1, II y III LEC.” *Iniciativa probatoria...*, opus cit., pág. 33. Pone justamente en este momento dicho autor en relación el art. 216 con los arts. 282, 429.1, II y III y 435.1y.2 LEC.

⁸⁹⁴ Literalmente el **artículo 429 LEC** establece en su **apartado 1** que: *Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.*

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. MARRERO FRANCÉS, IGNACIO; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MERCEDES; RODRÍGUEZ ANTÚNEZ, DANIEL y ROS SAMPEDRO, MIREIA DE, consideran que dicho precepto “establece para el juzgador un deber legal, pero un deber legal no exigible jurídicamente ni determinante de responsabilidad alguna del juzgador, de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes y los hechos controvertidos que se podrían ver afectados.” ABEL LLUCH, XAVIER y PICÓ I JUNOY, JOAN (coordinadores), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2003, *Capítulo segundo: Análisis del art.*

concede al juez una facultad, eventual y limitada, para paliar la insuficiencia probatoria de las partes en la fase de proposición de prueba, tanto en el juicio ordinario como en el verbal.”⁸⁹⁵ Para RÍOS LÓPEZ se ha reforzado con la LEC 2000 “la función directiva

429.I II y III LEC, págs. 41 a 67, págs. 65 *in fine* y 66 *ab initio* para el anterior fragmento. Señalan en el siguiente párrafo que: “El juez, en este caso, podrá también señalar la prueba o pruebas que considere convenientes para el esclarecimiento de los mismos, ciñéndose siempre a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos. Las partes, a la vista de tal indicación, podrán complementar o modificar sus proposiciones de prueba in que, en ningún caso, la señalada por el juzgador les vincule ni se pueda, por ende, practicar de oficio.” Ídem, pág. 66.

⁸⁹⁵ *Iniciativa probatoria...*, opus cit., pág. 33. Según ABEL, X.: “El ámbito de aplicación de la normativa del art. 429.1, II y III LEC no puede rebasar el objeto de la actividad probatoria: la prueba practicada debe versar sobre los hechos controvertidos (art. 281.1 LEC). La facultad judicial de integración probatoria, por tanto, tiene su ámbito delimitado: los hechos controvertidos que han sido introducidos en los escritos de alegaciones iniciales de las partes y que, en su caso y si alguna de las partes recoge la indicación del juez, van a ser objeto de prueba contradictoria.” Ídem, página 139. Para este autor tres son los presupuestos de la facultad del art. 429.1, II y III LEC. El primero sería “la existencia de hechos controvertidos”. El segundo: “la previa proposición de prueba por las partes. [...] Dicha facultad viene a integrar la prueba propuesta por las partes, pero no a suplirla, de modo que si las partes ni siquiera han intentado la prueba de un hecho controvertido, el juez deberá abstenerse de acudir a la indicación de insuficiencia probatoria. Afecta a la regla general de la iniciativa probatoria, que es a instancia de parte.”. El tercer supuesto sería el consistente en “que el juez efectúe un juicio de provisional sobre la insuficiencia de la prueba propuesta. Sin este juicio provisional, el juez no podrá indicar el concreto hecho afectado por la insuficiencia de prueba y, en su caso, la prueba necesaria para paliarla.” Ídem, págs. 139 y 140. De las anteriores reflexiones de este autor me interesan destacar dos aspectos: en primer lugar, el que se trate de facultades de **integración** de la prueba; en segundo lugar, la necesidad de ese **juicio provisional** sobre la suficiencia de la prueba. Estas observaciones pueden ser relevantes en relación con la sentencia con reserva, al indicar las facultades que tiene el órgano jurisdiccional en relación al suficiente esmero probatorio en lo referente a la fijación del correspondiente *quantum*.

En este sentido resultan interesantes otras aportaciones de ABEL, X., entre las que interesa recoger la cuestión de hasta dónde puede llegar esa facultad de integración en relación con la actividad probatoria realizada por las partes, y específicamente en cuanto “a la necesidad que la fuente de prueba exista *nominatim* en los autos”, pues “la dicción legal utiliza una fórmula abierta”, pareciendo la expresión “*resulte de los autos*”, “abonar la interpretación que basta que la fuente de prueba puede deducirse de los autos, sin necesidad de que conste *nominatim* el nombre de un testigo o de un perito, por citar supuestos concretos.” Ídem, pág. 143. Ello resulta muy relevante en el ámbito de la sentencia con reserva. Tan es así, que justamente el ejemplo que propone en sostenimiento de lo anterior se refiere al objeto típico de este tipo de sentencias; así nos dice ABEL, X., que: “Pensemos en el siguiente ejemplo: juicio declarativo ordinario en reclamación de indemnización de daños y perjuicios por accidente de circulación por el que se ha seguido previamente un proceso penal con sentencia absolutoria, y del que consta un atestado policial. En la audiencia previa, el actor, al amparo del art. 426.1 y 5.º LEC, efectúa alegaciones complementarias y aporta el atestado policial. De dicho atestado se deduce la existencia de un testigo cuya declaración el juez estima relevante. Entendemos que, en este caso, no se puede impedir al juez que, en uso de la facultad de propuesta de prueba del art. 429.1, II LEC, sugiera a las partes la necesidad del interrogatorio del testigo.” Ídem, pág. 143. Para este autor los medios de prueba han de haber “accedido a los autos, vedando [el citado precepto] la actividad investigadora del juez. Por ello, en el ejemplo propuesto, el juez no podría investigar de oficio si existió o no un atestado policial para extraer la declaración de testigos. El juez, en suma, no puede investigar la existencia de fuentes de prueba distintas de las que figuren en autos.” Ídem, págs. 143 *in fine* y 144 *ab initio*.

Finalmente también interesa recoger las aportaciones de ABEL, X., en la relación existente entre este art. 429 LEC y la **prueba pericial**. En torno a la misma, este autor aborda “la cuestión de si [el juez propone la prueba pericial] debe limitarse a la ampliación de algún extremo de los dictámenes presentados a instancia de parte.” Relacionando los **arts. 347.2 y 339.5 LEC**, considera que: “Fuera de los supuestos del 339.5 LEC (procesos sobre declaración o impugnación de filiación, paternidad y maternidad, sobre capacidad de las personas o matrimoniales), el juez no puede acordar la ampliación de oficio del dictamen pericial.” Ídem, página 144. Distingue este autor la anterior problemática con de la de “si el juez puede proponer al amparo del art. 429.1, II y III LEC la prueba pericial, cuando conste en autos referencia a un perito y la parte no la haya propuesto. Aun siendo una hipótesis poco frecuente, la

del juez durante la proposición de prueba, a través de la iniciativa que se articula en el art. 429.I. II y en los procesos especiales no dispositivos, en la admisión de la misma y en su práctica, [...] Por el contrario, en materia de diligencias finales no existe sino un debilitamiento de su función.”⁸⁹⁶ Esta **relación art. 429 LEC/diligencias finales** se ha significado ya en varias ocasiones por la doctrina, compensándose⁸⁹⁷ de alguna manera la mengua del principio de investigación de oficio, en parte contenido en las anteriores diligencias para mejor proveer⁸⁹⁸, con las facultades que ahora otorga al órgano jurisdiccional el novedoso art. 429 LEC⁸⁹⁹. Facultades que empero no deberían llegar a subsanar la falta de diligencia de las partes en el ejercicio de su actividad probatoria⁹⁰⁰.

respuesta debe ser afirmativa sobre la base de la anterior distinción entre fuente y medio de prueba, siempre y cuando se trate de una pericial que venga suscitada al amparo del art. 426.5 LEC, pues para las periciales a instancia de parte rige la preclusión probatoria (arts. 265.1.4.º y 336.1.º LEC).” Ídem, pág. 144.

⁸⁹⁶ RÍOS LÓPEZ, YOLANDA, *La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos*, págs. 127 a 177 (pág. 135 para la anterior cita) en la obra de la que fueron directores ABEL LLUCH, XAVIER y PICÓ I JUNOY, JOAN, y ella misma coordinadora, *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2006.

⁸⁹⁷ Algunos autores utilizan específicamente este vocablo (“compensada”); así lo hace por ejemplo LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, opus cit., pág. 34. Si bien es cierto que la visión de este autor de dicho artículo es muy crítica pues considera “que el art. 429.1, párr. 2.º NLEC concede al órgano jurisdiccional una facultad de intervención en materia de proposición de la prueba que va más allá de los poderes de dirección propios del proceso civil. [...]. Y lo que me parece más grave: creo que la imparcialidad judicial, que es una característica esencial de la jurisdicción, queda seriamente comprometida con dicho párr. 2.º del art. 429.1, ya que si el tribunal *colabora* en la proposición de prueba de una de las partes, inevitablemente, favorece a ésta, o lo que es igual, perjudica a la parte contraria. Por todo ello, esta novedosa norma merece, en mi opinión, un juicio muy desfavorable.” Ídem, pág. 85; a pie de dicha página y de la siguiente recoge las opinión también muy crítica de De la Oliva, y la más benévola de Ortells Ramos, recogiendo los calificativos que sobre las mismas vierte el citado autor.

⁸⁹⁸ Aunque se ha de diferenciar claramente, como hacen GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ y BUITRÓN RAMÍREZ, GUADALUPE, entre proponer prueba de oficio y “la *sugerencia de prueba* que, también de oficio, puede el órgano judicial someter a la consideración de las partes en la audiencia previa del juicio declarativo ordinario (y también en el acto de la vista del juicio verbal –art. 443.4.II LEC-), cuando <<considerare que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos>>, en cuyo caso lo pondrá de manifiesto a las mismas, siendo éstas, y no el propio tribunal, quienes a continuación promuevan o no la prueba sugerida por el órgano judicial (art. 429.1.II LEC, al que se remite expresamente el citado art. 443.4.II LEC).” *La prueba civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 122.

⁸⁹⁹ Así lo expresa CHICO FERNÁNDEZ, TANIA, cuando nos recuerda que: “La previsión hoy contenida en el artículo 429.2 de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000 (en adelante, LEC), en sede de audiencia previa, no se encontraba en el proyecto de ley que, en su día, se presentó a las Cortes para su tramitación parlamentaria. Posteriormente, durante ese trámite, en la comisión de justicia e interior del Congreso de los Diputados, se alcanzó un acuerdo transaccional, que supuso la incorporación de la redacción actual del precepto, a partir de una enmienda que inicialmente había sido presentada por el grupo parlamentario socialista, al artículo 283 del proyecto.” *La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del artículo 429.1,II de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, págs. 243 a 279, pág. 245 para el anterior fragmento, en ABEL LLUCH, XAVIER y PICÓ I JUNOY, JOAN (directores) y RÍOS LÓPEZ, YOLANDA (coordinadora), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, opus cit. A continuación (y citando a pie de la antedicha página a Seoane Spielgelberg, Montero Aroca, Hoya Coromina y Fernández Urzainqui) asevera que: “Según la doctrina, la inclusión de esta disposición

Finalmente, respecto a las **diligencias finales**⁹⁰¹ (**artículos 434 a 436 LEC**), refiere ABEL que las mismas han derogado y “sustituido” las anteriores diligencias para mejor proveer, significando un cambio “sustancial”, restringiéndose “considerablemente la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, pues las diligencias finales únicamente podrán acordarse de oficio excepcionalmente (art. 435.2 LEC), siendo la regla general la de que sólo se acordarán a instancia de parte (art. 435.1 LEC).”⁹⁰² Esta restricción no se pone

ha supuesto un matiz, respecto del carácter eminentemente liberal de la ley, que, en general, se decanta, a lo largo de su articulado, por una fuerte presencia del principio de aportación de parte, salvo para los procesos que la propia ley califica como no dispositivos.” Ídem. En parecido sentido que la anterior encontramos el comentario de ERICE, E., quien sostiene que la facultad recogida en los arts. 429.1 y 443.4 LEC “es fruto de una enmienda transaccional, introducida en el debate parlamentario, que trató de aproximar dos concepciones distintas en torno a la aportación de las pruebas a valorar por el Tribunal en su resolución: la que propugna el reconocimiento a los jueces de poder para la consecución de la más precisa certeza sobre los hechos aportados por las partes, mediante la adopción de oficio de prueba, y la que entiende que la iniciativa en la producción probatoria corresponde en exclusiva a las partes, sin que incumba a los Tribunales la indagación de la veracidad de los hechos alegados.” C.G.P.J., *La prueba pericial en el proceso civil, Iniciativa del tribunal...*, opus cit., pág. 205.

⁹⁰⁰ Véase en este sentido la **SAP de Murcia (sección 3ª), de 15/02/2002**, dentro de cuyo fundamento de derecho segundo se decide que *no se ha quebrantado el art. 429/1 de la L.E.Civil, pues el Tribunal no puede subsanar al amparo de la facultad que le confiere dicho precepto la omisión de los informes periciales que deben acompañarse con la demanda, art. 336, la omisión del anuncio de dictamen cuando no se puedan aportar con la demanda, art. 337, y la falta de solicitud en el escrito de demanda de la designación judicial de perito, art. 339 de la L.E.Civil. En definitiva, la facultad que confiere el art. 429/1 L.E.Civil al Tribunal no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a los dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. De la que fue ponente Martínez Pérez, El Derecho 2002/11920; extraída de ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (coordinadores), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, opus cit., págs. 184 y 185 (págs. 184 *in fine* y 185 para el anterior fragmento). Afirma por su parte ERICE, E., que los arts. 429.1 y 443.4 LEC “pretenden que el Tribunal oriente la iniciativa probatoria de las partes, sin suplirla, para evitar que al tiempo de dictar sentencia persista para el juzgador una incertidumbre sobre hechos controvertidos, que hubiera sido previsiblemente superable con la aportación de una prueba adicional o complementando la ya propuesta.” C.G.P.J., *La prueba pericial en el proceso civil, Iniciativa del tribunal...*, opus cit., pág. 205. Asimismo advierte esta autora que: “La aplicación de este precepto resulta problemática debido a la proclamación de la iniciativa de parte en la actividad probatoria como principio general, la observancia de la necesaria neutralidad, y la dificultad que lleva consigo predecir, en este momento procesal, la eventual insuficiencia de las pruebas propuestas, haciéndose necesario, en todo caso, un detallado examen previo de los hechos y alegaciones, así como del alcance de las pruebas propuestas.” Ídem.

⁹⁰¹ Que las diligencias finales pueden constituir una excepción al principio general de aportación de parte en las pruebas, es algo consensuado en la doctrina. Lo explicitan muchos autores como, por ejemplo, LÓPEZ SIMÓ, F., aunque también resalta el “modo excepcional” en que pueden “ser acordadas de oficio (o a instancia de parte), por el tribunal”. *Disposiciones generales sobre la prueba*, opus cit., pág. 31.

⁹⁰² *Iniciativa probatoria...*, opus cit., págs. 33 *in fine* y 34 *ab initio*. ABEL, X., distingue claramente las figuras reguladas en los arts. 429.1, II y III y 435.2 LEC, pues si la primera “puede configurarse como una facultad judicial de integración probatoria, la del art. 435.2 LEC es una facultad judicial de complemento probatorio.” Ídem, pág. 287; en relación a esta complementariedad cita a pie de la antedicha página a Morenilla Allard. Este **carácter complementario** lo desarrolla posteriormente ABEL, X., al aseverar que: “La facultad judicial es de complemento, no de suplantación ni de corrección de la actividad probatoria de las partes. Con las diligencias finales se pretende una actividad complementaria de la prueba practicada por las partes [cita a pie de página en ese sentido a Martín Ostos], sin que en ningún caso la limitada iniciativa probatoria de oficio pueda suplir la inactividad de las partes.” Ídem, pág. 288. Desarrolla en el siguiente párrafo esta idea al argumentar que: “Es presupuesto ineludible de toda actividad probatoria *ex officio iudicis* la existencia de una mínima actividad probatoria de la parte, de

en duda por la mayor parte de la doctrina⁹⁰³, habiendo también delimitado estos extremos en parecido sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁰⁴.

suerte que, si las partes no asumen la carga de la prueba, no cabe la iniciativa probatoria de oficio, so pena de infringir el ineludible deber de imparcialidad judicial. Este aspecto ya era reiterado por constante jurisprudencia, la cual, en interpretación de las diligencias para mejor proveer, prescribía que con su utilización se pudiera <<suplir la deficiente actuación de una parte>> o <<eliminar la autorresponsabilidad probatoria de la parte>>.” Ídem, pág. 288; a pie de la misma relaciona diversas sentencias en ese sentido.

Destacó aún más, si cabe, esta característica (bajo la vigencia de la LEC de 1881) DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO, al sostener que: “Si hubiera que definir con una sola palabra el concepto de las diligencias para mejor proveer en su concepción tradicional, este término sería sin duda *complementariedad*. En efecto, las diligencias en cuestión, según la concepción más respetuosa con el principio de aportación de parte, son el complemento ideal para el órgano jurisdiccional en materia probatoria.

De una manera muy resumida cabría indicar que se entiende la complementariedad de las diligencias para mejor proveer en cuanto que instrumento que permite al órgano jurisdiccional dictar una resolución más adecuada a la realidad en aquellos casos en los que la actividad probatoria de las partes sobre determinados hechos no ha logrado su fin, y éstos no pueden ser tenidos como probados para el proceso.” *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Editorial COMARES, 1996, pág. 80. Este acento en este carácter complementario lo resaltan también muchos autores, denominándolo a veces de otras formas, v. gr. cuando GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA, pone el acento en que el destino de las diligencias para mejor proveer se cernía sobre hechos que, habiendo “sido objeto de prueba en el proceso”, “todavía no han sido lo suficientemente esclarecidos.” *El Objeto de la Prueba en el Proceso Civil*, Barcelona, Cedecs Editorial, S.L., 1997, pág. 146. Si bien añade seguidamente esta autora que: “También sería posible la prueba de aquellos hechos cuya prueba se intentó, sin ser practicada por causas ajenas a la parte.”); fijando también claramente esta autora los límites que cercaban el uso de estas diligencias, las cuales: “no sólo han de restringirse a los hechos que han sido alegados y probados, sino que existe un límite que vincula en todo caso al juez: que las diligencias no sirvan en ningún caso para remediar situaciones producidas por la actitud negligente de las partes. Esta exigencia no aparece contenida en la ley, sino que ha sido establecida por interpretación jurisprudencial y ha sido apoyada por la opinión doctrinal.” Ídem, pág. 147; a pie de la misma relaciona diversas SSTs.

⁹⁰³ Así, por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, LLUÍS, considera que: “El elemento que marca la diferencia entre las diligencias finales y las antiguas D.M.P. radica en el operador judicial que las moviliza. En el régimen derogado quien las acordaba era exclusivamente el juez, y se entendía que tanto pertenecían a su espacio íntimo de reflexión y decisión, que por durante más de un siglo, hasta la Novela de 6 agosto 1984 el exartículo 340 terminaba diciendo que <<las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda>>. Como podemos ver el cambio ha sido muy profundo. Según el actual artículo 435 las diligencias finales sólo pueden acordarse a instancia de parte, salvo la excepción que veremos luego.” *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2001, pág. 254. Y en parecido sentido muchos otros, como GARBERÍ, J., y BUITRÓN, G., quienes aún considerando a las diligencias finales “ancladas en alguna medida en la tradición procesal civil clásica”, consideran que “poseen un perfil jurídico propio, [...] susceptibles de ser acordadas, [...], dentro de un margen estricto de operatividad que hace que únicamente resulten procedentes como diligencias finales aquellos medios de prueba que reúnan las condiciones taxativas expresadas en el art. 435 LEC.” *La prueba civil*, opus cit., pág. 271.

⁹⁰⁴ Véase en apoyo de la anterior afirmación lo que el Alto Tribunal ha sostenido en su **sentencia de 30/11/2010: A) En el procedimiento ordinario -no así en el verbal, en que las diligencias finales no tienen cabida- la práctica de las diligencias finales exige la petición de parte según impone el artículo 435.1 LEC.**

La práctica de diligencias finales de oficio por parte del tribunal es excepcional, conforme establece el artículo 435.2 LEC, y solo se autoriza «si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas independientes de la voluntad y diligencia de las partes» (STS de 22 de diciembre de 2009, RCIP n.º 407/2006). Es posible su adopción en la segunda instancia siempre que se ajuste a lo prescrito (ATC de 24 de marzo de 2009, RCIP n.º 166/2007).

Con respecto a éstas últimas, arguye ABEL que: “Las diligencias finales (arts. 434 a 436 LEC) han comportado un cambio terminológico, sistemático y conceptual respecto de las diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881 que, en general, ha sido recibido críticamente por la doctrina, ora por restringir excesivamente la iniciativa probatoria de oficio, ora por conceder aún un limitado margen a la iniciativa probatoria de oficio, en un proceso civil inspirado en el principio dispositivo y de aportación de parte. Tampoco faltan autores que han recibido positivamente la nueva regulación o que han refrendado la opción legislativa.”⁹⁰⁵ Ahora bien, a pesar de los poliédricos enfoques que se han dado a esta cuestión⁹⁰⁶, me parece especialmente relevante para los fines de este estudio la aseveración que efectúa el mismo ABEL, cuando nos indica que: “El legislador prima un factor estrictamente técnico y formal (respeto hacia una estructura procesal) sobre un factor material (concesión de iniciativa probatoria de oficio en la fase final del juicio). Ello permite el dictado de sentencias técnicamente correctas, aun cuando tal vez materialmente injustas, puesto que el juez, en ausencia de prueba sobre un hecho relevante, deberá acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC), en vez de procurar reforzar su convicción mediante la práctica de una diligencia final.”⁹⁰⁷

»B) En el caso examinado la entidad demandada, durante la primera instancia, no propuso prueba dirigida a acreditar la existencia del pacto verbal con la actora que alegó en la contestación a la demanda.

»Sin entrar en consideraciones sobre la relevancia de las diligencias finales acordadas de oficio en segunda instancia, basta la constatación de que en la primera instancia no se propuso ni practicó prueba sobre el hecho a cuya acreditación se dirigieron las diligencias finales para declarar que no procedía acordar de oficio la práctica de dichas diligencias, por no concurrir la situación excepcional de insuficiencia de pruebas practicadas por circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de la parte sobre el indicado hecho. FDº 3º, REIP 197/2007, ponente Antonio Xiol Ríos, Juan; extraída de las seleccionadas por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., reseñada por dicho Gabinete bajo el rótulo de: “**Prueba. Diligencias finales: presupuestos para acordar su adopción de oficio.**”

⁹⁰⁵ *Iniciativa probatoria...*, opus cit., págs. 256 *in fine* y 257 *ab initio*. Relaciona a pie de ambas páginas, diversos autores en sostén de sus afirmaciones, tratando de este tipo de diligencias, bajo el revelador título: “De la discrecionalidad del mejor proveer a la excepcionalidad de la diligencia final”, págs. 256 y ss.

⁹⁰⁶ Por ejemplo, MONTERO AROCA, J., relaciona las diligencias finales con la preclusión, cuando sostiene que: “Los artículos 286 y 435.1 son la comprobación de que la LEC, a pesar de la preclusión en las alegaciones, pretende que la sentencia tome en cuenta la situación de hechos de la relación jurídica tal y como esté en el momento inmediatamente anterior al día en que comience a transcurrir el plazo para dictar sentencia.” *La Prueba en el Proceso Civil*, quinta edición, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., 2007, pág. 563.

⁹⁰⁷ *Iniciativa probatoria...*, opus cit., pág. 265. En esta misma dirección se han pronunciado otros autores, entre los cuales tal vez impacte especialmente el enfoque que dio al tema PICÓ I JUNOY, J., y que recoge LÓPEZ SIMÓ, F., para quien, comentando el Proyecto de LEC de octubre de 1998, “había en él algunas innovaciones que se debían volver a meditar profundamente antes de instaurarse en nuestro ordenamiento y, entre ellas, destacaba <<la exacerbación del principio de aportación de parte y la

Esta conclusión de ABEL me sirve para explicitar que, con las nuevas diligencias finales, se cercena la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda (en este último momento del proceso) delimitar el *quantum* de lo debido. Y aquí se puede destacar otra “coincidencia” que se ha dado con la nueva LEC entre la sentencia con reserva y las diligencias finales, consistente en que ambas figuras han sido claramente acotadas en base a un mismo motivo, una misma **desconfianza hacia los diversos partícipes del foro**. Recuérdese en este sentido que el art. 219 LEC surgió como respuesta a una utilización abusiva de la remisión a la ejecución que permitía el art. 360 ALEC; del mismo modo, las diligencias finales son, en realidad, la respuesta a una utilización asimismo abusiva de las providencias para mejor proveer⁹⁰⁸. Y es que la LEC, en ese doble lenguaje que trasluce en diversos preceptos, no hace explícito el verdadero trasfondo de su normativa.

Al fin y al cabo esta problemática refiere a las **estructuras nucleares del sistema**, no debiendo extrañar que, bajo la ALEC, el engarce entre el principio de aportación de parte y las diligencias para mejor proveer no acabara de encajar. Sin querer extenderme más de la cuenta en este punto, si considero pertinente recoger el enfoque que, sobre esta cuestión, realizó DÍAZ CABIALE, al vincularse directamente dicha problemática

correspondiente negativa a otorgar iniciativa probatoria *ex officio iudicis*>>. En síntesis, entendía el citado autor que, a diferencia de lo previsto en ordenamientos extranjeros muy próximos, el Proyecto de 1998 mantenía una postura extremadamente conservadora en materia de iniciativa probatoria, reservando ésta a las partes, puesto que <<a excepción de algún proceso especial *no dispositivo*, en ningún momento se prevé iniciativa probatoria del juez, e incluso se le imposibilita realizar las actuales diligencias para mejor proveer con la amplitud que prevé el art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil>>.” *Disposiciones generales sobre la prueba*, opus cit., pág. 33. A continuación LÓPEZ SIMÓ, F., ahora ya hablando con sus propias palabras, afirma que ese era el estado de la cuestión en el citado Proyecto, añadiendo que “la situación no ha variado en el texto definitivo de la LEC”, considerando que efectivamente se ha producido esa **exacerbación del principio de aportación de parte**, lo cual únicamente matiza en relación con el artículo 429.1, párr. 2.º LEC, al considerar que: “también es verdad que la restricción que en esta Ley sufre la facultad judicial de acordar de oficio la práctica de pruebas se ve compensada, en alguna medida, con el relevante papel que la propia Ley, en ese art. 429, atribuye al tribunal a la hora de proponerse las pruebas.” Ídem, pág. 34.

⁹⁰⁸ ABEL, X., titula sagazmente “*Razones no expresadas de un cambio sustantivo*” a los motivos del cambio en este sentido que “se reducen, en síntesis, a la utilización incorrecta de las diligencias para mejor proveer.” *Iniciativa probatoria...*, opus cit., pág. 266; cita previamente en este punto a Escribano Mora. Argumenta en el siguiente párrafo que: “Es cierto que, en ocasiones, ha habido un uso inadecuado de las diligencias para mejor proveer, denunciado por la doctrina [cita a pie de página a De la Oliva con Díez-Picazo Giménez]. Existía un uso incorrecto (el abuso de la fórmula <<sin perjuicio de para mejor proveer>> en la admisión o denegación de la prueba), un uso dilatorio (alargar los plazos) y un uso indiscriminado (no justificar la adopción de las diligencias para mejor proveer).” Ídem, página 266. Este autor, después de desarrollar esos “denostados usos” de las diligencias para mejor proveer llega a manifestar que los mismos “han provocado su certificado de defunción.” Ídem, pág. 267.

con el objeto de la sentencia con reserva y al reflejar, en mi opinión, pulcramente cómo, desde la lógica jurídica, se debería abordar teóricamente esta cuestión. Para DÍAZ CABIALE la construcción tradicional de las diligencias para mejor proveer “se encuentra viciada de origen, fundamentalmente en sus pilares teóricos. [...] El núcleo de la cuestión no es otro que determinar en qué supuestos el Juez puede determinar la necesidad de practicar diligencias para mejor proveer para poder dictar resolución. Para nosotros es evidente que dicha circunstancia no existe nunca, lo que vendría a demostrar que las diligencias para mejor proveer son discrecionales pero nunca complementarias ya que no hay nada que complementar.”⁹⁰⁹ Obsérvese la importancia de lo anterior pues fue precisamente a través de esas diligencias para mejor proveer por donde se intentó encauzar la averiguación de oficio del correspondiente *quantum*, a los efectos de poder así cerrar la controversia y no dilatar el proceso. Ahora bien, volviendo a los comentarios de DÍAZ CABIALE, el mismo sostuvo que, en los supuestos que menciona, el juez “siempre puede dictar un fallo sobre el fondo” sin necesidad de hacer uso de las diligencias para mejor proveer. De esta forma, “si resulta que el hecho principal no ha sido probado suficientemente, deberá dictar una resolución que lo tenga como no probado. Así, si es el hecho que constituye el presupuesto de la indemnización el que no ha resultado probado, la resolución es desestimatoria para el actor, absolviendo al demandado. Por el contrario si el hecho que extingue, impide o excluye la responsabilidad es el que no está suficientemente probado, la sentencia declarará existente la acción ejercitada, si es que el hecho constitutivo se probó.”⁹¹⁰ Y congruentemente con el anterior planteamiento, prosigue en el siguiente párrafo afirmando que “en lo que se refiere a los hechos secundarios, la regla es exactamente igual, en el ejemplo del derecho a la indemnización, si no se prueba el daño corporal no habrá lugar a que la sentencia establezca éste como una de las bases para calcular la

⁹⁰⁹ *Principios...*, opus cit., pág. 96. Indica a continuación los dos “únicos supuestos, en los que de forma tradicional se viene entendiendo que la actividad probatoria de las partes debe ser complementada:

- cuando habiendo practicado prueba sobre un hecho las partes, éste no queda suficientemente probado.
- cuando habiéndose probado un hecho, algunas circunstancias de naturaleza secundaria, por no tratarse de hechos principales, deben concretarse como puede ser el caso de ciertas condiciones que permitan cuantificar el alcance de la indemnización, una vez que se probó la existencia del incumplimiento de la obligación o el hecho que motiva la responsabilidad extracontractual. En este caso nos referimos, evidentemente, no ya a la fijación de la cantidad exacta, sino a la necesidad de probar determinados hechos que permitan fijar las bases que posteriormente posibiliten la cuantificación de la indemnización a través del cauce previsto en los arts. 928 y ss. LEC, en sede de ejecución de sentencias.” Ídem, pág. 97.

⁹¹⁰ Ídem, pág. 98.

indemnización, por lo que tendrá que limitarse al posible daño moral u otros aspectos de los daños materiales.”⁹¹¹

Si se sigue la anterior argumentación de DÍAZ CABIALE aparecen como necesarias las conclusiones a las que llega este autor, para quien “nunca el órgano jurisdiccional necesita completar actividad probatoria alguna, ya que la regla de juicio de la carga de la prueba señala cuál es el sentido del fallo, [...]. Y por lo tanto se aprecia a la vez que las diligencias para mejor proveer no tienen nada que complementar, por lo que esa no puede ser su naturaleza.”⁹¹² Llegados a este punto, sírvanos las siguientes reflexiones del citado autor, para hilvanar este apartado del presente estudio con el siguiente (referente a la carga de la prueba) pues, para DÍAZ CABIALE: “Esta comprensión del fenómeno es la que permite apreciar la verdadera naturaleza de la regla de la carga de la prueba, que no es tanto la formulación de un criterio que sirva de asistencia al órgano jurisdiccional en caso de duda, como el complemento teórico necesario en un sistema en el que el Juez debe permanecer alejado de la contienda sin poder practicar pruebas. De esta manera se produce la interacción entre los dos aspectos puestos de relieve, principio de aportación de parte y carga de la prueba.”⁹¹³

En mi opinión, y a modo de **conclusión** de este apartado, cabe destacar que las nuevas facultades otorgadas por el art. 429 LEC al órgano jurisdiccional no compensan los recortes que, en sus posibilidades de investigación de oficio, se han producido con las nuevas diligencias finales (arts. 434 a 436 LEC), con lo que se ha **potenciado** enormemente el **principio de aportación parte** en este ámbito. La importancia de este

⁹¹¹ Ídem. El anterior planteamiento, al menos desde un punto de vista teórico, me parece intachable. Como afirma en el siguiente párrafo el citado autor: “Se trata en definitiva de aplicar las reglas de la carga de la prueba, para determinar el sentido del fallo. Nos referimos a lo que se conoce de manera tradicional como carga material u objetiva de la prueba, en cuanto regla de juicio que permite, e incluso obliga, al órgano jurisdiccional inferir la solución para el caso concreto.” Ídem, págs. 98 *in fine* y 99.

⁹¹² Ídem, págs. 100 y 101.

⁹¹³ Ídem, pág. 101. Esta argumentación la desarrolla DÍAZ CABIALE, J. A., en las siguientes páginas de dicha obra, en las que sostiene que lo complementario es el principio de carga de la prueba en relación al de aportación de parte: “ya que si al órgano jurisdiccional le estuviera permitido el practicar pruebas, entendiendo que el proceso debe alcanzar en todo caso la verdad, no tiene mucho sentido dotar al Juez de mecanismos para que resolviera en aquellos casos en los que tuviera dudas, o con una mayor precisión, este mecanismo estaría mucho más desvirtuado en cuando a su posible utilidad.” Ídem, págs. 102 y 103 *ab initio*. Pues los casos en que, aún habiendo practicado el juez pruebas, quedaran hechos “que no pudieran tenerse como ciertos o no existentes”, en los que sería necesario acudir a las reglas de la carga de la prueba, “se trataría de supuestos tan excepcionales que no justificarían el alcance tan grande de la regla de la carga de la prueba y la atención doctrinal ante lo necesario de su aplicación.” Ídem, págs. 103 y 104 *ab initio*.

hecho es capital en relación con la sentencia con reserva, si se evoca que hasta la LEC del 2000 la norma (art. 360 ALEC) compelió a las partes y al órgano jurisdiccional a realizar la prueba necesaria para concretar la cuantía de lo debido. La mayoría de los casos en que aquélla se empleaba, eran consecuencia de una verdadera *formación progresiva de la pretensión*⁹¹⁴ que, en lo que a este apartado se refiere, se traducía en un dimorfismo en la carga sobre el *thema probandum*. De esta forma, mientras que en relación a la existencia del débito la carga correspondía de forma plena a la parte actora, con respecto a la determinación del *quantum* ésta función quedaba en manos tanto de las partes como del órgano judicial, como constatan las facultades que otorgaban a éste último las anteriores diligencias para mejor proveer.

Actualmente (art. 219.1 LEC), este deber de concretar el *quantum* se dirige, por primera vez, de forma expresa a la parte actora, limitándose al mismo tiempo tanto el alcance de la sentencia con reserva (art. 219.3 LEC), como la discrecionalidad del órgano jurisdiccional en su recurso a dictar aquélla (art. 219.2 LEC). Resulta sencillo conectar este precepto con las anteriores limitaciones en las facultades de averiguación del órgano jurisdiccional, pues parece que en la *mens legislatoris* subyace la idea de un sistema en el que la **pretensión, desde su inicio, ha de ser determinada**. Partiendo de esta estructura, el único caso problemático sería aquel en el que se hubiera de decidir sobre si esa determinación ha sido imposible, único supuesto en que existiría interés en el dictado de una sentencia con reserva⁹¹⁵. Ahora bien, independientemente de lo que se dirá en el epílogo de esta obra (en la que se intentará demostrar la inconsistencia de esta última hipótesis) lo cierto es que el **Tribunal Supremo** ha ido sustituyendo el sistema instituido en la LEC por otro en el que, la cuantificación de lo debido, se puede ir concretando **a lo largo de todo el proceso** de declaración e incluso al inicio del proceso

⁹¹⁴ Aunque este concepto podría resultar en un primer momento chocante, en el fondo siempre se ha considerado en estos casos que la pretensión (y no solamente la sentencia) es incompleta y que, será a través del proceso que la misma se irá completando; véanse en este sentido las siguientes palabras de CORDÓN MORENO, F.: “Con carácter general se puede decir que el artículo 360 de la L.e.c. es una tentativa de solución de los problemas que pueden plantear en la práctica las acciones encaminadas a la obtención de una prestación no determinada *ab initio*, bien sea en dinero o en especie.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 42.

⁹¹⁵ Si se sigue esta lógica paradójica que ciertamente trasluce el actual art. 219.3 LEC, se podría llegar a sostener que, en estos casos, sería la parte demandada la que tendría que demostrar que aquella cuantificación era posible para que se desestimara la demanda (por falta de interés legítimo en obtener una condena genérica). Obviamente esto último choca con la lógica tradicional, pues significaría que la demandada no solamente debería reconocer la existencia del débito sino que, además, tendría la carga de demostrar su cuantía para obtener la correspondiente absolución.

de ejecución. Y el principio de aportación de parte resultará clave para valorar esta doctrina, al menos en dos aspectos:

- A) En relación con la fuerza que este principio tiene con respecto a las facultades del tribunal en el momento de fijar el correspondiente *quantum*.
- B) En su concreta plasmación en las diferentes fases del proceso pues, su confusa configuración en algunos preceptos, ha favorecido a su debilitamiento.

4.5.2. Breve referencia a la relación entre sentencia con reserva y prueba pericial.

La controversia que se resuelve parcialmente a través de una sentencia con reserva, habitualmente sólo se puede acabar solventando acudiendo al dictamen de peritos⁹¹⁶. La relevancia de esta cuestión se aprecia especialmente en el **segundo de los juicios**⁹¹⁷ que conforman esa tutela escindida que es la condena con reserva; es decir, el juicio sobre el *quantum* que, inicialmente, incluso se dejó en manos no jurisdiccionales (de Contadores) pero que, desde el S. XVI, pasará a ser competencia exclusiva de los tribunales. En esta dinámica, el papel del perito ha ido variando, pasando de ser un sujeto **dirimente**, a considerársele como **auxiliar** del órgano jurisdiccional y, finalmente, a tratársele como **medio de prueba**, aportando su opinión experta para que

⁹¹⁶ Baste como ejemplo de la anterior aseveración las siguientes palabras del TS: *La sentencia que, de conformidad con lo solicitado en la demanda, condena al pago y perjuicios, y por estimar que no existen datos bastantes en los autos para fijar el importe de aquéllos, establece las bases con arreglo a las cuales habrá de fijarse su cuantía, se ajusta a lo ordenado en los arts. 359 y 360 LEC, cuya infracción, alegada en el cuarto motivo del recurso, no puede estimarse, porque tratándose de fijar y determinar el número y valor de los pinos que indebidamente fueron cortados en los montes del demandante, el procedimiento más adecuado y que mayores garantías de acierto puede ofrecer es el establecido por la Sala sentenciadora, mediante el cual, una vez conocido el número de los pinos indebidamente aprovechados, por no hallarse comprendidos en el contrato de 8 mar 1898, se determinará su valor en la época de corta, bases de apreciación que, por su claridad y congruencia con las cuestiones discutidas en el pleito, no pueden originar confusión, ni cabe estimar oscuridad o insuficiencia cuando, dadas las naturales dificultades del caso, se acude a la ciencia y práctica de peritos como único medio posible de regular y establecer la cuantía del perjuicio. (Sentencia de 12/02/1908).* Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3457. Son muchas las resoluciones en donde se estableció esta casi inextricable relación entre sentencia con reserva y prueba pericial. V. gr. vid. la **sentencia de 28/01/1919**, en la que *el actor pidió la condena al pago de <<60.000 ptas. con los aumentos que la prueba pericial señalase>>*, y lo dispuesto en el fallo está comprendido en la petición. Extraída de ídem, págs. 3458 *in fine* y 3459.

⁹¹⁷ Incluso se llega a usar esta terminología; v. gr. la **sentencia de 17/06/1884** afirmó que: *La sentencia recurrida resuelve todas las cuestiones debatidas en el pleito, una vez que remite al juicio de peritos lo que se refiere a los viajes a Alfaro y Quejigal, lo cual habrá de resolverse al ejecutar la sentencia y no en nuevo litigio como supone el recurrente.* Extraída de ídem, pág. 3456. Obsérvese como el TS llama al incidente declarativo de liquidación en ejecución de sentencia como *juicio de peritos* lo cual recuerda, en cierta manera, a la pretérita remisión a contadores.

el órgano jurisdiccional pueda fijar el alcance de lo debido⁹¹⁸. Aún así hay que apuntar que, en ciertos supuestos, las diferentes leyes procesales han reconocido a los peritos funciones verdaderamente decisorias en la cuestión de esa delimitación del *quantum*⁹¹⁹.

Configurado el informe pericial como un medio de prueba, surge en primer lugar la cuestión de si, como tal, se limita realmente a acreditar unos hechos u objetos cuya

⁹¹⁸ Esta idea ya la expresaba nítidamente el ilustre jurista BENTHAM, J., cuando argumentaba que: “Hay un caso en que el *relato* de la prueba material es muy superior a la prueba inmediata, como ocurre cuando la cosa requiere el informe de peritos. Supongamos que se trate de un robo con fractura: el juez está tan bien capacitado como un arquitecto para determinar si las puertas y ventanas han sido forzadas. Pero si se trata de una demanda de reparación de daños entre el propietario de una casa y el locatario, el juez, trasladándose al lugar del hecho, se vería en gran dificultad para estimar el menoscabo, mientras que, permaneciendo tranquilo en su tribunal, oyendo a los arquitectos de una parte y de otra, su fallo estará fundado sobre las mejores bases que el caso admita.” *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. II, opus cit., pág. 241; la cursiva aparece en el texto consultado. Recuérdese que para este autor el perito es “una persona dotada de la instrucción particular requerida para el objeto particular de la declaración: será un testigo científico” (idem, pág. 76 *ab initio*), siendo su testimonio lo “más favorable a la justicia” al ser “testigos esclarecidos” que tienen “la posibilidad de expresarse con la precisión que el tema requiera.” Ídem, vol. I, pág. 92 *in fine*. Esta misma conexión se explicita en realidad en muchos autores, aunque no se refieran de forma directa a la sentencia con reserva. V. gr., se observa en GARBERÍ, J., y BUITRÓN, G., cuando afirman que “será un perito quien deba cuantificar con exactitud los daños ocasionados por el evento que constituya el origen de la acción de reclamación contractual o extracontractual deducida en el pleito”. *La prueba civil*, opus cit., pág. 412.

⁹¹⁹ Bajo la LEC de 1881 se daba el siguiente caso que explicitó claramente GARCIANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO M^a, cuando comentó que: “Entre los distintos momentos en que puede producirse la intervención de peritos en el proceso, la LECiv regula, dentro de la fase inicial de los diferentes juicios declarativos, el supuesto de que el demandado no se conforme con el valor dado a la cosa litigiosa o con la clase de juicio propuesto por el actor. En tales casos el órgano jurisdiccional, ya sea en una comparecencia celebrada al efecto o en el acto de la misma en que se desarrolla el proceso –supuesto del juicio verbal–, instará a las partes para que se pongan de acuerdo sobre la clase de procedimiento a seguir. En el caso de que exista disconformidad entre los litigantes, cuando la diferencia de criterios venga derivada de la ausencia de los datos de que se sirve la Ley para estimar el valor de la demanda y determinar así la clase de juicio declarativo –art. 489 de la LECiv–, se prevé el nombramiento y posterior intervención de peritos en este incidente.” *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 1999, pág. 325. A pie de la antedicha página, reseña los artículos referentes a cada uno de ellos, contenidos en la ALEC: arts. 492 a 495 para el juicio de mayor cuantía; arts. 686 y 693.1º para el de menor cuantía; arts. 496 y 718 para el juicio verbal; y art. 496 (y art. 47 del Decreto de 21/11/1952) para el juicio de cognición. Añade que: “El modelo a seguir es el juicio de mayor cuantía, al que se remiten el resto de los procedimientos.” En lo que ahora más interesa, GARCIANDÍA, P. M^a, analizó la naturaleza de esta peritación, llegando a la siguiente conclusión: “no nos hallamos aquí ante la peritación probatoria de los artículos 610 a 632 de la LECiv por una razón muy obvia: en el incidente de oposición a la clase de juicio propuesto los peritos que intervienen tienen encomendada la labor de decidir la cuantía del objeto litigioso; y ello con base en la discrepancia existente entre las partes litigiosas y en la imposibilidad judicial de fijar, a través de la aplicación de los criterios legales, la concreta cuantía de la demanda.” Ídem, pág. 328. Para ahondar aún más en esta visión poliédrica de las funciones que ha ejercido el perito en nuestro proceso civil, resulta pertinente recoger las siguientes palabras del citado autor: “Otra importante intervención de los peritos en el proceso civil es la que se produce en la fase de ejecución. La actividad de estos expertos en estos supuestos de tasación, evaluación o liquidación contemplados en la LECiv no constituye, como ha reconocido de forma unánime la doctrina, una prueba pericial. [...]. El hecho de hallarnos aquí ante una actividad –en la mayoría de los casos– establecida preceptivamente, cuyo objeto es un avalúo o una tasación de bienes de imposible valoración libre por el juzgador, incide nuevamente –como bien ha señalado el Tribunal Supremo– en la naturaleza absolutamente decisoria que la actuación pericial reviste también en estos supuestos.” Ídem, pág. 341; a pie de la misma resalta en este sentido la **STS de 16/10/1995**, RJ 1995, 7082.

existencia ha sido ya alegada o, si va más allá, conformando nuevos hechos en el seno del proceso⁹²⁰. Probablemente no haga ni una cosa ni la otra, sino que, como comenta MONTERO AROCA “el de la prueba pericial es el caso menos claro de la distinción entre fuentes y medios de prueba, y lo es porque la actividad pericial no consiste realmente en introducir una fuente en el proceso, sino en conocer y apreciar una fuente que ha sido introducida en el proceso por otro medio.”⁹²¹ Por tanto, no serviría tanto para “verificar” la existencia de algo⁹²², sino para valorarlo, para hacer un “relato” sobre ese algo (v. gr. unos daños), que es precisamente lo mismo que hace el órgano jurisdiccional en su sentencia⁹²³ cuando no existe un criterio legal de valoración⁹²⁴.

⁹²⁰ Esta cuestión ha sido tratada al diferenciarse conceptualmente entre **fuentes/medio de prueba**, distinción necesaria como destaca MONTERO AROCA, J., y de la que quiero destacar su contrastación entre la fuente como “lo sustantivo y material”, y el medio como la “actividad”. De esta forma comenta el citado autor que: “La distinción conceptual entre fuentes y medios arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar; ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, sino que tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso.” *La Prueba en el Proceso Civil*, opus cit., 2007, pág. 152. Como sostiene este jurista: “La distinción conceptual entre fuentes y medios tiene su reflejo en cada una de las pruebas, de modo que en todas ellas algo preexiste al proceso (fuente) y algo se realiza en el proceso (medio).” Ídem, página 152. Concretamente, en lo relativo a la prueba pericial (“dictamen de perito”), afirma este autor que: “La fuente no es el perito, sino la cosa, materia o persona que se somete a la pericia, mientras que el medio es la actividad pericial y el informe o dictamen. Como decía CARNELUTTI, el testigo es examinado, mientras que el perito examina; o parafraseando a HÉLIE, el testigo es creado por la realidad de los hechos, mientras que el perito es designado en el proceso.” Ídem, págs. 152 *in fine* y 153 *ab initio*; la cita a Carnelutti, F., lo es a *Sistema del diritto processuale civile*, I; y la de Hélie, F., a *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*.

⁹²¹ Ídem, pág. 153.

⁹²² En este sentido FONT SERRA, EDUARDO, resalta el cometido que tiene esta prueba de facilitar “la valoración de hechos ya adquiridos en el proceso”, reproduciendo parte de la **STS de 24/09/1994 (Actualidad Civil 1359/1994)** en la que significaba que la prueba pericial “no tiene por objeto la prueba acerca de la existencia o no de hechos reales o materiales concretos (...), pues para expresar la existencia o no del expresado hecho real o material sirven todos los demás medios probatorios>>.” *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2000, pág. 32. Aseverando en el siguiente párrafo que “incluso, en atención al cometido de los dictámenes, un sector de nuestra doctrina procesal llega a concebir la prueba por medio de dictamen de peritos como un medio de prueba complementario, mediante el cual el perito, a través de sus conocimientos especializados, proporciona al juez información con la que el juez puede apreciar hechos que han quedado probados por otros medios de prueba.” Ídem; cita a pie de esta página 32 a Cortés Domínguez con Gimeno Sendra y Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, 1995, pág. 227. Peculiaridades derivadas de los propios hechos objeto de la pericia pues: “A diferencia de otros medios de prueba, que dan a conocer hechos desconocidos, el perito interviene, por regla general, cuando ya se conocen, aunque sean superficialmente, los hechos. Los demás medios personales de prueba refieren hechos pasados, la prueba mediante dictamen de peritos versa sobre hechos presentes y perceptibles en el momento del proceso, pero sólo para personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.” Ídem, pág. 45.

⁹²³ Cabría matizar esta aseveración, si diferenciamos dos tipos de dictámenes periciales, como hace FLORES, I., cuando distingue entre “la pericia que transmite información objetiva (*verificación*), y la pericia en que el experto se encuentra con distintas posibilidades, que puede ofrecer así al juez –lo que no resulta usual-, o que puede descartar optando finalmente por una de ellas (*especulativa*), emitiendo en este caso un verdadera juicio fáctico.” *La prueba pericial...*, opus cit., págs. 151 *in fine* y 152 *ab initio*; a pie

De lo anterior se deriva que, de todos los medios de prueba, sea éste el que más detenidamente haya de analizarse al estudiar la relación existente entre los principios dispositivo y de aportación de parte y la sentencia con reserva pues dependerá de quién, cómo y cuándo pueda hacer uso del mismo, el que sea finalmente necesario dictar una sentencia con reserva. Para analizar el estado actual de esta cuestión, me serviré de parte de un trabajo de D. DIEGO⁹²⁵, quien afirma que: “En la LEC la regla (según los arts.

de la misma cita a Stein, para quien “sólo se diferencia del juicio jurisdiccional en la autoridad de éste último sobre el pericial.” Como ejemplo de éste último tipo propone FLORES, I., el que “trata de determinar el lucro cesante, que constituye como se sabe un concepto jurídico indeterminado cuya función consiste en concretar, a efectos de indemnización, la cuantía de lo que previsiblemente se dejará de percibir en el futuro como consecuencia de los daños sufridos en determinados bienes o valores.” Ídem, pág. 152. Añade seguidamente además un extracto de la **SAP de Ciudad Real, de 8/09/2003**, de la que destacaré el siguiente fragmento: *Si el lucro cesante se forma, esencialmente, de la ganancia que podría obtenerse de seguir el curso normal de los acontecimientos en el sector de que se trate, es evidente que la prueba pericial en torno a lo que puede considerarse normal en ese ámbito es de importancia y trascendencia, en cuanto para ello se requieren los conocimientos científicos, técnicos o prácticos a que se refiere el artículo 335 de la Ley d Enjuiciamiento Civil.>>. Ídem.*

⁹²⁴ Por ello no puede extrañar que, en cuanto a la posibilidad de **controlar la valoración** de este medio probatorio, la doctrina que al respecto ha fijado el TS en su **sentencia de 1/06/2011** sea la siguiente: *Esta Sala -STS 9 de marzo 2010- ha admitido la impugnación de la valoración del dictamen de peritos, cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica. Quedan fuera las situaciones de duda, inseguridad, vacilación o equivocidad, y por ello no cabe razonar si es mejor o más oportuna una hipótesis valorativa diferente a la acogida por la sentencia impugnada (STS 09/02/2006, RC núm. 2570/1999). Como indica la STS de 29 de abril de 2005, RC núm. 420/1998, la casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericia efectuada en la sentencia impugnada cuando: (a) se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 8 de noviembre de 1994, 10 de noviembre de 1994, 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero de 2002); (b) se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 28 de junio de 2001, 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero de 2002, 21 de febrero de 2003, 13 de diciembre de 2003, 31 de marzo de 2004 y 9 junio 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 de enero de 1995, 18 de diciembre de 2001, 19 de junio de 2002); (c) se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS de 20 de febrero de 1992, 28 de junio de 2001, 19 de junio de y 19 de julio de 2002, 21 de febrero de 2003, 28 de febrero de 2003, 24 de mayo de 2004, 13 de junio de 2004, 19 de julio de 2004 y 30 noviembre 2004) y (d) se efectúen apreciaciones arbitrarias (STS de 3 de marzo de 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS 24 de diciembre de 1994 y 18 de diciembre de 2001). FDº 4º, RCEIP 791/2008, ponente Seijas Quintana, José Antonio; extraída de las seleccionadas por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., reseñada por dicho Gabinete bajo el rótulo de “**Prueba: dictamen pericial.**”*

⁹²⁵ D. DIEGO, MANUEL, *Juicio ordinario. Audiencia previa. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. Art. 429 Ley de Enjuiciamiento Civil*, págs. 275 a 317 (págs. 298 a 302 en relación a la prueba pericial), en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario*, Cuadernos de Derecho Judicial, II-2008, Madrid, 2009. Para este autor el objetivo de la prueba pericial es ayudar al juez a valorar los hechos, pues: “El Juez es un perito en Derecho; pero no se le puede exigir un conocimiento de todas las materias del saber humano, aunque tenga que resolver sobre ellas; [...] lo normal, en supuestos de valoración de hechos que precisen de conocimientos especializados, es la ausencia de los mismos [conocimientos especializados]. Para suplir esta falta de conocimientos especializados ha de acudir al dictamen de peritos, por el que se trata de aportar al proceso los conocimientos artísticos, científicos, prácticos o técnicos (como añade el art. 335 de la LEC), que el Juez desconoce.” Ídem, págs. 298 *in fine* y 299.

265 y 336 LEC) es (o parece ser, como veremos) la aportación con la demanda y contestación escrita de los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, lo que se efectuará por escrito y acompañando documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer su parecer o para su más acertada valoración.”⁹²⁶ Ahora bien, como afirma dicho autor, existen una serie de “salvedades” a esta regla general, que seguidamente relaciona, y entre las que me interesa resaltar la establecida en el **artículo 339.2 LEC**, en la que D. DIEGO nos dice que: “La que hemos llamado regla general se diluye como un azucarillo en el agua”, al establecer “que tanto demandante como demandado en su escrito de demanda y contestación, si consideran conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe judicial pueden solicitar la designación judicial de perito. Tal designación es también posible con posterioridad a tales momentos y fundadas en alegaciones de la contestación o en alegaciones complementarias efectuadas en la audiencia previa. Entiendo que el momento de la solicitud es asimismo el de la fijación del objeto de la pericia.”⁹²⁷ En la misma línea, asevera poco después que: “De lo expuesto se deriva que el legislador inició con una fuerte apuesta por la pericial de parte, pero al final al legislador le pareció

⁹²⁶ Ídem, pág. 299. En relación concretamente con la presentación de los dictámenes periciales por la **parte demandada**, resulta muy ilustrativa la **STS de 27/12/2010**, en donde se expone que: *B) En el recurso, el dictamen pericial cuya denegación se impugna se refiere a las alegaciones efectuadas en la contestación a la demanda sobre la existencia de deficiencias en la vivienda adquirida por la recurrente, en la que se pretendió fundar el incumplimiento de los demandantes y la aplicación de la doctrina del aliud por alio [una cosa por otra], en consecuencia se trata de un informe sustancial para la pretensión de la parte sobre una cuestión alegada en la contestación, cuyo régimen de aportación al proceso viene determinado por los artículos 265.1.4.º LEC y 336.1 LEC y 337.1 LEC, en su redacción vigente por razones temporales, de forma que, anunciada su aportación en la contestación a la demanda, en la que se alegó la imposibilidad de su aportación en el momento de presentar la contestación, debió aportarse antes del inicio de la audiencia previa.*

»C) Esta Sala no puede tener en consideración la interpretación flexible que propone la recurrente porque: (i) la literalidad del artículo 337.1 LEC, en su redacción vigente por razones temporales, no permite una interpretación distinta a la que se ha quedado expuesta, (ii) el momento preclusivo que establece este artículo lo es en último término, pues la exigencia primera del precepto es que la presentación de los dictámenes se realice «en cuanto [las partes] dispongan de ellos», (iii) corresponde a la diligencia de las partes atender a estas previsiones y también le es exigible a los órganos judiciales una especial diligencia cuando se agota el plazo de presentación para evitar la indefensión de la parte contraria que pueda ser generada por situaciones derivadas de la propia organización de de las oficinas de presentación de escritos, (iv) la hipotética falta de indefensión de la parte demandante, que ha sido alegada por la recurrente, no releva de la carga procesal de dar cumplimiento a un plazo preclusivo, que como tal está afectado por lo dispuesto en el artículo 132 y 136 LEC, y que solo tendrá las excepciones previstas en el artículo 134.2 LEC, en su redacción vigente por razones temporales, para los supuestos de fuerza mayor. FDº 3º, REIP 965/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída de las seleccionadas por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., reseñada por dicho Gabinete bajo el rótulo de “**Prueba. Plazo para la presentación de dictámenes periciales.**”

⁹²⁷ Ídem, pág. 300.

una apuesta excesivamente arriesgada y con un solo precepto torpedea la línea de flotación del nuevo sistema al afirmar que las partes iniciales podrán pedir en sus escritos iniciales (demanda, contestación) la emisión de informe pericial de perito designado judicialmente, bastando que la parte alegue conveniencia o necesidad para sus intereses y que el Juez estime utilidad. Al no excluirse en el art. 339.2 de la nueva LEC, la prohibición de la simultaneidad del informe aportado por la parte con el informe pericial y a pesar de la disyuntiva “aportar el dictamen de peritos o solicitar designación judicial” del art. 335.1, la práctica ha evidenciado que, especialmente en asuntos de importante interés económico o complejidad técnica y aún en otros, ha persistido la coincidencia en el mismo proceso de los dictámenes de partes y del dictamen del perito designado judicialmente, al igual que sucedía con la vieja LEC.”⁹²⁸

Siguiendo con la cuestión de la prueba pericial, e hilando este tema con lo analizado en el apartado anterior, cabe preguntarse por las facultades del órgano jurisdiccional en este campo a la luz del ya expuesto **artículo 429 LEC**. CHICO parte de la idea de que: “En el caso de la prueba pericial, por sus propias particularidades, resulta difícil pensar un supuesto de hecho en el que la pericia pueda ser calificada como complementaria, respecto de otros medios de prueba distintos, que figuren aportados al procedimiento”⁹²⁹, explicando que: “Esa imposibilidad para el juez de instar la designación de un perito judicial, en supuestos de hecho en los que le sea particularmente gravosa la comprensión de los dictámenes aportados, es consecuencia de la nueva concepción del perito, exclusivamente, como un medio más de prueba y no como un auxiliar del órgano jurisdiccional.”⁹³⁰ Sostiene también esta autora que: “En definitiva, de lo hasta ahora expuesto, se deduce que la única posibilidad para

⁹²⁸ Ídem, pág. 301. Muy críticos con esta normativa son GARBERÍ, J., y BUITRÓN, G., quienes llegan a afirmar que: “Desgraciadamente, la regulación de la prueba pericial en la LEC constituye un verdadero *caos normativo*, en donde todo un amplio y desorganizado conjunto de preceptos desperdigados por diferentes pasajes de la LEC no alcanzan a vertebrar un régimen jurídico homogéneo, completo, racional y carente de contradicciones de este importantísimo acto probatorio.” *La prueba civil*, opus cit., pág. 412.

⁹²⁹ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (directores), *Aspectos prácticos de la prueba civil, La facultad del juez...*, opus cit., pág. 268.

⁹³⁰ Ídem, pág. 269. Critica seguidamente dicha autora esta situación, afirmando que: “Sin embargo, dicha opción legislativa debe ser valorada negativamente, en la medida en que el destinatario último de la pericia es el juez, y el fundamento último de la existencia de ese medio de prueba radica, precisamente, en el reconocimiento de que aquél no puede ser poseedor de un saber universal, puesto que determinados asuntos requieren que se tengan conocimientos muy especializados, más, en una sociedad, como la actual, altamente tecnologizada. [...], en definitiva, debería haberse garantizado al máximo, por parte del legislador, que la pericia pueda cumplir esa finalidad que le es propia, que no es otra que la de clarificar, a quienes tienen la obligación de resolver el litigio, ciertos aspectos técnicos que se presentan como relevantes para su decisión.” Ídem, págs. 269 y 270 *ab initio*.

complementar el dictamen pericial, en este momento procesal, sería que se acudiese a la facultad judicial de instar que el perito pueda comparecer, al efecto, en el acto de la vista.⁹³¹

En mi opinión, y a modo de **conclusión** de este apartado, cabe destacar que, con el breve examen sobre este medio probatorio, se refuerza la hipótesis apuntada en el apartado anterior de que en la *mens legislatoris* subyace esa idea de que la pretensión, **desde su inicio**, ha de ser **determinada**. En esa determinación será generalmente clave, la aportación con las alegaciones iniciales del correspondiente informe pericial, verdadera prueba de pruebas que, con previo acopio de todo el material fáctico referente a lo que ha de ser cuantificado, conformará el *relato* de la parte. De esta forma, a falta de criterios legales, esa valoración expresará el mismo enfoque cognitivo que el justiciable lanza sobre el material fáctico que introduce en el proceso. Por ello es lógico que la LEC (arts. 265 y 336) exija su presentación con los escritos iniciales, pues difícilmente se puede considerar que se precise correctamente la pretensión, cuando ésta esté huérfana ya no sólo de una concreción en su cuantía, sino del juicio lógico que haya llevado a establecerla.

Ahora bien, **el sistema se dinamita a sí mismo** (arts. 337 y 339 LEC), como vimos que ya sucedía con la propia incoherencia interna del art. 219 LEC, y como veremos que sucede también en otras cuestiones relevantes para la sentencia con reserva, lo que nuevamente ha facilitado al **Tribunal Supremo** la mencionada sustitución del sistema legal, por aquel otro caracterizado por la que he denominado **formación progresiva de la pretensión** pues, como se verá, dentro de las facultades que se consideran propias del órgano jurisdiccional, ya no solamente estará la de elegir discrecionalmente el criterio de cuantificación sino, incluso, el designar de oficio un perito para que lo implemente. Con lo que, los *relatos* (la *racionalidad*) de las partes sobre este extremo, incluso la dialéctica que hayan podido entablar a lo largo del proceso, podrán quedar en cualquier momento arrumbados por la del órgano jurisdiccional. Sólo el criterio de éste último valdrá, transformando de nuevo al perito de medio de prueba en auxiliar del órgano

⁹³¹ Ídem, pág. 270.

jurisdiccional. Se retrocederá, por tanto, a un sistema muy anterior al ideado por el Legislador del 2000.

4.6. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA (ARTÍCULO 217 LEC).

En un sistema regido por el principio de aportación de parte (art. 216 LEC)⁹³² y por la prohibición del *non liquet* (arts. 24.1 CE, 11.3 LOPJ, 1.7 CC y 448CP)⁹³³, se evidencian como necesarias unas reglas que delimiten a cuál de las partes perjudicará la falta de la debida aportación de los hechos y pruebas que sostengan sus respectivas pretensiones⁹³⁴. En este sentido, DÍAZ FUENTES sostiene que “el esquema no estaría

⁹³² Vid. el apartado anterior de esta obra.

⁹³³ DÍAZ FUENTES, ANTONIO, nos recuerda que esta prohibición se hallaba ya en Cicerón, significando: “no está claro, no hay pruebas suficientes”. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2004, a pie de pág. 23. También relaciona este autor dicha prohibición con el ordenamiento que la asienta, afirmando que: “El art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE y coincidiendo con el art. 1.7 CC, impone al juez la obligación de dar su fallo y el texto viejo del ordenamiento civil remarcaba que no es dable <<excusarse por oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley>>.” Ídem, pág. 23. Ahora bien, como sigue diciendo este autor: “Otro tanto se podría decir de la insuficiencia de las pruebas, pero las actitudes del juez son diferentes en cuanto al derecho y en cuanto a los hechos, porque el derecho nunca falta –*non ius deficit sed probatio*–, el juez lo ha de proporcionar, mientras que, ante la inexorable necesidad de dictar sentencia, los hechos han de ser suministrados por las partes, en un sistema procesal fundado en el principio dispositivo.” Ídem; a pie de página añade, entre otros extremos, que: “El aserto de que nunca falta el derecho, sino la prueba, está en el Digesto, 26.2,30.”

⁹³⁴ Son varios los autores que enfocan desde esta perspectiva dicha cuestión. Así lo hacen, por ejemplo, GARBERÍ, J. y BUITRÓN, G., cuando afirman que: “Es en el ámbito de la relación entre el principio de aportación de parte y la prohibición judicial de <<*non liquet*>> donde se sitúa la problemática de la carga de la prueba a que se refiere el art. 217 LEC, porque, siendo la prueba de los hechos alegados por las partes un elemento insoslayable en la resolución jurisdiccional de todo conflicto en el que aquéllos se encuentren controvertidos, surge inmediatamente la cuestión de determinar qué ha de ocurrir cuando el Juez, a la hora de resolver la cuestión litigiosa, advierte que los hechos relevantes aportados por las partes no están debidamente acreditados. En dicho supuesto, y ante la imposibilidad de dejar la cuestión imprejuzgada por esta causa (lo que entrañaría derechamente un <<*non liquet*>>), el ordenamiento, como se ha dicho, proporciona al Juez una solución adecuada, un criterio conforme al cual concretar a cuál de las partes en litigio debe perjudicar tal vacío probatorio, o cuál de las pretensiones, si la del actor o la del demandado, ha de ser estimada o desestimada en tal caso.” *La prueba civil*, opus cit., pág. 48. Asimismo, ya expuse en el apartado anterior de esta obra el enfoque que dio DÍAZ CABIALE, J. A., al “sinsentido” de la regulación de las extintas diligencias para mejor proveer en un sistema regido por el principio de aportación de parte, que se vinculaba de forma inextricable con la cuestión de la carga de la prueba. Ello lo reitera este autor en diversas ocasiones al decir, por ejemplo, que: “puede darse la razón a Verde cuando afirma que el concepto de carga de la prueba deriva de una ideología liberal-individualista, que niega la posibilidad de alcanzar la verdad a través de la resolución judicial. En este sentido es evidente que el Juez debe permanecer pasivo ante la actuación de las partes. Ya se señaló que esa misma representación liberal individualista era el eje del principio de aportación de parte, junto con la dialéctica de la prueba, que entendía que la verdad a alcanzar se formaba en el crisol del debate mediante la fusión de los intereses particulares.” *Principios...*, opus cit., págs. 104 y 105 *ab initio*. Por tanto, aparece clara la conexión entre ambas figuras, como un “binomio” que “constituye un circuito cerrado y autosuficiente”, resultándole a dicho autor como “evidente que la institución que venimos considerando [las extintas

competo con imputar indiscriminadamente a las partes la responsabilidad probatoria, porque sería un régimen de esquizofrenia el que esperase que los litigantes se esfuercen por los hechos que les perjudican. Al juez le resta, acerca de los hechos, el deber de valorar las pruebas en conciencia, pero debe saber, además, a quien perjudicará la falta de ellas y, por tanto, quien tiene en cada caso la carga de probar. Sin todo esto no funciona el sistema.”⁹³⁵

diligencias para mejor proveer] está sobrando en un sistema que se basa en el principio de aportación de parte, de corte individual liberalista.” Ídem, pág. 105. Y en la misma dirección se puede citar a MONTERO AROCA, J., quien, después de vincular expresamente los arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ, 24.1 CE y 448 CP, manifiesta que “debe reconocerse que el fundamento de las normas de carga de la prueba se encuentra en la prohibición del *non liquet*.” *La Prueba en el Proceso Civil*, opus cit., pág. 125.

⁹³⁵ *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 23. Valga añadir, como nos comenta el citado autor, que: “Sin embargo, el reparto de la carga de la prueba actúa, paradójicamente, como principio subsidiario, entre en juego cuando no se ha logrado prueba suficiente, y su finalidad principal es imputar su falta a quien hubiera debido aportarla (Cfr. STS 14-6-1983, 5-4-1988, 22 y 29-9-1989, 5-3-1994, 15-11-1994).” Ídem, pág. 24. En el mismo sentido se pronuncian GARBERÍ, J., y BUITRÓN, G., cuando sostienen que “como ha afirmado en repetidas ocasiones la jurisprudencia, *el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba* (SSTS 1ª 22.7.98, 27.11.98), ya que, si la prueba existe, el problema ya no será la *carga* sino la valoración de la misma.” *La prueba civil*, opus cit., pág. 49. Y también en la misma dirección apunta MONTERO AROCA, J., cuando sostiene que: “Como decía Rosenberg la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba”. *La Prueba en el Proceso Civil*, opus cit., pág. 125; a pie de dicha página reseña la obra de Rosenberg, L., *Tratado de derecho procesal civil*, II, y la **STS de 18/07/2006**, RJ 2006, 4957. Asimismo señala en el siguiente párrafo MONTERO AROCA que: “La jurisprudencia española ha entendido correctamente que la doctrina del *onus probandi* tiene como función principal señalar las consecuencias de la falta de la prueba. En el momento de dictar sentencia el juez ha de preguntarse, cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, a cuál de las partes perjudicará esa circunstancia y, por ese camino, cuál debió probarla.” Ídem, pág. 125; a continuación aporta jurisprudencia.

Por otro lado, en cuanto a la **idea de sistema** explicitada por este autor, y para significar la misma, se puede acudir a un ingenioso ejemplo que propone ORMAZABAL, G. Este autor nos apercibe sobre las consecuencias que puede comportar el variar la norma jurídica propuesta por la correspondiente parte como sostén de su pretensión, y en lo que ahora interesa (en relación con el art. 217 LEC), destaca, aludiendo a la **STS de 22/01/2000, RJA 59/2000**, “que no cabe descartar que un cambio de punto de vista jurídico cause asimismo una alteración en la distribución de la carga probatoria, aspecto que los litigantes deben conocer desde el inicio para plantear adecuadamente su estrategia procesal.” *Iura novit curia*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, subtitulada *La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, pág. 118. Y véase el ejemplo (que engarza con la presente exposición) que propone en el párrafo siguiente: “Por ejemplo: si se reclama una indemnización de daños y perjuicios a un prestador de servicios de certificación de firma electrónica y la acción se basa en el art. 1.902 CC, la carga de probar la culpa pesa, en principio, sobre el actor. Si el juez se percata de que no concurre alguno de los presupuestos fundantes de la responsabilidad según el art. 1.902 CC pero que el actor pudo haber fundado su acción en el art. 22.1 de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, que además de establecer la responsabilidad civil de aquellos prestadores introduce una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpa, ningún inconveniente habrá en que aplique el título de responsabilidad civil contenido en el referido art. 22.1 LFE. Pero sería difícil concluir que se ha respetado el derecho de defensa del demandado si no se le oyese previamente al respecto y, además, no se le diese la oportunidad de que proponga prueba para levantar la carga probatoria de la que antes, en virtud del ejercicio de la acción ex art. 1.902 CC, venía en principio exonerado.” Ídem.

Bajo la **LEC de 1881**⁹³⁶, y desde los inicios de su vigencia, se relacionó la sentencia con reserva con la cuestión de la carga de la prueba que tenía la actora de acreditar debidamente **la existencia** del correspondiente débito (normalmente de los correspondientes daños y perjuicios) como se observa ya en la **sentencia de 26/03/1883**⁹³⁷ que argumentaba: “Según tiene declarado este TS, no puede prosperar una demanda de daños y perjuicios si no se justifica la existencia de los mismos, cuya prueba no ha sido hecha por el actor a quien incumbía, según apreciación de la Sala sentenciadora, y a la cual debe estarse, porque no ha sido impugnada por error de hecho ni de derecho en la forma que ordena la Ley”, o en la **sentencia de 7/11/1883** que argüía que: “Respecto de las Leyes de Partidas y la jurisprudencia de este TS que se alegan siendo uno de los fundamentos de la sentencia recurrida que no se han alegado ni probado perjuicios sufridos por A, bastantes a fundar la restitución como motivo de los contratos a que este pleito se refiere, se hace supuesto de la cuestión para alegar como infringidas dichas leyes y doctrina de este TS, y en tal concepto es improcedente el recurso.” Prueba que debía llevarse a cabo para que se pudiera estimar como cierta la existencia de los correspondientes daños y perjuicios, elemento esencial para hacer posible “la aplicación de las leyes y principios de derecho” pertinentes (**sentencia de 29/03/1884**)⁹³⁸; o como se afirmó en la **sentencia de 4/01/1887**⁹³⁹: “Tanto el art. 360 LEC como la constante jurisprudencia de este TS, que se invocan en el recurso, presuponen como base fundamental de la condena de daños y perjuicios la prueba legal de su existencia y por consiguiente, al condenar la Sala sentenciadora al demandado al abono de los daños y perjuicios que hubiere irrogado en las fincas litigiosas, infringe aquellas disposiciones legales, fallando sobre el punto en cuestión de una manera

⁹³⁶ Desde un punto de vista teórico y diacrónico, es interesante traer a colación las manifestaciones vertidas por MUÑOZ SABATÉ, LL., para quien: “En el tratamiento legal de la cuestión referente a la carga de la prueba desde siempre ha primado un modelo atributivo (a quién correspondía probar), olvidándose de prestar, o prestando un interés secundario a la situación causativa de aquella atribución (situación de duda). Tenemos un ejemplo de esta fórmula en el viejo artículo 1214 del Código Civil, hoy sin efecto a partir de la nueva L.E.C.[...] La herencia viene de antiguo, ya que cualquiera de los principios o máximas del derecho romano más empleados se hallan descritos también en forma exclusivamente atributiva y no causativa. V.gr.: *incumbit probatio qui affirmat, non qui negat*. En cambio casi nadie se acuerda de la máxima de DECIO, *sentencia, in dubio, contra actorem ferenda est.*” *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000*, opus cit., pág. 165.

⁹³⁷ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pá. 3418.

⁹³⁸ Extraída de ídem, págs. 3418 y 3419 *ab initio*.

⁹³⁹ Extraída de ídem, pág. 3419.

incierta”, siendo copiosísima la jurisprudencia que se pronunció en esta misma dirección⁹⁴⁰, y numerosa la doctrina que se hizo eco de la misma⁹⁴¹.

Carga de la prueba que no abrazaba de una manera (ni mucho menos) tan férrea lo referente a la acreditación del correspondiente *quantum*, aunque ello no obstaba, siguiendo lo que explícitamente prescribía el art. 360 ALEC, para que (cuando se podía) también se debiera acreditar éste, como se desprende de la **sentencia de 15/10/1915**⁹⁴² en la que se afirmó: *En su consecuencia, cuando se trata de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato, no es suficiente reclamar la*

⁹⁴⁰ V. gr. la **sentencia de 5/05/1892**, en donde se explicita que el demandante no demostró la *existencia real y positiva* de los daños y perjuicios que se reclamaron; la **sentencia de 13/11/1895**, en la que se explicita que: *Según tiene declarado repetidamente este TS, la condena a indemnizar daños y perjuicios exige que se haga constar previamente la existencia de los mismos y que provengan de culpa, dolo o malicia de la persona a quien se imputan: extremos que debieron justificar los demandados por hallarse obligados a ello al formular reconvencción en que aquella condenación se pide, y, por tanto, que al condenar la sentencia recurrida [...] sin que se haya hecho constar en el juicio por ningún género de prueba la realidad de su existencia, ni la Sala sentenciadora lo haya declarado decisivamente en su fallo, falta la base para la condenación y se infringen las doctrinas legales invocadas en el recurso. Y la **sentencia de 7/03/1896**, en la que muy claramente se dice que: *La sentencia infringe el principio de derecho actore non probante, reus est absolendus invocado en el recurso, puesto que no se ha probado en el curso del litigio, según se ofreció en la demanda, la existencia de daños y perjuicios, y, sin embargo, condena al recurrente a que los abone, siguiera sea desde la contestación a la demanda. También la **sentencia de 19/02/1902**, aseveró que incumbiendo al demandante la prueba de la obligación exigida a la Compañía de tranvías respecto de este extremo, y no habiendo aportado a los autos absolutamente ninguna, no pudo dicha Sala hacer la estimación que hizo sin base alguna, ni condenar a dicha Compañía al pago de perjuicios no justificados. Acreditación que se deberá llevar a cabo aunque la obligación dimane de los arts. 1092 y 1902 CC (de causa penable, culpa o negligencia), al entender el Tribunal, como refleja en **sentencia de 13/11/1916**, que una cosa es el castigo impuesto por la ley en su caso, para la reparación del derecho social perturbado y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales antes citados [los mencionados arts. 1092 y 1902 CC]. Parecidos términos se utilizan en las siguientes décadas para referirse a la necesidad de acreditar la existencia de esos daños y perjuicios; así se habla de que es indispensable probar, en primer término, la realidad de los mismos (**sentencia de 21/10/1925**), que es jurisprudencia reiterada y uniforme de esta Sala que la condena a la indemnización de daños y perjuicios presupone la prueba de su existencia, que no puede ser inducida de meras suposiciones (**sentencia de 4/01/1929**), que es requisito indispensable el justificar cumplidamente en el pleito mediante las pruebas adecuadas a tal fin la realidad del daño por virtud del cual pretensa ser indemnizado (**sentencia de 11/12/1932**), que es preciso que se pruebe en el juicio su existencia, y como consecuencia de ello, la sentencia la declare en su fallo, pudiendo dejarse únicamente para la ejecución de la misma la determinación de su importe, háyanse o no fijado en la sentencia las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, conforme previene el art. 360 LEC (**sentencia de 17/02/1951**). Extraídas de ídem, págs. 3419, 3420, 3420, 3421-22, 3426, 3426-27, 3429-30, 3431, 3433, respectivamente.**

⁹⁴¹ Así, por ejemplo, CORDÓN MORENO, F., recogió que “cualquiera que sea el momento procesal en que haya de procederse a la determinación del importe de los daños y perjuicios, es necesario que la sentencia declare probada la existencia de los daños reclamados como presupuesto ineludible... (STS 22 junio 1992 [RJ 1992, 5412]; en el mismo sentido, y con claridad, STS 22 mayo 1984 [RJ 1984, 2500]).” *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 64.

⁹⁴² Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3425.

correspondiente a los que pudieran haber sido originados, sino que es indispensable acreditar con la realidad de aquéllos, por declaración del Tribunal ad hoc, la cuantía determinada de la indemnización, que si ha de ser fija cuando se ventilan daños sujetos a la inspección de los sentidos, al referirse a perjuicios por incumplimiento de una convención hay que establecer, si aquélla no es posible, bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, sin cuyo requisito no existen medios procesales para que el Juzgado, guardando la debida congruencia, cumpla lo prevenido para este caso en el art. 360, en el caso de que entienda procedente una condena fundada en la existencia del perjuicio. Ahora bien, también se consideraba como suficiente con el hecho de fijar y acreditar las correspondientes bases, como aseveró la **sentencia de 29/11/1926**⁹⁴³, según la cual: *La jurisprudencia reiterada y uniforme de este TS tiene declarada la necesidad de que en el pleito se pruebe la existencia del daño o del perjuicio, pero no el cuánto, porque esto puede dejarse al período de ejecución de sentencia con las bases que en la misma resolución se determinen; por ello, la parte actora solicitó esta declaración probando el daño y perjuicio con la misma naturaleza del contrato, o sea con no darle el agua suficiente para convertir en regadío un terreno de seco, y determinando la diferencia existente entre los cultivos de los citados terrenos.* E incluso, ante la falta de prueba suficiente sobre ese *quantum*, se permitía acudir a la figura de la sentencia con reserva. La jurisprudencia en este campo fue muy flexible, llegando a ser confusa, pues dependía mucho la solución dada de las características específicas de cada caso⁹⁴⁴.

Por tanto, siempre pivotó el acceso a la sentencia con reserva sobre la base de una supuesta ***imposibilidad probatoria del quantum*** de lo debido, a modo de causa de fuerza mayor que **suspendía** en este campo la aplicabilidad de las normas referentes a la **carga de la prueba**, difiriendo el resultado de dicha cuestión. Lo anterior sigue rigiendo en la actualidad, aunque el **art. 219.3 LEC** no lo diga de forma expresa, por lo que no puede sorprender que, en muchas ocasiones, la infracción de este precepto se haya seguido relacionado con el tema de la carga de la prueba, cuya regulación se encuentra en la actualidad fundamentalmente contenida en el **artículo 217 LEC**⁹⁴⁵. Con respecto a

⁹⁴³ Extraída de ídem, pág. 3435.

⁹⁴⁴ Cfr. con el apartado de esta misma obra dedicado a la sentencia con reserva y congruencia.

⁹⁴⁵ Sobre las reglas concretas de distribución de la carga de la prueba, comenta DÍAZ FUENTES, A., las opiniones de diversos autores, al referir que: “PRIETO CASTRO [en *Cuestiones de Derecho procesal*, página 131, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947] destacaba que cada regla sobre esta materia fue

este último precepto baste, a los fines del presente estudio, el enfoque resumido que explicita FLORES: “En términos sintéticos puede decirse que, de conformidad con la regla general de distribución de la carga de la prueba, al demandante corresponde la prueba de la constitución de la relación jurídica deducida en el juicio en tanto el demandado debe probar los hechos que enerven, excluyan o impidan la producción de todos o parte de sus efectos jurídicos. Tal reparto de responsabilidades entre las partes resulta de una distribución equilibrada de las posibilidades efectivas de prueba respecto de las bases fácticas que condicionan la vida y el desarrollo de cada relación jurídica.”⁹⁴⁶ En este sentido, el TS ha acentuado el concepto de *exigibilidad* como el dirimente al valorar el cumplimiento o no de esta carga⁹⁴⁷.

sustituída históricamente por otra más moderna, más exacta, y así fue en cierto modo.[...] ROSENBERG propuso que cada parte soportase la carga de probar aquellos datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma que le es favorable y Guasp, en la línea de esa investigación, preguntaba a quien beneficiaría la realidad de los hechos no probados, porque ese sería el que debiese probarlos; pero estas pautas, que son afinamientos sucesivos sobre la materia, desde distintas perspectivas, tampoco aseguraban que se cumpliera aquel presupuesto que destacaba Carnelutti: la *disponibilidad*, para que la prueba se imponga a quien se halle en mejores condiciones de lograrla (STS 1-10-1993).” *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 25. Por otro lado, en cuanto al comentario de dicho art. 217 LEC, el mismo ha sido valorado por la doctrina como un precepto técnicamente mejorado con respecto a su antecesor, el art. 1214 CC. Por todos baste la opinión de LÓPEZ SIMÓ, F., quien asevera que: “en comparación con la fórmula, claramente imperfecta e incompleta del art. 1214 CC, hay que reconocer que el art. 217 NLEC –como dice la E.M., ap. IX- <<supera los términos, en sí mismos poco significativos, del único precepto legal hasta ahora existente con carácter de norma general>> y, como luego veremos, este artículo de la nueva Ley acoge además conceptos (los de disponibilidad y facilidad probatoria) acuñados por la doctrina jurisprudencial.” *Disposiciones generales sobre la prueba*, opus cit., págs. 145 *in fine* y 146.

Por otra parte, la **sentencia de 11/12/2009** da una visión de esta materia desde la perspectiva del TS español, en la que se interconecta el principio de la carga de la prueba con el de **adquisición procesal**: *La recurrente pretende aquí imponer su particular apreciación de la prueba, por lo que no se ha infringido el artículo 217 LECiv, que recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos (STS de 21 mayo 2009 y las allí citadas de 11 marzo y 27 diciembre 2004, 20 julio 2006 y 9 mayo 2007). En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba "es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el onus probandi según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba", y no es este el sentido de las impugnaciones presentadas. FDº 5º, RCEIP 2259/2005), ponente Roca Trías, Encarnación; extraída de la seleccionada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., en donde la referencian bajo el título de “**Prueba: carga y distribución. Aplicación del artículo 217 LEC.**”*

⁹⁴⁶ *La prueba pericial...*, opus cit., págs. 89 *in fine* y 90. En el párrafo inmediatamente anterior explicita cuál es esa regla general, la cual, según FLORES, I., se enuncia en los números 2 y 3 del art. 217 LEC, mientras que los números 4 a 6 recogerían “determinadas normas especiales”. Para este autor: “La regla general se construye a partir de la distinción entre hechos constitutivos, de una parte, y hechos extintivos, impeditivos y excluyentes, de otra. Corresponde al actor –y al demandado reconviniendo- la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos

En términos prácticos, la correcta intelección de lo que es la carga de la prueba, especialmente al distinguirla del principio de aportación de parte, adquiere singular relevancia en el ámbito de la sentencia con reserva, pues no es lo mismo desestimar una demanda por no concretar, por ejemplo, lo debido (aportación de parte) que por no haber conseguido demostrar su existencia, teniendo la carga de hacerlo (carga de la

aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, mientras que incumbe al demandado –y al reconvenido- la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores (art. 217.2 y 3 LEC).” Ídem, pág. 89.

⁹⁴⁷ Así se deduce claramente, por ejemplo, de su **sentencia de 30/11/2012 (Sala 1ª)** al exponer, en su fundamento de derecho décimo, que: “*Los motivos quinto y sexto deben examinarse conjuntamente, dada la fundamentación de la sentencia recurrida, porque en el quinto se alega infracción del art. 217 LEC, "al haber quedado debidamente acreditadas, en autos, las bases de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios pretendida" y en el sexto se alega infracción de los arts. 219 LEC y 1103 CC "en la medida que se dan los requisitos requeridos para que se dictara una sentencia con reserva de liquidación, moderando incluso los términos de su cálculo".*

Pues bien, prescindiendo del art. 1103 CC, norma no procesal y por tanto ajena al ámbito del presente recurso extraordinario, ambos motivos han de ser estimados por las siguientes razones:

1ª) Como declara la sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 2012 (rec. 2196/08), la comprobación más segura de las reglas sobre carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, especialmente las de sus apdos. 2 y 7 (antiguo 6), es preguntarse si a cada parte litigante le era exigible o no una actividad probatoria, dentro de lo razonable y en función del objeto del proceso, mayor que la efectivamente desplegada.

2ª) Lo anterior se corresponde con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria que, reconocido tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia de esta Sala bajo la vigencia de la LEC de 1881, fue explícitamente incorporado a la LEC de 2000.

3ª) En el presente caso la sentencia impugnada considera que era carga de Repsol suministrar "los datos precisos" para determinar la cuantía de la indemnización a su favor, y entiende que el dictamen pericial aportado con su reconvenición resulta insuficiente por fundarse en datos facilitados por la propia Repsol.

4ª) Al razonar de este modo el tribunal sentenciador infringe el art. 217 LEC porque, precisamente en función de la pretensión de indemnización concretamente formulada por Repsol en este litigio, cuya base era el incumplimiento de la exclusiva por Prourbal, al haberse abastecido de otros proveedores, no era Repsol, sino Prourbal, la única parte litigante que podía facilitar los "datos precisos" exigidos por el tribunal sentenciador, careciendo Repsol de otros medios probatorios distintos del informe pericial fundado en los datos de su relación con Prourbal hasta que esta comenzó a abastecerse de otros proveedores y, por tanto, a vender al público carburantes no suministrados por Repsol.

5ª) Por tanto Repsol cumplió su carga de la prueba hasta donde le era exigible, lo que no significa que hubiera de aceptarse íntegramente lo resultante del informe pericial acompañado con su reconvenición, pero sí que su pretensión no debiera rechazarse por falta de prueba.

6ª) De lo anterior se sigue que la sentencia recurrida también infringió el art. 219 LEC, porque la imposibilidad de cumplir su apdo. 2 la hizo derivar de la falta de prueba Repsol sobre las bases de la indemnización propuestas en su reconvenición. Sin embargo, si el tribunal sentenciador hubiera aplicado correctamente el art. 217 LEC, no se habría encontrado con ningún inconveniente para aplicar el apdo. 2 del art. 219 LEC, toda vez que las bases propuestas por Repsol en su reconvenición eran bien sencillas al consistir, en síntesis, en una multiplicación del número de litros que dejó de suministrar a causa del incumplimiento de Prourbal por el margen comercial o beneficio que le suponía cada litro. En suma, Repsol cumplió en su reconvenición lo que le imponía el apdo. 1 del art. 219, "fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se debe efectuar la liquidación de forma que ésta consista en una pura operación aritmética" y, en cambio, la sentencia recurrida no actuó en correspondencia, es decir ajustándose a las previsiones del apdo. 2 del mismo artículo en relación con la regla 4ª del art. 209 LEC. Dictada en resolución del rec. 401/2010, y de la que fue ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 709/2012, LA LEY 191173/2012.

prueba)⁹⁴⁸. Ahora bien, resulta obvio que si ni tan siquiera se alega una concreta cuantía, difícilmente se puede considerar que se vulnera la carga de acreditarla pues, en realidad, hay un previo déficit alegatorio que infringe, más bien, el mencionado principio de aportación de parte⁹⁴⁹. Esclarecidas las anteriores cuestiones, se plantea seguidamente el

⁹⁴⁸ Ello lo explicita muy claramente la siguiente **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26/01/2012**, en cuyo fundamento de derecho tercero se expuso que: *El problema de la carga de la prueba sólo surge en caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.*

Sólo en ese caso y por la prohibición del "non liquet", se hace necesario aplicar unas reglas que permitan identificar a la parte sobre la que han de recaer las consecuencias de la falta de prueba del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pretende.

Por ello, las reglas que se trata sólo se infringen cuando, por no haberse considerado probados los hechos necesitados de demostración, se atribuyen las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la ausencia o deficiencia probatoria - sobre ello, sentencias 376/2010, de 14 de junio, 333/2011, de 9 de mayo, entre otras muchas -.

Poniendo en relación la expuesta doctrina con las características del caso enjuiciado, hay que concluir negando que la carga de la prueba resulte alterada cuando el Tribunal desestima la demanda por razones distintas de la falta o la insuficiente demostración de un dato necesitado de ella, que es lo que ha acontecido aquí, ya que la Audiencia Provincial - tras afirmar que, en abstracto, el retraso puede ser fuente de responsabilidad, así como que el de la arribada del buque Edco Star al puerto de Valencia había sido considerable y, al fin, que la pretensión deducida por la demandante debería, en principio, prosperar - se negó a condenar a la porteadora porque, siendo necesaria - por las razones antes expuestas - una determinación de los daños derivados de esa específica demora - distinta de la referida a otro buque no mencionado en la demanda -, la liquidación no podía remitirse a la fase procesal ejecución de sentencia, por impedirlo los artículos que quedaron mencionados.

Por otro lado, la carga de la prueba no se ha de confundir con la antecedente de alegar los hechos que vayan a integrar la causa petendi, regida por el principio de aportación de parte, según el que corresponde a los litigantes introducir en el proceso aquellos en los que - probados o tratados según las reglas del onus probandi - deberá basarse la sentencia.

En conclusión, el Tribunal de apelación no ha infringido esas reglas, dado que - en respuesta a la primera argumentación en que se basa el motivo - no desestimó la demanda porque la demandante no hubiera demostrado el carácter doloso o culposo del incumplimiento de la porteadora, sino por haber decidido aplicar los artículos 209, apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - tras declarar demostrado un considerable retraso y no mencionar causa alguna de exoneración de la porteadora -. Y - en respuesta a la segunda argumentación - porque inadmitir alegaciones complementarias de un demandante puede ser, en hipótesis, contrario a lo que dispone el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no a las reglas de la carga de la prueba.

El motivo se desestima. Dictada en resolución del rec. 268/2009, y de la que fue ponente Ferrándiz Gabriel, José Ramón, nº de sentencia 16/2012, LA LEY 2377/2012.

⁹⁴⁹ Con esta dificultad se han encontrado muchos órganos jurisdiccionales, como se desprende, por ejemplo, de la **SAP de Burgos (3ª) de 25/01/2002**, dentro de cuyo fundamento cuarto, trató de un supuesto en que: *Por la parte demandada se ha reconvenido solicitando la condena de la parte actora a la cuantía que corresponda en derecho conforme al buen criterio del juzgador como participación del arrendador en las obras realizadas en el cuarto de baño. [...] la parte actora impugnó el carácter de obras necesarias de la reposición de los sanitarios, y ello hubiera debido mover a la parte demandada a intentar fijar cuál había sido el coste del resto de las obras, teniendo en cuenta además que una parte importante de las mismas ya había sido satisfecha por la compañía de seguros el inmueble. Es por ello que, ante la imposibilidad de determinar cuál ha sido el coste de las obras necesarias con relación al total de las obras ejecutadas, no puede fijarse ninguna cantidad como de cargo del arrendador, ni dejarse su cuantificación para la fase de ejecución por prohibirlo expresamente el artículo 219.* De la que fue ponente Barcala Fernández de Palencia; rec.: 505/2001; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 394 y 395. Y en esta misma cuestión también quisiera añadir la **SAP de Valencia (6ª) de 17/04/2002**, dentro de cuyo fundamento tercero se asevera que: *Lo cierto es que el demandante, en su escrito de demanda no cuantifica el importe en que estima los daños y*

tema de qué **consecuencias** se derivan en la actualidad de la falta de prueba de cada uno de los antedichos elementos; es decir, de la falta de acreditación de la existencia o de la cuantía de lo debido. En este campo ha habido numerosos pronunciamientos por parte de la “jurisprudencia” de las audiencias provinciales, demostrando la estrecha relación que comúnmente se establece entre ambos institutos.

En este sentido, en el foro se sigue sosteniendo que la **falta de acreditación de la existencia** de lo debido comporta la desestimación de la demanda. Así lo explicita, por ejemplo, la **SAP de Les Illes Balears (3ª) de 24/06/2002**⁹⁵⁰, al exponer, dentro de su fundamento cuarto, que *era del todo punto imprescindible la realización de prueba pericial contable [...]. Pero, dicha prueba, incomprensiblemente, no se ha practicado, es decir, ni se acompañó con la demanda dictamen pericial alguno ni se propuso luego como medio de prueba, por lo que, [...], la existencia real del daño no ha resultado acreditada, daño que es el hecho constitutivo de la pretensión deducida en la demanda y cuya carga incumbe a la parte actora.* Más novedosas son las ya numerosas sentencias que insisten en la necesidad **también de probar la cuantía** de lo debido al entender que la nueva regulación **no** habilita el diferir esta cuestión a la **ejecución** de la correspondiente sentencia. Así, por ejemplo, la **SAP de Cuenca de 18/09/2002**⁹⁵¹, dentro de cuyo fundamento tercero declaraba que *esta Sala entiende que el Juzgador “a quo” ha actuado en consecuencia y de acuerdo con el dictado del citado artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al desestimar las pretensiones de la demanda con relación a los daños y perjuicios reclamados por el costo medio por persona y año de lo que supondría un abono a un coto de caza menor en la provincia de Cuenca, puesto que si bien en el escrito de demanda se establecieron las bases para la fijación de la indemnización con relación a dicho extremo, no se practicó prueba alguna que pudiera ser contradicha por contraparte, en orden a la determinación de la cantidad a satisfacer por dicho concepto o de las bases que permitieran la liquidación a través de una simple operación aritmética, es decir, que no ha quedado en absoluto acreditado el importe de lo que supondría un abono a un coto de caza menor, lo cual indudablemente debería haber quedado probado en la litis, sin ser posible por consiguiente su*

perjuicios que reclama, [...] incumbiendo tal carga alegatoria y probatoria a la parte demandante, no puede prosperar su pretensión indemnizatoria. De la que fue Ponente Martorell Zulueta; rec.: 830/2001; extraída de ídem, pág. 409.

⁹⁵⁰ De la que fue ponente Moragues Vidal, rec.: 159/2002; extraída de ídem, págs. 404 a 406.

⁹⁵¹ De la que fue ponente López-Calderón Barreda, rec.: 145/2002; extraída de ídem, págs. 395 y 396.

determinación en ejecución de sentencia, ya que para ello habría que practicar la correspondiente prueba pericial en dicha fase, lo que viene proscrito por la disposición aludida.

Prueba de la cuantía que se puede efectuar a través de la fijación de unas **bases**, siempre que éstas se realicen en los términos prescritos en el mismo artículo 219 LEC⁹⁵². Por tanto, lo que se deriva de las anteriores resoluciones es que sólo se podrá dictar una **sentencia con reserva** cuando la parte actora, aún cumpliendo debidamente con su carga probatoria, no puede fijar la cuantía de lo debido. Muy ilustrativa resulta en este sentido la **sentencia nº 1/2007 de la AP de La Rioja, de 5 de enero del 2007**⁹⁵³, en cuyo fundamento jurídico cuarto se afirmó que: *Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 219.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que se dicte, sentencia de condena, debe establecer el importe exacto de las cantidades respectivas o fijarse con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética a efectuar en la ejecución.*

En el presente supuesto, no existen datos suficientes para poder llevar a cabo una condena de la parte demandada de tales características, al no tener elementos suficientes para dictar sentencia de condena en tales términos, aunque tal situación realmente no sea imputable a la parte demandante, que ha efectuado un importante esfuerzo probatorio, de ahí que se aplique el punto tercero del artículo 219 de la referida Ley Procesal, pues al no poder efectuarse una condena con reserva de liquidación en la ejecución, la sentencia de condena en esta materia se refiere al pago de la cantidad correspondiente, a determinar en un pleito posterior, donde se podrá concretar la liquidación de beneficios, de existir los mismos.

⁹⁵² En este sentido se pronunció la **Sección 3ª de la AP de Jaén**, en su **sentencia de 19 de julio del 2007**, que abordó la presente materia en relación a un asunto de responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de circulación, afirmando dentro de su fundamento de derecho tercero que: *No obstante, este particular debería haberse acreditado por la actora, aportando la prueba médica correspondiente, conforme al Art. 217 de la LEC. No lo hizo así y ha de pechar con las consecuencias. Sin que se admisible fijar un periodo de curación de forma alzada, o arbitraria, y como de manera improcedente se solicita con carácter subsidiario. No solo constituiría una cuestión nueva, no debatida en la instancia y sustraída a la contradicción de las partes, sino que provocaría indefensión, e incluso vulneraría lo dispuesto en el art. 219.1º de la LEC. Por el mismo motivo no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia la determinación de las bases para fijar las cantidades debidas, pues la postergación que el precepto autoriza en su segundo párrafo únicamente permitiría en esa fase efectuar una operación aritmética.* Resolutoria del recurso nº 164/07.

⁹⁵³ Resolutoria del recurso nº 120/2006, y de la que fue ponente Santisteban Ruiz, Alfonso, La LEY 3603/2007.

*La redacción del párrafo tercero del artículo 219, permite poder efectuar este pronunciamiento, por cuanto que, aún cuando la parte demandante pretendía una condena de cantidad relativa a dividendos a determinada en ejecución de sentencia, la dificultad probatoria que ha tenido la parte demandante, permite que la petición planteada en la demanda relativa a dividendos sea subsumible en este tercer párrafo del artículo 219, quedando la posibilidad de un pleito posterior para solventar los problemas de liquidación de beneficios, si los ha habido, y se ha adoptado acuerdo sobre ellos, es decir sobre la distribución de dividendos.*⁹⁵⁴

⁹⁵⁴ Prosigue esta resolución recogiendo diversas sentencias que se habían pronunciado en la misma dirección, sosteniendo concretamente que: *En este sentido se ha manifestado la doctrina emanada de distintas Audiencias.*

Así SAP Teruel, Sección 1ª, 3 de febrero de 2004, nº 14/04, recurso 8/04, en cuyo segundo fundamento de derecho se exponía: "por ello la solución que resulta más adecuada, y que tiene su apoyo legal en el artículo 219.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es mantener el pronunciamiento de condena tanto a la realización de las obras de reparación como a indemnizar con carácter subsidiario a la parte demandada en el valor de las mismas, para el caso de no realizarse de forma voluntaria, defiriendo a un pleito ulterior los problemas que pudiera plantear la determinación de las mismas o su cuantificación, con lo que se soslaya la posibilidad que el proceso de ejecución se convierta en un nuevo juicio declarativo, que es lo que en definitiva se trata de evitar con la prohibición del artículo 209,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

SAP Santa Cruz Sección 4ª 15 febrero 2003, nº 5074/03, recurso 591/03, en cuyo noveno fundamento de derecho se exponía: "probada la relación entre las partes para la ejecución de las obras, la efectiva construcción de éstas por el actor, la falta de pago del precio correspondiente por las mismas, pero sin que se haya acreditado la exacta cuantía del precio o valor de la obra, la cuestión que se plantea es de tipo procesal, pues, por un lado, se ha acreditado el derecho del actor ha obtener el precio por la obras ejecutadas, pero, sin embargo, se desconoce cuál es el importe exacto de ese precio que no puede ser el reclamado al no contar con base probatoria suficiente.

Dicha cuestión se encontraba resuelta en la LEC de 1881 en su art. 360, párrafo 2º, que permitía diferir para el trámite de ejecución de sentencia la cuantificación y liquidación de la cantidad que se debía abonar; en la nueva LEC, sin embargo y aquí de aplicación, se restringe enormemente en el art. 219 las sentencias con reserva de liquidación, de manera que, según su párrafo segundo, la sentencia de condena debe establecer "el importe exacto de las cantidades respectivas", y solo permite la liquidación en el trámite de ejecución cuando la misma consista en "una simple operación aritmética", lo que obviamente no es el caso, pues aquí hay que acudir a otras complejas actuaciones y operaciones procesales (fundamentalmente, pruebas periciales) incompatibles con lo que reclama una simple operación aritmética que es lo único que se permite actualmente en el trámite o proceso de ejecución.

Ahora bien, ello tampoco puede llevar consigo la desestimación pura y simple de la pretensión, pues se ha acreditado el derecho del actor a obtener una cantidad aunque no se pueda señalar o cuantificar con exactitud, supuesto en el que, de acuerdo con lo ya señalado por determinada doctrina elaborada al respecto, debe acudirse a lo establecido en el art. 219.3 de la LEC, esto es, dejar para un pleito posterior los problemas de liquidación planteados para fijar y cuantificar el importe exacto de los mismos, proceso en el que las partes podrán discutir esos problemas y centrarse sobre la cuantificación y liquidación que proceda y sobre el valor de las obras que realmente se hayan ejecutado".

SAP Zaragoza Sección 5ª, 12 de diciembre de 2003, nº 730/03, recurso 505/03, en cuyo séptimo fundamento de derecho se expone: "opone la parte apelante a dicho planteamiento el contenido del art 219 LEC, es decir, la prohibición de las sentencias con reserva de liquidación. Lo que ha pretendido dicho precepto es eliminar los incidentes en ejecución de sentencia, obligando a la parte actora a concretar cuantías o, cuando menos, a señalar las bases de liquidación, de forma tal que el incidente de liquidación consista en una pura operación aritmética. Ejemplo típico de esto último sería -según la interpretación mayoritaria actual- la liquidación de los intereses.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando en el momento de interponer la demanda se desconocen los datos cuantitativos a que se refieren los elementos conceptuales por lo que se pide la condena? ¿Será eso motivo suficiente para la desestimación indemnizatoria? Considera este Tribunal que la respuesta ha de

De la anterior descripción de esta temática se extrae la existencia de un patente *dimorfismo* entre la prueba necesaria para acreditar la existencia de lo debido y la exigida para establecer su concreta cuantía. En el derecho hispánico esta cuestión se ha plasmado en la obligatoriedad de llevar a cabo siempre la primera para poder dictarse (al menos) una condena con reserva, mientras que la segunda se podía (y se puede) posponer para un segundo juicio⁹⁵⁵. Desde una perspectiva comparada, cabe recordar

ser negativa. Y ello porque la propia ley de enjuiciar prevé esa posibilidad en el punto 3 del art 219 comentado. Es decir, puede haber una condena genérica a indemnizar y quedar para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta”.

⁹⁵⁵ Segundo juicio que puede efectuarse bien a través de un segundo declarativo, bien mediante los pertinentes incidentes declarativos en sede ejecutiva. Por otro lado, obsérvese que no es infrecuente el caso en el que el demandado niega la existencia (o responsabilidad) del daño, aportando prueba para ello, y que, al mismo tiempo, le resulta conveniente aportar otra prueba para aminorar la cuantía de los mismos si finalmente (“y para el negado caso”) se consigue acreditar su responsabilidad en la casuación de aquéllos. Pues bien, aquí también se observa un “dimorfismo” probatorio, diferente pero relacionado con el anterior, al variar claramente el objeto de este segundo bloque probatorio que, en todo caso, también se ha de ejercitar en el correspondiente declarativo. Véase un ejemplo de esta problemática en lo expuesto en la siguiente **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 28/06/2012**, en cuyo fundamento de derecho sexto dijo que: *Se plantea entonces la difícil cuestión del procedimiento más idóneo de valoración del daño efectivo sufrido por los demandantes a efectos de cuantificar la indemnización debida. Tomando en consideración los daños reconocidos por la sentencia de primera instancia, que ha sido consentida por los demandantes, que no la han apelado, y de la que hay que partir para no incurrir en una reformatio in peius.*

La única pericial que existe en el procedimiento afirma tajantemente que en esos puntos declarados como defectuosamente ejecutados en primera instancia, los materiales empleados son de menos calidad (Pág. 11 a 13 de la pericial Don. Jesús Ángel). El argumento de instancia de que los demandantes no han probado los daños sufridos, es un argumento inconsistente si se contrasta la publicidad y memoria de calidades con la realidad de las obras realizadas, pues es a todas luces evidente que es de menos calidad: 1) una barandilla de escalera de ladrillo, yeso y pintura, que una de roble barnizada y con balaustres torneados (Partida 06.07 de la memoria de calidades, Pág. 74 de la memoria); 2) una pavimentación exterior de terrazo en lugar de piedra natural (Pág. 68 de la memoria pizarra 60x30, referencia expresada en el folleto publicitario); 3) escalera interior del vestíbulo al sótano forrada con terrazo en lugar de mármol (Pág. 66 de la memoria); 4) El vestíbulo de acceso a la vivienda que carece del mármol previsto en la memoria y ofertado en la propaganda (Pág. 66).

Se afirma por la sentencia de instancia y en la impugnación del recurso que los daños no se han probado porque en el dictamen pericial se ofrece un valor de sustitución de los materiales prometidos respecto de los ejecutados, y no se ha probado que los demandantes quieran ejecutar las obras de sustitución; y que el daño consistiría en la diferencia de valor entre lo ofertado y lo ejecutado, lo que no consta. Pero tal argumentación incluye una cuestión novedosa que no ha sido objeto de prueba y debate, la de si los demandantes quieren o no sustituir los materiales. Y el coste de sustitución es un criterio posible y lícito de valoración de los daños, que no es arbitrario, ni injustificado.

En efecto, recibir la vivienda comprada en los exactos términos en que la misma se ofertó es un interés nada desdeñable, que merece tutela en virtud de los principios de exactitud e integridad el pago; y la ejecución del contrato de compraventa de la vivienda exige su realización en los mismos términos de la publicidad y memoria de calidades, salvo justa causa, y ampara prima facie la pretensión de sustitución. Y si la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil exige la cuantificación del importe de la condena, que no puede dejarse a ejecución de sentencia (Art. 219 LEC), e impone a la parte la prueba de los hechos inciertos que fundamentan sus pretensiones (Art. 217 LEC), es obvio que Larcovi SAL debió explicar y debatir desde la primera instancia porque el procedimiento de valoración por sustitución que proponían los demandantes era inadecuado, y ofrecer otro alternativo más idóneo, como por ejemplo en caso de imposibilidad o extraordinaria gravosidad del cumplimiento exacto, o de mayor idoneidad de un

que esta división de la cuestión probatoria fue duramente criticada por CALAMANDREI⁹⁵⁶, al exponer la situación de esta materia en el ordenamiento itálico de los años treinta en el que, en el juicio sobre el *an debeat*, sólo hacía falta una verificación superficial del daño, investigándose a fondo sobre el mismo en el posterior juicio de liquidación⁹⁵⁷. De esta forma, para este autor una sola cuestión se examinaba con diversos fines y con diferente intensidad en dos procesos distintos, en los cuales se abordaba el mismo *thema decidendum* pero con diversa perspectiva, produciéndose en el primero de ellos “una visione di massa, com’è quella dei miopi”. Por tanto, ambos juicios estarían llamados a realizar el mismo trabajo, pero rehaciendo (y a menudo deshaciendo) el segundo lo que se realizó en el primero. Y aquí es donde CALAMANDREI conecta la condena genérica con la cuestión de la carga de la prueba, al exponer los efectos del primer juicio sobre ésta última⁹⁵⁸. Ahora bien, a mi entender, el punto clave, de su crítica en este aspecto a la sentencia genérica, radica en su afirmación de que lo genérico y lo específico no son dos campos separados, lo que de

cumplimiento alternativo, en el que podría resultar mas justo y conveniente la aplicación del régimen de indemnización por diferencia de valor, pero ello exigiría, el oportuno debate judicial, en el que se debería explicar las razones de la mayor conveniencia del procedimiento de valoración por diferencia de valor sobre el procedimiento de valoración por sustitución.

Y la parte que se aprovecha del incumplimiento de la oferta, que es Larcovi SAL, promotora de las viviendas, no puede alegar la insuficiencia de la prueba, cuando ella misma no ha ofrecido otro procedimiento alternativo de valoración que pueda decirse que sea mas idóneo y conforme a los daños efectivamente sufridos por los demandantes. Y también el criterio de aplicar como daño la diferencia de valor, que estima único idóneo la sentencia recurrida, podría ser también objeto de crítica, por compensar solo el empobrecimiento y no ponderar la responsabilidad del incumplimiento de la promotora. Dictada en resolución del rec. 16/2012 y de la que fue ponente Alvarez Caperochipi, José Antonio, nº de sentencia 19/2012, LA LEY 203766/2012.

⁹⁵⁶ Comentó CALAMANDREI, P., que, según la jurisprudencia italiana, en el pronunciamiento sobre el *an debeat* era necesario demostrar la “*effettiva sussistenza del danno*”, bastando con que la prueba sobre el mismo lo fuera al menos de un modo genérico. En cambio, en el juicio sobre el *quantum*, se debía realizar una prueba específica sobre el daño efectivamente sufrido. Ahora bien, el problema surgía con esa prueba al menos genérica, pues la cantidad de supuestos posibles era inmensa y variada. Por ello, en ciertos casos, se consideró que debía presumirse su existencia, apareciendo listas de supuestos en que se producía esa presunción. Ello creaba cierta inseguridad jurídica al no haber unos principios claros, lo que se agravaba posteriormente al tener que probar el daño específico en el juicio de liquidación. Cfr. *Studi sul proceso civile*, opus cit., págs. 224 a 227. Por otro lado, conviene también anotar que, como expuso el citado autor, se negaba “*alla sentenza sull’an debeat* l’*autorità di cosa giudicata sul punto della esistenza generica del danno*”, quedando reservada en este punto la decisión definitiva al juicio de liquidación. Por tanto, esa prueba “*generica*” daba lugar a “*una certeza soltanto generica, equivalente a incertezza specifica*”, estándose en realidad ante una “*prova destinata a non provare*”. Con ello surgió jurisprudencialmente “*un concetto a mezza strada tra la possibilità e la certezza*”, una prueba de “*verosimiglianza*”, que para CALAMANDREI era “*un calcolo aprioristico di probabilità basat sull’esperienza del quod plerumque accidit*”. Ídem, cfr. págs. 232 a 234.

⁹⁵⁷ Vid. especialmente el apartado que titula: “*Indagire di verosimiglianza e indagire di verità sulla stessa questione*”, ídem, págs. 234 a 236.

⁹⁵⁸ En este aspecto, CALAMANDREI, P., reconoce que el primer juicio sí tiene el efecto de variar la carga de la prueba, al ser el condenado quien deberá probar la falta del daño específico; asimismo, aunque el perjudicado consiguió en aquél probar la verosimilitud del daño, deberá comenzar de nuevo, en el juicio sobre el *quantum*, a probar la certeza del mismo.

forma magistral explícita al aseverar que “in realtà ilgiudizio sulla esistenza generica del danno e quello sulla inesistencia específica son otra loro conciliabili nella stessa misura in cui lo sarebbero l’opinione di chi ritenesse che Tizio è genericamente vivo con quella di chi accertasse che Tizio è específicamente morto!”. En mi opinión, la anterior crítica de CALAMANDREI se puede trasponer, *mutatis mutandis*, al ordenamiento español pues la lógica invita a aprovechar los mismos cauces para, al tiempo que se prueba la existencia de algo, acreditar el alcance de su importancia.

Ahora bien, probablemente sea el **ordenamiento germánico** el que con mayor detalle ha tratado esta materia. Seguiré en las siguientes líneas las enseñanzas de ROSENBERG⁹⁵⁹, empezando por señalar que en aquel sistema rige el **principio de la libre apreciación de la prueba**⁹⁶⁰, principio que **se exagera** precisamente en los casos que ahora interesan (los del § 287) pues: “Sobre si se ha producido un *daño* reclamado en virtud de la ley o del contrato (RG, 89, 190), sobre su *cuantía* y sobre el momento del acontecimiento originador del mismo, imposible de establecer (RG, 31, 89), así como sobre la *conexión causal*, debe resolver el magistrado concienzudamente según su libre convicción, con independencia de la carga de la prueba ([...]), con apreciación de todas las circunstancias, en particular de las alegaciones de las partes ([...]), sin que ni siquiera sea necesario recibir la prueba ofrecida (§ 287, I; RG, 155, 39). Sobre la cuantía del daño puede tomar declaración al gestor de la prueba; es decir, a quien soporta su carga, y hacerle prestar juramento cuando su deposición no le convence, excepto cuando esté condenado con autoridad de cosa juzgada por perjurio o el adversario renuncie al juramento (§ 287, I, 3; en forma semejante ZPO *austríaca*, § 273).”⁹⁶¹ Deduciéndose de lo anterior que **se diferencia** claramente entre el **estándar de prueba** en cada caso⁹⁶²,

⁹⁵⁹ *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., págs. 206 a 209 *ab initio*.

⁹⁶⁰ Concretamente afirma ROSENBERG, L., que “rige, a ejemplo del modelo francés y en oposición con la llamada teoría de la prueba formal del proceso canónico común, el **principio de la apreciación libre de la prueba**: no hace verdadera una afirmación el cumplimiento de ciertas formas, sino la convicción del magistrado.” Ídem, pág. 206; negritas respetadas del original consultado.

⁹⁶¹ Ídem, págs. 207 *in fine* y 208; se han respetado las cursivas del original consultado. A continuación comenta que: “El § 287, I, rige únicamente para la pretensión de indemnización” no rigiendo, entre otros casos, “para los presupuestos de derecho material de la obligación de resarcimiento; como, por ej., para el mismo acto dañoso”. Ídem, pág. 208.

⁹⁶² Y aquí resulta interesante la interrelación que se produce entre los principios de aportación de parte y libre valoración de la prueba pues: “El § 287 tiene como consecuencia que el magistrado no puede rechazar una acción de indemnización por fundamento defectuoso; si fuera necesario, debe procurarse los elementos de una apreciación mediante el ejercicio del deber de preguntar ([...]).”

rigiendo esta misma situación no solamente para los casos de peticiones de indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios, sino también para otras pretensiones de carácter patrimonial⁹⁶³.

En estos casos, y siguiendo ahora a ORMAZABAL: “Se trataría de situar el umbral de certeza en niveles tales como “verosimilitud”, “probabilidad cualificada”, “mayor probabilidad”, etc. [...], se consideraría que dicho rebajamiento quedaría justificado cuando, en ciertas situaciones, no existiese otro remedio para socorrer la indigencia probatoria de determinados litigantes que, de otro modo, verían irremediadamente condenadas al fracaso sus pretensiones.”⁹⁶⁴ Cabe aquí precisar, como hace este autor, que en el derecho alemán “la relación de causalidad se desdobra en dos aspectos: por una parte ha de existir un nexo causal entre la conducta de alguien y la lesión de un bien jurídico (la vida, la salud, etc.); y por otra parte, una relación de causalidad entre dicha lesión y unos daños concretos.”⁹⁶⁵ En el primero de ellos “la doctrina habla de *Haftungsbegründende Kausalität*”; en el segundo “de *Haftungsausfüllende Kausalität*”. A lo que ahora más interesa, comenta el citado autor que: “Existe un amplio consenso en que el § 287 ZPO, consciente de las dificultades que suele entrañar el establecimiento del nexo causal entre la probada lesión del bien jurídico y la producción de daños, o la fijación del montante concreto de éstos, otorga al tribunal una libertad valorativa muy superior a la que se confiere para la fijación de los hechos que fundan relación causal entre la lesión del bien jurídico y la conducta a la cual se atribuyen (la ya referida *Haftungsbegründende Kausalität*).”⁹⁶⁶ De esta forma, “para probar la

Pero, si recibe el magistrado la prueba sobre el daño o su cuantía, el § 287 no le libera de la obligación de observar las normas sobre recepción de la prueba”. Ídem, pág. 208. Comenta en el siguiente párrafo que: “La libre apreciación del magistrado no es examinable en la instancia de revisión (RG, 76, 175), excepto si no ha hecho uso adecuado de su libre arbitrio ([...]): en particular, si no ha examinado los hechos alegados (RG, 167, 32) y si ha formado su apreciación sobre bases falsas”. Ídem.

⁹⁶³ Como afirma expresamente el mismo ROSENBERG, L.: “Lo mismo rige para las controversias patrimoniales sobre la **cuantía de un crédito**, cuando las dificultades de una aclaración completa no estén en relación con la importancia de todo el crédito (RG, 139, 174) o de una de sus partes (§ 287, II). Sin embargo, el magistrado no puede tomar declaración sobre esto al gestor de la prueba.” Ídem, pág. 208; se ha respetado la negrita del original consultado. En el siguiente párrafo expone ROSENBERG el siguiente caso concreto: “El Tribunal del Reich, 139, 174-75, tiene por aplicable el § 287, II, en un caso en que se exigía como beneficio de un negocio la suma de 15.000 marcos, y el tribunal de apelación había apreciado el beneficio de acuerdo con el § 287, II; porque “es completamente imposible comprobar con seguridad del beneficio...”. En mi opinión, esto es una aplicación –por lo demás digna de aprobación– del § 287, II, más allá de su texto literal.” Ídem, págs. 208 *in fine* y 209 *ab initio*.

⁹⁶⁴ *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 127. Dedicó este autor a esta materia el apartado de la antedicha obra que titula como “suficiencia de una certeza imperfecta para tener los hechos por fijados”, págs. 127 a 130.

⁹⁶⁵ Ídem, pág. 128. Cfr. § 823.1 BGB en rel. 1902 CC.

⁹⁶⁶ Ídem, págs. 128 *in fine* y 129.

causalidad entre la conducta del demandado y la lesión del bien jurídico (*Haftungsbegründende Kausalität*) rige el estándar general, el § 286 ZPO, que consagra en Derecho alemán el principio de libre valoración de la prueba y que exige al Juez un grado de convicción (*volle Überzeugung*) que entraña una certeza rayana con la plena convicción subjetiva, excluyente de toda duda razonable. Por lo que se refiere al nexo causal entre la lesión del bien jurídico y la existencia y montante de los daños (*Haftungsausfüllende Kausalität*), sin embargo, rige el § 287 ZPO, que a diferencia del § 286 ZPO, se conforma con una probabilidad predominante o cualificada (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). Se trata en, definitiva, de una reducción o menor exigencia en el grado de certeza que la prueba debe suministrar al juzgador para fijar los hechos relevantes (*Beweismaßreduzierung, Beweismaßsenkung, Herabsenkung des Beweismaßes*)⁹⁶⁷.”

En mi opinión, y a modo de **conclusión**, este es uno de apartados en los que más se advierte que esa supuesta *imposibilidad probatoria*, que habilita en el ordenamiento español el acudir a la sentencia con reserva, es más bien un mito que una realidad⁹⁶⁸. Evóquese que, desde su génesis, la sentencia con reserva parte de la idea según la cual hay ocasiones en las que el actor, aún probando la existencia de algo, se ve imposibilitado para acreditar su cuantía, a pesar de haber cumplido con su carga de la prueba. Ante esta *inexorable realidad* el sistema permite diferir esta segunda cuestión, como augurando que el mero transcurso del tiempo disipará los supuestos óbices que, momentáneamente, la han hecho irresoluble. Por el contrario otros ordenamientos, que parecen haber tomado consciencia que ese diferimiento es algo más bien pernicioso, pero que al mismo tiempo conocen la problemática relacionada con la fijación de ese *quantum*, recurren a diversas *técnicas relacionadas con la carga de esa prueba*, como son la disminución los estándares de la misma (§ 287 ZPO), o su variación una vez se ha acreditado, en el primer juicio, su verosimilitud (*verosimiglianza*). De esta forma,

⁹⁶⁷ Ídem, pág. 129. En este momento se remite a pie de página, en la que comenta, entre otros extremos, que: “El precepto contiene también una reducción en la exigencia normal en cuanto a la alegación o sustanciación de los hechos en que el actor apoya la valoración o alcance de los daños (*Substantierungspflicht der Parteibehauptungen*). Es decir, no se exige al actor que alegue de forma exhaustiva los hechos en que funda la cuantía de su pretensión. Y también son destacables en este párrafo las especiales facultades del juzgador para inadmitir solicitudes de prueba ([...]) cuando considere fundada la cuantía exigida por el actor según el estándar mitigado de certeza al que nos hemos referido.”

⁹⁶⁸ *Vid.* el epílogo de esta misma obra.

con ese *dimorfismo*, se consigue resolver en un único proceso de declaración la controversia, garantizando asimismo al actor su derecho a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, ante esa misma realidad, en el derecho español se asevera que lo que es imposible cuantificar en un primer declarativo se podrá determinar en otro posterior (o, incluso, directamente en la ejecución), siguiendo una especie de pensamiento mágico en el que el factor tiempo juega, a mi entender, un papel injustificado.

4.7. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y CONGRUENCIA (ARTÍCULO 218 LEC).

La interrelación entre la sentencia con reserva y la cuestión de la congruencia de las sentencias fue tan estrecha durante toda la vigencia de la **LEC de 1881**, como próximos los artículos que normaban aquella y ésta (arts. 360 y 359 ALEC). Esta intensa vinculación entre ambos institutos se trató en numerosas ocasiones por la **jurisprudencia**⁹⁶⁹, de cuya doctrina se pueden extraer varias líneas maestras. De esta forma, se consideró que **no se infringía** dicha congruencia si no se aplicaba el artículo 360 ALEC **cuando se absolvía** al demandado al ser necesario, para ello, la previa condena del mismo (**sentencia de 7/02/1935**)⁹⁷⁰ pues, como ya había sostenido el Alto

⁹⁶⁹ *Vid.* también la relacionada en esta misma obra en el subapartado referente a la prohibición de diferir a la ejecución la determinación de las correspondientes cantidades. Por otro lado cabe apuntar que muchas han sido las cuestiones que han girado en torno a esta problemática, de las cuales sólo se han destacado aquellas más directamente relacionadas con la liquidación de sentencias. De entre estas **otras cuestiones** se pueden mencionar la relación entre congruencia y **ejercicio previo de la acción penal** (*vid.* SSTS de 19/02/1902 y de 27/12/1928, reproducidas en parte por FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3415 y 3416). Por otra parte, la complejidad de la correcta aplicación del art. 360 ALEC se puede observar en FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR, cuando hace mención al “<<modelo substantivo de la aplicación judicial de las leyes>>”, con cita a Wróblewski, Bergel, y concretamente con respecto al punto del mismo “el de <<resolver sobre la opción o elección entre una diversidad de consecuencias>>”, y en la que el mencionado Wróblewski se refería “a esta variedad posible quizás según la regla legal fijada y escogida, [...] y a las directrices de cada diversidad.” Se pone justamente como ejemplo el de “elegir una sentencia líquida: y dentro de ésta elegir entre formular o no las bases de su liquidación (art. 360,II, LEC).” *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 103.

⁹⁷⁰ Parte del texto de la misma se puede encontrar en FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3411 a 3414. Desde un punto de vista más amplio, ello se relaciona con la doctrina referente a la inexistencia (como norma general) de incongruencia en el caso de las sentencias absolutorias. En relación con esta doctrina sirva por todas la **sentencia del TS de 30/04/2010**, cuando expuso que *conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS 29 de septiembre de 2003; 21 de marzo 2007; 16 de enero 2008; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aun de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una*

Tribunal, lo dispuesto en el art. 360 ALEC *respecto al tiempo y modo de terminarse la entidad de la indemnización, se halla subordinado al caso en que haya lugar a la condena de la misma (sentencia de 12/02/1896)*⁹⁷¹, y también que *ese precepto sólo tiene aplicación cuando probada la existencia de daños y perjuicios, no puede fijarse en la sentencia el importe de unos y otros en cantidad líquida (sentencia de 11/01/1911)*⁹⁷².

Tampoco había incongruencia **cuando se determinaba el quantum a pesar de no solicitarse** en cantidad líquida⁹⁷³, pues la sentencia *después de fijar en uno de los considerandos aceptados los conceptos cuya realidad y certeza estaban sobradamente justificados, [...], fijó como indemnización, [...], una cantidad líquida, cumpliendo con ello la letra y espíritu del art. 359 LEC, en beneficio de las partes, para evitar los inconvenientes que origina el dejarlo para la ejecución de la sentencia, [...], y como todo ello está dentro de lo pedido, alegado y probado, es vista la improcedencia del referido motivo cuarto y último, que debe ser desestimado (sentencia de 13/10/1927)*⁹⁷⁴, puesto que, *en cumplimiento de lo prevenido en el art. 360 LEC, el fijar la cantidad líquida es más conveniente para los litigantes que dejarlos para ulteriores actuaciones en la ejecución de sentencia (sentencia de 24/12/1929)*⁹⁷⁵, ya que *solicitada por los actores en la indicada forma alternativa la fijación del importe de los*

*petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS 23 de marzo de 2007; 16 de enero 2008). FDº 2º, RCEIP 118/2004, ponente Seijas Quintana, José Antonio, extraída de la seleccionada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, Doctrina jurisprudencial..., opus cit., en donde la referencian bajo el título de “**Congruencia: sentencias que desestiman la demanda**”.*

⁹⁷¹ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3434-35.

⁹⁷² Extraída de ídem, págs. 3423-24. El negativo de esta cuestión también se reflejó en la jurisprudencia del TS, recogiendo FENECH, M., diversas sentencias en este sentido en el sub-epígrafe de la antedicha obra al que tituló: “*Si se absuelve al demandado por falta de derecho o de prueba, no puede aplicarse el art. 360 y dejar para ejecución la liquidación, sin infringir el principio de congruencia.*” Cfr. págs. 3410 a 3414. Recogiendo dentro del mismo, entre otras, la **sentencia de 4/07/1921**, en la que se decía concretamente que, en relación a la infracción de los arts. 359 y 360 ALEC, *no subsiste lo que constituía el fundamento de sus razonamientos, o sea la declaración de indemnización por la mala calidad del cargamento del vapor Wenceslao y cuyo importe había de determinarse en el período de ejecución de sentencia, con arreglo a las bases y elementos que en ella se fijaban.* Ídem, pág. 3410. Y también la **sentencia de 21/04/1932**, en la que se afirmó que *no se falta a lo dispuesto por los arts. 360 y 928, toda vez que se absuelve de los daños de referencia, y, por tanto, no era posible fijar bases para la liquidación de los mismos, ya que no cabe estimar incongruencia en sentencias absolutorias.* Ídem, págs. 3410 in fine y 3411.

⁹⁷³ Resulta especialmente interesante en este tema la recopilación llevada a cabo por FENECH, M., bajo el epígrafe: “*Determinación de la cuantía de la condena.*” *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3452 a 3469.

⁹⁷⁴ Extraída de ídem, pág. 3453.

⁹⁷⁵ Extraída de ídem.

daños, la sentencia que estima la demanda y, aceptando la primera de las indicadas fórmulas de fijación, señala las cantidades a satisfacer por el demandado, no sólo no puede ser tachada de incongruente, puesto que se acomoda a las peticiones oportunamente deducidas, sino que, además, se ajusta a lo dispuesto en el art. 360 de LEC (**sentencia de 20/05/1946**)⁹⁷⁶ pues, cuando se fijaban los parámetros de la indemnización con los elementos que aparecen probados en autos, y así se podrá hacer, aunque se haya solicitado dejado [sic] tal operación para la fase de ejecución; por lo que ello nunca significará la existencia del vicio procesal de incongruencia (**sentencia de 19/12/98**)⁹⁷⁷, debiéndose condenar al pago de indemnización en cantidad líquida, cuando se cuenta con todos los datos necesarios para ello, a pesar de que en la demanda se reserva la fijación del importe para ejecución de sentencia (**sentencia de 15/7/86**)⁹⁷⁸ y en la misma dirección muchas otras⁹⁷⁹; y a la inversa⁹⁸⁰ pues: El art. 360

⁹⁷⁶ Extraída de ídem, pág. 3455.

⁹⁷⁷ La Ley 1999, 699; extraído del comentario de RIBELLES ARELLANO, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 846.

⁹⁷⁸ A. C. /930-86; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 281. Y en el mismo sentido CORDÓN MORENO, F., pues “tampoco [es incongruente] la [sentencia] que condena al pago de cantidad líquida a pesar de ser pedida la condena a reserva (STS 6 noviembre 1984 [RJ 1984, 5368]).” *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 292 ab initio.

⁹⁷⁹ Así, por ejemplo, se puede destacar la **Sentencia de 10 de mayo de 1993**, en la que se sostuvo que si la Sentencia, con buen criterio del juzgador de Apelación, concreta el <<quantum>> por entender que hay base probatoria bastante en las actuaciones ordinarias del procedimiento, estimando que es deuda de valor como así lo expresa en su Fundamento de Derecho Dos, no precisaba dilatar más su especificación en pleno y soberano ejercicio de sus funciones de juzgar y otorgar la tutela judicial efectiva solicitada, por lo que se evidencia que ni hay ni puede haber incongruencia ni vulneración del precepto adjetivo que se considera conculcado. Fue su ponente Malpica y González-Elipse. *Actualidad Civil*, ref. 966/1993. Extraída de COBO PLANA, J. J., *La sentencia civil. Forma, Contenido, Motivación, Plazo, Forma, Aclaración, Congruencia, Iura Novit Curia, Reformatio in Peius, Condena al Pago de Intereses, Imposición de costas*. JURISPRUDENCIA PRÁCTICA, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 1995, pág. 118. En la misma dirección que la anterior se pronunció la **Sentencia de 29 de noviembre de 1993**, afirmándose en la misma que ha de partirse de la premisa de que el principio prohibitivo de la <<reformatio in peius>> lo que proscribe es que la sentencia de apelación pueda hacer un pronunciamiento más gravoso o perjudicial para el único apelante de lo ya lo era el de la sentencia apelada, pero no impide en modo alguno que la referida sentencia de apelación, si en el proceso hay elementos probatorios suficientes para poder determinar con concreción el valor o importe de los daños, pueda fijarlo directamente en su fallo o parte dispositiva que, además, es lo que ordena el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin tener que dejarlo para la fase de ejecución, que es lo que hizo la de primera de instancia. Fue su ponente Morales Morales. *Actualidad Civil*, ref. 351/1994. Extraída de ídem, pág. 119.

⁹⁸⁰ En este sentido, sintéticamente titulaba FENECH, M., un sub-apartado de su citada obra *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, diciendo que: “Si la actora solicitó la condena sin reservar, o alternativamente, no infringe el art. 360 LEC, ni el 1.214 CC, ni el principio de la congruencia, el Tribunal que fija en la sentencia el <<quantum>> de la condena.” Págs. 3452 a 3455. Esta doctrina se inició en plena vigencia de la LEC de 1855, y se relaciona de forma directa con la intervención de peritos en lo que se denominaba muy gráficamente como **juicio de peritos**, interrelación tratada al abordar la cuestión de los principios de aportación de parte y carga de la prueba. Así lo atestiguan diversas resoluciones como la **sentencia de 11/11/1882**, en la que se consideró que no se vulneraba el art. 61 LEC 1855 al resolver la correspondiente sentencia todas las cuestiones discutidas en el pleito, sin que pueda

no impone por modo necesario que cuando recaiga condena de abono de perjuicios se fijen éstos en cantidad líquida o se establezcan bases para su regulación en la ejecución de la sentencia, como pretende el recurrente en el recurso, porque los arts. 928 y ss. señalan las reglas a que ha de sujetarse su determinación cuando no se hayan prefijado en la sentencia (sentencia de 25/06/1902)⁹⁸¹, sosteniéndose que “aunque en la demanda se hayan solicitado unas cantidades determinadas, no se incurre en incongruencia por remitir la concreción del ‘quantum’ a la fase de ejecución de sentencia” (s. de 16-V-86) (sentencia de 27/4/88)⁹⁸², ni era tampoco incongruente cuando la determinación del “quantum” reclamado, y que la resolución impugnada reconoce, se remite a la fase de ejecución de sentencia sobre las bases que aquella resolución establece, como se deduce de las ss. de esta Sala, entre otras, de 11-V-54, 7-XII-65, 9-XII-85 y 16-V-86 (sentencia de 12/7/88)⁹⁸³, afirmándose también la congruencia de la sentencia que remitía al trámite de ejecución la cuantificación del lucro cesante, según se pidió en la demanda (sentencia de 25/11/88)⁹⁸⁴ pues, aunque se pidiera en ésta a manera de pedimento principal, la condena del demandado al abono de una cantidad concreta [...], haciéndose constar en la resolución de primera instancia, con argumento que hace suyo la de apelación, la inexistencia de datos numéricos suficientes para señalar una cantidad líquida, no puede tacharse de

suponerse que las aplaza ni que se subordina el criterio judicial al de los peritos, por haber reservado para la ejecución de la sentencia el fijar por apreciación pericial la cuantía de la retribución que debe pagar la recurrente, según lo había solicitado el actor. Extraída de ARAGONESES ALONSO, P., Sentencias Congruentes..., opus cit., págs. 133 y 134. Y también la sentencia de 7/07/1891, en la que se consideró que había congruencia porque la circunstancia de remitirse al juicio de peritos la fijación de la indemnización otorgada que afecta en este caso a la correlación debida, con tanto mayor motivo cuanto que la misma parte demandante se fundó en dictámenes periciales para determinar el importe de la propia indemnización, por lo cual es improcedente el tercer motivo del recurso de la mencionada Compañía. Extraída de ídem, pág. 134.

⁹⁸¹ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3452. De la época, y en la misma dirección que la citada, apuntan las sentencias de 4/07/1893, la de 4/06/1902 y la de 21/11/1907, todas ellas extractadas por ARAGONESES ALONSO, P., *Sentencias Congruentes...*, opus cit., págs. 134 y 135.

⁹⁸² A. C. /659-88; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 282 y 283 *ab initio*. Sentencia también citada por CORDÓN MORENO, F., al concretamente recoger que: “no es incongruente la sentencia de condena con reserva de liquidación a pesar de ser solicitada en la demanda la condena a una cantidad líquida (STS 27 abril 1988 [RJ 1988, 3280]) y tampoco la que condena al pago de cantidad líquida a pesar de ser pedida la condena a reserva (STS 6 noviembre 1984 [RJ 1984, 5368]).” *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., págs. 291 *in fine* y 292 *ab initio*. Como se ve la doctrina jurisprudencial es la misma, aun habiendo transcurrido más de ochenta años. Entremedias se pueden citar en igual dirección las SS de 4/07/1925, de 29/11/1930, de 22/01/1934 y de 1/03/1954, todas ellas extractadas por ARAGONESES ALONSO, P., *Sentencias Congruentes...*, opus cit., págs. 135 y 136.

⁹⁸³ A. C. /22-89; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 284.

⁹⁸⁴ A. C. /288-89; extraída de ídem, pág. 286.

incongruente si, al amparo de la permisión establecida en el párr. 2.º del art. 360 L.E.C., se hace la condena a reserva de fijar su importancia en la ejecución de sentencia (sentencia de 2/2/89)⁹⁸⁵, al entenderse que: En tanto los preceptos 359 y 360 LEC (1881), son compatibles, tan congruente es una sentencia que se ajusta al art. 360.1 LEC (1881), como otra que, remite la fijación del importe final de la condena a la ejecución de la sentencia. La valoración de la imposibilidad de su fijación en la propia sentencia es tarea propia del Tribunal de instancia que no cabe revisar en casación y que, en ningún caso, puede sustituirse por el criterio de la propia parte recurrente (Cfr. TS 1.ª S 14 Jul. 1997) (sentencia de 13/2/99)⁹⁸⁶. Y en la misma dirección se pueden hallar muchas otras⁹⁸⁷, aunque también se puede encontrar alguna que limita claramente esa discrecionalidad⁹⁸⁸.

⁹⁸⁵ A. C. /500-89; extraída de ídem, pág. 287.

⁹⁸⁶ *La Ley*, 1999, 2490; extraída de la jurisprudencia recogida por LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, en GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 305.

⁹⁸⁷ En este sentido, se pueden destacar la **sentencia de 20 de enero de 1992**, en la que se sostuvo que *el mero dato de que no especifique el <<quantum>> exacto a que se contraen dichos daños y perjuicios, en caso alguno, puede integrar el defecto de incongruencia denunciado, si es que la misma se pretende plasmar en su dimensión <<ultra petita>>, que inexistente por completo ya que el límite declarado de que no podrá sobrepasar la cantidad que en trámite de ejecución de sentencia se acuerde a la solicitada en la demanda respeta, pues, dicha disciplina, sin que, tampoco, sea atendible la denuncia de la falta de armonía entre la petición de abono de cantidad líquida y una condena genérica al resarcimiento de daños y perjuicios incongruencia <<extra petita>>, aducida literalmente en el motivo, pues esa inicial iliquidez judicialmente declarada responde a la falta de concreción en el proceso del importe de daños y perjuicios, lo cual, naturalmente, es ese trámite de ejecución de sentencia se concretará en la cantidad líquida que resulte, con lo cual reaparece la coherencia o <<armonía>> entre una petición y el objetivo final satisfactorio de dicha condena en el trámite de ejecución, por lo cual el motivo ha de rehusarse. Fue su ponente Martínez-Calcerrada y Gómez. Actualidad Civil, ref. 515/1992; extraída de COBO PLANA, J. J., *La sentencia civil...*, opus cit., pág. 117. En parecido sentido se expresó la **sentencia de 22 de marzo de 1993**, al afirmarse en ella que *consistiendo la congruencia de toda sentencia en la correspondencia o adecuación de su <<fallo>> con el <<petitum>> de la demanda (o, en su caso, de la reconvencción) en relación con la <<causa petendi>> de la misma, dicho requisito aparece escrupulosamente cumplido por la sentencia recurrida, pues habiendo el actor postulado expresamente, con carácter alternativo para el supuesto de imposibilidad de cumplimiento del contrato (pedimento principal), se condena al demandado al pago de los daños y perjuicios irrogados (pedimento segundo de la demanda), la expresada sentencia, estimando también dicho pedimento alternativo para el supuesto de imposibilidad de cumplimiento del principal, condena al demandado a pagar al actor los perjuicios causados y probados en el proceso, y en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fija las bases para cuantificar, en fase de ejecución de sentencia, los referidos perjuicios, en los términos que ya se han dicho en el Fundamento jurídico segundo de esta resolución. Fue su ponente Morales Morales. Actualidad Civil, ref. 712/1993; extraída de ídem, págs. 117 y 118, pág. 118 para la anterior cita. Y también en esa misma dirección se puede destacar la **sentencia de 1 de julio de 1993** que, en relación con el artículo 360 ALEC, afirmaba que *revela que el legislador ha previsto incluso que en la sentencia no se puedan determinar los daños y perjuicios en cantidad líquida, ni siquiera se puedan determinar las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, por lo que el intento bien intencionado de la parte actora de fijar una cantidad, añadiendo o la que resulte procedente en más o en menos, no debe perjudicarla en su derecho a ser reparada, lo que no supone desconocer la jurisprudencia establecedora de que cuando en la demanda se postule el pago de una cantidad líquida y se deje su determinación para el período de ejecución de sentencia, tal cantidad ha de actuar como límite, pues para evitarlo se postuló también la mayor o menor cantidad sin oposición oportuna de la parte contraria, con lo que resultaría absurdo dejar para ejecución de sentencia lo que en***

En cambio **existía incongruencia**, en lo referente a la **determinación del *quantum***, cuando **se daba más de lo pedido** pues *entra dentro de la congruencia así entendida tanto la determinación del total importe como el deferir la exacta cuantificación para ejecución de sentencia sobre las bases que la resolución establece, procediendo, en cambio, la admisión del motivo en lo que concierne a la obligada manifestación o pronunciamiento de la Sala de que aquella cantidad no podrá sobrepasar nunca la cifra reclamada en el suplico de la demanda, que actúa así como límite máximo de cuantificación y que debió expresamente decirse en la resolución recurrida (sentencia de 3/2/90)⁹⁸⁹. Y también se infringía el art. 359 ALEC cuando el Tribunal **sustituía a las partes**, al *fijar bases para la práctica de la liquidación, que ordena en términos que implican la realización de la misma, sustituyéndose a ese efecto a las partes sin haber sido requerida para ello, como se afirma en el recurso, que, por tanto, es procedente y debe ser estimado (sentencia de 21/12/1921)*⁹⁹⁰.*

Sin pretender excederme en el análisis jurisprudencial del complejo tema de la congruencia⁹⁹¹ de las sentencias, cabe destacar de la anterior sinopsis el debate

ésta pudo concretarse mediante la prueba practicada; en definitiva: el demandado, hoy recurrente, pudo hacerse cargo perfectamente de lo que se solicitaba y contradecirlo en sus aspectos fáctico y jurídico, por lo que ni se produjo indefensión ni puede ahora achacar incongruencia a la resolución que se ajusta de modo literal a lo pedido y de modo espiritual a la finalidad reparadora de la pretensión, pues la incongruencia supone un fallo contradictorio y en desacuerdo con las pretensiones, lo que en modo alguno puede predicarse en el caso que nos ocupa. Fue su ponente Fernández-Cid de Temes, Actualidad Civil, ref. 1287/1993; extraída de ídem, págs. 115 y 116; pág. 116 para la anterior cita. También resulta interesante en la misma dirección la **sentencia de 13/02/1997** (RJ 1997/704), que relaciona varias sentencias en su argumentación, y que extractan MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 586, y de donde se ha extraído la citada referencia.

⁹⁸⁸ V. gr. la **sentencia de 24/04/1929**, en la que sí se apreció esa incongruencia al haberse dejado para ejecución de sentencia la determinación del *quantum* de la condena (que se había reclamado en cantidad líquida) al no estar autorizada para ello por la Ley, ya que *el párrafo 2.º del art. 360 de la LEC sólo faculta al juzgador por vía de excepción de la regla general contenida en el art. 359 para reservar para el período de ejecución de sentencia la fijación de frutos, intereses, daños y perjuicios y sólo en el caso de no ser posible lo dispuesto en el párrafo 1.º de dicho art. 360*. Extraída de ARAGONESES ALONSO, P., *Sentencias Congruentes...*, opus cit., pág. 132.

⁹⁸⁹ A. C. /456-90; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 293.

⁹⁹⁰ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3455 y 3456 *ab initio*.

⁹⁹¹ Sobre el concepto de congruencia se ha hablado mucho también en sede doctrinal. Como definición se puede acudir a las reflexiones que realiza RODRÍGUEZ-AGUILERA, CESÁREO, cuando afirma que: “La congruencia supone atenerse a lo pedido por las partes, y se concreta y refiere a lo que se pide en el “suplico” de los escritos de alegaciones, y a lo que se dispone en el “fallo” de las sentencias, no a los razonamientos que las preceden. La congruencia no impide la posibilidad de aplicar, el juez o magistrado, normas distintas de las alegadas por las partes, pudiendo, incluso, rectificar errores de técnica jurídica en

jurisprudencial que se entabló entorno a la **congruencia** de aquellas sentencias que **liquidaban condenas solicitadas de forma ilíquida**. Una interpretación minoritaria entendió que ello no era posible⁹⁹², mientras que otra, que acabó triunfando, consideró que el Juez podía liquidar o establecer las correspondientes bases para la ello⁹⁹³. De esta forma, la remisión a los incidentes en sede ejecutiva que efectuaba el artículo 360 ALEC, se conceptuó como un último mecanismo ante la imposibilidad de proceder a la liquidación a lo largo del proceso de declaración siendo lógico, en mi opinión, que la jurisprudencia mayoritaria se pronunciase en el sentido anteriormente referido, pues la economía procesal obliga a que no se realicen trámites innecesarios; en este sentido, la liquidación que se podía realizar en el declarativo no se podía diferir a la ejecución.

En cuanto a las opiniones de la **doctrina**, valga recordar que, al estudiar la relación que existía entre los artículos 359 y 360 ALEC, ya se hizo mención a la posición de ARAGONESES⁹⁹⁴, quien enfocó dicha problemática desde la perspectiva de la **incongruencia “citra petita”**⁹⁹⁵ por “aplazamiento de la resolución”. Como allí se vio,

que éstas hubieran incurrido. Por otra parte, las expresiones pueden ser diferentes, con tal de que coincidan sustancialmente con las pretensiones formuladas, pudiendo agregarse al fallo extremos accesorios que coadyuven a su efectividad.” *La sentencia*, BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1974, págs. 54 y 55.

⁹⁹² En este punto es muy interesante la reflexión que realiza MANRESA, J. M., cuando afirma que “el juez está obligado a resolver sobre ellos [sobre los frutos, intereses, daños o perjuicios peticionados] en la sentencia, pues de otro modo no habría entre ésta y aquélla [la demanda] la congruencia necesaria para su validez, como antes hemos indicado. Por esta misma razón, cuando nada se haya solicitado sobre ello en la demanda, el juez faltaría a su deber y a la ley si lo acordase en la sentencia, la cual sería nula en este extremo.” *Comentarios...*, opus cit., págs. 104 y 105.

⁹⁹³ En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., quien conecta esta cuestión con la regulación contenida en el actual art. 219.2 LEC. Parte este autor de una interpretación del antedicho precepto en la que, en base a lo prescrito en el art. 403.1 LEC, “el Tribunal deberá resolver la cuestión [la del “límite al ejercicio jurisdiccional de tutelas merodeclarativas del derecho a recibir del demandado cantidades por los conceptos que señala el enunciado legal”] en momento no inicial del proceso, posiblemente al amparo del deber que le impone el art. 219.2 LEC, consistente en fijar en la sentencia, si ello es posible, el *quantum* líquido o las bases para la liquidación.” En base a lo anterior sostiene que: “De aceptarse esta interpretación, el enunciado del art. 219.2 LEC resuelve los problemas sobre los límites de congruencia del tribunal que plantea la sentencia objeto de comentario.” Y a continuación realiza este autor una interesante exposición sobre lo que ahora interesa, al relacionar que: “Efectivamente, la jurisprudencia ha mantenido durante décadas dos líneas interpretativas acerca de si es congruente la sentencia que liquida condenas ilíquidas o que reserva la liquidación al incidente de ejecución, aunque no lo hayan solicitado las partes: una de ellas, que ha prevalecido finalmente, considera que el Juez tiene dicha facultad, siempre que no disponga de datos suficientes al dictar sentencia para liquidar o para establecer las bases de la liquidación, sin que por ello se consideren rebasados los límites de congruencia del tribunal; la otra línea jurisprudencial entiende que la reserva no es posible si las partes no lo solicitan a lo largo del proceso.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 78.

⁹⁹⁴ *Sentencias Congruentes...*, opus cit., págs. 130 a 136.

⁹⁹⁵ Otros autores también se han pronunciado sobre este tipo de incongruencia, aunque no siempre relacionándola directamente con la sentencia con reserva de liquidación. V. gr., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., y VALLS GOMBAU, J. F., *Derecho procesal práctico*, tomo IV, Madrid, editorial centro de estudios Ramón Areces, S.A., 1992, págs. 109 a 111, seleccionaron diversa

este autor entendía que una de las clases de incongruencia era la producida “por no decidir sobre las cuestiones que han sido objeto del debate en los casos en que se aplaza la decisión”⁹⁹⁶, constituyendo la condena genérica regulada en el art. 360 ALEC: “Un aspecto particular del aplazamiento”, concretamente un “aplazamiento para la ejecución”⁹⁹⁷. En la misma dirección que el anterior se pronunció DE PADURA BALLESTEROS⁹⁹⁸, aunque enfocó el tema considerando la condena con reserva como uno de los supuestos en que **no había incongruencia por omisión**. Expresamente mencionaba esta autora que el artículo 360 ALEC suponía “una excepción a la regla general expresada en el artículo 359 sobre la exhaustividad de la sentencia.”⁹⁹⁹ La hipótesis que en este ámbito resaltaba era la consistente en que, habiéndose solicitado una condena a cantidad líquida, el juez debiera “dictar condena con reserva cuando, a pesar de la petición del actor, la liquidación sea objetivamente imposible.”¹⁰⁰⁰ Se trataría de supuestos en los que la obligación sería aún ilíquida (aunque posteriormente liquidable) no pudiendo el actor proponer la pertinente prueba debido justamente a esa “presente y real iliquidez de la obligación”. En estos casos, la exhaustividad ordenada por el artículo 359 ALEC quedaba excepcionada por el artículo 360 ALEC, pues “la única manera de dar cumplimiento al precepto [art. 360 ALEC] consiste en dejar imprejuizada la concreta cantidad debida –y que ha sido pedida-; consiste en no dictar sentencia ni de condena ni de absolución, sino en aplazar a un momento posterior la decisión sobre el tema objeto del proceso. En definitiva, en no decidir –pese a

jurisprudencia en relación a este tipo de incongruencia, la cual giraba en torno a la posible infracción del art. 359 ALEC. La conexión entre esta jurisprudencia y la sentencia con reserva sólo se podía conectar al referirse la misma a supuestos que han solido ser objeto de aquella. Así, por ejemplo, en cuanto a la fijación de los intereses debidos recogen las SSTs de 24 septiembre de 1984 (La Ley, 1984-4, 801) y de 25 octubre de 1980 (RAJ, 1980, 3637); y en cuanto a la condena a daños y perjuicios la STS 29 mayo 1982 (La Ley, 1982-3, 568). Pero en todos ellos (como en otros que también relacionan como el de la “compensación de culpas”) centran la atención básicamente en cómo se determina el correspondiente *quantum* y no, por tanto, en cómo se difiere la resolución sobre el mismo.

⁹⁹⁶ *Sentencias Congruentes...*, opus cit., pág. 130.

⁹⁹⁷ Ídem, pág. 132. A mi entender, en la misma dirección se pronunció CALAMANDREI, P., cuando consideró que no era predicable de la condena genérica italiana “il principio *tantum iudicatum quantum disputatum*” pues aunque se discute la existencia del daño “su questo questo punto il giudicato non si forma”. Cfr. *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 237 a 240.

⁹⁹⁸ *Omisión de pronunciamiento...*, opus cit., págs. 205 a 207. Cita en las antedichas páginas, de forma reiterada, a Arias Lozano, *La llamada condena con reserva...*, opus cit.

⁹⁹⁹ Ídem, pág. 205. Continuaba su razonamiento esta autora afirmando concretamente que: “Cuando, solicitada por el actor una condena a cantidad líquida, se dé el presupuesto de hecho del artículo 360 LEC, el juez, pese a la petición de parte, deberá dictar <<condena con reserva>> sin que dicho pronunciamiento pueda tacharse de incongruente por omisión.” Ídem.

¹⁰⁰⁰ Ídem, pág. 206.

reconocerse el cumplimiento de los presupuestos procesales- todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (artículo 359 LEC).”¹⁰⁰¹

Ahora bien, llegados a este punto, se puede cuestionar, como hace MILLAN¹⁰⁰², si realmente la denominada incongruencia *citra petita* es una clase de incongruencia, o si “se trata más bien de la infracción de un deber fundamental”¹⁰⁰³, llegando a la conclusión este autor “que el defecto u omisión de pronunciamiento, más bien que un tipo de incongruencia, se trata del incumplimiento de un deber esencial proclamado en el art. 24 de la Constitución, art. 1.7.º del Código Civil y cuya sanción es la ordenada en el art. 357 del Código Penal.”¹⁰⁰⁴ En este mismo sentido, la **STS de 26/10/2010**, FDº 6º, expuso que: *El principio de la congruencia proclamado en el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE- exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente (SSTS 1 de abril de 2008, RC n.º 222/2001, 2 de octubre de 2009, RC n.º 2194/2002, 26 de marzo de 2010,*

¹⁰⁰¹ Ídem, págs. 206 y 207 *ab initio*.

¹⁰⁰² Cfr. MILLAN, CARLOS, *La incongruencia civil*, opus cit., págs. 154 a 164.

¹⁰⁰³ Ídem, pág. 159. Este mismo autor relaciona cuales son: “Los principales supuestos resueltos por nuestra jurisprudencia en esta clase de incongruencias” (ídem, pág. 155), siendo uno de ellos precisamente el del aplazamiento de la decisión. Ídem, pág. 156 *in fine*. Valga avanzar que para este autor: “El deber de fallar conlleva, pues, la obligación de decidir a efectos de otorgar una <<tutela efectiva>> sobre todas las pretensiones de las partes”. Afirmando en el siguiente párrafo que: “Por ello, un fallo parcial no es un cumplimiento efectivo de esta obligación constitucional y, por tanto, supone la infracción de un deber público fundamental.” Ídem, pág. 161.

¹⁰⁰⁴ Después de exponer que: “Ciertamente, desde un punto de vista amplio, la omisión de pronunciamiento engendra una incongruencia por defecto dada la correlación que debe existir entre pretensión y decisión; dicha correlación no se da cuando la decisión omite responder algunas de las cuestiones debidamente planteadas en el suplico de las demandas.

Pero, por otra parte, el instituto de la congruencia es absolutamente ineficaz cuando exista omisión total en el fallo judicial, puesto que, faltando uno de los dos elementos indispensables del principio, esto es, la resolución en la que ésta se comete, no puede existir incongruencia.

E, incluso existiendo resolución, la omisión en ella de la decisión de alguna de las pretensiones supone, más que una infracción del principio de congruencia en sí, la conculcación de deberes fundamentales que obligan a jueces y tribunales, de los que la congruencia de esta clase no es sino una derivación.” Ídem, pág. 163. Añade este autor que esta omisión de pronunciamiento se regula en las ordenanzas alemana y austriaca fuera del tema de la congruencia de las sentencias “cuya solución, técnicamente más feliz que la prevista por nuestro ordenamiento, es la del conocido procedimiento de integración de sentencias.” Ídem, págs. 163 *in fine* y 164 *ab initio*; a pie de esta última recoge los correspondientes preceptos del Código alemán (§ 321) y del Código de KLEIN (§§ 423, 424 y 485 ZPO, Austria).

RC. n.º 824/2006).¹⁰⁰⁵ De esta forma se advierte nítidamente la importancia de la cuestión que ahora tratamos.

Finalmente, desde un punto de vista técnico, MONTERO y FLORS, sostienen que: “A pesar de la tradicional confusión entre la verdadera incongruencia y la exhaustividad (que suele presentarse como incongruencia omisiva o por defecto) convendría, de entrada, aclarar tres conceptos, en general de la sentencia”¹⁰⁰⁶. Estos conceptos que intentan deslindar son los de **exhaustividad**, incongruencia y falta de motivación¹⁰⁰⁷, de los cuales interesa ahora resaltar el primero de ellos, con respecto al cual comentan que: “Exhaustividad u omisión de pronunciamiento: Atiende al requisito interno de la sentencia que suele denominarse incongruencia por omisión de pronunciamiento o incongruencia por defecto u omisiva, pero que más correctamente puede enunciarse como exhaustividad, por cuanto se refiere a la necesidad de resolver todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, por emplear las palabras del artículo 218.1 LEC. El Tribunal Constitucional ha aludido a ella repetidamente como incongruencia

¹⁰⁰⁵ RCEIP n.º 1951/2006, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída de la seleccionada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, en donde la referencian bajo el título de “**Incongruencia por omisión.**”

¹⁰⁰⁶ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 469.

¹⁰⁰⁷ El tratamiento de la cuestión de la **falta de motivación** ha sido abordada detenidamente en la **STS de 5/11/2009**, al exponer que: *La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Este deber es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE. (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho” y todo ello, “ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el Art. 469.1, 2º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (Art. 476.2.4 LEC). FDº 2º, RCEIP 1519/2005, ponente Roca Trías, Encarnación, extraída de las seleccionadas por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., en donde la referencian bajo el título de “**Motivación. Principios generales**”.*

por defecto u omisiva”¹⁰⁰⁸. Por ello, en el presente trabajo, he usado preferentemente el concepto de falta de exhaustividad para referirme al fenómeno de la omisión de algún pronunciamiento¹⁰⁰⁹.

Ahora bien, cabe apuntar que la relación entre congruencia y sentencias con reserva no solamente se ha analizado desde el prisma de la susodicha incongruencia *citra petita*. Por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU hicieron

¹⁰⁰⁸ *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 469. De esta forma, para estos autores el concepto de **incongruencia** quedaría circunscrito a la *ultra petitem* y a la *extra petitem*, supuestos que tendrían en común el referirse “a sobrepasar los límites que vienen marcados por las peticiones y las alegaciones de las partes.” Ídem. Por otro lado, la **falta de motivación**, no guardaría “relación ni con la exhaustividad ni con la congruencia, pues atiende otro requisito de rango constitucional de las sentencia[s]. Desde luego no con la exhaustividad pues si falta la motivación es porque hay pronunciamiento (aunque la falta de pronunciamiento signifique también falta de motivación), pero tampoco con la congruencia, pues la sentencia puede ser congruente y carecer de motivación.” Ídem, pág. 470; como ejemplo “de confusión entre estos conceptos” aportan la **STS de 3/11/1997**, EDJ 1997/7999. Ahondan en esta cuestión al sostener poco después que: “Las distinciones anteriores entre exhaustividad, congruencia, motivación y tutela judicial efectiva no siempre está [sic] claras en la jurisprudencia.” Extractando en relación a dicha problemática dos resoluciones: **STS de 4/02/2000**, EDJ 2000/881, y **SAP de Granada de 5/02/2002**, DER. 2002/8278, ídem, págs. 470 y 471 y págs. 471 y 472 *ab initio*, respectivamente. Por otro lado, a pie de la antedicha página 470, comentan, con respecto a la distinción entre vulneración de la exhaustividad/vulneración derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el posicionamiento del **Tribunal Constitucional** sobre esta materia, el cual: “desde muy pronto advirtió que si el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE supone, entre otras cosas, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada, se está ante un supuesto de violación del mismo cuando la sentencia deja sin resolver alguna de las peticiones formuladas por las partes (STC 61/1983). Con todo esta línea jurisprudencial no se ha mantenido sin altibajos, pues si pueden señalarse sentencias en las que se ha sostenido que la omisión de pronunciamiento lleva sin más a la vulneración del art. 24.1 de la CE, no faltan otras en las que se habla de desestimación tácita, de que un fallo desestimatorio no puede ser tildado de incongruente, en que se confunde la llamada incongruencia omisiva y el defecto de motivación y en que el no pronunciarse sobre una excepción material (en el caso concreto, prescripción) unas veces es denegación tácita y otras vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.”

¹⁰⁰⁹ La **jurisprudencia** ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones en relación a este tipo de incongruencia. De entre sus resoluciones más reciente cabe destacar la **STS de 4/01/2010**, en donde se expone que: *Cuando la incongruencia por omisión se atribuya, como es el caso, a una sentencia que resuelva un recurso de apelación, deberá la pretensión o la alegación fundamental silenciada haber formado parte del debate procesal que imperativamente deba resolver el órgano judicial.*

»Por otro lado, la modalidad de incongruencia de que se trata sólo existe – como expone la sentencia del Tribunal Constitucional 73/2.009, de 23 de marzo, en interpretación del artículo 24 de la Constitución Española – cuando, habiendo dejado el órgano judicial sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita, al poder inferirse que es así del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, teniendo en cuenta que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión.

*»A la luz de esa doctrina el motivo debe ser desestimado, pese a que, ciertamente, el Tribunal de apelación no se pronunció expresamente sobre las cuestiones que en él se mencionan. En primer término no alegan los recurrentes que las mismas hubieran llegado a formar parte de la materia objeto de cognición del Tribunal de la segunda instancia – lo que, por no ocurrir necesariamente, deberían haber aclarado -. Y, fundamentalmente, porque la interpretación de los argumentos que dan soporte al fallo estimatorio de la demanda lleva a considerarlos implícitamente rechazados. FDº 4º, RCEIP 10/2006, ponente Ferrándiz Gabriel, José Ramón; extraída de la seleccionada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, en donde la referencian bajo el título de “**Congruencia: omisión de pronunciamiento. Rechazo implícito.**”*

mención de la misma dentro de la incongruencia *ultra petita*, y más concretamente en relación a la acumulación de acciones, cuando sostuvieron que “no es incongruente la sentencia que, pedida la condena a cantidad líquida, condena a reserva de fijar su importancia en ejecución de sentencia”, puesto que “la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la coincidencia entre lo solicitado y no concedido no tiene que ser necesariamente absoluta, bastando con que se recojan o denieguen sustancialmente los mismos puntos que integran los pedimentos de la demanda, no cabiendo dicha incongruencia en el caso dado que, haciéndose constar en la resolución de primera instancia la inexistencia de datos numéricos suficientes para señalar una cantidad líquida, no puede tacharse de incongruencia si, al amparo de la permisión establecida en el art. 360.2 LEC, se hace condena a reserva de fijar su importancia en la ejecución de sentencia. (STS 2 Feb. 1989. La Ley, 1989-2, 178).”¹⁰¹⁰ Y estos mismos autores también la analizaron expresamente en relación a la “*Fijación de las bases de ejecución en las condenas con reserva*” aseverando que no era incongruente “ni la sentencia que solicitando una cantidad líquida establece las bases –por no poderse determinar estas bases en el proceso de declaración- o viceversa”¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ *Derecho procesal práctico*, opus cit., págs. 107 *in fine* y 108. Sobre este tipo de incongruencia existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales del TS. Con la finalidad de apuntar la delimitación conceptual que este Alto Tribunal realiza entre los diversos tipos de incongruencia, recojo dos de sus recientes resoluciones; así, en relación con la **incongruencia *ultra petita*** afirma el TS, en su **sentencia de 14/04/2011**, que: *Constituye doctrina de esa Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada (SSTS de 11 de febrero de 2010, RC n.º 2524/2005, 21 de enero de 2010, RC n.º 2349/2005). Hay incongruencia *ultra petita* [exceso de lo pedido] cuando se concede más de lo solicitado por la parte litigante (SSTS de 23 de junio de 2004, RC n.º 1803/1998, 17 de septiembre de 2008, RC n.º 4002/2001). FDº 5º, RCEIP 1725/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio. Y, en relación a la **incongruencia *extra petita*** sostiene en su **sentencia de 1/10/2010**, que: *En consecuencia, la incongruencia, en la modalidad *extra petita* [fuera de lo pedido], sólo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir (entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamenta la pretensión y es susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente la tutela jurídica solicitada -SSTS 5 de octubre y 7 de noviembre de 2007, RC n.º 4514/2000 y 5781/2000, respectivamente, entre muchas más-), fuera de lo que permite el principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho], el cual autoriza al tribunal para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones. FDº 3º, RCEIP 1314/2005, Xiol Ríos, Juan Antonio; extraídas ambas de la seleccionada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., en donde las referencian respectivamente bajo los siguientes títulos: “**Incongruencia *ultra petita* [exceso de lo pedido]**” y “**Incongruencia *ultra petita* [exceso de lo pedido]: principio de *iura novit curia*.”****

¹⁰¹¹ En este sentido relacionan las Sentencias de 19 enero 1984, 26 mayo 1986, 31 marzo 1987, 27 abril 1988 (RAJ 3280), 12 julio 1988 (RAJ 5687, en donde se recogen las SS de 11 mayo 1954, 7 diciembre 1965, 9 diciembre 1985 y 16 mayo 1986), 25 noviembre 1988 (RAJ 8709) 15 mayo 1989 (RAJ 3765) y 5 diciembre 1989 (RAJ 8802). Aclarando también que “en todo caso, la cifra del suplico actúa como límite

Ahora bien, esta materia se abordó **desde otra perspectiva** por parte de los dos autores que, a mi entender, más profundizaron en el estudio de la sentencia con reserva. De esta forma, tanto para CORDÓN MORENO como para ARIAS LOZANO, **no** se estaría en realidad ante una **cuestión referente a la congruencia de las sentencias** sino ante algo diferente. En este sentido CORDÓN MORENO se preguntó: “Si la demanda se limita a pedir la declaración de la obligación de indemnizar, remitiendo la fijación concreta de la cuantía al juicio de liquidación posterior, ¿está el juez vinculado a esta petición?”¹⁰¹² Ante esta interrogación respondió que “en abstracto” podría “pensarse que la ley admite la autonomía procesal de los dos objetos [“la declaración de la obligación y la determinación concreta de su cuantía”], vinculando al juez, en virtud del principio de congruencia, la delimitación que las partes hagan de los mismos”, pero a continuación atacó dicho planteamiento en base a “dos defectos: a) Por un lado, desconocería el mandato imperativo del artículo 360 de la L.e.c., [...]; b) por otro, desconocería también la sustancial unidad que existe entre la condena con reserva de liquidación y la determinación concreta de su cuantía.”¹⁰¹³ Expresa a continuación (en el siguiente párrafo) claramente su posición, al argumentar que: “La condena genérica no es una forma autónoma de tutela jurídica. Aunque a través de ella el juez actúa la ley mediante la declaración del derecho en el caso concreto, sin embargo no alcanza a actuarla en la forma que, como sentencia de condena genuina, debería. En cuanto condena genérica, es una condena que necesita ser integrada mediante una posterior resolución que, determinando en concreto su cuantía, haga materialmente posible que despliegue sus efectos ejecutivos, que son los típicos de toda resolución de condena en sentido estricto. La condena genérica o a reserva de liquidación sería inadmisibles si la norma que la admite no previese, a la vez, la necesidad de una posterior resolución de liquidación.”¹⁰¹⁴ Con esta conceptualización de la sentencia con reserva salva CORDÓN MORENO la aparente incongruencia que se daría al dictarse una sentencia líquida en resolución de una demanda que peticionase únicamente una sentencia

máximo”. *Derecho procesal práctico*, opus cit., pág. 109, citando en este punto la STS 3 febrero 1990, RAJ 659.

¹⁰¹² *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 49.

¹⁰¹³ Ídem.

¹⁰¹⁴ Ídem.

genérica¹⁰¹⁵, y a la inversa, es decir, el dictado de una sentencia ilíquida en relación con una demanda que solicitase una sentencia completa¹⁰¹⁶.

En parecido sentido que el anterior se pronunció, lo referente a la **imperatividad** del entonces aún vigente **art. 360 ALEC**, ARIAS LOZANO¹⁰¹⁷, quien analizó las relaciones existentes entre la petición del actor y el pronunciamiento de la sentencia en los supuestos referentes a la condena con reserva, partiendo de que el mandato establecido en el citado artículo de la LEC de 1881 se dirigía al Juez¹⁰¹⁸, y sosteniendo

¹⁰¹⁵ En este sentido, CORDÓN MORENO, F., sostiene concretamente “que limitado el *petitum* de la demanda a la condena genérica, el juez puede, en la sentencia, sin infringir el principio de congruencia, fijar la cantidad líquida de la misma. Ello, por supuesto, sólo en el caso de que la cuantía resultase probada en la correspondiente fase procesal.” Ídem, págs. 49 *in fine* y 50 *ab initio*; extracta seguidamente, en apoyo de esta afirmación, parte de las SSTs de 14/05/1963 y de 5/05/1961, aseverando, en relación con esta última, que no hay incongruencia porque, en realidad, el juez no iría “más allá de la pretensión formulada por las partes”.

¹⁰¹⁶ En este aspecto, partiendo de la idea ya comentada de que el Tribunal Supremo permitió una interpretación muy amplia del art. 360 ALEC; CORDÓN MORENO, F., concretamente dice que “el mandato del artículo 360 de la L.e.c. ha sido muy debilitado por el mismo Tribunal Supremo al declarar que es facultad discrecional (no sometida al control del recurso de casación) del juzgador de instancia la estimación de si fue o no posible determinar la cuantía en la sentencia o fijar en ella las bases de la liquidación posterior”. Ídem, pág. 51. El mentado autor sostiene que: “Conforme a esta doctrina [del Tribunal Supremo] que se acaba de exponer resulta claro que, pedida por el actor una cantidad líquida en concepto de indemnización por daños y perjuicios, puede el juez, sin incurrir en incongruencia, dictar sentencia que contenga una condena genérica; y, viceversa, pedida la condena genérica, puede el juez fijar en la sentencia la cantidad líquida a satisfacer por el demandado. Ello, por supuesto, sólo en el caso de que la misma resulte probada en el proceso”, sosteniendo además que el actor podía, en “la práctica”, “vincular al juez a dictar una sentencia que contenga una condena genérica si se limita a probar exclusivamente la existencia de los hechos constitutivos de la obligación de indemnizar, no aportando prueba alguna sobre la cuantía de la misma.” Ídem.

¹⁰¹⁷ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., siendo en este punto especialmente interesante el apartado VII del anterior artículo, que titula: “Relación entre *petitum* del actor y condena con reserva”, págs. 11165 a 11167.

¹⁰¹⁸ Para este autor (como se vio también en Cerdón Moreno) no se está ante un problema relativo a la congruencia, como explicita al iniciar su exposición en este momento aseverando que: “La condena con reserva ni está ni puede estar en relación directa o indirecta con las peticiones realizadas por el actor en su demanda. Por la sencilla razón de que, como ya hemos señalado, en nuestro ordenamiento jurídico está regulada como una norma imperativa para el Juez y no dispositiva para las partes.” Ídem, pág. 11165. Lo que, en mi opinión, comporta una cierta exageración que sirve para resaltar la imperatividad de la norma, como demuestra el citado autor seguidamente, al conectar a continuación las posibles peticiones del actor con el dictado de la sentencia. Afirmó concretamente ARIAS LOZANO, D., que estas relaciones podían ser las siguientes:

- 1.- “Solicitada condena a cantidad líquida el Juez, como regla, dictará condena a cantidad líquida”.
- 2.- “Solicitada condena a cantidad líquida el Juez podrá, en determinadas circunstancias, dictar condena con reserva”: sería “el supuesto excepcional” recogido en el artículo 360 ALEC. Este caso requeriría que la obligación fuera ilíquida por naturaleza (no por falta de prueba del actor), pero liquidable en un momento posterior a la celebración del proceso de declaración. El actor ejercitaría una acción de condena y el Juez dictaría una sentencia mero-declarativa circunscrita a la declaración de la existencia de la prestación debida. Sostiene que: “Vendría a ser una estimación parcial de la demanda que dejaría imprejuizada la cuantía concreta de la indemnización”. Ídem, pág. 11166.
- 3.- “Solicitada condena con reserva, el Juez podrá o no dictar condena con reserva”. El caso de que el actor solicitara una condena con reserva era considerado por ARIAS LOZANO, D., como “de por sí

que: “A pesar de cierta jurisprudencia aislada¹⁰¹⁹, tampoco pensamos que tanga [sic] relación alguna con la congruencia el que solicitada una cantidad ilíquida el Juez condene a cantidad líquida o viceversa¹⁰²⁰: el Juez no está vinculado por las peticiones de las partes en este extremo, sino por la imperativa dicción legal del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881]”,¹⁰²¹.

Actualmente, esta cuestión se ha de enfocar relacionando los **arts. 219¹⁰²² y 218 LEC¹⁰²³**, precepto éste último que, bajo el *nomen* de *exhaustividad y congruencia de las sentencias*, es ahora el argüido por excelencia para el estudio de esta materia. Desde un punto de vista **jurisprudencial**, son ya numerosas las ocasiones en las que las Audiencias Provinciales se han visto abocadas a relacionar ambos preceptos. Confrontando estas resoluciones con la jurisprudencia que se forjó al amparo de los arts.

extraño” a la par que “generalmente improcedente”. Esta solicitud, cuando se usaba de forma ilícita y fraudulenta, sería en realidad de carácter mero-declarativa, no vinculando, en este sentido, al Juzgador, debiendo el mismo “entender que está ejercitando [el actor] una acción mero-declarativa como otra cualquiera y estimarla o desestimarla, según proceda”. La asimila, por tanto, al ejercicio de una acción meramente declarativa que permitiría, en caso de obtenerse una sentencia estimatoria, ir a un segundo declarativo en el que haría valer la función positiva de la cosa juzgada. Solamente el Juez dictaría una condena con reserva si “efectivamente la obligación es ilíquida *per se* [...] y ello, no porque lo solicite el actor, sino porque así legalmente procede”. Ídem, pág. 11167.

¹⁰¹⁹ Aquí se remite a pie de la página 11169, en donde reseña la STS de 13 de junio de 1942 (RAJ 767).

¹⁰²⁰ Aquí se remite a pie de la página 11169, en donde reseña las SSTs de 28 de enero de 1919, de 28 de noviembre de 1928, de 26 de octubre de 1962 (RAJ 4.413), de 30 de octubre de 1963 (RAJ 4.259), de 1 de diciembre de 1966 (RAJ 5.590), de 4 de noviembre de 1961 (RAJ 4.075), de 31 de mayo y de 22 de diciembre de 1967 (RAJ 3.266 y 5.201), de 22 de enero de 1934 (RAJ 59), de 19 de noviembre de 1974 (RAJ 4.266), de 1 de marzo de 1954 (RAJ 711) y de 5 de enero de 1977 (RAJ 6).

¹⁰²¹ Ídem, pág. 11169.

¹⁰²² Recuérdesse que el innovador art. 219.1 LEC se dirige explícitamente a la parte actora añadiendo un requisito más a los que, de forma general, el art. 399 LEC exige para la demanda, encajando perfectamente con lo ordenado al órgano jurisdiccional en el art. 219.2 LEC. Asimismo, evóquese la gran modificación que ha significado en el ámbito de la sentencia con reserva el hecho de que, ante la falta de liquidación del *quantum*, se deba acudir a un ulterior proceso de declaración (artículo 219.3 LEC). De esta forma, se puede aseverar que se ha variado claramente la conexión entre este tipo de sentencias y su debida congruencia.

¹⁰²³ Prescribe concretamente este **artículo 218 LEC** que:

1. *Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.*

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. *Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.*

3. *Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*

359 y 360 ALEC se aprecian numerosas variaciones¹⁰²⁴. El primero de los anunciados cambios es el intento de fijar una **clara limitación** a ese fenómeno que he bautizado como la *progresiva configuración de la pretensión*. De esta forma, aunque se admite una cierta flexibilidad en el momento de determinar cuantitativamente ésta, se destaca la necesidad de hacerlo con la suficiente prontitud y diligencia, y no solamente para garantizar que se pueda examinar si lo resuelto es congruente con lo peticionado, sino incluso para salvaguardar el derecho de defensa de la demandada. Véase en este sentido la siguiente **sentencia de la AP de Asturias (Sección 4ª), de 19/09/2006**¹⁰²⁵, en la que se afirmó (FDº 2º) que, *Como primer motivo del recurso, denuncia el apelante que se ha producido infracción de las garantías procesales, en concreto del principio de congruencia plasmado en el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia concedió una indemnización por daños materiales que no había sido solicitada en el Suplico de la demanda.[...]. El demandado se opuso a esta partida en el escrito de contestación, alegando fundamentalmente que no se especificaban cuales fueron los daños o deterioros causados, no se justificaban y, por ello, mal podrían tasarse en su caso. [...]. A la vista de los datos expuestos cabría entender que respecto de este concepto se produjo, por simple error material, una omisión en el suplico de la demanda, luego subsanada en fase de audiencia previa conforme permite el art. 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se hubiera producido indefensión alguna a la otra parte, que ya había alegado frente a esa pretensión en el escrito de contestación, lógicamente porque entendía que se había ejercitado en el escrito de demanda. Ahora bien, lo que no cabe es plantear una petición genérica de indemnización, sin concretar la cuantía, pues ello afecta directamente al principio de congruencia, que el*

¹⁰²⁴ Desde un punto de vista de la aplicación de las ALEC/LEC 2000 (en esta materia) en el tiempo, resulta interesante la **STS (Sala 1ª) de 12 de enero del 2011**, en cuyo fundamento de derecho tercero expuso que: *En materia de congruencia y contenido de la sentencia, lo mismo que en materia de valoración y carga de la prueba y costas procesales de la primera instancia, la sentencia impugnada se regía por la LEC de 1881 y no por la LEC de 2000 (SSTS 28-10-09 y 5-1-10), pues si bien es cierto que la sentencia de primera instancia se dictó el 26 de mayo de 2006 y por tanto que, pese a tratarse de un juicio de menor cuantía de la LEC de 1881, ya era aplicable la LEC de 2000 a la segunda instancia, no lo es menos que esta aplicación debía limitarse a la sustanciación o trámite, no a las reglas sobre congruencia, ya que de otra forma, al estar regida la demanda por la LEC de 1881 y no por la LEC de 2000 y midiéndose la congruencia por la correlación entre demanda-contestación y sentencia, se daría el contrasentido de imponer a la sentencia los requisitos y prohibiciones de la LEC de 2000 sin la debida correlación con los requisitos y prohibiciones que esta misma ley impone a la demanda, especialmente en su art. 219.1, del mismo modo que se daría el contrasentido de medir aquella correlación aplicando unas reglas a la sentencia de primera instancia y otras diferentes a la de apelación.* Dictada en resolución del rec. 1580/2007, y de la que fue ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 889/2010, LA LEY 1553/2011.

¹⁰²⁵ Resolutoria del recurso nº 263/06.

demandado denuncia como vulnerado, ya que ante esa indeterminación no es posible saber si la sentencia se adecua a lo pedido, si concede más, menos o lo mismo que lo que se solicita. Esa indeterminación afecta igualmente al principio de defensa pues el demandado no puede conocer el alcance de lo que se reclama frente a él, ni, en consecuencia, adoptar una postura de conformidad o de oposición según lo repute adecuado o excesivo. En este sentido, el art. 219.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro al establecer que cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero, deberá cuantificarse exactamente su importe, o fijarse claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética, nada de lo cual se hizo ni en la demanda ni en fase de audiencia previa. Lo que, asimismo comporta la infracción del art. 399 de la Ley procesal, que también alega el recurrente, al no haberse fijado con precisión y claridad lo solicitado respecto de esta partida, y que, en definitiva, ha de conducir al acogimiento de este motivo del recurso, suprimiendo la indemnización concedida por daños materiales.

De lo anterior se derivaría que el actual art. 219.1 LEC añadiría, a los requisitos generales comprendidos en el art. 399 LEC, el de la necesaria cuantificación de lo pretendido, con lo que no sería una facultad de la parte actora el ir configurando el qué se le debe a lo largo de todo el proceso de declaración. Obsérvese que lo anterior no es idéntico, aún estando muy relacionado, con la actual prohibición de remitir la cuantificación a la ejecución de sentencia (fuera de los estrictos casos del art. 219.2 LEC), pues podría ser que la demanda solicitara precisamente esto último y que la sentencia lo otorgara, con lo que, a pesar de infringirse con ello lo prescrito en el art. 219 LEC, difícilmente se podría sostener que la sentencia fuera incongruente. Ahora bien, si la demanda ha de ser líquida, y si está prohibido reservar para la ejecución la liquidación (art. 219.3 LEC), se puede concluir que toda **sentencia** que realice ese **diferimiento** caerá inevitablemente en **incongruencia**, al estar ahora esa opción vedada al órgano enjuiciador¹⁰²⁶. En este sentido se puede traer a colación la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4/03/2011**¹⁰²⁷, (FDº 4º), al exponer que:

¹⁰²⁶ Véase en este sentido la **sentencia nº 34/2005 de la AP de Valencia (Sección 9ª), de 26 de enero del 2005**, en cuyo fundamento de derecho cuarto afirmó que *el Juez de Instancia relega a los trámites de ejecución de sentencia, la fijación de la cantidad que ha de devolverse al actor por el importe por él satisfecho y ello al razonar (fundamento de derecho cuarto) la discrepancia surgida entre partes [...]. La parte recurrente alega incongruencia de tal decisión por contravenir el artículo 209 - 4º y 219 de la Ley Enjuiciamiento Civil, alegato que el Tribunal ha de acoger pues resulta clara la improcedencia de dicho pronunciamiento por cuanto el artículo 219-3º de la Ley Enjuiciamiento Civil no permite al Juez la*

A) *En asuntos sometidos a la LEC 1881, esta Sala vino declarando, en relación con las sentencias dictadas con reserva de liquidación, que el principio de congruencia no impedía que la respuesta judicial se diera con flexibilidad (STS de 18 de marzo de 2004), de modo que cuando se estimara imposible la fijación del quantum [cuantía] o incluso de las bases de la liquidación, el artículo 360 LEC 1881 permitía dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia.*

B) *Esta situación cambió radicalmente con la entrada en vigor de la LEC que ha establecido límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deduce de los artículos 209.4.ª, último inciso, LEC y 219 LEC.*

El artículo 219.2 LEC solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación que deberá consistir en una simple operación aritmética, norma que está en perfecta correlación con la imposición que establece el artículo 219.2 LEC a la parte demandante. Fuera de este supuesto, según indica expresamente el artículo 219.3, inciso primero, LEC, no se permitirá al tribunal que al dictar sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación para la fase de ejecución.

*Este sistema normativo se completa con lo previsto en el artículo 219.3, inciso segundo, LEC, [...] De estas normas se sigue que la sentencia que, al margen de los términos en que se ha planteado el debate, relegue para ejecución de sentencia la fijación del importe de la condena, sin fijar las bases para la liquidación de forma que esta consista en una simple operación aritmética, incurre en incongruencia (SSTS de 15 de mayo de 2008, RC n.º 752 / 2001, 27 de abril de 2009, RC n.º 1168/2004).¹⁰²⁸ Y en la misma línea que la anterior también se puede citar su **sentencia de 21/11/2012**¹⁰²⁹.*

reserva de liquidación de condena monetaria a los trámites de ejecución de sentencia. Por consiguiente dado que correspondía a la parte demandante en aplicación del artículo 217-2º de la Ley Enjuiciamiento Civil acreditar el pago de las cuotas hasta el período que afirma que además fue objeto de expreso pronunciamiento por el Juez de Instancia en el acto del juicio y tal prueba no se ha producido, ha de concluirse con que el último pago de cuota es el afirmado por la entidad demandada, con lo que la cantidad que Pastor Serfín ha de reintegrar al actor es de 1083,18 euros, sin perjuicio de que la entidad declarada en rebeldía además tenga que reintegrar 300 euros, cantidad inicialmente entregada en metálico. Dictada en resolución del recurso nº 800/2004, LA LEY 20690/2005, de la que fue ponente Caruana Font, Gonzalo María.

¹⁰²⁷ Dictada en resolución del rec. 206/2008, y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de sentencia 142/2011, LA LEY 4430/2011.

¹⁰²⁸ También de cierto interés es su fundamento de derecho quinto, en el que se expuso que: *Estimación parcial del motivo.*

La estimación parcial del motivo implica la estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal con los siguientes efectos:

Por otro lado, la nueva normativa ha facilitado el que se añada, a los tipos de incongruencia que se pueden predicar en este campo, la *extra petita*, al considerarse que, solicitada una condena líquida, se resuelve algo diferente si se dicta una sentencia con reserva¹⁰³⁰, lo que demuestra una vez más el estrecho margen que la nueva LEC ha

1. Debe anularse el pronunciamiento de la sentencia impugnada por el que se relega a la fase de ejecución de sentencia la fijación del importe de la indemnización de perjuicios a los demandantes en reconvencción consistente en la rebaja del precio del local, la referencia a los precios vigentes en enero de 2003 y la fijación del límite de la indemnización en el importe de la parte del precio que resta por satisfacer.

2. Debe confirmarse la sentencia impugnada en cuanto a los restantes pronunciamientos.

2. De conformidad con lo establecido en el DF 16.º, 2, I, inciso segundo, LEC, al haberse producido la infracción procesal en la sentencia impugnada, esta Sala, asumiendo funciones de Tribunal de instancia, debe resolver lo procedente sobre la liquidación de los daños y perjuicios ateniéndose a los términos en que quedó planteada la cuestión.

En consecuencia, procede acordar que la liquidación de la cantidad que como indemnización de daños y perjuicios debe satisfacer Construcciones Bifort, S.L. a D. Oscar y a D.ª Sagrario, consistente en una rebaja del precio inicial de la compraventa, deberá efectuarse en un pleito posterior, siempre que concurren los requisitos generales para el ejercicio de la acción, según prevé el artículo 219.3 LEC, según se dejó solicitado por los demandantes en reconvencción, en las conclusiones del acto del juicio, petición a la no se opuso la entidad demandada en reconvencción en el acto del juicio ni en el escrito de oposición al recurso de apelación.

¹⁰²⁹ En cuyo fundamento de derecho segundo se expuso que: 42. En la sentencia 601/2011, de 19 de diciembre, declaramos que bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuando se estimaba imposible la fijación del quantum [cuantía] o incluso de las bases de la liquidación, el principio de congruencia no impedía dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia. Añadimos que esta situación cambió con la entrada en vigor de la Ley procesal vigente, que ha fijado límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación, de tal forma que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución, y el artículo 219.2 solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación.

43. Aunque el precepto ha sido objeto de una interpretación flexible en determinados supuestos, como pone de relieve la sentencia 541/2012, de 24 de octubre, reproduciendo la 993/2011, de 16 de enero, trata de evitar la desidia probatoria de las partes durante el proceso, y la comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, nacidas al amparo del art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por lo que no autoriza, sin más, a diferir, sin explicitar algún motivo razonable, a fase de ejecución de sentencia o a un pleito posterior la liquidación de la condena.

44. En consecuencia, el pronunciamiento de la sentencia impugnada que, sin razonamiento alguno que justifique la falta de concreción de la cuantía, condena al pago de " la cantidad resultante de aplicar el 2,75% sobre el precio de la operación referida a la venta de acciones de los demandados y sobre el valor de la contraprestación obtenida por el canje de acciones de D. Norberto en dicha transmisión, más el 16% de IVA ", aclarada en el sentido de que el 2,75% debía calcularse "sobre el precio de la operación consignado en el contrato privados de compraventa otorgado el 9 de Marzo de 2007 elevado a público en la misma fecha, más el 16% de IVA", aunque resulta innecesariamente ilíquida, no deviene incongruente en la medida en la que por los datos obrantes en autos la liquidación consiste en una pura operación aritmética, pero no acontece lo mismo en relación con el valor obtenido por el canje de acciones que la demandante suplicó que se fijase teniendo en cuenta la contraprestación "según se acredite en el presente procedimiento", ya que su determinación -aunque la recurrida señala que se cuantía consta acreditada en el documento 12 de la contestación a la demanda del referido comitente, la sentencia no la declara probada- excede con mucho de las previsiones del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y deviene incongruente con lo suplicado. Dictada en resolución de rec. 658/2010, y de la que fue ponente Gimeno-Bayón Cobos, Rafael, nº de sentencia 690/2012, LA LEY 237164/2012.

¹⁰³⁰ Ello lo explicita claramente la AP de Málaga (Sección 4ª), en su sentencia de 23 de febrero del 2006, cuando afirmó, dentro de su fundamento de derecho segundo, que: En el presente caso, la

habilitado en este ámbito, a diferencia del ancho cauce que se abrió bajo la regulación de su predecesora. De hecho resulta obvio que, la cuestión de la incongruencia, se **hilvana** con muchos de los temas y problemáticas abordados en puntos anteriores de este mismo trabajo, que no se pueden entender como compartimentos estancos, y que se han diferenciado por motivos únicamente expositivos. Así, por ejemplo, no resulta extraño entrelazar congruencia con las que he denominado **sentencias con fijación de bases** (art. 219.2 LEC), sobre todo en lo referente a los taxativos casos en que se permite la **determinación definitiva del quantum en sede ejecutiva** y que, como en su momento comenté, suelen partir de algún dato que, aún incierto, no requiere de la realización de un nuevo juicio para su conocimiento. Pues bien, en estos supuestos, la incongruencia se relaciona más con un exceso en el uso de esa facultad, que en la falta de solicitud de dicha remisión¹⁰³¹. Finalmente quiero apuntar la siguiente reflexión de

Sentencia recaída en la instancia no solo incurre en error al consignar la identidad de la parte actora, beneficiaria de la condena recaída, lo que podía subsanarse vía aclaración o por esta Sala en esta alzada, sino que, además, con clara infracción de lo dispuesto en el 218 de la LEC deja imprejuzgada la pretensión de condena al pago de una cantidad líquida en concepto de daños y perjuicios que se contiene en le suplico de la demanda, difiriendo al trámite de ejecución de sentencia su cuantificación previa práctica de prueba pericial, contraviniendo el art. 219.1 de dicha Ley Procesal que expresamente prohíbe que la determinación del importe reclamado se efectúe en fase de ejecución sentencia, salvo que puede hacerse con una simple operación aritmética, por lo que dicha vulneración, denunciada por la parte, debe llevar aparejada la nulidad de la sentencia apelada por incongruencia extra petita al hacer una interpretación del art. 219 de la LEC, que no se comparte, ya que solicitada la condena de la demandada a que abone a la actora la cantidad de 90.151,82 Euros por los daños y perjuicios en el local de su propiedad, la sentencia, al margen de lo suplicado, difiere la cuantificación del importe a lo que se fije en fase de ejecución de sentencia, pretensión en modo alguno interesada, debiendo por ello declararse la nulidad de la referida resolución, de conformidad con lo establecido en el art. 238, siguientes y concordantes de la LOPJ y 225 y ss de la LEC, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a ser dictada para que se pronuncie con la debida, necesaria y suficiente motivación sobre las pretensiones deducidas por las partes. Dictada en resolución del recurso nº 225/03.

¹⁰³¹ Véase, v. gr., en este sentido la **sentencia nº 545/2007 de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 5 de octubre del 2007**, que afirmó, dentro de su fundamento de derecho primero, que *la segunda alegación es la infracción de los arts. 218 y 219.3 de la LEC, en relación con los arts. 19 y 21 de dicho texto legal, pues el Juzgado, al allanarse la aseguradora Le Mans, remite a la ejecución de sentencia el pago de la cantidad que representa el IVA cuando ha habido un reconocimiento por parte de la aseguradora de la totalidad de la deuda. Solicita la modificación de la sentencia de instancia estimando las pretensiones de la demanda iniciadora del proceso. Asimismo, en su fundamento de derecho segundo se expuso que: En las presentes actuaciones la parte demandante aporta como medio de prueba un mero presupuesto de reparación elaborado nueve meses después del accidente y sin que, en contra de lo manifestado en el recurso de apelación, dicho presupuesto haya sido ratificado a presencia judicial. Ante la falta de prueba del demandante y habiéndose allanado la parte demandada, cuya única prueba era asimismo un presupuesto tampoco ratificado en el acto del juicio, la Juzgadora de instancia resolvió de la única forma posible: estimando la demanda en la parte a la que se había allanado la demandada. A continuación en su fundamento de derecho tercero estableció que: No existe infracción de los arts. 218 y 219.3 de la LEC, pues aunque la parte demandada acepte como cuantía de los daños la reconocida en sentencia es evidente que debe acreditarse de contrario la reparación real del vehículo, razón por la que la Juzgadora requiere la debida justificación de tal reparación en ejecución de*

OROMÍ: “La LEC prácticamente ha eliminado las posibilidades de omisión de pronunciamiento en primera instancia. De un lado, por exigir claridad, precisión, exhaustividad y congruencia de las sentencias; la resolución de primera instancia debe resolver todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (art. 218). De otro, por permitir la subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos.”¹⁰³² Esta visión del sistema estaría en consonancia con la jurisprudencia anteriormente relacionada, que precisamente intentaría evitar el ir difiriendo la resolución sobre el *quantum* de lo debido.

De lo anteriormente expuesto se puede **concluir** que se ha reforzado en este ámbito el principio de congruencia, al cual parecía ajena la problemática de la cuantificación en las sentencias, al pretender el Legislador que la demanda sea líquida y que a esa liquidación se atenga la sentencia estimatoria. Por tanto, ya no se debería admitir que el tribunal liquidara las cantidades no habiéndolo solicitado la parte actora¹⁰³³, infringiéndose el principio de la carga de la prueba si lo hiciera habiendo existido falta de diligencia en este aspecto por dicha parte¹⁰³⁴, y siendo también incorrecto el caso

sentencia, y para el abono de la cantidad total reconocida en la sentencia (IVA incluido) debe acreditarse documentalmente la reparación que contenga el mencionado impuesto.

Todo lo cual nos lleva a la desestimación del presente recurso de apelación. Dictada en resolución del recurso 598/2006, LA LEY 201223/2007, siendo ponente de la misma Salcedo Gener, José María.

¹⁰³² *El recurso de apelación en el proceso civil*, opus cit., pág. 121. En el siguiente párrafo trata del contenido del art. 215 LEC a este respecto, manifestando a modo de conclusión en el siguiente que: “Con la nueva LEC, por tanto, la revisión o complemento de la resolución que omita algún pronunciamiento normalmente no se producirá en apelación, pues la LEC prevé un trámite específico, justo después de dictar la resolución, para proceder a su subsanación.” Ídem, pág. 122.

¹⁰³³ De hecho CALAMANDREI, P., ya se preguntó sobre la cuestión de si “poteri del giudice di procedere d’ufficio alla liquidazione del danno (quando ne trovi in causa gli elementi), nonostante che l’attore si sia limitato a domandare la condanna generica”, opinando que este hecho “sono espressamente riconosciuti dalla legge al giudice penale, quando giudica sul risarcimento dei danni a favore della parte civile che ne ha fatto domanda (art. 499 cod. proc. pen.): anche se la parte civile si è limitata a chiedere la condanna generica con riserva di liquidazione, il giudice penale *deve* decidere <<altresì sulla liquidazione dei danni, quando è possibile>>. [...] è evidentemente una deroga al principio secondo il quale la parte libera di chiedere al giudice il provvedimento che meglio conviene al suo interesse (l’interesse è la misura delle azioni), ed insieme una deroga al principio per cui il giudice deve decidere *secundum petita partium*.” En cambio “nel processo civile, ove cosiffatta deroga non è scritta in alcun articolo”, considera que no se puede llegar a la misma conclusión pues si en el proceso civil la parte sólo solicita la condena genérica y el juez de oficio liquida, “non solo darebbe alla parte più di quanto ha chiesto, ma le darebbe atresì un provvedimento diverso da quello che esa ha chiesto. Ciò sarebbe andar contro i principi fondamentale del proceso civile a tipo dispositivo: in base ai quali, se il giudice chiamato a decidere sul solo punto dell’*an debeat* non trovasse giustificabile in concreto la separazione del giudizio di danni in due fasi, non potrebbe far altro che rigettare la domanda di condanna generica per difetto di interesse della parte a chiedere un provvedimento separato dalla liquidazione.” *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 250 y 251.

¹⁰³⁴ Ya no se trataría, por tanto, tanto de un pronunciamiento necesario *ex lege*, de un pronunciamiento debido, sino de un pronunciamiento regido por aquellos principios, como sucede con la generalidad de los de naturaleza privada.

inverso¹⁰³⁵, pues en el primer supuesto, se estaría ante una demanda defectuosa y, en el último, ante la falta de exhaustividad. Ahora bien, en realidad, los anteriores supuestos son ajenos *per se* a la sentencia con reserva, pues esta se ideó únicamente para las demandas que la solicitaran, y que se fundaran exclusivamente en la imposibilidad de probar el *quantum* debido por causas ajenas a la voluntad de la actora. Por tanto, en puridad, sólo es congruente la sentencia con reserva que se dicte en respuesta a una acción de ese tipo; todos los demás casos responden a fenómenos de otra índole.

4.8. ALCANCE DE LA COSA JUZGADA MATERIAL (ARTÍCULO 222 LEC) EN LA SENTENCIA CON RESERVA. EL SEGUNDO DECLARATIVO Y LA VERDADERA SENTENCIA DE CONDENA.

4.8.1. Cosa juzgada material, falta de exhaustividad y preclusión en la sentencia con reserva.

En nuestro ordenamiento jurídico resulta indubitado que, una vez la sentencia con reserva gana su firmeza, lo en ella decidido adquiere fuerza de **cosa juzgada material** (art. 222 LEC)¹⁰³⁶. Ahora bien, la sentencia con reserva es, por definición, una resolución incompleta, pues omite la decisión sobre el *quantum* del correspondiente débito. El problema surge cuando la fijación de este último, aún pidiéndose, no se

¹⁰³⁵ Sin que fueran ya defendibles opiniones como la siguiente de GUASP, J.: “aunque la parte no pida la condena genérica, puede el Juez establecerla en caso de imposibilidad de fijar la cuantía sin que por ello incurra su fallo en incongruencia”. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 978. Como ya se reseñó anteriormente, el propio GUASP, J., señalaba que este punto era discutido, aportando sentencias tanto a favor de este punto de vista (Ss de 5 de mayo de 1922, 11 de abril y 13 de octubre de 1927 y 1 de marzo de 1930), como en contra del mismo (Ss de 27 de diciembre de 1915, 21 de diciembre de 1921 y 15 de marzo de 1917).

¹⁰³⁶ En este sentido ya vimos que tanto algunos autores españoles como muchos alemanes (por la especial configuración de esta materia en aquel ordenamiento) han abogado por la necesidad/conveniencia de esperar a la firmeza de la sentencia sobre el *an debeat* antes de proceder a iniciar el correspondiente proceso de liquidación, con lo que se deberá esperar a la definitiva finalización del primer declarativo pues, como afirma el TS en su **sentencia de 13/09/2010**, al afirmar que: *La cosa juzgada material (artículo 222) presupone la cosa juzgada formal, inherente a la firmeza (artículo 207) y si bien ésta alcanza a sentencias y resoluciones, aquélla sólo comprende las sentencias que se pronuncian sobre el fondo u otras resoluciones equivalentes, como el laudo arbitral y resoluciones que terminan el proceso resolviendo el fondo, como los casos de renuncia a la acción, allanamiento, transacción.* FDº 2º, (RCEIP 739/2007), ponente O’Callaghan Muñoz, Xavier; extraída de la relación efectuada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit.

efectúa en la sentencia, que pasa a ser así con reserva¹⁰³⁷. La falta de pronunciamiento sobre el *quantum* en estos casos da lugar a la **falta de exhaustividad** de la sentencia, la cual se puede producir tanto en primera como en segunda instancia¹⁰³⁸, siendo preciso relacionar (en nuestro ordenamiento) este hecho con el instituto de la **preclusión**¹⁰³⁹, pues la pregunta que se origina en estos casos es si siempre será necesario impugnar esta falta de exhaustividad o si, por el contrario, se podrá interponer una segunda demanda con la única finalidad de fijar ese *quantum*. Y sobre esta cuestión resultan interesantes las observaciones que realiza DE PADURA.

¹⁰³⁷ Vid. también el anterior apartado, referente a sentencia con reserva e incongruencia, de esta misma obra.

¹⁰³⁸ Véase en este sentido el comentario de GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., quien (al hilo de su análisis de la STS 1.ª de 17/07/2000, núm. 720) sostiene que: “Por mucho que la demanda no hubiera especificado cantidad alguna (que sí lo hacía), revocar el fallo parcialmente estimatorio de la demanda por entender que la liquidación se debería hacer en sede de ejecución no sólo es contrario a la economía procesal, sino que además constituiría una omisión de pronunciamiento del tribunal, dado que el *suplico* consistía en condenar a la cantidad cierta o, eventualmente, a la que considerase el tribunal, previa liquidación.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág 78.

¹⁰³⁹ Es precisamente esta figura la que llevó a ARIAS LOZANO, D., a afirmar que: “Personalmente opinamos que en un sistema procesal como el nuestro, donde rige una férrea preclusión no debe operar una institución de estas características [“la condena con reserva”]: su abuso es más perjudicial que su uso.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11170. Para su conceptualización actual por nuestro TS valga lo aseverado en su **sentencia de 14/07/2010: El art. 400 LEC , titulado “Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos”, impone a la parte actora, en su apdo. 1, la carga de aducir en la demanda, cuando lo que se pida pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, “cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”, todo ello sin perjuicio “de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación”. Y como consecuencia de esa imposición el apdo. 2 del mismo artículo establece que “a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”. Por su parte la Exposición de Motivos de la propia LEC de 2000, al ocuparse del objeto del proceso civil, declara que la materia se regula siguiendo el criterio de la seguridad jurídica y el de “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”. Por eso, añade la Exposición de Motivos, se establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y, en la misma línea, se evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos por vía de excepción y por vía de acción.**

»Por su parte la jurisprudencia de esta Sala, como señala la sentencia de 3 de mayo de 2007 (rec. 2496/00 con cita de otras muchas), ya declaraba bajo la vigencia de la LEC de 1881 el efecto preclusivo de la litispendencia en cuanto destinada a evitar que sobre una misma controversia, ya sometida a enjuiciamiento, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de resoluciones judiciales contradictorias. Pues bien, a la vista de la referida regulación de la litispendencia no cabe reprochar al tribunal sentenciador las infracciones procesales que se denuncian en el motivo. FDº 3º, RCEIP 1610/2006, ponente Marín Castán, Francisco; extraída del GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., que la referenció como “**Litispendencia: preclusión respecto de hechos y fundamentos que pudieron incluirse en la demanda de un litigio anterior**”.

DE PADURA¹⁰⁴⁰ plantea como “hipótesis más normal de incongruencia omisiva”, “aquella en la que, en un mismo proceso, el actor plantea al juez varios *petita* y la sentencia definitiva decide sólo alguno de ellos.”¹⁰⁴¹ En estos casos, para CARNELUTTI “el proceso sigue pendiente respecto de la acción no resuelta, de tal manera que el demandante no podría volver a ejercitar la misma demanda en un proceso distinto porque habría litispendencia respecto del *petitum* no decidido.”¹⁰⁴² Por el contrario para CALVOSA y CRISTOFOLINI, “la litispendencia cesa con la sentencia omisiva por mucho que ésta haya sido dictada con vocación de carácter definitivo. Como la sentencia dictada por el juez, que ha decidido sólo una o algunas cuestiones y ha dejado de pronunciarse sobre otras, es una sentencia definitiva por la forma y parcial por su contenido, la litispendencia debe –una vez transcurrido el plazo para la impugnación de la sentencia- considerarse cesada respecto de todas las acciones.”¹⁰⁴³. Por tanto, según CALVOSA, “el justiciable es libre para optar entre estas dos disyuntivas: a) o utilizar los medios de impugnación contra la sentencia, es decir, los recursos –según el sistema italiano; en España y con la LEC vigente habría que acudir primero a la solicitud de integración-; b) o volver a plantear en un nuevo proceso la demanda no decidida.”¹⁰⁴⁴ Pudiendo interponer esta segunda demanda porque en estos “supuestos de omisión parcial de pronunciamiento, ni hay litispendencia, ni cosa juzgada, ni preclusión.”¹⁰⁴⁵

Ahora bien, asevera DE PADURA que: “Se mire como se mire, lo que no es de recibo es concluir que ante una sentencia omisiva cabe optar entre denunciar el vicio o incoar

¹⁰⁴⁰ *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Su régimen en la LEC 1/2000*, Tirant monografías, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

¹⁰⁴¹ Ídem, pág. 41. Recoge en este momento dicha autora un ejemplo de Calvosa en el que se “pide la delimitación de la franja de dos fincas colindantes, la devolución de un trozo de predio que ha poseído el demandado, y la indemnización por daños y perjuicios. El juez estima la acción reivindicatoria y, fijados los límites, condena al demandado a devolver el terreno ocupado, pero no dice nada de la acción de resarcimiento.” Ídem, págs. 41 *in fine* y 42 *ab initio*.

¹⁰⁴² Ídem, pág. 42.

¹⁰⁴³ Ídem, pág. 42. DE PADURA, M^a T., observa cierta contradicción en la argumentación de Calvosa, lo cual plasma al sostener que para éste último: “la litispendencia termina porque hay sentencia. Pero cuando llega la hora de preguntarse acerca de la naturaleza del vicio del que adolece la sentencia omisiva de cara a su posible impugnación, entonces se dice e insiste en que el defecto es de verdadera y propia *inexistencia de la sentencia*”. Ídem, pág. 43, cursiva de la citada autora.

¹⁰⁴⁴ Ídem, págs. 44 *in fine* y 45 *ab initio*. Calvosa entendería que no se puede “imponer el mecanismo del recurso porque ello supondría, la mayoría de las veces, el salto de la instancia y la pérdida por parte del sujeto de un grado jurisdiccional.” Ídem.

¹⁰⁴⁵ Ídem, pág. 48.

un segundo proceso.”¹⁰⁴⁶ Para esta autora, “la preclusión no es consecuencia de la interposición de la demanda, sino de la *inactividad de la parte al no denunciar* la falta de pronunciamiento del juez. Es decir, lo que precluye es la posibilidad de recurrir, con la consecuencia procesal de no poder sanar la omisión ni volver a ejercitar la demanda, porque la preclusión no es temporal, sino definitiva”¹⁰⁴⁷. Nótese, además, que: “Si nunca se ha podido, ni se puede, invocar en segunda instancia la infracción de una norma procesal o sustantiva cuya vulneración no se ha puesto de relieve en el momento de su comisión, ahora habrá que concluir que de no hacer uso del procedimiento previsto por el legislador en el art. 215 LEC para enmendar la omisión, no se podrá alegar este motivo, ni en segunda instancia, ni el recurso extraordinario por infracción procesal.”¹⁰⁴⁸ En los casos que se produzca dicha preclusión, habría “*una especie de prescripción sólo que en vez de producirse por la no interposición de la demanda, tendría lugar por no ejercitar la facultad procesal de denunciar el vicio*”¹⁰⁴⁹. De esta forma, en la sentencia incongruente por omisión “sólo hay preclusión (pues la acción queda imprejuizada, no hay <<cosa>> que haya sido <<juzgada>>).”¹⁰⁵⁰ Ante “la

¹⁰⁴⁶ Ídem, pág. 53.

¹⁰⁴⁷ Ídem, pág. 54.

¹⁰⁴⁸ Ídem. La mencionada autora observa (en relación con el amparo) empero que: “Es verdad que con el sistema de la LEC se puede hacer la objeción de que el procedimiento del art. 215 LEC no es un recurso y, por lo tanto, su utilización no tendría por qué considerarse un presupuesto ineludible de cara a la interposición del recurso de amparo. Pero, con franqueza, entiendo que la *ratio* del art. 44.1 a) LOTC es que se agoten todos y cualesquiera de los mecanismos de impugnación o sanación que el legislador ha previsto en vía ordinaria, precisamente, para dar la oportunidad a los jueces de que corrijan la vulneración de los derechos fundamentales antes de llegar al Tribunal Constitucional.” Ídem, págs. 59 *in fine* y 60. La lucidez de las anteriores reflexiones de la citada autora se contrasta si atendemos las siguientes aseveraciones de nuestro TS, que vertió en su **sentencia de 16/11/2010**: *Señala la sentencia 16 de diciembre de 2.008 que, según la referida norma, sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del art. 24 Constitución Española se haya denunciado en la instancia.*

»En el caso de sentencias que hubieran omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el medio de subsanar la falta es el auto de complemento que, a instancia de parte, deberá dictar el Tribunal, conforme dispone el apartado segundo del artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

»La recurrente tenía la posibilidad de denunciar en la segunda instancia, para su subsanación, el defecto procesal de incongruencia omisiva mediante el ejercicio de la petición de complemento de la sentencia que prevé el mencionado artículo.

No habiéndose acreditado que la recurrente hubiera acudido a dicho procedimiento, el recurso era inadmisibile y, en el trance de dictar sentencia, en que nos encontramos, debe ser desestimado. FDº 3º, RCEIP 137/2007, ponente Ferrándiz Gabriel, José Ramón; extraída del GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., que referencia bajo el título de “**Recurso extraordinario por infracción procesal: cuestiones probatorias, petición de subsanación de la irregularidad procesal en las instancias.**”

¹⁰⁴⁹ *Fundamentación de la sentencia*, opus cit., pág. 57; la cursiva es de la citada autora. En estos casos no habría “desestimación, sino imposibilidad de replantear la demanda [...], el actor ha perdido su derecho de acción –como consecuencia de su inactividad–, pero no su derecho subjetivo privado; permanece la obligación *natural* por parte del sujeto pasivo.” Ídem, cursiva de la mentada autora.

¹⁰⁵⁰ Ídem, págs. 60 *in fine* y 61 *ab initio*.

perenne tentación [...] de vaciar de contenido y autonomía el vicio de omisión de pronunciamiento”, concluye “que en ausencia de impugnación de la incongruencia omisiva, la preclusión –no la cosa juzgada- impediría una nueva interposición de la demanda sobre el *petitum* no decidido.”¹⁰⁵¹ Ahora bien, también puede darse el caso que, aún impugnándose esa falta de exhaustividad, la sentencia llegue a adquirir firmeza sin subsanarse ésta. En este supuesto, en mi opinión y siguiendo el anterior razonamiento, no habría ni litispendencia, ni cosa juzgada, ni preclusión; únicamente restaría la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ocasionado por un sistema inoperante, en el que reinaría (implícitamente) el *non liquet*; en mi opinión, la sentencia con reserva no es más que una manifestación explícita de esto último.

4.8.2. Cosa juzgada, accesoriedad y sentencia con reserva.

Lo comentado en el anterior subapartado de esta obra no debe confundirse con la necesidad de identificar correctamente cada tipo de acción, pues la cosa juzgada no alcanza (generalmente) a pretensiones diferentes de las que la originaron. En este sentido, y en relación al supuesto más paradigmático en este ámbito (el de los daños y perjuicios), la **STS de 30/12/2010**, FDº 3º, expuso que: *La identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000). La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001). Así, no se ha apreciado la cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitan acciones con presupuestos y*

¹⁰⁵¹ Ídem, pág. 61.

*consecuencias jurídicas distintas (v.g., la STS de 30 de enero de 2007, RC n.º 1147/2000, no aprecia cosa juzgada entre un proceso por edificación de buena fe en terreno ajeno por el que se demanda la propiedad del terreno y un proceso posterior en que se demanda indemnización por el valor de lo edificado, la STS de 20 de marzo de 1998, RC n.º 241/1994, no aprecia cosa juzgada entre un proceso en el que se pidió la condena a realizar y entregar una determinada obra y otro en el se solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de lo contratado que establecía la prestación de la realización y entrega de la obra en cuestión.*¹⁰⁵²

La anterior resolución sirve para relacionar estrechamente, en este ámbito, cosa juzgada e incongruencia *extra petitum*. Siguiendo de nuevo a DE PADURA BALLESTEROS¹⁰⁵³, cabe afirmar que “hablar de *cosa juzgada sobre lo deducible*¹⁰⁵⁴ es hablar de hechos y fundamentos jurídicos que no han sido alegados por las partes – pudiendo hacerlo-. Lo cual significa que el tribunal no debe pronunciarse sobre estos hechos o fundamentos, ni de forma expresa, ni de forma tácita, pues de lo contrario incurriría en un vicio de incongruencia por desviación.” Más concretamente, en cuanto al tema que ahora interesa, cabe mencionar lo que ella misma titula como “*Cosa juzgada y cuestiones accesorias*”¹⁰⁵⁵. Esta autora rebate la tesis de Tapia Fernández y, sobre todo, de Natoli quienes, según ella, “incluyen bajo la cosa juzgada implícita cuestiones no juzgadas, pero accesorias de la principal.”¹⁰⁵⁶ Frente a esta perspectiva, DE PADURA manifiesta que:

¹⁰⁵² RCEIP 1232/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída de la relación efectuada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., que muy gráficamente referenció como: “**Cosa juzgada material: identidad del título jurídico en virtud del cual se reclamó en los dos procesos.**”

¹⁰⁵³ *Fundamentación de la sentencia*, opus cit., pág. 97.

¹⁰⁵⁴ En cursiva por la propia autora. En la página 98 menciona que “en la ley de Enjuiciamiento Civil actual la preclusión se lleva al campo de la cosa juzgada.” Y así efectivamente queda reflejado en el artículo 222.2.II, el cual recoge. También afirma que la cosa juzgada implícita existe “sólo que se trata de un concepto cuyos contornos son más estrechos de lo que a primera vista pudiera parecer.” En cuanto a la referida cosa juzgada implícita, recoge las opiniones de Tapia Fernández y de Natoli los cuales incluyen en ella “cuestiones no juzgadas, pero accesorias de la principal.” Ídem, pág. 109.

¹⁰⁵⁵ Ídem, págs. 109 a 112. Diferencia esta autora entre los conceptos de “accesoriedad” y de “condicionamiento”, al afirmar que: “Lo que sí puede suceder es que, además de accesoriedad exista condicionamiento, en cuyo caso, desestimada la acción principal el pronunciamiento sobre la accesoria deviene *innecesario* por absorción. Pero la necesidad o innecesariedad del pronunciamiento es una cuestión previa a la forma (tácita o expresa) que debe adoptar el mismo. Cuando un pronunciamiento no es debido, es ocioso plantearse el problema de la desestimación tácita.” Cursiva de la propia autora.

¹⁰⁵⁶ Ídem, pág. 109, en la que transcribe parte de la **STS de 26/02/1991**, que extrae de Tapia Fernández. Véase el ejemplo que extrae de Natoli en este punto: “la parte que no haya propuesto, [...], en un precedente proceso concluido con sentencia de fondo, la demanda accesoria de condena de la otra parte al resarcimiento de los daños, no puede proponer de modo autónomo dicha demanda en un sucesivo

1.- “ningún inconveniente hay en que el justiciable que reclama el principal en un primer pleito, pueda solicitar en un proceso posterior los intereses o la indemnización por daños.”¹⁰⁵⁷

2.- “incorporadas mediante *otrosí* las peticiones complementarias en el suplico de la demanda, éstas deben ser resueltas de forma expresa (so pena de incongruencia omisiva) y, además, en el fallo. No cabe resolución implícita sobre las mismas.”¹⁰⁵⁸

3.- “no hay petición accesoria implícita sólo porque la indemnización por daños, o los intereses, estén estrechamente relacionados con la *causa petendi* de la obligación principal.”¹⁰⁵⁹

Concluyendo “que no hay cosa juzgada sobre las cuestiones accesorias que no hayan sido pedidas, enjuiciadas y resueltas expresamente (a salvo el supuesto del pronunciamiento incongruente firme).”¹⁰⁶⁰

4.8.3. Cosa juzgada y autonomía de la tutela de mera declaración en el ámbito de lo pecuniario.

CALDERÓN CUADRADO realiza un interesante estudio (en relación a la *res iudicata*) de la posibilidad de ejercer la tutela de mera declaración con posterioridad al ejercicio de una acción de condena que ha sido desestimada¹⁰⁶¹. Para ello defiende que sería necesario que no hubiera habido ya una acumulación de estos dos tipos de

proceso, debido a que la cosa juzgada se extiende a las cuestiones resueltas de las que dependen de la misma por vínculos de accesoriedad.” Ídem.

¹⁰⁵⁷ Ídem. Ello no obsta a que: “lo que se decida en el primer juicio sobre la obligación principal vinculará al juez del segundo proceso (función positiva –pero no negativa- de la cosa juzgada).” Ídem, págs. 109 *in fine* y 110 *ab initio*.

¹⁰⁵⁸ Ídem, pág. 110. Menciona también la posibilidad de “acumular una petición accesoria en la audiencia previa al juicio.” Ídem. Por otra parte, diferencia esta autora entre accesoriedad y **condicionamiento**, pues en este último caso si se desestima “la acción principal el pronunciamiento sobre la accesoria deviene *innecesario* por absorción.” (ídem, cursiva de la mentada autora). Y en este sentido, puede ser útil recoger la distinción que explicita entre la que denomina “acumulación simple conexa accesoria” y la “acumulación simple conexa prejudicial”, pues en las del primer tipo (y a diferencia de las segundas) “es posible que exista, o no, condicionamiento en función de cómo haya quedado planteada la litis (lo que depende casi siempre de la oposición que utilice el demandado).” Ídem, pág. 111.

¹⁰⁵⁹ Ídem, pág. 111.

¹⁰⁶⁰ Ídem, pág. 112. Aquí se remite a pie de la antedicha página en la que afirma que: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo niega la cosa juzgada sobre las acciones accesorias *deducibles* [cfr. STS 1ª de 20-3-98 (RJ 1711)]; aunque no faltan, tampoco, pronunciamientos en sentido contrario [cfr. STS 1ª de 6-6-98 (RJ 3718)].” Cursiva de la mentada autora.

¹⁰⁶¹ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., siendo especialmente interesantes en este punto sus págs. 353 a 356.

acciones y que, además, la cuestión objeto de la acción de mera-declaración no hubiera surgido en el primer proceso “con carácter prejudicial o lógico”¹⁰⁶² pues, en estos casos, la cosa juzgada impediría la estimación de la segunda demanda¹⁰⁶³. Para sostener esta hipótesis resulta necesario partir de que “aquella sentencia desfavorable [entendiendo que la primera de condena] –por no estar, por ejemplo, vencida la deuda- no debió resolver la cuestión lógica o prejudicial, pues en otro caso existiría cosa juzgada. Ello pudo suceder porque decidió *incidenter tantum*, bien porque estaban ausentes alguno de sus requisitos básicos: jurisdicción y competencia, contradicción y adecuación del procedimiento¹⁰⁶⁴. En cualquier caso, no es necesario indicar que el orden cronológicamente lógico de enjuiciamiento de los condicionantes de la acción en general y de la propia existencia del derecho en particular no siempre es seguido ante la facilidad de apreciación de incumplimiento de alguno de ellos. La denegación entonces -falta de vencimiento del crédito en reclamaciones de cantidad, ausencia de condición de poseedor en reivindicatorias- pudo realizarse sin cognición judicial de ningún otro elemento.”¹⁰⁶⁵

En mi opinión el problema de dicha tesis (en el ámbito de lo pecuniario) radica en que, si se defiende que la acción de mera declaración únicamente se puede ejercer de forma acumulada a la de condena (como hace la referida autora), nunca se podría interponer aquélla de forma exclusiva, por más que se hubiera desestimado una previa acción de condena que (interpuesta también de forma única) no hubiera entrado a conocer de la cuestión objeto de la acción de simple declaración. A mi juicio, afirmar que existe en estos casos una verdadera acumulación de acciones parece del todo punto contrario al sistema establecido en la LEC del 2000 pues, como defendí, lo que ésta proscribe es la misma autonomía de lo meramente declarativo en el ámbito de lo dinerario.

¹⁰⁶² Ídem, pág. 354.

¹⁰⁶³ Cita en defensa de esta tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1996 y de 16 de mayo de 1995, y de la Audiencia Provincial de Cuenca de 20 de enero de 1997.

¹⁰⁶⁴ Ídem, pág. 354. En este momento cita a pie de esta página y de la siguiente a Padura Ballesteros, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, opus cit., págs. 113-174, afirmando que para dicha autora “en estos supuestos necesariamente se habría resuelto la cuestión en el primer proceso, en su caso, con sentencia desestimatoria y con valor de *res iudicata*.”

¹⁰⁶⁵ Ídem, págs. 354 y 355.

4.8.4. El segundo declarativo y la verdadera sentencia de condena.

Inextricablemente conectada con las anteriores materias está el indubitado hecho de que la aplicación del artículo 219.3 LEC aboca, necesariamente, a un **segundo proceso declarativo**, el cual partirá de lo resuelto en aquel en el que se haya dictado la correspondiente sentencia con reserva de liquidación¹⁰⁶⁶. Como afirma TAPIA FERNÁNDEZ, sucederá que en este segundo proceso “la condena al pago declarada de forma irrevocable entrará como elemento vinculante con función de cosa juzgada positiva. En este segundo proceso, pues, sólo se discutirán los problemas atinentes al alcance de la liquidación.”¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁶ La necesidad lógica y jurídica de que la declaración de la existencia del débito antecediera a la determinación de su cuantía, quedó ya claramente definida bajo la aplicación de la LEC de 1881, en donde se exigía la previa condena para poder, en su caso, aplicar el art. 360 ALEC. Así, por ejemplo, se desprende de la **sentencia de 7/02/1935**, la cual estableció que la debida aplicación del art. 360 ALEC *presupone, como su texto indica, que el fallo recurrido condene al abono de los daños y perjuicios, por ser este pronunciamiento el antecedente indispensable para poder fijar las bases de su regulación; y puesto que en el caso de autos el recaído en el pleito absuelve de la demanda a la demandada, en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios pedido por el actor, notorio es que no tuvo que aplicar el art. 360 LEC la sentencia combatida, aunque lo hubiese interesado así el actor, y que al proceder de este modo no incurrió en la supuesta infracción del mismo*. Resolución extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3411 a 3414. Esta vinculación se produce de similar forma en los demás ordenamientos en que se escinde este tipo de pretensiones de condena. Así, por ejemplo, en el **derecho alemán**, la sentencia sobre el fondo vincula al tribunal quien: “Ya no puede en el siguiente procedimiento sobre el monto llegar a la conclusión, de que la pretensión de daños y perjuicios no existe. [...] sin embargo puede rechazar la demanda en el procedimiento probatorio, si al momento comprueba, que el daño es igual a cero, es decir que al pretensor no se le ocasionó daño”. LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, opus cit., pág. 326. Añadiendo a continuación que: “Además la demanda puede ser rechazada, aunque al momento de dictarse la sentencia sobre el fondo era admisible, en el siguiente procedimiento sobre el monto se convierte en inadmisibles o se producen objeciones, que no pudieron hacerse valer en el procedimiento sobre el fondo. Por ello está excluida en el procedimiento por el monto p.e. la compensación con una pretensión contraria, que ya existió en el instante de dictarse la sentencia sobre el fondo”. Y en esta misma dirección WACH, A., consideró que las sentencias del § 276 comportaban “una verdadera decisión sobre la pretensión, y no juzgamiento de una cuestión prejudicial. Es cierto que la *quaestio an* y la *quaestio quanti* son idénticas, cuando debe negarse cualquier cantidad. La sentencia interlocutoria llegaría a carecer de objeto, si después de afirmado el “fundamento” de la pretensión de indemnización, esto es, del acontecimiento prejudicial y causativo y, con ello, de la existencia de una pretensión, no puede comprobarse importe alguno (lo que, mirándolo bien, ya no debería ocurrir en vista del § 260). Pero ello no obstante, la sentencia es inmutable y por ella se afirma la obligación en forma definitiva. La excepción de cosa juzgada excluiría la renovación de la controversia sobre este punto.” *Conferencias sobre...*, opus cit., págs. 166 *in fine* y 167. A continuación pone el siguiente ejemplo: “Si p. ej. las partes, una vez dictada la sentencia del § 276, se pusieran de acuerdo, de no continuar el proceso de instancia, y lo prosiguieran hasta el final, sin tocar la cuestión del importe, el demandado no podría reanudar, posteriormente, mediante petición de declaración, la controversia sobre la existencia de la pretensión, cuyo fundamento ya se declaró. Quiere ello decir, que no es posible negar la autoridad de cosa juzgada de la sentencia interlocutoria.” Ídem, pág. 167.

¹⁰⁶⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 800.

Uno de los problemas referentes a este segundo juicio, es el de la lejanía de los antecedentes históricos que existen en esta materia, pues habría que remontarse a la LEC de 1855 para encontrar una regulación similar (en este aspecto) a la actual LEC. Como es sabido, bajo la vigencia de la **LEC de 1881** el posterior juicio de liquidación no se efectuaba en un segundo declarativo sino en sede ejecutiva, con la hipertrofia de la misma que ello comportaba (GUASP), a través de unos procedimientos que la doctrina coincidió en catalogar como de **incidentes de naturaleza claramente declarativa**¹⁰⁶⁸. Estos últimos se caracterizaban por su tramitación sencilla¹⁰⁶⁹, en la que se buscaba agilizar al máximo la resolución del asunto, potenciando una solución autocompositiva entre las partes. CORDÓN MORENO fue muy explícito en este sentido al sostener que: “Una rápida lectura de los artículos de la L.e.c. que regulan el procedimiento de liquidación tipo pone de manifiesto que todo él está orientado a conseguir el acuerdo de las partes, decidiéndose contradictoriamente por el juez en el caso de que las partes no logren alcanzarlo. La determinación de la cuantía de la obligación de indemnizar es una cuestión de hecho que la L.e.c. quiere que sea fijada transaccionalmente por las partes; la intervención del juez es subsidiaria y sin sujeción a normas preestablecidas en la determinación de la cantidad”¹⁰⁷⁰.

Evidentemente, con la nueva LEC la regulación ha variado sustancialmente en este aspecto aunque, a mi entender, ese *espíritu transaccional* que impregnaba los correspondientes incidentes de liquidación¹⁰⁷¹ se podría seguir predicando con respecto al ahora segundo declarativo, y ya no solamente porque la cuestión de fondo es idéntica,

¹⁰⁶⁸ Ello se aseveraba tanto por los defensores de la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva como por aquellos que postulaban que era la misma era de mera declaración. Entre los primeros se puede citar a CORDÓN MORENO, F., quien manifestó que: “Este procedimiento de liquidación, que es un verdadero incidente declarativo dentro del proceso de ejecución, no presenta especiales problemas en su regulación legal.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 52; este autor concretamente dedicó a “El juicio de liquidación posterior”, las págs. 52 a 64 de la mencionada obra. Entre los segundos, a ARIAS LOZANO, D., quien explicitó que: “el incidente de liquidación de los artículos 928 y siguientes es un verdadero proceso de declaración en el que se gesta lo que luego será el auténtico título ejecutivo: el auto que determina la cuantía de la deuda. Efectivamente, ese auto se pronuncia sobre una prestación concreta y puede ser cumplido voluntariamente por el deudor. La inclusión de este incidente en sede de ejecución no debe ser motivo para engar su clara naturaleza declarativa: hay alegaciones (928 a 930 LEC), prueba (937 a 939) e, incluso, conclusiones (940 y 941).” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11157. Este mismo autor (en el siguiente párrafo) comenta lo extendido de este enfoque, al aseverar que: “Sin necesidad de compartir nuestra tesis, la generalidad de la doctrina coincide en la naturaleza declarativa de este incidente. Por todos, ORTELLS RAMOS [...]”. Ídem.

¹⁰⁶⁹ *Vid.* el primer capítulo de este estudio, y *vid.* CORDÓN MORENO, F., *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 52.

¹⁰⁷⁰ Ídem.

¹⁰⁷¹ Formalmente, estos incidentes se han perpetuado en los actuales arts. 712 a 720 LEC, pero ahora la teleología que los anima es completamente diferente; *vid.* el apartado 4.10 de esta misma obra.

sino porque, como es sabido, los medios de resolución autocompositiva de los conflictos están cobrando inusitada fuerza por diversos motivos, entre los cuales no es precisamente irrelevante el del cierto colapso que está padeciendo la Administración de Justicia. Ahora bien, dejando a un lado la anterior digresión, cabe ahora proseguir afirmando que este segundo declarativo presentará una serie de **especialidades** obvias derivadas de su especial objeto. FERNÁNDEZ LÓPEZ¹⁰⁷² resalta las siguientes:

A) El tipo de proceso que habría de seguirse sería el juicio ordinario, al ser la cuantía de carácter indeterminado (artículo 253.3 LEC)¹⁰⁷³.

B) Documento que necesariamente se habría de aportar conjuntamente con la demanda, sería la sentencia de condena ilíquida, pues es ésta “la que habilita a acudir a este nuevo proceso”¹⁰⁷⁴.

C) En cuanto a los efectos que tendría la anterior sentencia de condena ilíquida en este segundo proceso, consistirían en la vinculación de este segundo proceso a lo resuelto “por la sentencia de condena dictada en el primer proceso” en virtud de la autoridad de la cosa juzgada positiva¹⁰⁷⁵ (artículo 222.4 LEC)¹⁰⁷⁶, con lo que este segundo proceso

¹⁰⁷² Quien resalta explícitamente que: “La principal novedad introducida por el art. 219 LEC en materia de reserva de liquidación se encuentra en su apartado tercero, en el que, como excepción al régimen general, se permite en determinados casos al actor solicitar –y al juez dictar- una sentencia de condena ilíquida, si bien su liquidación no podrá efectuarse como hasta ahora en fase de ejecución, sino que –y aquí radica la novedad- deberá realizarse en un procedimiento declarativo ordinario cuya única finalidad sea esa.” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 23.

¹⁰⁷³ Eleva esta opinión a rango de conclusión en su trabajo, reiterando en las mismas que: “La liquidación deberá llevarse a cabo a través de un juicio ordinario por tratarse de una pretensión de cuantía indeterminada (art. 253.3 LEC).” Ídem, pág. 28.

¹⁰⁷⁴ La mencionada autora reitera este extremo en sus conclusiones, al aseverar en la cuarta de ellas que: “La demanda del proceso de liquidación deberá acompañarse de la sentencia de condena firme, puesto que la cosa juzgada despliega plenos efectos en el nuevo proceso y es el título que habilita a acudir a él.” Ídem, pág. 28.

¹⁰⁷⁵ Sobre esta cuestión es interesante la **STS de 25/05/2010**, en cuyo FDº 4º, se expuso que: A) *Junto al llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la sentencia firme tiene también un efecto positivo o prejudicial, que impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes.*

»El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis (SSTS 1 de diciembre de 1997, RC n.º 2936/1993 y 12 de junio de 2008, RC n.º 1073/2001). El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el

sólo se podrá incoar “una vez que la sentencia de condena sea firme”¹⁰⁷⁷. Por tanto, en este segundo pleito “si bien se puede debatir sin cortapisa alguna acerca de la cuantía de la deuda, queda fuera del radio de discusión todo lo relativo a la existencia de ésta, que viene fijada en la primera sentencia con efectos de cosa juzgada”¹⁰⁷⁸. Y en este punto me remito al análisis que, en sede de naturaleza jurídica de la sentencia con reserva, efectúe en relación a la paradoja lógica que puede llegar a darse si resulta que, en este segundo juicio, se llega a la conclusión de que la cuantía es de cero, y sobre lo que tanto enfatizó CALAMANDREI¹⁰⁷⁹.

principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero). REIP 931/2005, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída de la relación efectuada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, Doctrina jurisprudencial..., opus cit., que muy gráficamente referenciaron como “Cosa juzgada material: efecto positivo o prejudicial.”

¹⁰⁷⁶ Para una fundamentación filosófico-procesal de la misma se puede acudir a RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, traducida por José Medina Echavarría, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2007, el cual dedica un apartado a “El Proceso”, págs. 309 a 313, abordando expresamente la cuestión de la cosa juzgada con respecto a la cual comenta (entre otros extremos) que: “De igual modo a como el derecho vale sin consideración a si satisface o no los fines para que fue creado, y a como el derecho procesal vale sin consideración a si sirve o no al derecho material para el que fue determinado, también la sentencia, que debe fijar a la par la situación jurídica y la correlación del procedimiento, alcanza fuerza de cosa juzgada sin consideración a que quizá puede contradecir al derecho material o a que se haya otorgado con incorrección procesal.

Nuevamente es la seguridad jurídica la que permite justificar la fuerza de cosa juzgada aun de la sentencia injusta” (idem, pág. 312), fijando el límite de la misma en los “casos en los cuales la incorrección del contenido del Derecho, su injusticia o su inadecuación al fin, son de tal naturaleza, que ya no pueden ser equilibrados por el valor de la seguridad jurídica” (idem, págs. 312 *in fine* y 313 *ab initio*), afirmando finalmente que: “De este modo se patentiza de un modo singularmente agudo dentro del derecho procesal el fundamento de la fragilidad de todo derecho, es decir, el que en el dominio del derecho el medio tiene la tendencia de transformarse en un fin en sí: como el derecho frente a la idea del derecho, así el derecho procesal frente al material, y finalmente, la fuerza de cosa juzgada de la sentencia tanto frente al derecho material como al formal.” Ídem, pág. 313.

¹⁰⁷⁷ Aquí se remite a pie de página (26), citando a Fernández-López, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, como defensor de esa misma aseveración. Y en este mismo sentido se pronuncia la doctrina alemana, v. gr., LEIBLE, S., quien después de señalar en cuanto al régimen de los recursos que: “La sentencia sobre el fondo es impugnabile independientemente como una sentencia definitiva (§ 304 párr. 2) [*Proceso civil alemán*, opus cit.; apunta en este momento a pie de la página 326, que “Ello no es válido en el procedimiento ante la justicia laboral, compár. § 61 párr. 3 ArbGG.”].” Afirma, sin solución de continuidad, que: “Si es impugnada, circunstancialmente puede llegarse a una controversia en dos instancias, ya que a pesar de la impugnada sentencia sobre el fondo en la instancia inferior puede seguirse deliberando y decidirse sobre el monto. Si la sentencia por el monto se dicta antes de la decisión de la instancia del recurso, entonces está condicionada resolutivamente por la revocación de la sentencia sobre el fondo en la instancia de apelación. Para evitar esto, el tribunal recién inicia el procedimiento por el monto cuando, la sentencia sobre el fondo está firme.” Ídem, págs. 326 *in fine* y 327.

¹⁰⁷⁸ *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 26. Se remite en este momento a pie de la antedicha página, citando a Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V., *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica*, como también defensores de que: “Sólo se trata de obtener la cuantía pretendida de una deuda que ha sido reconocida como tal previamente.”

¹⁰⁷⁹ Para evitar redundancias traeré a colación en estos momentos únicamente las reflexiones que realiza CALDERÓN CUADRADO, Mª P., sobre esta cuestión. Sostiene esta autora que, en estos casos: “la segunda sentencia viene condicionada por los efectos de cosa juzgada –en su sentido positivo o prejudicial- de la anterior que declaró la existencia de la deuda, su imputación al demandado y, claro es, la responsabilidad de éste último. Sin embargo, nótese también que, pese a ello, este ulterior proceso podría terminar con una absolución ya que nada impide excepcionar aquí un crédito compensable o,

4.9. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN PROVISIONAL.

Las peculiares características de la sentencia con reserva ocasionaron la puesta en duda de su propia naturaleza jurídica, dando lugar al ya examinado y fructífero debate sobre la misma. Este debate, *mutatis mutandis*, se acabará trasladando al ámbito de su ejecutabilidad pues (y esto resulta casi axiomático) sólo las sentencias de condena permiten acceder a una posterior ejecución forzosa. Ahora bien, descendiendo del ámbito conceptual al de la legislación positiva cabe advertir, desde un primer momento, que bajo la **vigencia de la LEC de 1881** fueron sus artículos 385, 942 y 943 ALEC los que marcaron las interrelaciones que existían entre la sentencia con reserva y la ejecución provisional. El más relevante y primero de ellos, el **artículo 385 ALEC**, establecía la regla general con respecto a la ejecución provisional de una sentencia, disponiendo en sus **dos primeros párrafos** que: *Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior que hubiesen sido objeto de recurso de apelación, podrán, no obstante, ser ejecutadas provisionalmente cuando condenen al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo.*

*Las sentencias de objeto o naturaleza diferente serán susceptibles de la misma medida únicamente si el Juez estima que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable.*¹⁰⁸⁰

Esta dicción del precepto suscitó el **debate** de si cabía o no la **ejecución provisional** de la sentencia de condena con reserva. **En contra** de esta posibilidad encontramos a

incluso, probar un valor cero en la cuantificación de lo debido” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 418 y 419 *ab initio*.

¹⁰⁸⁰ Estableciendo los **siguientes párrafos** del mismo lo siguiente:

En ningún caso serán ejecutables provisionalmente las sentencias recaídas en juicios que versen sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos.

Para que proceda la ejecución provisional habrá de instarla la parte apelada dentro del plazo de seis días contado a partir de la notificación de la resolución admitiendo el recurso de apelación, dentro de cuyo plazo habrá de ofrecer la constitución de fianza, con exclusión de la personal o aval bancario suficientes, para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte. El Juez habrá de resolver sobre la ejecución provisional y la suficiencia de la garantía en los seis días siguientes, y la fianza o el aval habrán de constituirse dentro del tercer día a partir de la notificación de la resolución, incluso cuando el Juez exija que se complemente la garantía ofrecida.

Los recursos de apelación a que se refieren los artículos anteriores, deberán interponerse en el plazo de cinco días, salvo que en esta Ley se fijase otro plazo distinto.

autores como ARIAS LOZANO¹⁰⁸¹, quien, muy explícitamente, afirmó que: “En nuestra opinión, un supuesto tan excepcional como el de la condena con reserva no debería ser susceptible de ejecución provisional.” Para sostener la anterior afirmación adujo varias razones¹⁰⁸², entre las cuales estaba el hecho que “la admisión de ejecución provisional en supuestos de condena con reserva podría provocar fácilmente sentencias contradictorias, lo que coadyuva para sostener su improcedencia.”¹⁰⁸³ De hecho, el mantener la ejecutabilidad provisional de este tipo de sentencias comportaba problemas

¹⁰⁸¹ Dedicó este autor el apartado VIII de *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., que titula: “Sobre la ejecución provisional de la condena con reserva”, págs. 11167 y 11168.

¹⁰⁸² Inicia su argumentación con una crítica a la regulación legal de la cuestión en aquel momento, considerando este autor que: “la desafortunada regulación que de la ejecución provisional efectuó la Reforma 34/84 da pie a todo tipo de interpretaciones. Desde luego, y pese a ser contrarios a esta posibilidad, no negaremos que en la *mens legislatoris* no había en absoluto voluntad alguna de excluir la ejecución provisional de sentencias ilíquidas. Pero de la concreta redacción del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cualquier cosa cabe deducir.” Ídem, pág. 11167. También sostuvo en base a ella que: “podría llegar a sostenerse que el artículo 385 [ALEC] no regula la ejecución provisional de sentencias ilíquidas; que en el primer párrafo hace referencia a aquellos supuestos de condena pecuniaria en los que sí cabe ejecución provisional (las líquidas) y en el segundo trata de lo que siempre se ha denominado por la doctrina <<obligaciones no pecuniarias>> (o en la dicción legal <<de objeto o naturaleza diferente>>), es decir, aquellas que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa.” Ídem, págs. 11167 *in fine* y 11168 *ab initio*. Ahora bien, ARIAS LOZANO, D., va un paso más allá al sostener que: “Nuestra opinión antes anunciada, contraria a la ejecución provisional de este tipo de sentencias, no necesita basarse en esta argumentación legal, sino en algo a nuestro juicio mucho más sólido: el presupuesto material de la condena con reserva” ya que siendo su fundamento el que “por cuestiones ontológicas, sea materialmente imposible fijar cantidad líquida alguna en el proceso de declaración [...] no puede darse –salvo fraude– un supuesto en que sea materialmente imposible fijar cuantía alguna en el momento de dictar sentencia en primera instancia en el proceso de declaración porque la prestación es ilíquida... y esta prestación se convierta en liquidable en los cinco días siguientes de haberse dictado (notificado) la sentencia de condena ilíquida -momento preclusivo, como es sabido, para solicitar la ejecución provisional.” Ídem, pág. 11168.

¹⁰⁸³ Como afirma el citado autor, los problemas eran aún más complejos en relación con una hipotética “ejecución provisional en segunda instancia (1.722 LEC) pendiente casación.” Ídem, a pie pág. 11168. Ahora bien, en mi opinión este argumento (referente a la contradicción entre sentencias) es algo confuso, pues más que un riesgo de que hubieran dos sentencias contradictorias lo que existía era el riesgo de que lo liquidado en el correspondiente auto liquidatorio (art. 942 ALEC) fuera efectivamente contradictorio con lo resuelto por el correspondiente órgano *ad quem*. O dicho de otra manera, ambas sentencias, la con reserva y la que resolviera el recurso interpuesto frente a ella, no podían ser, en puridad, contradictorias, al estar dentro del mismo *iter* declarativo; en todo caso la segunda podía revocar la primera, sustituyéndola. Lo verdaderamente contradictorio era que se dilucidara la correspondiente cuantificación **en paralelo**, tanto por primera vez en segunda instancia como, al mismo tiempo, en el correspondiente incidente en sede ejecutiva. Aquí es donde radicaba, como se verá en este mismo apartado, una de las claves para esclarecer esa lógica paradójica que ha envuelto muchas veces a la sentencia con reserva. El error en este caso (que explicita ARIAS LOZANO, D., en el desarrollo de un ejemplo que expone a continuación de la anterior cita) radica, a mi entender, en considerar que los dos “títulos ejecutivos” proceden “de dos sentencias condenatorias”, cuando este mismo autor defiende la naturaleza mero-declarativa de la sentencia con reserva debiendo ser considerado, en consecuencia, el auto del art. 942 ALEC el verdadero título ejecutivo. Por ello, personalmente hecho en falta el que ARIAS LOZANO no hubiera añadido a las anteriores razones otra más: la de que se estaba intentando ejecutar una sentencia mero-declarativa (y, por tanto, inejecutable), pues este autor fue uno de los pioneros (en la doctrina española) en la defensa de esa naturaleza jurídica de la sentencia con reserva. De hecho, desde mi punto de vista, el sentido de haber dedicado tanto tiempo a delimitar la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva sólo resulta eficiente si de ello se extraen consideraciones válidas no únicamente para proponer cambios legislativos, sino también a modo de precisa herramienta hermenéutica de la regulación existente.

de muy diversa índole, que fueron analizados por diversos autores. Por ejemplo, partiendo también del art. 385 ALEC, captó CABALLOL¹⁰⁸⁴ las dificultades que se suscitaban entorno a la **fianza** que aquél precepto obligaba a constituir¹⁰⁸⁵, e intentó aportar soluciones¹⁰⁸⁶. Para no hacer excesivamente procelosa en este punto la exposición, reproduciré seguidamente (a modo de síntesis) el comentario que efectúa sobre esta materia BOTICARIO, quien realiza un interesante análisis diacrónico del estado de esta cuestión y que, como veremos, pone posteriormente en relación con la regulación actual. En lo que ahora interesa, dicha autora avisa ya en un primer momento que “tampoco fue pacífica, dentro de las condenas dinerarias, la cuestión relativa a la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias de condena dineraria ilíquidas.”¹⁰⁸⁷ Y fíjense si no era pacífica, que el debate versaba sobre posiciones tan dispares como las siguientes:

¹⁰⁸⁴ Intituló esta cuestión: “La ejecución provisional de una sentencia que condene al pago de una cantidad ilíquida” CABALLOL ANGELATS, LLUÍS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, José María Bosch editor, S.A., 1993, págs. 326 y 327. Resulta ya muy elocuente la reflexión inicial que realiza en relación a este tema dicho autor, al reconocer que: “En un principio, pensábamos plantear el estudio de este apartado, intentando determinar cuales serían las especialidades procedimentales de la eficacia provisional del auto que pone término al incidente de liquidación, en el marco de una ejecución provisional. Sin embargo, nos hemos dado cuenta de que estábamos planteándonos la posibilidad de una ejecución o eficacia provisional dentro de otra ejecución provisional lo cual es imposible jurídicamente. Por tanto en lugar de referirnos sólo a la eficacia del auto, tendremos que aludir a todo el procedimiento de ejecución provisional de las condenas ilíquidas.” Ídem, pág. 326.

¹⁰⁸⁵ De esta forma, el problema surgía “en el momento de solicitar y conceder la ejecución provisional, por la dificultad de apreciar la suficiencia de la fianza en relación con la pretensión cuya eficacia se intenta, porque es ilíquida. El sistema legal vigente –ofrecer fianza dentro de los seis días y constituir la o complementarla dentro de los tres siguientes- provoca que la cuantía de la misma se determine a ciegas por el juzgador. Pero es más, el art. 385 L.E.C. impide complementar la fianza posteriormente a esta fechas si la exigida inicialmente deviene notoriamente insuficiente a la luz de los resultados del incidente.” Ídem.

¹⁰⁸⁶ Sostuvo concretamente que ello “podría conseguirse permitiendo iniciar la ejecución provisional, es decir, el incidente de liquidación, a cambio de una fianza simbólica y posponiendo la valoración de la suficiencia de la misma y su efectiva constitución a un momento posterior a la resolución del incidente en primera instancia.” Ídem. Considerando posteriormente que: “Un mecanismo que podría ser útil para solventar el problema de la cuantía de la fianza sería entregar al ejecutante las sumas que quedarán cubiertas con la fianza constituida inicialmente y subordinar el pago de las restantes a que se complementara la fianza.”, para seguidamente “advertir que esta posibilidad es contraria a lo dispuesto en el art. 385 L.E.C. ya que éste fija un plazo preclusivo para constituir y complementar la fianza.” Ídem, pág. 327. Añadiendo a continuación que: “Por otro lado, en la ejecución provisional del art. 385 L.E.C. siempre deberá estar constituida la fianza con anterioridad a la realización a metálico de los bienes del deudor. Porque en caso de no producirse el afianzamiento la restitución e indemnización al deudor dependerá exclusivamente de la solvencia del acreedor.” Ídem. En mi opinión, CABALLOL, LL., se encontró con una normativa “diabólica”, en la que existía un tipo de condena (la de cantidad ilíquida) que se resistía a ser ejecutada provisionalmente, haciendo dicho autor auténticos esfuerzos para intentar posibilitar la misma. Desde mi punto de vista, esas dificultades eran insalvables pues, como en este trabajo se ha sostenido, la naturaleza mero-declarativa de la sentencia con reserva, *per se*, imposibilita todo tipo de ejecutabilidad.

¹⁰⁸⁷ BOTICARIO GALAVÍS, MARÍA LUISA, *Resoluciones susceptibles de ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2010, pág. 84.

1.- “parte de la doctrina y de la jurisprudencia defendía que la concesión de la ejecución provisional, operada por el primer apartado del citado art. 385 LEC/1881, sólo procedía para las sentencias de condena pecuniaria líquidas o liquidables mediante una operación matemática, pero no para las sentencias de condena pecuniarias ilíquidas, aunque en la propia sentencia se fijasen las bases de liquidación; llegando a afirmar que las sentencias ilíquidas quedaban incluidas en el ámbito del segundo apartado del mismo precepto.”¹⁰⁸⁸

2.- De otra parte ASENSIO alegaba “de un lado, que dicho apartado, bajo la rúbrica <<Objeto o naturaleza diferente>>, parecía tener por objeto, únicamente, la regulación de la ejecución provisional de las condenas no dinerarias, y de otro lado, que la <<sumariedad>>, en sentido no técnico, con que debe desarrollarse la ejecución provisional, parece incompatible con la tramitación de un incidente de liquidación, el cual significaría un obstáculo para hacer realidad la ejecución misma.”¹⁰⁸⁹

Ahora bien, en mi opinión, el anterior debate era de escasa utilidad, al hallarse el mismo inextricablemente unido a la naturaleza jurídica que se propugnase de la sentencia con reserva; es decir, sólo su conceptualización como sentencia de condena podía sustentar su posible ejecución provisional. Desde mi punto de vista, el error de considerarla como condenatoria¹⁰⁹⁰ quedaba patentizado si atendemos a los otros dos preceptos que antes he anunciado: los **arts. 942 y 943 ALEC**. Estas normas regulaban la decisión final del incidente de liquidación de la sentencia dineraria ilíquida, cuando había existido controversia en lo relativo a la fijación del correspondiente *quantum*. Eran preceptos incardinados **en sede de ejecución definitiva** de sentencias pero que sorprendentemente daban lugar a una ejecución que sólo se puede considerar como de carácter provisional¹⁰⁹¹. La pregunta surge inmediatamente: ¿acaso no “chocaba” que en

¹⁰⁸⁸ Ídem. En “parte de la doctrina” cita a pie de la antedicha página a Ortells Ramos, M. y a Valls Gombau, J. F. En cuanto a “la jurisprudencia” aporta (en igual localización que la anterior) la **SAP de Madrid de 17/11/1996** y **AAP de Barcelona de 26/05/1989**.

¹⁰⁸⁹ Ídem, pág. 85. A pie de dicha página además de reseñar la correspondiente cita a Asencio Mellado, J. M., aporta la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12/06/1989**.

¹⁰⁹⁰ Error que se basaba, en mi opinión, en la mayoría de casos en el hecho que, una vez firme aquella sentencia, se permitía acudir directamente a la sede ejecutiva, que no a la verdadera ejecución.

¹⁰⁹¹ En este punto cabría objetar que, formulada de esta manera la cuestión, se estaría confundiendo la figura de la **ejecución provisional** con la de la **admisión del recurso en el solo efecto devolutivo**; nada más lejos de la realidad. Siguiendo en este momento a VELÁZQUEZ MARTÍN, M^a ÁNGELES, cabe distinguir entre las “figuras afines” (como hace esta autora) de la “admisión del recurso en un solo efecto” y la ejecución provisional. Concretamente sostiene esta jurista que: “Tratándose de una resolución interlocutoria, una vez admitido el recurso contra la misma, el Juzgador procederá de oficio a la ejecución de la resolución recurrida sin necesidad de aplicación de la normativa específica sobre ejecución

sede de una ejecución definitiva se abriera una ejecución provisional?¹⁰⁹² Para los autores del momento la respuesta a la anterior pregunta podía ser “no”, al considerarse que, en realidad, los incidentes de liquidación eran sólo eso: incidentes declarativos en sede ejecutiva¹⁰⁹³. Ahora bien, la cuestión no era ni mucho menos tan sencilla.

provisional. Sin embargo, la ejecución provisional de los artículos 524 y siguientes de la LEC, sólo se prevé para las resoluciones definitivas, y en estos supuestos, la previsión de recursos en un solo efecto es una forma de declararlas ejecutables provisionalmente sin que por ello implique un impulso de oficio al proceso de ejecución.

La admisión del recurso en un solo efecto supone la ejecución provisional *ex lege* de la resolución recurrida, es decir, sin necesidad de ser instada por las partes y sin precisarse el cumplimiento de los requisitos procesales requeridos en el caso de iniciarse el proceso de ejecución.” *La ejecución provisional en el proceso civil. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Librería-Editorial Dykinson, 2003, pág. 26. Siguiendo con la delimitación que realiza la mentada autora entre institutos cercanos, y a diferencia de las anteriores, la **ejecución definitiva** “se apoya sobre una resolución judicial firme, por tanto, no se precisa una previa declaración de ejecutabilidad para que pueda llevarse a efecto pues la misma deviene de una exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. y por imposición del art. 118 CE. Si bien es cierto, que con la actual regulación, esta ejecutabilidad resulta prácticamente también inherente a las resoluciones judiciales no firmes.” Ídem. Por tanto, y en esto coinciden bastantes autores, la principal diferencia entre la ejecución provisional y la definitiva radica en que aquélla está sometida a condición; concretamente la citada autora sostiene (en el siguiente párrafo al antes transcrito) que: “En la ejecución provisional la resolución está sometida a recurso y, por tanto, sometida a “condición resolutoria”. Lo que conlleva la función limitada de la ejecución provisional pues la misma sólo desplegará sus efectos mientras se resuelve el recurso interpuesto, mientras que la ejecución definitiva puede prolongarse hasta que se de plena satisfacción al ejecutante. Sin embargo, la ejecución definitiva en algunos supuestos puede estar igualmente sometida a “condición resolutoria” y sin embargo se considera como definitiva a pesar de su carácter provisional en supuestos como el recurso de audiencia al rebelde (878 LEC), recurso de revisión, o el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el supuesto en que no se otorgue la suspensión (1803 LEC y 56 a 58 LOTC).” Ídem, págs. 26 *in fine* y 27.

¹⁰⁹² Para responder a esta interrogación resulta conveniente recordar la dicción literal de ambos preceptos. El primero de ellos, el **artículo 942 ALEC**, concretamente prescribía que: *Dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará, por medio de auto, la resolución que estime justa, fijando la cantidad que deba abonarse con arreglo a la ejecutoria.*

En el caso del artículo 934 el Juez aprobará la liquidación presentada por el acreedor, en todo lo que no hubiera probado el deudor ser inexacta y fuere conforme a las bases fijadas en la ejecutoria.

Dicho auto será apelable en un solo efecto. Admitida la apelación quedará en el Juzgado testimonio del auto con relación de lo necesario para ejecutarlo, y se remitirán los autos originales al Tribunal superior, con emplazamiento de las partes, por término de quince días.

Estableciendo por su parte el **artículo 943 ALEC** que: *A instancia del acreedor, se podrá decretar la ejecución de dicho auto.*

Vendidos los bienes, se entregará al acreedor la cantidad a cuyo pago se hubiere prestado el deudor y el importe de las costas que le sean de abono, y la diferencia que resulte entre dicha cantidad y la fijada en el auto se depositará en el establecimiento público correspondiente hasta que se resuelva el recurso de apelación, a no ser que el acreedor diere fianza bastante, a satisfacción del Juez, para responder de ella, en cuyo caso también le será entregada.

¹⁰⁹³ Esto recuerda la hipertrofia de la ejecución que se producía en estos casos, y que tan claramente ya criticó Guasp, J. Por su parte, CABALLOL, LL., es muy gráfico al hablar del auto de los arts. 942 y 943 ALEC como de la “eficacia de una resolución firme y no proceso de ejecución definitiva, porque cabe que se siga el incidente de liquidación como etapa previa al despacho de la ejecución (art. 943,1), y que ésta se despache para dar eficacia al incidente, o que el incidente tenga lugar dentro de una ejecución ya iniciada y con la eficacia provisional del auto que recaiga sólo se consiga la continuación del procedimiento de ejecución continúe. Ciertamente, ésta es una distinción que tiene exclusivamente valor teórico, pero que puede ser útil para identificar la realidad procesal ante la que nos hallamos.” *La ejecución provisional en el proceso civil*, opus cit., a pie pág. 321.

Negándose que el **título ejecutivo** era precisamente ese **auto**¹⁰⁹⁴, en mi opinión resolución con alma de verdadera sentencia de condena, acababa dando igual si el mismo se dictaba antes o después de despacharse la ejecución, entrándose de esta forma en una especie de lógica paradójica en la que se podía despachar la ejecución sin saberse qué (cantidad) se debía ejecutar¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ En este momento cabe apuntar que algunos autores sí consideraron a este auto como un verdadero título ejecutivo, destacando entre ellos ARIAS LOZANO, D., quien, en consonancia con su defensa de la naturaleza mero-declarativa de la sentencia con reserva, consideró que “si bien se mira, en puridad, la verdadera ejecución no comienza hasta que se dicta ese auto en el que se determina la cantidad líquida exigible al demandado ya que:

a) Una vez dictado el demandado puede cumplirlo voluntariamente sin que haya habido actividad ejecutiva alguna.

b) El artículo 943 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que dicho auto sólo será ejecutable <<a instancias del ejecutor>>. De ello cabe deducir que el auto es el título y que con él debe al [sic] actor ejecutante presentar demanda ejecutiva. Sólo después se procederá al despacho de la ejecución.

c) Hasta tal punto es el de liquidación un proceso declarativo que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un embargo preventivo especial para estos casos. [...]” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., págs. 11158 y 11159 *ab initio*.

¹⁰⁹⁵ Sobre el tema de la naturaleza jurídica de este auto (verdadero *alter ego* de la sentencia con reserva) me remito a las consideraciones realizadas en el primer apartado de esta obra, y a las emitidas en relación con la sentencia con reserva en la que defendí que ésta era funcionalmente de carácter mero-declarativo (con lo que el mentado auto siempre fue, también funcionalmente, su verdadero complemento de condena). Añadiré aquí simplemente unas palabras de CABALLOL, LL., al que recurro nuevamente para acabar de ilustrar el carácter de verdadero título ejecutivo que poseía el renombrado auto pues, como dicho autor consideró: “La principales características de la eficacia del auto aprobando la liquidación en general” eran:

1.- La “*Ejecutibilidad ex lege del auto*. El auto aprobando la liquidación es ejecutable inmediatamente desde el momento en que se ha dictado la resolución.”

2.- La “*Instancia de parte*. La ejecución del auto que estudiamos sólo podrá decretarse si la insta el acreedor ejecutante (art. 943 L.E.C.).”

3.- La “*No sujeción a plazo*. Los preceptos legales reproducidos no fijan ningún límite temporal al ejercicio del esta facultad. Por lo que podrá instarse la eficacia del auto desde que se dicte hasta que se resuelva el recurso de apelación interpuesto en su contra.” En relación a esta “no sujeción a plazo” (*La ejecución provisional en el proceso civil*, opus cit., pág. 323) nos hace observar CABALLOL, LL.: “que nos estamos refiriendo a la eficacia de una sentencia firme y que el derecho a percibir las cantidades, cuya cuantía se pretende determinar en el incidente, está reconocido de forma irrevocable, con lo que no tiene ningún sentido limitar temporalmente la eficacia de la resolución.”. Aquí es donde observamos el tradicional anclaje entre sentencia con reserva/auto liquidación, que, en mi opinión, en realidad consistía en sentencia mero-declarativa/auto de condena.

4.- La “*No exigibilidad de fianza*. Con la mera instancia del acreedor, se iniciará o continuará la ejecución. El ejecutante no deberá prestar fianza de ningún tipo para que se comience la actividad tendente a conseguir las cantidades por las que se sigue la ejecución. Sólo una vez obtenidas estas cantidades, el acreedor ejecutante deberá prestar fianza para que se le entreguen la parte discutida en el recurso.” Ídem, pág. 323. En mi opinión, si bien se miran, las características que CABALLOL, LL., propugnaba en relación al dicho auto en nada se diferenciarían de las que se predicarían de una sentencia de condena dineraria de carácter líquido y, por tanto, completa. Basta con oponer estas características a las de la sentencia con reserva, para poder acabar de comprender las tremendas dificultades que planteaba el poder considerar a ésta como resolución ejecutable provisionalmente; o dicho de otra manera, desde mi punto de vista lo único ejecutable provisionalmente era el mencionado auto, pues ésta era la resolución que, completando la peticionada tutela de condena, verdaderamente integraba el contenido condenatorio de la sentencia con reserva.

Ahora bien, esa lógica paradójica que inspiraba este sistema, en donde una sentencia esencialmente de mera-declaración habilitaba para abrir una ejecución en donde se integraba aquélla con su vero contenido de condena, daba lugar a situaciones cuanto menos rocambolescas, en las que brillantes autores se encontraban con arduas dificultades para intentar dar un sentido razonable a la pertinente mecánica procedimental. Un buen ejemplo de ello es el interesante enfoque que nos ofreció, desde la óptica del recurso de apelación, FAIREN¹⁰⁹⁶, al plantearse el problema consistente en “que el juez *a quo* haya ejecutado provisionalmente ya la sentencia (incluido el <<incidente de liquidación>> necesario) y que ésta sea revocada por el tribunal de apelación.”¹⁰⁹⁷ En estos casos entendía FAIREN que se “podría originar un problema de índole semejante al de las sentencias de contenido procesal, que recogen la existencia de un fenómeno obstativo de tal especie, y las del fondo, concentradas. Esto es, el de si el tribunal de apelación puede avocar a sí el conocimiento del <<incidente de liquidación>> -declarativo- o si deberá limitarse, en su caso, y si el recurso prospera, a dictar la sentencia que proceda en sustitución de la revocada y a remitir la causa al juez de primera instancia para que la ejecute (art. 919).”¹⁰⁹⁸ El problema era complejo pues, como observó dicho autor, en realidad el mentado incidente complementaba a la sentencia “que, por su falta, quedó en declarativa” pero, por otra parte, y “desde la perspectiva del tribunal *ad quem*”, ese incidente era “un acontecimiento <<futuro e incierto>>; ya que dicho tribunal podría dictar una sentencia diferente, por ejemplo,

¹⁰⁹⁶ *El razonamiento de los tribunales de apelación*, opus cit. Valga decir que para este autor, cuando no se fijaban las correspondientes bases para la liquidación, “la declaración –la función declarativa de condena del proceso civil- queda incompleta en ese momento de la misma, en el mismo estadio o tracto declarativo. Y el resto de la misma, se transfiere al estadio o tracto o período de ejecución, bajo la forma de un <<incidente de liquidación de la sentencia>>.” Ídem; la cursiva es del citado autor. Sostenía también este jurista la “gran importancia doctrinal y práctica de compleción de la sentencia” que tenía el citado incidente, al compararlo con el ordenamiento italiano (art. 278 CPC), en que esa sentencia ilíquida se consideraba como no definitiva “continuando el proceso hasta que se declare el *quantum*. No definitiva en cuanto que no agota el contenido de la pretensión declarada triunfante; sí en cuanto a la declaración del derecho, aunque después pueda estar vacío de contenido económico.” Ídem, página 126. A lo que ahora más interesa cabe apuntar que, este autor, partió del hecho que, bajo la vigencia del art. 360 ALEC, se habilitaba la posibilidad de un fallo en el que se ordenase “ejecutar sobre una prestación ilíquida” (ídem, pág. 125), y que debía tenerse en cuenta, “desde el punto de vista de la apelación, la remota posibilidad de que se haya ejecutado provisionalmente una resolución de contenido no dinerario, y que originariamente no tenía bases de liquidación: esto es, que deberá ser sujeta a un <<incidente de liquidación>>.” Ídem, pág. 126. Afirma este autor que a ello habilitaba el entonces “nuevo artículo 385 LEC (introducido por la Ley de Reforma de 6-8-1984)”, y concretamente su apartado II.

¹⁰⁹⁷ Ídem, pág. 126.

¹⁰⁹⁸ Ídem, págs. 126 *in fine* y 127 *ab initio*.

líquida, o con otras bases de liquidación.”¹⁰⁹⁹ En este contexto entendió FAIREN “que el tribunal *ad quem* no debe entrar bajo ningún pretexto en el tracto ejecutivo de la sentencia impugnada y en ejecución provisional legalmente; tan sólo en sus casos, debe revocarla, incluido ese <<enclave>> declarativo que es el <<incidente de liquidación>>.”¹¹⁰⁰ Problema éste, el de la revocación, entre cuyas consecuencias estaba precisamente la de la indemnización de daños y perjuicios que debía abonar el ejecutante al ejecutado provisionalmente¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁹ Ídem, pág. 127. Al anterior argumento añadía FAIREN, V., seguidamente tres más: el de que: “en esta apelación, se tratará –en caso de que prospere– de sustituir a una ejecución provisional por otra definitiva”; el de “que no se puede suprimir una instancia así, que es lo que significaría que el tribunal de apelación viere y juzgare dicho incidente” y el de que “la resolución que en éste recayera, es susceptible de apelación (art. 942,III LEC).” Ídem.

¹¹⁰⁰ Ídem, pág. 127. También comenta FAIREN, V., que “la posibilidad de la <<evocación>> francesa o conducta semejante española, está excluida por el sistema competencial del artículo 919 y ss. LEC, que confía toda la ejecución al juez de primera instancia.” Ídem. En mi opinión, el anterior planteamiento, impecable desde un punto de visto de la delimitación competencial entre proceso declarativo y ejecutivo, revela las hondas carencias de la citada estructura, en donde se producía un claro **solapamiento entre ambos procesos**, en el sentido de que, a la vez que la cuantía debida se podía delimitar durante todo el proceso declarativo, algunos autores abogaban porque la misma pudiera establecerse paralelamente en una hipotética ejecución provisional de la sentencia con reserva. Es decir, el cometido de fijar la cuantía se podía considerar tan propio del proceso declarativo como del ejecutivo, lo que trastornaba figuras tan relevantes como la citada ejecución provisional de las sentencias o el derecho a los recursos. Sobre ello se volverá en el apartado referente a la ejecución definitiva.

¹¹⁰¹ CABALLOL, LL., fue muy claro en este tema al sostener que: “La revocación exige que el ejecutado provisionalmente sea indemnizado, no sólo por la imposibilidad de restituir en especie aquello que se le sustrajo con la ejecución provisional, si no también de los daños y perjuicios que le ha ocasionado la eficacia de la de la resolución.” *La ejecución provisional en el proceso civil*, opus cit., pág. 283. En el siguiente párrafo sigue diciendo este autor que: “La sentencia revocatoria no condena al pago de la indemnización, ni determina la cuantía por la que se ha de realizar. Pero ésta es una obligación inherente a la de restituir que, en algún precepto, se explícita al exigir que el importe de la fianza alcance también a la indemnización de daños y perjuicios (art. 385 L.E.C.). La única forma de proceder a la realización de estas partidas en la revocación, es la de instar la eficacia de la resolución.” Ídem. En la misma dirección encontramos a FAIREN, V., quien sostenía que en estos casos se debía “ordenar reponer las cosas al estado anterior a la ejecución provisional, y se proceda a la inversión de la fianza dada por el ejecutante (art. 285,IV) en las satisfacción de los daños y perjuicios causados.” *El razonamiento de los tribunales de apelación*, opus cit., pág. 126. Siendo “el apelante quien debe suministrar <<el hecho>> de la sentencia en período ejecutivo, y del daño que le hace sufrir la ejecución provisional, en la fundamentación de su recurso.” Ídem. Esta “obligación de indemnizar no es una consecuencia sobrevenida a la revocación, sino que es una obligación impuesta legalmente que se asume al instar la ejecución provisional, de la misma forma que sucede cuando se insta la adopción de una medida cautelar.” Ídem, pág. 284. El fundamento de la misma estaría “en la necesidad de restablecer el desequilibrio patrimonial provocado con la ejecución provisional, que al derivarse de una actuación de los propios órganos jurisdiccionales, no requiere de un proceso de declaración para determinar la procedencia.” Ídem. Restitución, por otro lado, que “incluirá siempre la obligación de devolver los frutos y rentas percibidos.” Ídem, pág. 285. De lo que se deriva que: “Establecida la obligación legal de indemnizar, únicamente resulta relevante la necesidad de determinar el importe del daño causado y o de los frutos dejados de percibir. El procedimiento que consideramos más adecuado para éllo [sic] es el regulado en los arts. 928 L.E.C. y ss. con las especialidades procedimentales correspondientes según cuál sea la materia que se liquida y adoptando en ellas el ejecutante provisional la posición de demandado.” Ídem, página 285. Comenta dicho autor al inicio del siguiente párrafo que: “Las cantidades fijadas se realizaran sobre la fianza.” Ídem, pág. 286 *ab initio*. Con lo que, en mi opinión, podría llegar a suceder que, dictándose y recurriéndose el auto del art. 942 ALEC, acabáramos encontrándonos en una especie de circuito sin fin.

En la actualidad este debate parece resuelto en un **sentido claramente negativo**. En esta dirección se han pronunciado diversos autores, como CACHON CADENAS, quien sostiene que: “La LEC de 2000 no contempla expresamente la posibilidad de llevar a cabo la ejecución provivional de una sentencia de condena ilíquida. Esto se debe a que, si bien el art. 219 LEC admite la posibilidad de que se dicten sentencias condenatorias ilíquidas, prevé que los problemas de liquidación concreta de las cantidades se han de resolver en un pleito posterior”¹¹⁰², o CALDERÓN CUADRADO, quien afirma que en el primer juicio sobre el *an debeatur* “evidentemente no cabría la ejecución provisional (pese a no requerir liquidez del título)” en contraposición al juicio sobre el *quantum debeatur* “que, por supuesto, admitiría ser provisionalmente ejecutada [la condena].”¹¹⁰³ Ahora bien, las anteriores aseveraciones tal vez requieran de un mayor desarrollo. Con este objetivo vuelvo a las consideraciones de BOTICARIO (ahora ya desde un punto de vista sincrónico) quien toma “como punto de partida el hecho de que, en la ejecución dineraria, la actividad ejecutiva, dirigida a obtener del ejecutado una cantidad de dinero destinada a ingresar en el patrimonio del ejecutante, no debe comenzar sin que esté previamente fijado el importe concreto que ha de obtenerse en la ejecución, conviene determinar si la liquidez de la cantidad debida se erige en presupuesto necesario para considerar que la sentencia es o no susceptible de ejecución provisional.”¹¹⁰⁴ BOTICARIO explicita que “en la vigente LEC, la liquidez de la deuda no aparece contemplada, ni como límite, ni como presupuesto para la ejecución provisional, de tal manera que no se establecen expresamente diferencias entre las condenas dinerarias líquidas y las ilíquidas.”¹¹⁰⁵. Según esta autora éste ha sido el motivo por el cual “parte de la doctrina ha defendido abiertamente la posibilidad de ejecutar provisionalmente las

¹¹⁰² CACHON CADENAS, MANUEL, *Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional*, en Justicia 2004, nº 3-4, págs. 7 a 141, página 134 para la anterior cita. Este autor contrapone la regulación procesal civil con la criminal, al sostener que: “Por el contrario, la ley permite, con carácter general, que la sentencia penal no fije de forma líquida la cuantía indemnizatoria correspondiente a la responsabilidad civil *ex delicto*, pudiéndose efectuar posteriormente la liquidación de esa cantidad en ejecución de sentencia, con arreglo a las bases que se hubieran establecido en la sentencia (art. 115 CP, y arts. 794 y 974 LECr).” Ídem. Ante esta disparidad normativa, defiende “que la solución más acorde con el criterio específico que preside la regulación establecida para el proceso penal es admitir la ejecución provisional de las condenas ilíquidas impuestas en sentencias penales en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*”, pudiéndose acudir para la liquidación de la correspondiente cuantía “analógicamente al incidente que la ley establece para la liquidación de la condena civil impuesta en sentencia penal firme (art. 794 LECr).” Ídem, pág. 135.

¹¹⁰³ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 417 *in fine* y 418.

¹¹⁰⁴ *Resoluciones susceptibles de...*, opus cit., pág. 83.

¹¹⁰⁵ Ídem, pág. 85.

sentencias de condena ilíquida.” Por consiguiente nos encontraríamos en la actualidad con dos posiciones claramente antagónicas:

1.- ARMENTA, quien opinaría que “la LEC desecha la valoración que se venía haciendo sobre la irreparabilidad de los perjuicios, como algo generalmente ligado a las sentencias de condena al pago de cantidad ilíquida, al no establecer diversidad alguna a la hora de solicitar la ejecución provisional de sentencias de condena al pago de cantidad líquida –o fácilmente liquidable- e ilíquida”¹¹⁰⁶. Con la LEC del 2000, se reaccionaría por tanto “frente a la situación anterior, en que la naturaleza de la sentencia de condena operaba como criterio para una práctica más restrictiva de la concesión de la ejecución provisional, al tratarse de condena al pago de cantidad ilíquida, por entender que en tal clase de resoluciones el perjuicio es casi siempre irreparable.”¹¹⁰⁷

2.- Quienes opinan que “en modo alguno cabe permitir la ejecución provisional de las sentencias de condena dineraria ilíquidas.”¹¹⁰⁸

BOTICARIO expone a continuación los argumentos que soportarían esta segunda posición:

1.- En primer lugar significa el “contenido del art. 209.4.^a LEC”¹¹⁰⁹, el cual relaciona con el art. 219 LEC, sosteniendo que en base a estos dos preceptos “quedan prohibidas las sentencias con reserva de liquidación, y de ello puede deducirse que resultará imposible la ejecución provisional de una sentencia dineraria ilíquida, ya que los Tribunales no podrán pronunciarlas”¹¹¹⁰, aseverando en el siguiente párrafo¹¹¹¹ que: “En idéntico sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia, afirmando que la vigente LEC ha procurado restringir las sentencias con reserva de liquidación a los casos en que ello sea imprescindible, de tal manera que en el art. 219 LEC se impide, salvo los casos en él

¹¹⁰⁶ Ídem. A pie de la página 85 aporta el **AAP de Barcelona, Sección 17, de 21/12/2001**. En estos casos se trasladaría “a la parte que se oponga a la ejecución provisional la carga de valorar la eventual irreparabilidad o no del perjuicio que pudiera ocasionar dicha medida.” Ídem, págs. 85 *in fine* y 86 *ab initio*.

¹¹⁰⁷ Ídem, pág. 86.

¹¹⁰⁸ Ídem. La autora se adhiere a esta opinión, en la que relaciona se suma “un amplio sector doctrinal, citando en este sentido a pie de la antedicha página a Garberí Llobregat, J., Carreras Maraña, J. M., Asencio Mellado, J. M. y a Ortells Ramos, M.

¹¹⁰⁹ Ídem.

¹¹¹⁰ Ídem, pág. 87.

¹¹¹¹ En mi opinión, es significativa esta contradicción que se produce en el discurso de diversos autores, consistente en negar la existencia de la sentencia con reserva para después admitirla de forma excepcional, pues refleja, a mi entender, la misma lógica paradójica que envuelve al art. 219 LEC.

tasados, pueda el demandante pretender o el Tribunal permitir que en la sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución.”¹¹¹²

2.- El segundo argumento que aporta “radica en que, habida cuenta de la remisión efectuada por el art. 524 LEC a las normas de la ejecución ordinaria, normas que impiden la ejecución forzosa de condenas dinerarias ilíquidas, ha de concluirse que tampoco es posible su ejecución provisional.”¹¹¹³ Desarrolla a continuación esta idea, explicitando el requisito de liquidez en sede de ejecución definitiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 549, 571 y 575.1 LEC.

Otra opinión interesante en este momento, que sirve para exponer las razones de la otra posición comentada y, a su vez, para hilar la nueva regulación con la de su predecesora, es la que desarrolla RUIZ MORENO en su comentario de la STS (Sala 1ª) de 3 de abril de 2002¹¹¹⁴. La segunda de las cuestiones que aborda este autor en relación con la mencionada sentencia es la “que tiene que ver con no estimar conforme a derecho [el TS en la citada sentencia] el procedimiento liquidatorio de los arts. 928 y ss. LEC/1881 en sede de ejecución provisional, que por el contrario deberá deducirse en sede de la de tipo definitivo. Inmediatamente hay que salir al paso de que es prácticamente inexistente la fundamentación que la Sala realiza respecto de tal cuestión, quizás por partirse de la <<presunción>> de que la misma había quedado zanjada con anterioridad por las resoluciones emanadas del TS contrarias a la posibilidad de ejecutar provisionalmente un pronunciamiento de este tipo (por todas *vid.* STS de 22 de abril de 1996).”¹¹¹⁵ Planteada así la cuestión parecería claro que no cabría ejecutar provisionalmente la sentencia con reserva; pero RUIZ MORENO defenderá en las siguientes líneas de su comentario la posición contraria. Para sustentar su discurso prosigue su argumentación afirmando que: “Sin duda el origen a tal prohibición deba de buscarse en una anómala redacción del precepto regulador de la ejecución provisional bajo la vigencia de la anterior LEC (*ex art.* 385), que llevase a la práctica totalidad de nuestros tribunales a concluir en la idea de imposibilidad de acometer la ejecución

¹¹¹² Ídem, pág. 88. A pie de la misma aporta la **SAP de Cantabria de 25/04/2005** y el **AAP de Madrid, Sección 9.ª, de 16/06/2000**.

¹¹¹³ Ídem, pág. 88.

¹¹¹⁴ RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, § 565. *Miguel Luis E. C. c. Francisco R. A. F. A. TS 1.ª S 3 abril 2002 § 565. Fijación de daños y perjuicios acordada en ejecución definitiva, y no en ejecución provisional*, en *Tribunales de Justicia*, número 6, Junio 2003, págs. 39 a 46.

¹¹¹⁵ Ídem, pág. 45.

provisional de condenas a cantidad líquida ante el peligro de que se pudiese irrogar un perjuicio irreparable, y para el caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado.”¹¹¹⁶

En la base de la anterior argumentación de RUIZ MORENO subyace la idea de que se está ante una verdadera sentencia de condena, interpretación generalizada que comportaba una muy concreta interpretación del art. 385 ALEC pues, como nos dice este autor, “aun cuando en rigor en el art. 385 LEC/1881 no se contenía ningún tipo de interdicción expresa sobre este tipo de resoluciones, como por el contrario sí existía respecto de las de naturaleza constitutiva o declarativa, de su apartado segundo veníase interpretando la existencia de una regla general en la que correspondía al juzgador ponderar si era reparable o no el perjuicio que pudiera darse en la ejecución de la sentencia”¹¹¹⁷, resultando que “ante el posible riesgo de ocasionar un daño al ejecutado se optaba por la drástica solución de excluirlas de su ámbito.”¹¹¹⁸ Es decir, lo que se hacía era interpretar que la ejecución provisional de la sentencia líquida, al no poder efectuarse en base a lo prescrito en el art. 385.1º ALEC, al incluir únicamente las condenas *al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas*, se habían de llevar a cabo a través de lo establecido en el art. 385.2º ALEC, previsto para las *sentencias de objeto o naturaleza diferente*. Ahora bien, desde mi punto de vista el “objeto” no es diferente en estos casos, pues es también una cantidad de dinero; como antes se vio que defendía ARIAS LOZANO¹¹¹⁹, tienen “objeto o naturaleza diferente”, por ejemplo, las prestaciones de hacer o no hacer,

¹¹¹⁶ Ídem, pág. 46. En mi opinión esta argumentación sólo recoge uno de los posibles motivos que sustentaban esa imposibilidad, y no precisamente el principal. Como se vio anteriormente, existían otras poderosas razones para considerar inejecutables provisionalmente las sentencias líquidas, como el deber de consignar una fianza o el mandato del propio art. 360 ALEC, que presuponían la imposibilidad de liquidar la cuantía dentro del plazo para solicitar esa ejecución provisional (véanse v. gr. las anteriores citas a Arias Lozano, D., y a Caballol, LL.).

¹¹¹⁷ Ídem, pág. 46. Cita en este momento los AATS de 20/03/1990 (1ª) y de 23/04/1993 (3ª).

¹¹¹⁸ Ídem. En este momento recoge resoluciones que se pronunciaron en signo contrario “en su mayoría procedentes de las Audiencias Provinciales, que conforme a una interpretación más acorde no excluían tal posibilidad (Vid. auto AP de Madrid de 17 de septiembre de 1996 y el auto AP de Barcelona de 26 de mayo de 1989).”

¹¹¹⁹ Recuérdesse como este autor defendía la posibilidad de interpretar que en el art. 385.2º ALEC en el sentido de que el mismo trataba de las doctrinalmente denominadas “obligaciones no pecuniarias”. *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11168 *ab initio*. Sobre la trascendencia de la diferenciación, en relación con su ejecución provisional, entre las sentencias recogidas en los dos primeros apartados del art. 385 ALEC, cita ARIAS LOZANO, D., (ídem, a pie de la pág. 11167) a Fernández, M. A., *Derecho procesal civil*, con De la Oliva, tomo III, págs. 124 y ss., y a Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, con Ortells, Gómez Colomer y Montón, Bosch, Barcelona, 1994, tomo II, 2º, pág. 48.

en las que *el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución* podría verdaderamente llegar a no ser *irreparable*. Por tanto, en mi opinión, el asunto ya parte mal enfocado; la **inejecutabilidad** de la sentencia con reserva **no** se debería basar en esa **irreparabilidad**, sino en el hecho de que es una sentencia esencialmente de **mera declaración**. Pero, obviamente, esa no era la opinión seguida por la generalidad de la doctrina ni de la jurisprudencia.

Volviendo al comentario de RUIZ MORENO me servirán sus siguientes palabras para comprobar lo que sucede al enfocar, con esa misma interpretación, la actual regulación; en este sentido afirma este autor que: “Sin embargo, con ocasión de la LEC/2000 ya no se establece diferenciación alguna a la hora de solicitar la ejecución provisional de sentencias de condena al pago de cantidad líquida (o fácilmente liquidable) e ilíquida, pues en todo caso el tribunal encargado de conocer de la misma viene obligado a despacharla, <<salvo que sea de las inejecutables o no contenga pronunciamiento de condena>> (art. 527.3). Más aún, el perjuicio irreparable que tan a menudo se aducía en contra de la oportunidad de la medida, ahora ya nada tiene que ver con la apreciación de circunstancias concretas que el órgano ejecutor debe apreciar en orden a ponderar todos los intereses en juego (incluidos los del sujeto ejecutado), sino que por el contrario se desplaza a la oposición a la ejecución (art. 528.3).”¹¹²⁰

En **mi opinión** la clave de esta cuestión la da el género al que pertenece la sentencia con reserva; sosteniéndose que la sentencia con reserva funciona como una sentencia de mera-declaración, holgarían más argumentos para dejar patente que no es ejecutable ni definitiva ni provisionalmente. La importancia de la correcta identificación de la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva se plasma en este momento de forma especialmente significativa. De hecho el mismo RUIZ MORENO da la pista para desmontar su propio discurso al intercalar en el mismo el **art. 527.3 LEC**, que prescribe que *solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que se tratase de sentencia comprendida en el artículo 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante*. Piénsese que, siguiendo lo defendido por el mencionado autor, se estaría en la ejecución provisional dilucidando lo que había

¹¹²⁰ § 565. *Fijación de daños y perjuicios...*, opus cit., pág. 46.

quedado reservado en la sentencia principal para un segundo declarativo, con lo cual se estaría ejecutando en contra de lo establecido en la sentencia. O dicho de otra manera, trasponer esa interpretación forjada bajo la LEC de 1881 (en donde el art. 360 ALEC remitía a la ejecución para efectuar la pertinente liquidación) es tanto como burlar el cambio operado por el actual art. 219 LEC, el cual prohíbe liquidar en sede ejecutiva lo debido y ello, obviamente, tanto si se hace de forma definitiva como (aún con más razón, si cabe) de forma provisional.

Ahora bien, para ver otro ejemplo de lo que sucede al defender que la sentencia con reserva tiene naturaleza condenatoria, puede servir la argumentación que realiza en este tema FERNÁNDEZ LÓPEZ¹¹²¹. Pues bien, partiendo de esta posición se encuentra dicha autora con problemas difíciles de resolver; así lo explicita ella misma: “Como se ha señalado antes, la sentencia de condena ilíquida ha de ser firme para que se pueda proceder a su liquidación en un procedimiento declarativo, de tal modo que, al no contener todavía cantidad líquida o liquidable que ejecutar, no puede ser susceptible de ejecución provisional¹¹²². Sin embargo, una vez que se ha dictado sentencia en el procedimiento de liquidación no es necesario que ésta adquiera firmeza para que pueda instarse la ejecución, sino que podrá procederse a su ejecución provisional según el régimen general previsto en la LEC (y ello aunque, paradójicamente, la sentencia de condena ya sea firme).”¹¹²³ Esta paradoja lógica acompaña ineludiblemente a quienes siguen defendiendo la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva; por el contrario, la consideración de que este tipo de sentencias funcionan como las de mera-declaración evita esta problemática, explicándose este fenómeno de forma más parsimoniosa y, por tanto, más científica¹¹²⁴.

¹¹²¹ Esta autora capta inmediatamente la complejidad del problema y su relación con la temática de la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias, al afirmar que: “Un último aspecto problemático que plantea en la práctica la reserva de liquidación tal y como viene configurada por la LEC es el relativo a su ejecución. Precisamente, las dificultades se presentan por la especialidad que supone el tratarse de una resolución de condena al pago de cantidad ilíquida, lo que nos ha de llevar a preguntarnos si cabe proceder a su ejecución y ello, en cierta medida, va a depender de la naturaleza que le atribuyamos a esta resolución.” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 26.

¹¹²² En este lugar se remite a pie de página (pág. 27) en donde cita a Asencio Mellado, J. M^a, en ese sentido y en el contrario a Montero Aroca y Flors Maties pues sostiene que éstos últimos consideran que “la liquidez no es un presupuesto esencial de la sentencia para su ejecución provisional, pues no lo exigen los arts. 524, 526 ni 528 LEC.”

¹¹²³ Ídem, pág. 27.

¹¹²⁴ Finalmente, de la interesante exposición de FERNÁNDEZ LÓPEZ cabe recoger otra de sus afirmaciones en este lugar, con la que (esta vez sí) coincido plenamente, “como previsión que afecta exclusivamente a la ejecución provisional, hay que tener en cuenta que el art. 525.3 LEC prohíbe expresamente la ejecución provisional de la indemnización otorgada en la sentencia por la que se declare

4.10. LA POSIBILIDAD DE LIQUIDAR LA SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN EN FASE DE EJECUCIÓN A TRAVÉS DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 712 A 720 LEC. CONSIDERACIONES GENERALES.

4.10.1. Breve apunte sobre el concepto de liquidez en la actual LEC del 2000.

Antes de proceder al análisis de las relaciones existentes entre la sentencia con reserva (art. 219 de la LEC) y los actuales incidentes de liquidación en sede de ejecución (arts. 712 a 720 LEC), es necesario hacer unas breves consideraciones previas con respecto a cómo concibe la LEC del 2000 el tema de la liquidez pues, como su propio nombre indica, lo que se reserva en este tipo de sentencia genérica es, precisamente, aquélla. En primer lugar, resulta conveniente **definir** qué se ha de entender por una **sentencia líquida**. A este respecto, de forma negativa y desde un punto de vista jurisprudencial, el TS había ya manifestado que: *No puede calificarse de condena de cantidad líquida aquélla en que se remite su fijación y exigencia al período ejecutivo del fallo, momento procesal en el que es posible, lícitamente, la discusión o controversia de partidas o cantidades por las obras y gastos hechos por el reclamante, circunstancia que excluye la noción de liquidez en los términos y tiempo del fallo, al estar necesitada de concreción. (STS, Sala 1ª, de 5/10/83)*¹¹²⁵. Desde un punto de vista doctrinal, y ya bajo el imperio de la nueva LEC, resultan útiles las siguientes palabras de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: “En sentido estricto, ilíquida es toda condena que no está expresada en euros, o cuya conversión en euros no puede hacerse con una simple operación matemática, desprovista de valoraciones jurídicas o de hecho”¹¹²⁶, a lo que añade posteriormente que: “La Nueva LEC, aunque sin la claridad que hubiera sido precisa utiliza siempre el término “líquido” o “ilíquido”, como sinónimo de determinado o indeterminado; y en él hace referencia al modo en que en la demanda se pide el cumplimiento de una obligación pecuniaria.” De las anteriores palabras se deduce, a mi

vulnerado el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo que si la sentencia se dictó con reserva de liquidación sólo cabrá iniciar la ejecución cuando la sentencia de liquidación también sea firme.” Ídem, pág. 28.

¹¹²⁵ *La Ley*, 1984-1, 880; extraída de la recopilación de jurisprudencia realizada por LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, en GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 303 *in fine* y 304 *ab initio*.

¹¹²⁶ *La ejecución forzosa...*, opus cit., pág. 101.

entender, que es connatural a toda sentencia líquida el ser **de condena**, el recoger una obligación **pecuniaria** y el que ésta esté **determinada**.

Definida de esta forma lo que es una sentencia líquida, el siguiente paso consiste en dilucidar si, con la LEC del 2000 y para el caso de deudas pecuniarias, para poder proceder al **despacho de la ejecución** resulta **necesario** que la sentencia contenga una cantidad **líquida o liquidable**. Dejando momentáneamente de lado lo normado en el artículo 219 LEC, trataré ahora de exponer sintéticamente cuál es el hilo conductor de esta Ley Adjetiva en este campo pues, sea cual sea la respuesta que se dé, la misma tendrá ineludibles consecuencias de enorme trascendencia.¹¹²⁷ A este respecto y en primer lugar, hay que recordar que, a la ejecución dineraria, se puede acudir básicamente a través de dos vías: bien directamente (mediante la consecución de uno de los títulos ejecutivos del art. 517 LEC), o bien a través de la transformación de una ejecución no dineraria en otra sí posea ese carácter¹¹²⁸. Poniendo en relación lo anterior con el concepto de liquidez, se deduce la necesidad de diferenciar entre dos aspectos: en primer lugar el de la necesidad o no de la liquidez de ese título ejecutivo para poder despachar la ejecución (o *liquidez de la obligación*), y en segundo lugar el del alcance de los procedimientos liquidatorios en sede ejecutiva (artículos 712 y siguientes LEC, o *liquidación en fase de ejecución*). En cuanto al primero de los anteriores aspectos, parece haber un consenso generalizado en que esta liquidez se configura como un

¹¹²⁷ Como afirma ARMENTA DEU, T.: “Que la sentencia sea líquida obedece, por una parte, a una elemental coherencia con las exigencias de concreción de lo pedido en la demanda y la contestación (arts. 399.1, *i.f.* y 405.1 LEC); y por otra, a necesidades de la ejecución: para poder ejecutar una sentencia el contenido del fallo ha de ser líquido.” *Lecciones de Derecho Procesal Civil...*, opus cit., pág. 223; seguidamente dicha autora hilvana esta cuestión con lo preceptuado en el artículo 219 LEC.

¹¹²⁸ De esta manera, los casos posibles que se deben tramitar por esta vía son los siguientes:

- 1.- Cuando el título ejecutivo condena a la entrega de una cantidad de dinero determinada.
- 2.- En los casos de ejecuciones de condenas no pecuniarias en los que deviene imposible el cumplimiento *in natura* y se prescribe la posibilidad de ejecutar la condena a través de su equivalente dinerario (este es el supuesto más común de aplicación del procedimiento de los artículos 712 y siguientes LEC). En este caso la ejecución comienza siendo de carácter no dinerario y se torna dineraria mediante una liquidación realizada en sede ejecutiva.
- 3.- El problema surge en los supuestos en que el propio título establece una deuda de carácter ilíquido. Tienen aquí especial relevancia el artículo 219 LEC, que impide (para los títulos ejecutivos judiciales) esta falta de liquidez, y el **artículo 520 LEC**, que prescribe expresamente para los títulos extrajudiciales que la cantidad deberá ser determinada, exceder de 300 euros y ser: en dinero efectivo, en moneda extranjera convertible (siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente, caso resuelto en el artículo 577 LEC) o en cosa o especie computable en dinero (caso resuelto por aplicación sistemática de los artículos 550 y 575 LEC).

presupuesto de la ejecución dineraria¹¹²⁹. La Ley exige, por tanto, que el **título ejecutivo** sea **líquido**¹¹³⁰ para el despacho de la ejecución dineraria¹¹³¹. De esta forma, el primer artículo de la ejecución dineraria (el **571 LEC**) marca claramente el ámbito de la misma al prescribir que: *Las disposiciones del presente Título se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida*. Seguidamente el **572 LEC** determina cuándo se considera líquida la cantidad recogida en el título ejecutivo¹¹³², y únicamente permite la iliquidez de las cantidades que se soliciten *por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine*¹¹³³. Liquez que, por otro lado, también resulta deducible de otros preceptos de la norma¹¹³⁴, informándola transversalmente a modo de postulado de

¹¹²⁹ Sobre este punto se pueden consultar diversos manuales y autores. Por su claridad es especialmente interesante el de CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, opus cit., que analiza la liquidez de la obligación en sus págs. 191 a 205.

¹¹³⁰ En lo referente a los títulos ejecutivos extrajudiciales *vid.* CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial*, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial, 53, Madrid, 2004, págs. 477 a 497, en donde analiza pormenorizadamente los conceptos de deuda líquida, liquidable e ilíquida, así como las deudas liquidables a través de los procedimientos establecidos en la LEC. Por su parte, ARMENGOT VILAPLANA, ALICIA, sostiene que: “Es sabido que para poder desarrollar actividad ejecutiva por pretaciones dinerarias es preciso que el título ejecutivo incorpore el deber de entregar una cantidad de dinero líquida [art. 571 LEC]”. *El requisito de la liquidez de la deuda para poder acceder a la ejecución forzosa: la determinación del saldo por operaciones en cuenta y el ámbito de aplicación del art. 574 LEC*, en Tribunales de Justicia, número 11, noviembre de 2003, págs. 1 a 20, pág. 1 para el anterior fragmento; se ha respetado la cursiva del original consultado.

¹¹³¹ Con respecto a esta delimitación terminológica *vid.* PARDO IRANZO, VIRGINIA, *La ejecución sustitutiva de la específica en la LEC/2000*, en Tribunales de Justicia/Abril 2002, págs. 2 y 3. A lo que aquí interesa esta autora afirma que la diferenciación terminológica se ha de hacer entre ejecución dineraria o no dineraria por un lado y específica o genérica por otro. De esta manera la primera clasificación se referiría al objeto de la condena, mientras que la segunda al resultado de la ejecución.

¹¹³² ARMENGOT VILAPLANA, A., comenta que por “líquida” se entiende “aquella que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles que indiquen una suma de dinero *cuantitativamente precisada* (art. 572.1 LEC)”. *El requisito de la liquidez de la deuda...*, opus cit., pág. 1; se ha respetado la cursiva del original consultado.

¹¹³³ Con respecto a éstos últimos afirma ARMENGOT VILAPLANA, A., que: “Debe asimismo conocerse que para aquellos conceptos cuya liquidación resulte imposible en el momento de presentar la demanda ejecutiva y de acordar el despacho de la ejecución, la ley prevé un modo de determinación provisional de tales cantidades para que, pese a su falta de liquidez, puedan también incluirse en la demanda ejecutiva y puedan ser fijadas en el despacho de la ejecución (art. 572.1 *in fine* LEC)”. Ídem; en este momento se remite a la nota 3 (ídem, pág. 13) en donde cita a Sancho Fraile, J., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 2000, T. III, págs. 2787 y 2790.

¹¹³⁴ Así, por ejemplo, de los artículos **549 LEC** (que exige que en la demanda ejecutiva se precise, en su caso, la cantidad), del **550 LEC** (que exige que a la demanda ejecutiva se acompañen los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento), del **553 LEC** (que afirma que el auto por el que se despacha la ejecución contendrá la cantidad por la que se despacha ejecución, en su caso) y del **575 LEC** (que en sede de determinación de la cantidad y despacho de la ejecución establece que no se despachará ejecución si en la demanda ejecutiva no se expresan los cálculos legalmente previstos o no se acompañan los documentos exigidos). Sobre la liquidez de la cantidad para el despacho de la ejecución se

la misma. Por tanto, de lo anterior ya se deduce, que **la sentencia siempre deberá ser líquida** para poder dar lugar a que se **despache la ejecución** de lo en ella contenida.

Ahora bien, como el sistema contenido en la LEC del 2000 no es tan sencillo como de lo anterior pareciera, resulta interesante recoger en este momento el planteamiento de ORTELLS RAMOS¹¹³⁵ quien, en consonancia con lo anteriormente expuesto, afirma que es necesario que la prestación esté determinada claramente en el título ejecutivo, lo que comporta, en el caso de la ejecución dineraria, que en aquél se determine la concreta deuda líquida. Ahora bien, esta regla general, tendría excepciones ya que, en caso contrario, sería siempre necesario acudir a un nuevo proceso declarativo, lo cual podría resultar, en ciertos supuestos, injustificado. Estas excepciones se traducirían en dos modos de liquidación: los consistentes en **operaciones técnicas** y los que se articularían a través de procedimientos declarativos especiales. En los primeros, la liquidación se efectuaría aplicando reglas de cálculo a datos del título ejecutivo o a datos de carácter notorio. Estos modos serían: el cálculo de intereses ya devengados (arts. 574 a 576¹¹³⁶ LEC, en relación con arts. 1108 y 1109 CC), el cómputo a dinero de cosa o especie (art. 520.1.3º LEC) y la determinación del saldo de operaciones en cuenta (arts. 572 y 573 LEC).

Por contraposición a los anteriores, los modos consistentes en **procedimientos declarativos especiales** serían precisamente los recogidos en los artículos 712 a 720 LEC, los cuales engazarían con la anunciada **liquidación en fase de ejecución** pues,

deberá por tanto acudir a instituciones como la ejecución por saldo de operaciones (**572 y 573 LEC**), y la ejecución en casos de intereses variables (**574 LEC**).

¹¹³⁵ *Derecho Procesal Civil*, opus.cit., págs. 754 y ss.

¹¹³⁶ En cuanto al supuesto de la liquidación de intereses de la mora procesal (actualmente regulado en el artículo 576 de la LEC) apuntar que bajo la vigencia de la LEC de 1881, existía la duda sobre la incardinación de este supuesto dentro de los casos en los que se debería aplicar el procedimiento de liquidación puesto que, conociendo el día inicial del devengo y siendo legal el tipo de interés, parecería que no sería necesario acudir a ningún tipo de incidente, precisándose únicamente una resolución judicial que lo fijase. Como afirman MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., se trataría de realizar una simple operación aritmética en la que no harán falta ni valoraciones fácticas ni jurídicas. *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1348. Ahora bien, interesa en este punto remarcar (como hacen los autores anteriormente citados) que con la anterior LEC en los juzgados se acudía a uno de estos dos procedimientos:

- El Secretario Judicial procedía a la liquidación de intereses conjuntamente con la práctica de la tasación de costas, siempre a petición de parte.

- Se daba a la propuesta de liquidación de intereses que realizaba la parte la tramitación seguida en los artículos 928 y siguientes de la ALEC.

Por tanto, si se sigue el segundo de los criterios mencionados, éste era uno de los supuestos en los que se acudía a los incidentes declarativos en sede ejecutiva para efectuar la correspondiente liquidación (concretamente con la LEC de 1881 se aplicaban a este supuesto los anteriores artículos 932 y siguientes).

como afirma el mismo ORTELLS RAMOS, sería en este caso cuando se deberían aplicar. Este autor trae expresamente a colación los supuestos de los intereses futuros y costas de la ejecución (575 LEC) y el de ejecución por deudas en moneda extranjera (577 LEC)¹¹³⁷. Por tanto, y en cuanto a lo que ahora interesa, define dos supuestos claramente distintos a la hora de plantear el acceso a la ejecución dineraria, estribando la principal diferencia entre ellos en el modo de realizar la liquidación¹¹³⁸. Este sería, a grandes rasgos, el sistema que, sobre la liquidez, articula la LEC del 2000. Dentro de este marco, en los siguientes subapartados se tratará de dirimir la conexión (si existe alguna) entre la sentencia con reserva y esos procedimientos declarativos especiales que, desde la LEC de 1855, estuvieron tan inextricablemente unidos a aquélla.

4.10.2. Breve estudio de los procesos incidentales regulados en los artículos 712 a 720 LEC.

Aun no siendo los incidentes regulados en los artículos 712 a 720 LEC el objeto principal del presente estudio, considero necesario un breve análisis de los mismos pues ello, a modo de nuevo haz de luz, ayudará a dilucidar qué relación guardan con la sentencia con reserva, siendo preciso ahora recordar que, en las anteriores leyes de enjuiciamiento, se estableció una vinculación directa entre ambos bloques normativos. De hecho, fue la existencia de estos incidentes declarativos lo que permitió el abuso de

¹¹³⁷ En relación al caso en concreto del cómputo de moneda extranjera sin cotización oficial (actualmente regulado en el artículo 577.2.párrafo segundo de la LEC) cabe apuntar que este supuesto, en la regulación anterior, no estaba expresamente regulado, ya que el precepto correlativo al mismo, el **artículo 1435 ALEC**, establecía expresamente que para despachar ejecución era necesario que la cantidad líquida fuera en dinero efectivo, en cosa o especie computable en dinero, o bien “*en moneda extranjera admitida a cotización oficial, siempre que la obligación de pago de la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente*”. Me remito en este punto a lo observado por PRIETO-CASTRO, quien sostuvo que este precepto no se podía estudiar aisladamente y se debía relacionar entre otros con los antiguos artículos 1436.1, 1440.4, 1445, 1446, 1481.3 y 1508.2 ALEC. *Derecho Procesal Civil*, opus cit., págs. 498 y 499, en la cual se remite a su otra obra *Tratado*, II, págs. 106 y ss. No se entrará en el análisis pormenorizado de los anteriores artículos porque no es el objeto de este trabajo y porque, como se ha comentado, el supuesto de ejecución de moneda extranjera sin cotización oficial estaba vedado en la anterior regulación. Baste decir, siguiendo nuevamente a PRIETO-CASTRO, que la regulación anterior fue modificada por la Ley de 6 de agosto de 1984, en un intento de solucionar definitivamente un problema que había sido objeto en la práctica de resoluciones dispares. Después de esta reforma de 1984 se varía la regulación del mismo, pasándose del bloque de la ejecución singular al bloque del proceso documental y cambiario.

¹¹³⁸ Es decir, según si la misma consistiera simplemente en la aplicación de unas reglas de cálculo establecidas legalmente o en el título ejecutivo, o bien si fuera necesario un previo debate entre las partes en el correspondiente declarativo especial.

aquel tipo de sentencias, no pudiéndose comprender tampoco sin ellos lo que GUASP denominó la *hipertrofia* de la ejecución.

4.10.2.1. Ubicación sistemática y ámbito de aplicación de los artículos 712 a 720 LEC.

La normativa que ahora es objeto de interés se halla incardinada dentro del Capítulo IV, del Título V (*De la ejecución no dineraria*, arts. 699 a 720) del Libro III (*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*, arts. 517 a 747). Esta ubicación, lejos de ser irrelevante, da una serie de pistas sobre la configuración de estos procedimientos en la actual normativa procesal civil. En este sentido, obsérvese que se hallan encuadrados en el libro referente a la **ejecución forzosa**, y específicamente en el título de la ejecución **no dineraria**, lo que ya sugiere que será en este tipo de ejecuciones en las que deberían ser utilizados con mayor frecuencia¹¹³⁹.

Nuclear para comprender la interrelación entre estos procesos incidentales y la sentencia con reserva resulta fijar el **ámbito de aplicación** de aquéllos, a los efectos de poder esclarecer si existe una verdadera interconexión entre ambos institutos. La primera clave para dilucidar dicha cuestión se encuentra en lo normado en el primero de los preceptos que los desarrollan, el **artículo 712 LEC**, el cual prescribe que: “*Se procederá del modo que ordenan los artículos siguientes siempre que, conforme a esta Ley, deba determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase o determinar el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración.*” De la lectura del anterior precepto se deviene que, aunque no resuelve directamente la interrogación planteada, da una pista esencial, pues refiere que sólo se podrá acudir a estos incidentes cuando ello resulte previsto *conforme a esta Ley*¹¹⁴⁰. Por tanto, aunque es cierto que los conceptos

¹¹³⁹ Aunque, como se verá, estos procedimientos se escapan del estricto corsé de la ejecución no dineraria, para ser de aplicación a otros heterogéneos supuestos.

¹¹⁴⁰ Las principales coordenadas que, en cuanto al ámbito de aplicación de estos incidentes, fija dicho precepto son, a mi entender, las siguientes:

a) Ha de darse una remisión legislativa que únicamente puede llevarse a cabo desde la propia LEC.

cuyas cantidades se han de fijar a través de este cauce procesal son sustancialmente idénticos a los previstos para la sentencia con reserva, por la evidente trasposición de la anterior normativa a la actual estructura, lo que explica que se les añada explícitamente el tradicional supuesto de los daños y perjuicios, y que ello podría llevar a cierta confusión; no es menos cierto que la llamada que exige este artículo comporta la negación de conexión alguna entre estos incidentes y la sentencia con reserva, al proscribirlo además expresamente el actual art. 219 LEC.

Por otro lado, el art. 712 LEC establece que estos incidentes están previstos para fijar determinadas cantidades *en la ejecución forzosa*¹¹⁴¹ no estándose, por tanto, en estos casos, ante la concreción de la cuantía de un título ejecutivo liquidable (judicial o extrajudicial) sino ante una verdadera liquidación en la fase de ejecución¹¹⁴². Ahora bien, lo anterior no se desprende necesariamente del citado art. 712 LEC, resultando imprescindible el artículo 219 LEC para acabar de perfilar ese ámbito de aplicación de los susodichos incidentes. De hecho, es este último precepto el que lleva a DE LA OLIVA a defender que, en ningún caso, las sentencias judiciales de condena permitirán acudir a los mismos, sino únicamente los laudos arbitrales o resoluciones aprobatorias

b) Su operatividad parecería circunscribirse a la ejecución forzosa y a una finalidad muy concreta: la determinación de cantidades. Empero, como se verá, la LEC amplía en algunos casos la aplicabilidad de estos procedimientos más allá de los supuestos previstos en esa sede.

c) Esta determinación únicamente se referiría a un conjunto de casos tasados: equivalente pecuniario de una prestación no dineraria, fijación de cantidad por daños y perjuicios, fijación de cantidad por frutos, rentas utilidades o productos y determinación del saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración.

¹¹⁴¹ Aquí resulta relevante apuntar la distinción entre los mecanismos de concreción de cantidades de títulos ejecutivos que se consideran realmente como líquidos, y los procedimientos de los artículos 712 y siguientes LEC, pues estos últimos no solamente se diferencian por una diversa tramitación, sino también por su totalmente distinta finalidad, a saber, el determinar ya en la ejecución (salvo contados casos) y, únicamente cuando así se establezca legalmente, la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos o el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración. En el mismo sentido se pronuncia SÁNCER PELEGRINA, J. A., *Procedimiento de liquidación...*, opus cit., págs. 31 y 32.

¹¹⁴² Como afirma PARDO IRANZO, V., es cierto que la ejecución dineraria es la oportuna tanto cuando se condene a la entrega de una cantidad de dinero como cuando la condena siendo no pecuniaria devenga imposible; en cuyo caso hará falta pagar el equivalente pecuniario de la prestación en todo caso, al cual se podrán añadir los daños y perjuicios que se hubieren podido producir. Engarzando con esta afirmación se podría defender que este Capítulo IV del Título V se pudiese titular de otra manera por ejemplo, como parece insinuar la anterior autora, como “de la ejecución sustitutiva de la específica”. *La ejecución sustitutiva...*, opus cit., pág. 2. En todo caso lo ahora relevante es que, llámese como se quiera, en este Capítulo IV se regula una verdadera liquidación en fase de ejecución.

de transacciones judiciales¹¹⁴³. Para este autor está claro que la reserva de liquidación comporta que la liquidación se deba llevar a cabo en un declarativo posterior¹¹⁴⁴.

De lo anterior se deduce que **no existe una conexión directa** entre la sentencia con reserva y los incidentes regulados en los arts. 712 a 720 LEC, como tampoco existe inmediata vinculación entre aquella y otros fenómenos liquidatorios, como son aquellos en los que resulta necesario liquidar cantidades en la fase ejecutiva¹¹⁴⁵. Por otro lado, también es importante precisar que la Ley no exige siempre el que se inicie el proceso de ejecución para la aplicabilidad de los procedimientos de los arts. 712 y ss. LEC¹¹⁴⁶,

¹¹⁴³ SÁNCER PELEGRINA, J. A., *Procedimiento de liquidación...*, opus cit., página 39.

¹¹⁴⁴ Cfr. DE LA OLIVA, A., DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS, J., y BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., págs. 389 y 390. También CORDÓN MORENO, F., es de la opinión que la liquidación no se puede dejar para la fase de ejecución en los casos del 219.3 LEC, sino para un proceso declarativo posterior; pleito en el que, como afirma este autor, la condena al pago declarada en el proceso anterior tendrá carácter vinculante (cosa juzgada positiva), afirmando asimismo que estas primeras sentencias del 219.3 LEC no pueden constituir título ejecutivo. *El Proceso de Ejecución*, opus cit., pág. 93. En el mismo sentido de considerar que la sentencia con reserva se ha “de liquidar en un proceso declarativo con carácter exclusivo y excluyente” encontramos a FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., quien asevera que “a pesar de que el capítulo en el que se incardina [el “incidente previsto en los arts. 712 y ss. LEC”] se denomina *De liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas*, se trata de un procedimiento destinado a liquidar otros conceptos distintos a los que son objeto de la sentencia con reserva [aquí se remite a pie de la página 25 en donde afirma que: “No se trata, pues, de una antinomia del texto normativo, a diferencia de lo que sostiene GARBERÍ LLOBREGAT, J.”]: los arts. 712 y ss. LEC están dirigidos a permitir la liquidación de toda una serie de daños y perjuicios que, lejos de constituir la pretensión principal del actor en la fase declarativa, tienen como común denominador el tratarse de daños y perjuicios provocados con ocasión de actuaciones procesales o, en su caso, de compensación pecuniaria por el incumplimiento de prestaciones de dar, hacer o no hacer [aquí vuelve a remitirse a pie de la página 25, en donde cita ahora a ORTELLS RAMOS, M.].” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 25.

¹¹⁴⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., relaciona cuáles son los casos a los que la Ley se remite expresamente a los incidentes de los arts. 712 y ss., relacionando el de la determinación del “equivalente pecuniario de una condena no pecuniaria” en base al mismo art. 712 LEC, así como los normados en los artículos 742, 533.3, 534, 577.2, 575 y 576 LEC, afirmando seguidamente que: “La expresión del art. 712 LEC hace imposible liquidar por dicho cauce otro tipo de daños y perjuicios que se pueden producir en el seno del proceso pero cuya cuantificación no se remite al incidente de los arts. 712 y siguientes de la LEC, aunque la buena lógica así lo aconsejase.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 79. Por su parte CORDÓN MORENO, F., también relaciona una serie de supuestos en que es necesaria esa liquidación en fase de ejecución. Se trataría de supuestos tasados, aunque de naturaleza heterogénea; a juicio de este autor estos casos serían:

1. La ejecución de laudos arbitrales y de transacciones en los que se contenga una condena ilíquida.
2. El caso de la exacción de las costas procesales por vía de apremio (artículos 243 y siguientes LEC).
3. Los supuestos de los artículos 712 y siguientes LEC. *El Proceso de Ejecución*, opus cit., págs. 192 y 193.

A estos casos, a mi juicio, hay que añadir otros dos supuestos más, en este punto en concordancia con ORTELLS RAMOS, M., el cual los inscribe también dentro de los modos de liquidación consistentes en procedimientos declarativos especiales:

- El de los intereses de la mora procesal (artículo 576 LEC).
- El de la deuda en moneda extranjera (artículo 577 LEC).

¹¹⁴⁶ Aunque ello es lo más habitual, al ser su función más paradigmática la de ser mecanismos transformadores de ejecuciones no dinerarias en otras que sí lo sean. Ahora bien, hay que añadir que también se prevén casos en los que la liquidación es necesaria para integrar el título ejecutivo y, por tanto, para permitir el despacho de la ejecución (v. gr. los de los artículos 40.7, 569.2, 742 y 746 LEC). Este

aunque también aquí la llamada a los mismos ha de ser legal, por el mandato del citado artículo 712 LEC. En éstos últimos supuestos se busca crear, a través de ellos, un verdadero título ejecutivo¹¹⁴⁷.

hecho podría avalar la diferenciación propuesta por ORTELLS RAMOS, M., entre dos modos de liquidación: los consistentes en operaciones técnicas (como por ejemplo el supuesto de los intereses ya devengados de los artículos 574 y siguientes de la LEC) y los consistentes en procedimientos declarativos especiales (artículos 712 y siguientes de la LEC). Pero esta clasificación no será la que se seguirá en el presente estudio, al hacer hincapié la tesis de ORTELLS RAMOS, M., en el modo en que se liquida (aportando ciertamente una visión parsimoniosa del tema), mientras que la que se defiende en este estudio pone el acento en el significado de esa liquidación, en el momento en que se ha de realizar.

Los motivos de lo anterior son de carácter histórico y sistemático. Histórico porque los procedimientos estudiados tenían relevancia justamente dentro del marco de la propia ejecución forzosa; ha sido el cambio producido por el artículo 219 de la nueva LEC el que los ha desconfigurado, limitándolos extraordinariamente. En segundo lugar hay un motivo de carácter sistemático. El hecho que la liquidación se efectúe antes o después de despachada la ejecución no es una cuestión baladí; no es irrelevante porque las diferencias no son meramente cronológicas o de forma sino de naturaleza jurídica. Los denominados modos de liquidación consistentes en operaciones técnicas no son más que presupuestos para la correcta integración del título ejecutivo. Por el contrario, los modos de liquidación consistentes en procedimientos declarativos especiales son, como su nombre indica, verdaderos declarativos que o bien transforman una ejecución de un tipo (no dineraria) en otra (dineraria) o bien permiten acudir a esta ejecución creando “de la nada” un título ejecutivo (no simplemente integrándolo correctamente). Por todo ello no se seguirá aquí la sistemática de ORTELLS RAMOS, M., reconociendo que ambas clasificaciones no son contradictorias sino más bien complementarias. Es necesario, por tanto, afirmar que la liquidación en fase de ejecución no es el único objeto de los procedimientos de los artículos 712 y siguientes LEC; ahora bien, y esto es lo que justifica la precisión terminológica aquí apuntada, se ha de afirmar que toda liquidación en fase de ejecución ha de seguir los procedimientos de estos artículos. Por ello, estos declarativos se encuadran dentro del Título de la ejecución no dineraria (Título V del Libro III, concretamente en su Capítulo IV); y en consecuencia, la Ley lo diferencia claramente del resto del articulado y de los preceptos que regulan las cantidades líquidas (artículos 572 y siguientes LEC, organizados dentro del Capítulo I del Título IV).

¹¹⁴⁷ Serían supuestos en los que serían de aplicación los arts. 712 a 720 LEC, con la finalidad de constituir verdaderos títulos ejecutivos. La siguiente es una breve sinopsis bibliográfica sobre todos ellos los cuales, asimismo, se pueden dividir en dos grandes bloques, según su génesis se derive del propio proceso (intra-procesales) o no.

1. Supuesto de la condena en moneda extranjera. Cfr. arts. 577.2.2º LEC y 1435 ALEC. *Vid.* LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO, *Procedimiento de liquidación del artículo 712 de la LEC*, en *Práctica de Tribunales*, Año III, número 26, abril 2006, págs. 6 a 16, opus cit., pág. 10; que en este punto sigue a Illescas Rus y otros, *Comentarios a la nueva LEC*, editorial Iurium, Barcelona, 2000, págs. 3.199 y 3.200. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, opus cit., pág. 761, quien aporta la interesante STC: 176/1985, de 17 de diciembre, sobre la fijación del valor de moneda extranjera sin cotización oficial. CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, opus. cit. págs. 204 y 205. LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, quienes aportan la STS (Sala 1ª) de 8/5/1991, *La Ley*, 1991-3, 441, en su compilación de jurisprudencia en GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 304.

2. Supuestos de las condenas accesorias al pago de las costas e intereses.

a) Para el supuesto de los intereses futuros, cfr. artículo 575.1 de la LEC.

b) Para las costas del declarativo, cfr. artís. 539.2 y 241 y ss. LEC; *vid.* CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, opus cit., págs. 186, 187 y 205. MARTÍN CONTRERAS, LUIS *Las costas procesales y la ejecución forzosa*, en C.G.P.J., *La ejecución civil*, opus cit., págs. 462 y ss. SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ (coordinador); CENIZO GARDUÑO, SANTIAGO; FERNÁNDEZ ROZADO, MANUEL; HOLGADO ESTEBAN, JUAN; PANISELLO MARTÍNEZ, JUAN y PUIG BLANES, FRANCISCO DE PAULA, *Práctica del Proceso Civil*, volumen tercero: *La ejecución forzosa. Procesos especiales*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A., 1ª edición, 2005, pág. 28; y CENIZO GARDUÑO, S., ídem, págs. 475 a 477. Para las costas procesales de la ejecución, *vid.* ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, opus cit., pág. 759.

4.10.2.2. Objeto y naturaleza jurídica. Naturaleza jurídica de las normas que rigen estos procedimientos y sus consecuencias.

Inextricablemente ligada a su ámbito de aplicación, se halla la cuestión del **objeto** de estos procesos incidentales. Ciñéndome al alcance que tienen los mismos en el ámbito de la ejecución, y como se expuso anteriormente, sabemos que van dirigidos a liquidar cantidades¹¹⁴⁸ y, básicamente, a hacerlo para permitir que una determinada ejecución no

c) Para los intereses de la mora procesal, cfr. arts. 575.1 y 576 de la LEC, y 267 LPL. Cfr. también art. 921.IV de la LEC 1881, y SSTs de 20 de febrero de 1988, de 10 de abril de 1990, 8 de marzo de 1991, 29 de febrero de 1992, 20 de junio 1994 y de 18 de noviembre de 1996, y STC 206/1993 de 22 de junio. Vid. CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, opus cit., la exposición que sobre los mismos realiza en sus págs. 199 a 203. PEREDA GÁMEZ, F. J., *La ejecución no dineraria...*, en C.G.P.J., *La ejecución civil*, opus cit., pág. 384, donde recoge el AAP de Salamanca de 2 de mayo 2002; y de este mismo autor *La sentencia...*, en C.G.P.J., *Los procesos declarativos*, opus cit., especialmente págs. 311 y 312. MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, opus cit., pág. 1348. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, opus cit., pág. 756. LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, quienes aportan la STS (Sala 1ª) de 27/2/99, *La Ley*, 1999, 3241, en la recopilación de jurisprudencia que realizaron en GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., págs. 304 *in fine* y 305 *ab initio*.

3. Los supuestos de títulos ejecutivos consistentes en resoluciones diferentes a la sentencia. Vid. LACABA SÁNCHEZ, F., *Procedimiento de liquidación del artículo 712 de la LEC*, opus cit., pág. 11, en el que hace mención expresa en este punto a Daza Velasquez de Castro, Roberto, *Ejecución forzosa en el proceso civil*, Granada, 2004.

4. Supuestos dudosos. Vid. ORTELLS RAMOS, M., en GIMENO SENDRA, VICENTE (director); ASECIO MELLADO, JOSÉ MARIA; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, TOMÁS; ORTELLS RAMOS, MANUEL y PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Proceso civil práctico*, VIII-1, Artículos 634 a 720, *El procedimiento de apremio. Ejecución no dineraria*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2001, (citado también por LACABA SÁNCHEZ, F., opus cit., pág. 11); en donde analiza los artículos 699 a 747 (págs. 322 a 332, en la actualización de enero del 2004), siguiendo al estudio del citado autor un índice de jurisprudencia (págs. 333 a 340), completándose finalmente con un índice de formularios (págs. 340 a 372); ambos índices han sido actualizados en octubre del 2007; a partir de la misma cfr. arts. 40.7 en rel. 569.2 y .3, 64.2, 298.2, 538.4, 566.1, 598.2, 698.2, 730.2 en rel. 742 y 743, y 785.3 LEC.

5. Supuestos objeto de procedimientos de liquidación de mayor especialidad. Siguiendo de nuevo a ORTELLS RAMOS, M., ídem, (también citado por LACABA SÁNCHEZ, F., opus cit., pág. 12), serían supuestos en los que la ley establecería la posibilidad de una condena directa a la indemnización; cfr. artículos 375.2, 442.1 y 633.2 LEC.

6. Para una comparación entre ALEC y LEC. Vid. CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, opus cit., págs. 92 y 439. SÁNCER PELEGRINA, J. A., *Procedimiento de liquidación...*, opus cit., pág. 32.

No voy a realizar en este momento una valoración de la utilidad práctica de cada uno de los anteriores instrumentos. Sólo apuntaré que, en cuanto a la liquidación de los daños intra-procesales ya afirmaba CARNELUTTI, F., al referirse a dicha problemática en el proceso italiano de su época, que: “La condena al resarcimiento de los daños, cuando es consentida [...], puede, en cambio, como suele decirse, ser *genérica*, esto es, reservar la liquidación para un juicio sucesivo; en la práctica, todavía no he visto una condena al resarcimiento de los daños dependientes del proceso, que contenga su tasación.” *Sistema de derecho procesal civil*, IV *Procedimiento de conocimiento*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, adiciones de derecho español por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, pág. 360.

¹¹⁴⁸ En este sentido se pronuncia LACABA SÁNCHEZ, F., cuando afirma que los cuatro procedimientos de los artículos 713 y siguientes “tienen una finalidad común, y es la de transformar una condena inicialmente ilíquida en una suma líquida cuando en la resolución judicial no venga aquella determinada de modo concreto con letras, cifras o guarismos comprensibles, o cuando no pueda quedar fijada mediante la realización de simples operaciones aritméticas”. *Procedimiento de liquidación del artículo 712 de la LEC*, opus cit., pág. 10.

pecuniaria se transforme en una que sí lo sea o, dicho de otra manera, que se pase del primero al segundo tipo de prestación,¹¹⁴⁹ siendo ésta una de sus principales funciones en esta sede, pero no la única.¹¹⁵⁰ Aclarado cuál es su objeto, se puede proceder seguidamente al estudio de su **naturaleza jurídica**, respecto a la que surgen las interrogaciones de si se trata de procedimientos incidentales, y de si su naturaleza es ejecutiva o declarativa. A ellas se intentará responder en las siguientes líneas.

1.- ¿Se trata de procedimientos incidentales?

La definición de lo que es una cuestión incidental la da la propia **LEC** la cual, en su **artículo 387**, prescribe que *son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso*, diferenciándose en los artículos 389 y 390 LEC las cuestiones incidentales de especial pronunciamiento¹¹⁵¹ y las de previo pronunciamiento¹¹⁵². Para todas ellas el artículo 388 LEC establece que se deberá acudir en primer lugar al

¹¹⁴⁹ Para GUASP, J., y ARAGONESES, P., el objeto de todo proceso de liquidación “es la fijación de una cantidad numéricamente determinada, es decir, de una cantidad líquida.” *Derecho Procesal Civil*, opus cit., pág. 602.

¹¹⁵⁰ De esta forma se pueden diferenciar dos grandes tipos de supuestos:

1) En el primer caso, estos incidentes sirven de llave para poder transformar una ejecución de carácter no dinerario en otra que sí lo sea, buscando normalmente fijar el pertinente equivalente pecuniario de una prestación no dineraria, si concurren una serie de requisitos, fundamentalmente dos: la imposibilidad de la prestación *in natura* y la instancia del ejecutante, fruto este último del principio dispositivo que informa toda la legislación procesal civil, y la tramitación de este incidente. Por tanto, en estos supuestos, sucede lo siguiente:

- Se concluye un declarativo en el que se dicta una sentencia de condena de carácter no pecuniario.
- Seguidamente, al no cumplirse voluntariamente la misma, se procede a su ejecución forzosa conforme al correspondiente precepto del Título V.
- Se acredita que la prestación objeto de condena ha devenido imposible, siendo necesaria su sustitución por el equivalente pecuniario.
- Se tramita el incidente declarativo de los artículos 712 y siguientes LEC que corresponda.
- Se prosigue la ejecución convertida ahora en una ejecución de carácter pecuniario.

2) Los de la fijación de cantidades debidas en ejecución en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase. En estos supuestos, a diferencia de los anteriores, el incidente no tiene como finalidad transformar la ejecución, sino simplemente permitir que, en su seno, se proceda a liquidar una determinada cantidad ilíquida que, por su relación directa con el principal objeto de la misma, haya de ser (por economía procesal) dilucidada en ella.

¹¹⁵¹ Que exigen que el tribunal decida sobre ellas separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito (art. 389 LEC) y que no suspenden el curso del proceso.

¹¹⁵² Que se ocasionan cuando supongan un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios (art. 390 LEC) y que sí comportan la suspensión de las actuaciones. Están tasadas, puesto que han de estar expresamente previstas en la Ley, o formar parte de alguno de los casos prescritos en el **artículo 391 LEC**.

procedimiento específico legalmente establecido para cada una de ellas y, en caso de carecer de él, al Capítulo VII del Título I del Libro II (arts. 387 a 393 LEC).¹¹⁵³ Estos artículos son suficientes para poder definir los procedimientos recogidos en los arts. 712 y ss. LEC como de carácter incidental ya que, actualmente, en ellos **no** se dilucida la cuestión que constituye *el objeto principal del pleito*, pues éste último ya ha debido ser recogido en el correspondiente título ejecutivo. Lo que se produce normalmente en estos casos es la necesidad de **transformar** lo que sí fue originariamente ese *objeto principal* (una prestación *in natura*) en una cantidad líquida; por ello, en la generalidad de los casos, estos procedimientos se iniciaran en el seno de una ejecución ya avanzada¹¹⁵⁴. En este sentido, su función aparentemente es idéntica a la que juega, en la sentencia con reserva, el segundo declarativo (sobre el *quantum*), pero con la nuclear diferencia que, mientras que en la sentencia con reserva falta por fijar lo que *originariamente es principal* (falta dilucidar el *pleito*), en estos incidentes se determina lo que, por el incumplimiento de aquello, se debe. Y en este sentido es lógica su existencia, pues el deudor ya fue condenado a una prestación, que además no ha satisfecho en el seno de una ejecución forzosa; obligar en estos casos a acudir a un segundo declarativo, cuando el actor ya cumplió en su momento con sus correspondientes cargas para poder obtener la correspondiente sentencia de condena sería, sencillamente, injusto.¹¹⁵⁵ Ello no

¹¹⁵³ Como se observa, para dilucidar este punto se ha de acudir a la normativa existente en sede declarativa pues, en ejecución, no existe referencia alguna a las cuestiones incidentales. Sí que se regulaba esta cuestión de forma expresa, en sede de ejecución, en la LPL y en la actual LRJS. Cfr. MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Cuestiones generales de la ejecución definitiva de las sentencias (artículos 235 a 245 LPL)*, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución Laboral*, Manuales de Formación Continuada, 23, Madrid, 2004, págs. 48 a 51.

¹¹⁵⁴ Así el mismo artículo 712 LEC delimita el ámbito de aplicación de estos procedimientos definiéndolos como aquellos que en sede de ejecución forzosa busquen fijar un equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o liquidar una determinada cantidad. El proceso, pleito principal, lo forma la correspondiente ejecución que tiene como finalidad satisfacer un derecho del ejecutante reconocido por la correspondiente resolución judicial; satisfacción de carácter coactiva pues, como bien se define en el Libro III, se está en sede de ejecución forzosa. El Ejecutado ya perdió, en su caso, la posibilidad de cumplir voluntariamente (548 LEC). El procedimiento liquidatorio irrumpe en este procedimiento principal para facilitar su consecución. Se trata por tanto de un incidente.

¹¹⁵⁵ Cuestión derivada de la anterior, y siguiendo la propia sistemática de la LEC, es la de dilucidar de qué tipo de procedimientos incidentales se trata, es decir, si de cuestiones de especial o de previo pronunciamiento. Al respecto sólo apuntaré que, en mi opinión, resulta difícil encuadrarlos en alguno de estos tipos pues estas definiciones se dirigen a cuestiones advertidas en el declarativo principal. El hecho de que estos procedimientos tengan una regulación específica (artículo 388 LEC) en sede de ejecución les hace tomar una naturaleza peculiar. Por un lado se asemejan a las cuestiones de especial pronunciamiento (389 LEC) porque este procedimiento no suspende la ejecución. Pero, obviamente, se aleja de ellas pues no se han de resolver antes de entrar a resolver lo que sea objeto principal del pleito (pues ello ya fue dilucidado en el declarativo principal y objeto del correspondiente despacho de la ejecución). Por otro lado, con respecto a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (390 LEC) se diferencia de ellas pues estos procedimientos no suspenden la ejecución, pero al mismo tiempo se asemeja en el sentido de que esa liquidación soluciona un obstáculo a la continuación de la ejecución por sus trámites ordinarios; es más, resulta imprescindible para la consecución de la misma. De todo ello se deriva que

significa que considere correcta la necesidad de acudir a ese segundo declarativo en el caso del dictado de una sentencia con reserva pero, cuanto menos, no es manifiestamente injusta.

2.- ¿Su naturaleza es ejecutiva o declarativa?

Históricamente no ha habido dudas en la doctrina sobre la naturaleza declarativa de estos incidentes¹¹⁵⁶. Actualmente, y a pesar de la variación sufrida por su objeto ahora centrado fundamentalmente en esa transformación de una ejecución no dineraria en una pecuniaria¹¹⁵⁷, entiendo que se puede seguir manteniendo el mismo enfoque. Siguiendo en parte el esquema empleado en su momento por ARIAS LOZANO¹¹⁵⁸, intentaré defender la anterior afirmación con los siguientes argumentos:

estos procedimientos tienen una naturaleza muy parecida a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento, con las salvedades mencionadas. Concretamente con las mencionadas en el artículo 391.3º LEC, que recoge aquellas "...cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicios...". Nótese finalmente que la tramitación prevista para las cuestiones incidentales en el artículo 393 LEC tiene muchos puntos en común con la prevista en los artículos 713 y siguientes.

¹¹⁵⁶ Como se vio en apartados anteriores a los que ahora me remito. Ahora bien entiendo que, a partir de una perspectiva alumbrada desde la sede ejecutiva, una resolución argumentada de la anterior pregunta, haría necesaria una exposición mucho más extensa que resultaría demasiado prolija para los objetivos en este trabajo marcados, al requerir el definir antes lo que es la propia naturaleza de la ejecución forzosa. Por ello me limitaré a recordar que, como sostiene CORDÓN MORENO, F., la ejecución tiene como caracteres:

- a) El formar parte de la función jurisdiccional (117.3 Constitución).
- b) Que es siempre de carácter patrimonial (1911 CC).
- c) Que es de carácter sustitutiva con respecto a la ejecución voluntaria por parte del deudor.
- d) Que se abre a instancia de parte (549.1 LEC). *El Proceso de Ejecución*, opus cit., págs. 29 a 31.

Por otro lado, podemos convenir con GUASP, J., y ARAGONESES, P., que el proceso de ejecución es el que "tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la realización de una manifestación de voluntad". *Derecho Procesal Civil*, tomo II, opus cit., págs. 585 y 586; complementando de esta manera a la conceptualización del proceso de cognición (o juicio declarativo) como el que "tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad". Ídem, pág. 29.

¹¹⁵⁷ Ídem, pág. 594. Los autores diferencian los diversos tipos de ejecuciones y afirman que el procedimiento de los artículos 712 y siguientes tiene entre sus finalidades la de transformar la ejecución satisfactiva en una ejecución por expropiación. Si se tiene en cuenta que para estos autores la ejecución expropiativa equivale a la ejecución dineraria y la satisfactiva a la ejecución por deberes de entregar cosas, se verá que coincide su opinión con la expuesta en el presente trabajo.

¹¹⁵⁸ ARIAS LOZANO, D., sostuvo la naturaleza declarativa de los incidentes de los arts. 928 y ss. ALEC en base a tres grandes razones:

- 1.- La necesidad de los mismos para posibilitar el cumplimiento voluntario por el demandado.
- 2.- La necesaria demanda ejecutiva (instancia del ejecutor) para poder proceder al despacho de la ejecución (del auto del art. 943 ALEC).
- 3.- La existencia del "embargo preventivo especial" previsto en el art. 923 ALEC. *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., págs. 11158 a 11159.

1.- Con estos procedimientos incidentales se produce un paréntesis en la ejecución con la finalidad de obtener una declaración judicial en la que se plasme la referida transformación de lo no dinerario en pecuniario. Por ello, opino que los caracteres predicables de la ejecución no les son aplicables porque, para que el deudor pueda abonar voluntariamente esa cuantía o, en su caso, el órgano judicial proseguir con la ejecución forzosa, hace falta esa previa liquidación.

2.- Que su naturaleza es declarativa también lo demuestra la remisión que se realiza procedimentalmente a los artículos 441 y siguientes LEC (juicio verbal) pues, a través de la misma, el deudor podrá alegar motivadamente en la correspondiente vista todo aquello referente a la liquidación *sea en cuanto a las partidas de daños y perjuicios, sea en cuanto a su valoración en dinero* (715 LEC).

3.- Vinculado a lo anterior está el que el auto que fija la cantidad determinada (716 LEC) tenga el carácter de una resolución declarativa, la cual será objeto de ejecución a través de los arts. 571 y ss. LEC (716 y 719 LEC).

4.- Incluso se podría añadir a los anteriores la existencia de la medida cautelar del *embargo de garantía* o, en su caso, *caución sustitutoria* previstos en el art. 700 LEC, con respecto a la cual se pueden predicar a mi entender, *mutatis mutandis*, las siguientes palabras que vertió ARIAS LOZANO en relación con el derogado art. 923 ALEC: “Hasta tal punto es el de liquidación un proceso declarativo que la propia Ley de Enjuiciamiento prevé un embargo preventivo especial para estos casos. [...]. Y, como es sabido, las medidas cautelares no tienen lugar en un proceso de ejecución sino en uno de declaración, para *asegurar* lo que en él se decida.”¹¹⁵⁹

En el sentido apuntado, ORTELLS RAMOS¹¹⁶⁰ analiza este procedimiento dentro del apartado que denomina “liquidez de la deuda y modos de liquidación para facilitar el acceso a la ejecución dineraria” y concretamente en el subapartado “modos de liquidación consistentes en procedimientos declarativos especiales”. Para este autor, este procedimiento iría encaminado a la determinación de la cantidad de la deuda, la cual se realizaría mediante este procedimiento declarativo, al cual define como “más

¹¹⁵⁹ Ídem, pág. 11159.

¹¹⁶⁰ *Derecho Procesal Civil*, 6ª edición, opus cit., págs. 757 y ss.

simple que el que sería adecuado según las normas generales y, además, con una estructura ajustada a la específica finalidad de liquidación que persigue”¹¹⁶¹.

Pocas o débiles razones pueden, a mi juicio, militar para abogar por su naturaleza ejecutiva. La principal de ellas se basaría en su ubicación sistemática pero, a mi entender, esta defensa resultaría numantina por diversos motivos¹¹⁶² (allende de los ya apuntados). En primer lugar porque la aplicación de los procedimientos de los arts. 712 y ss. LEC no se limita a la ejecución. Otros preceptos lo reclaman para liquidar, de una forma rápida y sencilla, ciertas cantidades ilíquidas, como por ejemplo los artículos 40.7 LEC (en sede de prejudicialidad penal) o 742 LEC (en sede de medidas cautelares). A mi entender, la ubicación actual de estos procesos obedece a la idea práctica de que, en la mayor parte de los casos, serán llamados precisamente como transformadores de una ejecución no dineraria en otra que sí lo sea. Es decir que, a pesar de su naturaleza declarativa, se ha preferido ordenarlos en el Capítulo IV del Título V del Libro III por un criterio puramente “cuantitativo” no “cualitativo”. Finalmente, resulta claro que no toda actuación que se lleve a cabo en la ejecución ha de tener esa naturaleza pues, si no existiese esta posibilidad, además de sobrar estos procedimientos incidentales, se

¹¹⁶¹ Ídem, pág. 758. También considera que se trata de diversos procedimientos de liquidación. En un apartado anterior de este trabajo se discutió ampliamente la visión de este profesor sobre estos procedimientos. Ahora no interesa volver a la misma pues, en este punto, el acuerdo con él es total: la naturaleza de estos procedimientos ha de ser declarativa. En consonancia con el mismo se ha de afirmar que existe un previo debate entre las partes y posteriormente una resolución judicial que concluye el procedimiento. Resolución que en algunos casos transformará la ejecución y en otros creará el título ejecutivo que la habilite.

¹¹⁶² En este mismo sentido se pronuncian GUASP, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, opus cit., págs. 601 y 602, los cuales afirman que el proceso de los artículos 712 a 720 se trata de un tipo de proceso de cognición especial por razones jurídico-procesales. Para ello argumentan que su finalidad consiste en la aclaración de cuestiones sobrevenidas después del proceso principal, facilitándolo. Por tanto su objeto es el de “facilitar el desarrollo de otro procedimiento principal, mediante la resolución de cuestiones surgidas con posterioridad a su terminación y que consisten, concretamente, en la fijación del importe de una cierta condena genérica”. Pág. 601. Por tanto para estos autores se trata de un proceso declarativo especial por razones jurídico-procesales. Lo definen por tanto como un proceso de cognición singularizado en virtud de su función de aclaración; lo asemejan a “un tipo semejante al de las diligencias preliminares, del que, en realidad sólo se diferencia por el momento en que surgen y en que deben ser resueltas las cuestiones objeto de este proceso.” Ídem. Con respecto a si se trata de uno o varios procesos afirman que en realidad hay cuatro, manifestándose que en realidad es el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios el “ordinario” o “normal”, remitiéndose a él los otros tres (equivalente pecuniario, fijación de la cantidad de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, y determinación del saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración).

debería acudir siempre a un nuevo proceso de declaración¹¹⁶³, con lo que se perdería eficacia y economía procesal.

Finalmente se ha debatido en la doctrina la **naturaleza jurídica** de las **normas** que regulan la **ejecución no dineraria** y sus consecuencias. En este punto seguiré a ORTELLS RAMOS¹¹⁶⁴, para quien estas normas tienen una naturaleza jurídica procesal, pues tratan “sobre las potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso”. Ello resulta muy claro en el caso de los procedimientos de los arts. 712 y ss. LEC, pues los mismos fijan tanto las facultades del órgano jurisdiccional como de cada una de las partes, así como los actos y trámites necesarios para hacer valer aquéllas. La importancia de esta aclaración no es baladí, si se tienen en cuenta las siguientes **consecuencias**:

- A) Los procedimientos de los arts. 712 y ss. LEC se aplican independientemente del ámbito temporal de vigencia de la norma material que rija el derecho objeto de la ejecución.
- B) Los procedimientos de los arts. 712 y ss. LEC son de aplicación aunque el contenido jurídico-material se deba resolver conforme a un derecho extranjero.

4.11. SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES.

A diferencia de lo que ha sucedido en otros ordenamientos (significadamente en el ordenamiento italiano), la relación entre sentencia con reserva y proceso cautelar no ha sido una temática a la que se haya prestado especial atención¹¹⁶⁵. Bajo la **ALEC** la

¹¹⁶³ Nótese que la LEC cuando quiere remitir a un nuevo declarativo lo hace de forma expresa. Así por ejemplo en sede de ejecución hipotecaria el artículo 698 de forma clara prescribe que para las reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores “*se ventilarán en el juicio que corresponda*”. Sobre este supuesto en concreto y sobre la influencia del declarativo posterior sobre la ejecución *vid.* RAMÓN CHORNET, JUAN, *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, estudios de derecho judicial, 31, Madrid, 2000, págs. 478 a 497.

¹¹⁶⁴ Cfr. *La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, en C.G.P.J., *La ejecución civil*, opus cit., págs. 279 a 281.

¹¹⁶⁵ Así, por ejemplo, CORDÓN MORENO, F., dirá simplemente al respecto que: “Por último, la sentencia que contiene la condena genérica es título suficiente para adoptar la medida cautelar del artículo 923 de la L.e.c.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 48, remitiéndose en este momento a pie de la misma, en donde prácticamente se limita a transcribir el dictado del mencionado art. 923 ALEC.

cuestión se relacionó con el **art. 923** de la misma¹¹⁶⁶, el cual normaba una peculiar medida cautelar cuya particularidad radicaba en que pervivía durante la tramitación de los correspondientes incidentes de liquidación en sede ejecutiva (arts. 928 y ss. ALEC). Ello, para ARIAS LOZANO, era un motivo más para sostener la naturaleza declarativa de los mismos pues: “Hasta tal punto es el de liquidación un proceso declarativo que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un embargo preventivo especial para estos casos. Efectivamente, lo preceptuado en el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede entenderse sino como una medida cautelar. Y, como es sabido, las medidas cautelares no tienen lugar en un proceso de ejecución sino en uno de declaración, para *asegurar* lo que en él se decida.”¹¹⁶⁷

Por el contrario, la relación entre condena genérica y medidas cautelares ha sido y es un tema nuclear en el **ordenamiento italiano**. Ello lo ha explicitado CALDERÓN CUADRADO¹¹⁶⁸ quien, partiendo del “pensamiento de Calamandrei y del triple objetivo y naturaleza que predica y atribuye a la condena genérica”, afirma que, en aquél derecho, a partir de “<<l’*accertamento sommario della sua quantificazione*>>” se permite “adoptar la inscripción de hipoteca judicial (efecto típico de las sentencias de condena que tiende a crear un derecho real de garantía)”, posibilidad que “carece de parangón en España, sin que una eventual solicitud de medidas cautelares, instrumentales siempre de un proceso principal, pudiera considerarse como figura equivalente¹¹⁶⁹.” Este <<*accertamento sommario della sua quantificazione*>> se hallaría incardinado entre nuestra sentencia con reserva y la posterior sentencia de condena que fijaría la concreta cantidad debida. No existiendo dicha hipoteca judicial en nuestro ordenamiento, la relación entre medidas cautelares y sentencia con reserva

¹¹⁶⁶ A este respecto, éste **art. 923 ALEC** era del siguiente tenor literal: *Si la sentencia contuviera condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen.*

En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del Juez, para asegurar el principal y las costas de la ejecución.

El deudor podrá librarse de este embargo dando fianza suficiente, a satisfacción del Juez.

¹¹⁶⁷ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., pág. 11159; se ha respetado la cursiva del original consultado.

¹¹⁶⁸ *Tutela civil declarativa*..., opus cit. págs. 415 y 416.

¹¹⁶⁹ Cita en este momento (a pie de la pág. 416) y en relación a la “imposibilidad de asimilación entre un derecho real de garantía y una medida cautelar” a Ortells, *Las medidas cautelares*, págs. 45-52 y a Calderón, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, págs. 83-93.

quedaría limitada a la posibilidad de la adopción de las primeras en el curso del proceso referente a la segunda.

De hecho CALAMANDREI dedica dos apartados en su obra a relacionar condena genérica y medidas cautelares. En el primero de ellos¹¹⁷⁰, las conecta con respecto a la actividad probatoria, al considerar que lo que sucede es “un fenomeno analogo di duplicazione di indagini probatorie, condotte, con diverso grado di intensità, sugli stessi fatti” pues, “per la concessione del provvedimento cautelare basta, in una prima fase, un giudizio di verosimiglianza: il giudizio di verità, che può portare anche a conclusioni opposte e quindi alla revoca del provvedimento, viene dopo, in una fase successiva”, llegando “alla sorprendente conclusione *ch’essa* [la condena genérica] *non è altro, in sostanza, che un larvato provvedimento cautelare.*” En el segundo de ellos¹¹⁷¹ argumenta que la sentencia genérica daría derecho a pedir la adopción de “*misure particolari di garanzia*” en aseguramiento de la tutela del crédito que “risultare dal giudizio di liquidazione”, la cuales consisten “prima di tutto nella ipoteca giudiziale: per iscriver la quale si insenga che basti, in concorrità degli artt. 1970 e 1992 cod. civ., la pronuncia della condanna generica ai danni”¹¹⁷². La importancia de esta finalidad en la génesis de la condena genérica italiana se comprende rápidamente si atendemos al siguiente razonamiento del Profesor de Florencia: “l’art. 1970 presuppone, perchè si produca l’ipoteca giudiziale, una sentenza di *condanna*: la sentenza di mero accertamento ([...]), non può mai avere questo effetto. Si comprende per questo che, se la sentenza sull’*an debeatur* avesse la forma, corrispondente alla sua funzione, di un mero accertamento sui punti pregiudiziali della illegittimità e della colpa, l’attore non potrebbe servirsi di essa per iscrivere ipoteca giudiziale: *da ciò il suo interesse a fare apparire come sentenza di condanna quella che, se la forma dovesse corrispondere sinceramente alla sostanza, non potrebb’essere che una sentenza di mero*

¹¹⁷⁰ Cfr. *Studi sul processo civile*, apartado titulado “Casi di cognizione di verosimiglianza a scopo cautelare”, opus cit., págs. 243 a 245.

¹¹⁷¹ Cfr. ídem, apartado titulado “Scopo cautelare della condanna generica ai danni”, págs. 245 a 249.

¹¹⁷² A CALAMANDREI, P., este hecho le deja perplejo al entender que la hipótesis prevista en el antedicho artículo 1970 presupone la declaración completa del derecho originario del acreedor y de la existencia de un daño concreto consistente en la omisión de una determinada prestación específica de la que sólo resta por determinar, en sede de liquidación, el equivalente pecuniario [en este punto cita a Leonardo Coviello, *Delle ipoteche*, pág. 184]; elementos que pueden faltar en la condena genérica. En contraposición a la anterior posición, cita la opinión de Vassalli quien defendería que la hipoteca nacería siempre de la sentencia de condena al daño. Por el contrario CALAMANDREI, P., sostiene que la condena genérica no debería nacer la hipoteca judicial porque la misma, “a differenza di altre condanne per le quali è certo che la liquidazione riservata darà in ogni caso un risultato positivo ([...]), lascia il giudice del *quantum* libero di determinare che il preteso danno è zero”. Ídem, pág. 246.

accertamento; da ciò il suo sforzo di ottenere, in questa prima fase del giudizio, un dispositivo che dica <<condanno>>, invece che semplicemente <<dichiaro>>”. De hecho para este autor la condena genérica se puede explicar por la “tendencia della practica ad estendere dalla vere e proprie sentenze di condanna alle sentenze di mero accertamento gli effetti cautelativi della ipoteca giudiziale. Per questo, la condanna generica ai danni non è in sostanza ([...]) *altro che un provvedimento cautelare*”¹¹⁷³. Ahora bien, recuérdese que esta posición no es unánime en la doctrina italiana, y que fue criticada con gran esmero por ROGNONI¹¹⁷⁴.

¹¹⁷³ Esta naturaleza también cautelar de la condena genérica es, a mi entender, la principal diferencia con nuestra condena con reserva. Tanto es así que el juego prejudicial de ambas cambiaría si atendemos al criterio de CALAMANDREI, P., quien, al analizar “i limiti oggettivi del giudicato che, nel giudizio sull’*an debeat*, dopo aver accertato la esistenza della *iniuria* e della colpa, rigetti la domanda di condanna generica ai danni per il solo motivo che non appare verosimile la esistenza di un qualsiasi danno”, consideró que si esa verosimilitud resultaba negativa, el “rigetto della domanda di condanna generica, basato sul solo motivo della inverosimiglianza del danno, è rigetto *della sola domanda cautelare*: si nega il provvedimento che potrebbe servire a iscrivere ipoteca senza la prova concreta del danno, ma non si esclude che in un nuovo processo l’attore possa ottenere, dando tale prova, la vera condanna che tende all’*esecuzione*”. Ídem, págs. 249 y 250. Obviamente en nuestro ordenamiento ello no es factible pues, la desestimación de la acción de condena con reserva impide un posterior juicio sobre la correspondiente liquidación.

¹¹⁷⁴ En este sentido, ROGNONI, V., afirmó que la condena genérica no tiene a la hipoteca judicial como su efecto exclusivo, siendo un error concebirla como un simple medio para obtener un título suficiente para la inscripción de la misma. Además, dicha hipoteca no se limita a la conservación del inmueble hipotecado sino que también asegura al acreedor hipotecario un derecho de prelación sobre el precio del mentado inmueble, considerándola como un elemento clasificatorio de la tutela más que una mera garantía de la misma y, por lo tanto, de la actividad jurisdiccional que la realiza en el caso en concreto, distinguiéndose de la medida cautelar por la especial y mayor garantía que conlleva. Por ello, aún asumiendo que la condena genérica sea el medio a través del cual el juez, en base a un juicio de probabilidad sobre la existencia del crédito por resarcimiento de un daño, autoriza la inscripción de la hipoteca judicial en garantía de dicho fin, la condena genérica no se puede clasificar como una medida cautelar.

Desde otro punto de vista, atendiendo a su estructura, la condena genérica se presentaría privada de una característica esencial del pronunciamiento cautelar. ROGNONI, V., afirma que la cognición que subyace a estas medidas es la prueba sobre la probabilidad de la existencia del derecho que se entiende cautelar y la prueba del peligro que se puede derivar de la mora del proceso; si la condena genérica se basa en la prueba de la *iniuria* y de la culpa a la que se añade en un primer momento la mera presunción del daño y en un segundo momento su prueba genérica, la cognición sobre el derecho al resarcimiento resulta incompleta; ello se podría parecer a lo que en el proceso cautelar se denomina el *fumus boni iuris*, es decir, la apariencia del derecho. Ahora bien, lo cierto es que en la condena genérica no hay un pronunciamiento sobre algún peligro que comporte la adopción de forma cautelar de la hipoteca judicial. Este peligro (el denominado *periculum in mora*) es la condición típica y distintiva de las medidas cautelares; si este peligro no viene declarado, demuestra que el pronunciamiento de la condena genérica no tiene como presupuesto aquel interés ni como finalidad su protección.

La condena genérica se pronunciaría sobre la existencia o no del derecho (es decir, sobre el *merito*). En prueba de ello, hay una declaración sobre la *iniuria* y sobre la culpa que vincula al posterior juicio de liquidación, en el que el juez sólo puede declarar que el daño en efecto no se ha verificado, pero no se puede volver sobre lo ya definitivamente decidido. El juicio es un juicio de *merito*. Hay una declaración definitiva sobre los puntos de la *iniuria* y de la culpa lo que explica su fuerza de cosa juzgada en el juicio del *quantum debeat*, indiscutiblemente de *merito*. Según ROGNONI, V., el propio Calamandrei se vio obligado a asumir que, en la condena genérica, hay dos pronunciamientos acumulados: uno de *merito*, sobre el punto prejudicial de la *iniuria* y de la culpa y otro cautelar oculto como de condena genérica.

Finalmente, en cuanto al **estado actual** de esta cuestión en nuestro ordenamiento, considero que, al funcionar la sentencia con reserva como sentencia de mera-declaración, la problemática que se suscite entorno a la adopción de cualquier medida cautelar en garantía de su efectividad se habrá de dirimir conforme a los requisitos y presupuestos que se predicán, en esta materia, de la tutela de simple declaración. Sobre esto último, nuevamente resulta interesante acudir a CALDERÓN CUADRADO¹¹⁷⁵, quien afirma que según la doctrina del TC¹¹⁷⁶ “la modalidad de tutela procesal que se utilice para la protección judicial del derecho no debería ser óbice para la adopción, concurriendo obviamente los presupuestos necesarios, de una medida cautelar. Obsérvese que la norma constitucional ampara la <<efectividad>> y que finalidad de cualquier cautela es, precisamente, su aseguramiento. [...] Compruébese entonces que la referencia normativa [artículo 726.1.1.ª LEC] se sitúa en una sentencia estimatoria, sin distinción de tipología alguna, lo que permite entender que para combatir el riesgo de ineffectividad se estaba pensando también en las mero declarativas y en las constitutivas”. Ahora bien cabe apuntar, siguiendo ahora a RAMOS ROMEU, que el consenso en la doctrina parece ceñirse a posibilitar la tutela cautelar en las pretensiones declarativas o constitutivas “porque puede obtenerse una ejecución impropia de dichas pretensiones”¹¹⁷⁷, siendo éste también el motivo por el cual: “La mayor parte de la jurisprudencia parece aceptar sin problema la posibilidad de tutelar cautelarmente las pretensiones que no sean de condena cuando cabe la ejecución impropia, pero no en caso contrario.”¹¹⁷⁸

Pero para ROGNONI, V., esta formulación es simplemente un ingenioso artefacto, pues el pronunciamiento de la condena genérica se basa no sólo sobre el juicio de probabilidad acerca de la existencia del daño sino también sobre la cognición plena y completa de la *iniuria* y de la culpa, parte no alienable del contenido de la medida. *Condanna genérica e provvisionale ai danni*, opus cit., págs. 40 a 49.

¹¹⁷⁵ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 55 y 56.

¹¹⁷⁶ Cita expresamente las SSTC 238/1992, de 17 de diciembre y 115/1987, de 7 de julio.

¹¹⁷⁷ RAMOS ROMEU, FRANCISCO, *Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006, pág. 474. En este momento cita, a pie de la mentada página, a Vázquez Sotelo, Díez-Picazo Giménez, Ortells Ramos, Pérez Daudí, Barona Vilar, Fernández-Ballesteros López, De la Oliva Santos y Gascón Inchausti, De Llera Suárez-Bárcena y Garberí Llobregat.

¹¹⁷⁸ Ídem. En este momento relaciona, a pie de la mencionada página 474, diversas resoluciones de varias Audiencias.

4.12. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DEMANDA EN QUE SE SOLICITE UNA SENTENCIA SIN FIJACIÓN DE BASES O CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN.

4.12.1. La prohibición de solicitar que se dicte una sentencia ilíquida y su tratamiento procesal.

Como se analizó con anterioridad, el actual artículo 219 LEC se dirige (en sus apartados primero y tercero) a la parte actora y ya no únicamente (como habían hecho sus antecesores)¹¹⁷⁹ al órgano jurisdiccional. Los mandatos que da directamente al demandante se centran en la proscripción de la tutela meramente declarativa (*no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho*) exigiendo, en consecuencia, siempre el ejercicio de la correspondiente acción de condena (*sino que deberá solicitarse también la condena a su pago*) la cual se deberá impetrar *cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética* (art. 219.1 LEC), circunscribiendo la posibilidad de petitionar una condena genérica para el caso en que *ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades* (art. 219.3 LEC) prescripción esta última que se ha de entender implícitamente ceñida a los supuestos en que resulte imposible/extremadamente difícil proceder a fijar la correspondiente cuantía/bases de la misma (conforme se justificó anteriormente)¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁹ En este sentido afirmó ARIAS LOZANO, D., bajo el imperio de la LEC de 1881, que: “La condena con reserva ni está ni puede estar en relación directa o indirecta con las peticiones realizadas por el actor en su demanda. Por la sencilla razón de que, como ya hemos señalado, en nuestro ordenamiento jurídico está regulada como una norma imperativa para el Juez y no dispositiva para las partes.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11165.

¹¹⁸⁰ En relación con esta temática, DE LA OLIVA, A., expone que: “El precepto, de redacción algo rebuscada, puede resumirse en dos puntos. El primero de ellos es que, en principio, no pueden prosperar las demandas en que se ejerciten acciones meramente declarativas del derecho a percibir cantidades de dinero o frutos, rentas, utilidades o productos ni las demandas de condena por esos mismos o similares conceptos, con reserva de liquidación en ejecución de sentencia.” En cuanto al “segundo punto” sería “la excepción a la regla del punto primero”, es decir, la pretensión de sentencia con reserva, en la que “el actor se comprometa a tratar en un <<pleito posterior>>”, es decir, en un genuino proceso declarativo posterior, lo relativo a la <<liquidación>> o cuantificación concreta.” En la obra conjunta con DÍEZ-

A partir del dictado de ambos apartados, surge la cuestión de las consecuencias que se derivan en caso de incumplimiento de las prescripciones que contienen; es decir, de cómo se ha de afrontar:

A) La infracción de lo dispuesto en el art. 219.1 LEC al ejercitarse una acción de mera declaración en lugar de la de condena, cuando ello ya sea posible.

B) La infracción de lo dispuesto en el art. 219.1 LEC al ejercer la correspondiente acción de condena sin cumplimentar los requisitos de cuantificación o fijación de las correspondientes bases, que el mismo precepto prescribe.

C) La infracción de lo dispuesto en el art. 219.3 LEC al no acreditarse el interés específico que el mismo exige; es decir, la imposibilidad de fijar la cantidad solicitada o las correspondientes bases para ello.

Al tratamiento procesal¹¹⁸¹ de las anteriores cuestiones se dedican las siguientes líneas. A los efectos de facilitar la comprensión de los diversos temas, se seguirá el propio curso cronológico del proceso, diferenciándose su tramitación en el juicio ordinario y en el juicio verbal.

4.12.1.1. La posible apreciación de oficio en el momento de admitir la demanda en el juicio ordinario de las tres cuestiones planteadas y la posibilidad de subsanación de las mismas en este momento.

El primer interrogante que se plantea en esta materia es el de si las anteriores infracciones pueden ser apreciadas de oficio por el órgano jurisdiccional y, además, desde un primer momento, es decir, en el mismo trámite de admisión de demanda¹¹⁸². Si

PICAZO, I., VEGAS, J., y BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 389.

¹¹⁸¹ Como cuestión previa, y siguiendo a GASCÓN INCHAUSTI, F., cabe especificar que se puede entender por “tratamiento procesal” al “conjunto de instrumentos que la ley dispone para detectar y, en su caso, corregir los eventuales defectos que se planteen en relación con los presupuestos procesales”. *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, segunda edición, opus cit., pág. 36. Siguiendo al citado autor, tres serían los elementos más importantes de este tratamiento procesal:

- Si el control sólo es a instancia de parte o puede ser realizado de oficio por el tribunal.
- Cuál es el momento (o momentos) adecuados para suscitar y para resolver la cuestión procesal.
- Cuál es el cauce procedimental adecuado para resolver la cuestión procesal.

¹¹⁸² Recuérdese que la regulación de la demanda en el juicio ordinario se lleva a cabo en los **artículos 399 y siguientes de la LEC**. Identificadas las partes el actor debe fijar los hechos y fundamentos de derecho y

esto fuera así, se debería dar la **posibilidad de subsanarlas** (si fueran subsanables) antes de dictar un auto de inadmisión, por aplicación de la regla general que, en este sentido, se recoge en el **artículo 231 LEC**. Para dilucidar ambas cuestiones, habrá que examinar antes la naturaleza de esas infracciones. Como es sabido, sólo algunos de los defectos de que puede adolecer una demanda se configuran en nuestro ordenamiento jurídico procesal como óbices que impedirán entrar en el fondo del asunto, cuando no sea posible o no se produzca su subsanación, pudiendo, todos ellos, ser puestos de manifiesto por el demandado en su contestación, excepto la falta de jurisdicción/competencia, a través del medio defensivo que denominamos excepción procesal. Ahora bien, el problema surge al intentar dilucidar qué defecto (y, en su caso, excepción) es el adecuado para definir esas infracciones y, en consecuencia, para esclarecer qué vías han de encauzar su tratamiento procesal, y si cabe o no su subsanación.

De las tres infracciones planteadas, probablemente la que presenta menos problemática desde un enfoque teórico (que no práctico) sea la última de ellas, es decir, la referente a la infracción de lo dispuesto en el art. 219.3 LEC al **no acreditarse el interés específico** que el mismo exige, y que consiste en la imposibilidad de fijar aquéllas cantidades/bases. Planteada así la cuestión es obvio que su resolución pivota sobre ese complejo concepto al que denominamos *interés*. Partiendo de este punto, y a los efectos de poder dar el siguiente paso lógico, resultan muy útiles las reflexiones que realiza CALDERÓN CUADRADO al preguntarse si la falta del requisito del interés (que es una de las condiciones de la acción), puede comportar la inadmisión a trámite de la correspondiente demanda. Cabe ahora recordar que, para dicha autora: “A diferencia de las demás condiciones de la acción –y a excepción, en su caso, de la legitimación-, el interés se ubicaría única y exclusivamente en esa zona intermedia que coincide con el denominado derecho procesal-material.”¹¹⁸³ Conceptuado de esta forma el interés, la mencionada autora nos dirá que “el problema estriba en que nuestro derecho carece de

la pretensión. El propio artículo 399.3 LEC prescribe de qué forma se han de narrar los hechos; en los fundamentos de derecho el actor debe alegar en qué normas y razonamientos jurídicos basa su pretensión. En el *petitum* o “suplico” se ha de concretar la tutela que se solicita. Cumplidos los anteriores requisitos, los mismos resultan necesarios pero no suficientes para entender como correctamente interpuesta una demanda.

¹¹⁸³ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 210.

ordenaciones intermedias entre lo estrictamente sustantivo y procesal.”¹¹⁸⁴ Por este motivo afirmará que “cuando falta alguna de las condiciones de la acción de naturaleza procesal-material, habrá de dictarse –salvo casos excepcionales, que puede haberlos– una sentencia absolutoria de fondo. La técnica de inadmisión del primer acto del proceso o de sobreseimiento posterior del mismo no resulta acertada –o, si se quiere, pertinente–, por el contrario sí lo será su rechazo mediante decisión de fondo, normalmente sentencia. Aquí se decidirán con carácter previo a la propia existencia del derecho –o interés jurídicamente protegido– su presencia o ausencia. No estaba, pues, desencaminado Proto Pisani cuando reflexionaba sobre la posibilidad de desdoblar el objeto litigioso en dos: uno procesal, atinente a las modalidades de tutela, que se enfrentaría a otro, material, concerniente al derecho sustancial deducido¹¹⁸⁵. Ambos, obviamente –y de nuevo salvo excepciones–, se resolverían al final de la instancia, en una misma decisión sobre la pretensión interpuesta.”¹¹⁸⁶

La anterior argumentación de CALDERÓN CUADRADO resuelve la cuestión del tratamiento procesal de la solicitud indebida de una condena con reserva ya que, al ceñirse la misma a una cuestión sobre el *interés*, la problemática se traslada esencialmente al ámbito de la prueba, en la que se deberá acreditar (en el decurso del proceso de declaración) que, efectivamente, le resultaba imposible al actor fijar las correspondientes cuantías/bases. Por ello, desde mi punto de vista, resulta muy difícil el poder sostener la apreciación *in limine litis* de la falta del mismo. Es más, como regla general, se deberá siempre dilucidar esta cuestión en una **sentencia sobre el fondo** en la que, cuando se aprecie la falta de ese interés, se deberá absolver y, por el contrario, “condenar” de forma genérica en caso contrario.

A diferencia del caso anterior, más difícil resulta encauzar el enfoque de las otras dos mencionadas infracciones (la de lo dispuesto en el art. 219.1 LEC al ejercitarse de una **acción de mera declaración** en lugar de la de condena, cuando ello ya es posible, y la de lo dispuesto en el mismo art. 219.1 LEC al ejercer la correspondiente **acción de condena sin** cumplimentar los requisitos de **cuantificación** o fijación de las correspondientes bases). Ahora bien, la problemática para ambos casos es parecida en

¹¹⁸⁴ Ídem, pág. 213.

¹¹⁸⁵ En este momento cita a pie de página a Proto Pisani, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1996, pág. 61.

¹¹⁸⁶ Ídem, págs. 213 *in fine* y 214.

cuanto a este tratamiento procesal, por lo que el análisis que seguirá será conjunto haciéndose las pertinentes distinciones cuando así conviniera. El tratamiento procesal de las anteriores infracciones, que se ha centrado fundamentalmente en torno a la segunda, pues raramente se petitionará aquí una acción meramente declarativa al estar la misma en este ámbito claramente proscrita, se ha enfocado desde dos grandes posiciones. Una primera considera esa falta de cuantificación como una **cuestión de fondo** que deberá resolverse, inevitablemente, **en** la correspondiente **sentencia**. Sigue esta posición (en esencia) la doctrina mayoritaria sentada bajo la vigencia de la **anterior LEC**¹¹⁸⁷, en la que la falta de cuantificación no se solía encuadrar dentro de la cuestión procesal de la demanda defectuosa, siendo varios los autores¹¹⁸⁸ que enfocaron esta problemática relacionándola con la excepción dilatoria regulada en los arts. 533.6º y 524 ALEC. Ahora bien, este enfoque no era del todo nítido, como se puede apreciar en la siguiente argumentación de PUYOL MONTERO¹¹⁸⁹, al sostener que “a veces es del todo

¹¹⁸⁷ Para una visión de esta cuestión anterior a la LEC de 1881 me remito al primer capítulo de esta misma obra. En este momento únicamente traeré a colación las siguientes palabras de FERNÁNDEZ, M. A., que escribió tras comentar brevemente los arts. 525 y 681 ALEC: “La L.e.c. era más “progresiva” en este punto. Obligaba al juez a repeler de *oficio*... las demandas no formuladas con claridad y que no se acomodaren a las reglas establecidas”. Incomprensiblemente, este precepto ha desaparecido por completo en la vigente L.e.c.” Con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., a pie de la pág. 39; se ha respetado la cursiva del original consultado.

¹¹⁸⁸ Así lo hizo, por ejemplo, COBO PLANA, J. J. Este autor trató del “defecto legal en el modo de proponer la demanda” en las páginas 373 y ss. de dicha obra, sosteniendo que dicha excepción dilatoria (del art. 533.6º ALEC) sólo procedía: “cuando no se cumplen en dicho escrito [la demanda] los requisitos a que se refiere el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881] y es impedimento, si se estima, para el curso procesal de la demanda, al carecer de las necesarias condiciones de viabilidad procesal, haciendo ineficaces sus pretensiones. Lo trascendente es la determinación precisa de la petición deducida en la demanda, de tal modo que del relato fáctico o, en su caso, de los preceptos legales que se invoquen se infiera con garantías racionales de acierto qué tipo de acción resulta ser la ejercitada pues sólo así se cumple la doble finalidad de dicha exigencia: a) posibilitar la oposición del demandado de tal modo que en forma contradictoria se debata en la litis el derecho ejercitado, y b) que el Juez dicte sentencia congruente según lo afirmado y solicitado por la actora.” *Las excepciones dilatorias y perentorias en el proceso civil*, 2ª edición. Revisada y ampliada, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 1995, pág. 373. Ahora bien, ¿la fijación de la cuantía reclamada se entendía que se debía incluir en este tipo de defecto? La respuesta nos la da este mismo autor unas páginas más adelante, cuando extracta el siguiente contenido de la **Sentencia de 8/03/1991** (de la que fue ponente González Poveda, Aranzadi 1991, 2204), en la que se decía que: *El motivo tercero se articula por infracción por violación del n.º 6 del artículo 533 en relación con el artículo 490, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se funda este motivo en no haberse fijado con precisión en la demanda la cuantía del pleito. Olvida la parte recurrente los términos literales en que está redactado el artículo 533.6.º, cuyo párrafo 2.º dice que <<se entenderá dicho defecto cuando no se llenen en la demanda los requisitos a que se refiere el artículo 524>>, en cuyo artículo no se hace referencia alguna a la expresión de la cuantía como requisito de la demanda; por ello, la repetida excepción dilatoria sólo puede fundarse en la conculcación del citado artículo 524 y no en la de otros preceptos de la Ley Procesal Civil. Ídem, pág. 377.*

¹¹⁸⁹ Cfr. C.G.P.J., *Excepciones procesales, La excepción procesal de...*, opus cit., págs. 125 a 239. Reflejó este autor que la excepción dilatoria consistente en el defecto legal de proponer la demanda se encontraba recogida en el art. 533.6º ALEC, “con el siguiente tenor literal: <<Se entenderá que existe este defecto cuando no se llenen en la demanda los requisitos del artículo 524>>.” Ídem, pág. 163. Lo que

imposible para la actividad procesal del actor concretar de forma inicial el origen, objeto y extensión de su pretensión, y el legislador así lo previó; [...]. El [sic] alguna medida esta posibilidad responde a un principio de tutela judicial efectiva consistente en la necesidad de admitir a trámite el escrito de demanda, siempre que, al menos, la pretensión del actor esté determinada aunque ello sea de forma mínima, permitiéndose su predeterminación mediante el establecimiento de unas bases que posteriormente deberán ser objeto de determinación y cuantificación.”¹¹⁹⁰ Continuó su argumentación este autor, significando (en el siguiente párrafo) que: “Buen ejemplo de ello lo tenemos en el párrafo final del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, [...]. De dicho precepto se deduce la posibilidad de articular válidamente un escrito de demanda incluso con la simple formulación de la reserva en ella contenida, siempre que no sea posible la previa cuantificación [...]. Todo ello sin perjuicio de la necesaria justificación de la imposibilidad material y/o jurídica de proceder a su determinación de acuerdo con el párrafo primero del citado precepto legal.”¹¹⁹¹. Y, en base a lo anterior, realizó PUYOL MONTERO la siguiente reflexión (en el siguiente párrafo) que da en el nudo gordiano del asunto ahora tratado, al afirmar que: “Es evidente que la falta de concreción de determinados suplicos va a producir una dilación mayor en la tramitación de la causa, toda vez que es necesario concluir la fase declarativa del procedimiento, y que la sentencia dictada en la causa adquiera el carácter de firme, a los efectos de pasar a la fase de ejecución que necesariamente conllevará el incidente de determinación de cuantía, que prolongará aún más la duración de dicho pleito. Por ello, cuando la indeterminación de la cuantía no está suficientemente justificada se debe ejercer una cierta presión sobre la parte actora, a los efectos de su determinación como trámite de carácter previo a la admisibilidad de la demanda.”¹¹⁹² Por tanto, aunque PUYOL

relaciona con la **Sentencia de 17/04/1979**, en la que se vinculaba ese incumplimiento en la demanda “de los requisitos intrínsecos o esenciales” de la misma con la imposibilidad del juzgador “de dictar la sentencia precisa y congruente que imperativamente dispone el artículo 359.” Ídem. Por su parte, nos recordó que el artículo 524 ALEC exigía “que en la demanda <<se fije con claridad y precisión lo que se pida>>. La finalidad buscada por el legislador busca fundamentalmente la determinación del origen, objeto y extensión de la pretensión del actor.” Ídem, página 137. Refiriendo en el siguiente párrafo que: “El auto del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 1980 indica que el término <<claridad>>, al que hace referencia en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe entenderse referida no sólo a la exposición conceptual, sino también y de modo previo a la exposición material, pues de poco serviría aquélla si faltase ésta.” Ídem.

¹¹⁹⁰ Ídem, pág. 138.

¹¹⁹¹ Ídem.

¹¹⁹² Ídem. No relaciona este autor a continuación en qué debe consistir esa “cierta presión sobre la parte actora”, limitándose a aseverar en el siguiente párrafo que: “Partiendo, en cualquier caso, de la posibilidad de suplicos con un contenido genérico basado en esa ulterior determinación de la cuantía, en función de las bases inicialmente establecidas en el escrito de demanda, hay que señalar, como indica

MONTERO advirtió la importancia de la fijación de la cuantía en la demanda¹¹⁹³, se hace difícil poder justificar e incluso explicar el significado de la expresión *cierta presión* que emplea y que, en mi opinión, explicita de forma difusa lo defectuoso del sistema.

Pues bien, como se ha avanzado, con la **LEC del 2000** sigue siendo esta misma perspectiva la recogida por diversas resoluciones y la defendida por varios autores, quienes siguen abogando por la resolución de estas infracciones en una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto. En este sentido se pronunció, por ejemplo, la **SAP Burgos (2ª) de 26/07/2002**¹¹⁹⁴, en la que se explicitó (FDº 10º) que la LEC *no contempla una sanción procesal para el caso de que el actor incumpla en la demanda lo dispuesto en el artículo 219, y presente, como en el presente supuesto, una demanda en la que se solicita la condena de los demandados al pago de una cantidad de dinero, a fijar en ejecución de sentencia, sin determinar con claridad las bases sobre las que deba hacerse la liquidación, de forma que esta consistiese en una simple operación aritmética, pues el artículo 403-1 de dicha Ley establece que “las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”, y ni el*

GUASP, que es indiferente el orden en que se establezcan las diferentes pretensiones, pero en el caso de pedir conjunta, alternativa o subsidiariamente varias cosas o prestaciones, deberán ser indicadas por separado, a no ser que la mención de la totalidad resulte plenamente inequívoca.” Ídem, págs. 138 *in fine* y 139 *ab initio*.

¹¹⁹³ Lo que relacionó con la cuestión de la adecuación del correspondiente procedimiento, al depender (en ocasiones) la clase de juicio pertinente de la cuantía reclamada en la demanda, refiriendo expresamente que: “Dentro del análisis del contenido de la demanda, un punto de especial relevancia es el que hace referencia a la determinación de la cuantía del procedimiento, y cuando ello no sea posible, que al menos se determine por la actora la clase de juicio en que haya de ventilarse su pretensión.” Ídem, pág. 140. Y en este momento recoge la opinión de Manresa, según la cual “la omisión de la especificación de la cuantía del procedimiento, o de la clase de juicio en que debe ventilarse la pretensión del actor, constituyen faltas subsanables que determinan la suspensión del procedimiento en tanto en cuanto no se haya procedido a su concreción. Este autor refiere que la no subsanación del defecto consistente en la falta de la claridad y precisión en lo que se pide, motiva la aplicación de la excepción dilatoria prevista en el número 6.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la inconcreción en la cuantía objeto de la reclamación produce la posibilidad de la solicitud por la parte demandada de que se incoe el incidente procesal previsto en los artículos 492 y siguientes de dicha Ley Procesal.” Ídem, pág. 140. Entre otros autores, también cita posteriormente a Millán Hernández, C., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1987, tomo II, págs. 586 y ss., en relación a la clasificación que dicho autor realizó sobre “las circunstancias que dan lugar a la estimación de esta excepción contemplada en el número 6.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aportando jurisprudencia aclaratoria y justificativa a la clasificación realizada”, entre las cuales incluye la siguiente: “d) No cabe la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda si el suplico solicita que la fijación de la cuantía de la condena se concrete en fase de ejecución, señalando para ello las bases de su determinación (sentencia de 17 marzo 1970).” Ídem, páginas 166 *in fine* y 167.

¹¹⁹⁴ De la que fue ponente Aldecoa Lorente, Ibáñez de, rec.: 356/2002; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 392 a 394.

artículo 219, ni ningún otro contemplan el supuesto en el que nos encontramos como un supuesto en que deba inadmitirse a trámite la demanda, sin que sea aplicable en estos casos lo dispuesto en los artículos 416-5, y 424, pues la excepción procesal a la que se refieren únicamente puede alegarse cuando la demanda no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 399, y, en el presente caso, la demanda reúne todos los requisitos exigidos por dicho precepto.

Ahora bien, el hecho de que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 219 por parte del demandante no pueda determinar la inadmisión a trámite de la demanda, o el sobreseimiento del proceso, no impide que tal infracción, deba determinar necesariamente, salvo que sea subsanada en momento oportuno, la desestimación de la demanda, tal y como acertadamente advertía el Juzgador en el Auto de 23 de octubre de 2001, pues el apartado 3º del referido precepto establece categóricamente que “ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución”.

Pese a dicha advertencia, el demandante no ha intentado siquiera subsanar dicha deficiencia, por lo que la demanda debe ser desestimada en este particular, al no poder dictarse sentencia en la forma solicitada en la demanda, con reserva de liquidación para la ejecución.

Desde este enfoque late, en mi opinión, la idea de que la cuantificación se puede ir concretando a lo largo del proceso, estándose ante un fenómeno de *formación progresiva de la pretensión*¹¹⁹⁵. Véase, a modo ejemplificativo, la **Sentencia de la AP de Albacete (Sección 1ª) de 1/09/2005**¹¹⁹⁶, dentro de cuyo fundamento de derecho primero se afirmó que: *En la resolución recurrida se destaca que "partiendo de la documental aportada [...] la parte actora no procedió, en fase de conclusiones, a formular una petición concreta de cantidad a abonar por el demandado, ni tampoco a fijar las bases para la liquidación, sin que ni siquiera pueda inferirse por el Tribunal, [...]; y se hace aplicación de lo dispuesto en el artículo 219,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, [...]. A pesar de la prueba practicada en segunda instancia, esa situación permanece, [...]. Procede, por lo tanto, desestimar el recurso interpuesto.* Asimismo, se propugna la subsanación de los defectos que en este sentido pudiere tener

¹¹⁹⁵ Permítaseme aquí, para reforzar la idea que se está ante la perspectiva del demandante, esta pequeña modificación de las famosas palabras de CARNELUTTI.

¹¹⁹⁶ Nº 188/2005, resolutoria del recurso nº 122/2005, LA LEY 169833/2005, de la que fue ponente Mateos Rodríguez, Manuel.

la demanda a través de la correspondiente actuación probatoria, como se deduce de lo afirmado en la **SAP de León (2ª) de 14/05/2002**¹¹⁹⁷, en cuyo fundamento tercero se argumentaba que *de los términos de la demanda y del enfoque dado a la prueba por la representación actora parece ser su intención dejar la cuestión para la fase de ejecución de sentencia, lo que aparece absolutamente proscrito por el artículo 219 de la L 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ofrece al demandante las siguientes opciones: [...]. No utilizada ninguna de las dos primeras y resultando improcedente la tercera, por cuanto el perjuicio sufrido era fácilmente determinable, es está en el caso de rechazar la pretensión indemnizatoria tan defectuosamente en la demanda ejercitada y que ni siquiera se ha intentado corregir a través de la prueba practicada.*¹¹⁹⁸

En el mismo sentido que las anteriores resoluciones, y más concretamente sobre la primera de las citadas infracciones (la de lo dispuesto en el art. 219.1 LEC al ejercitarse una **acción de mera declaración** en lugar de una de condena ya factible), se pronuncia GONZÁLEZ GARCÍA, quien considera que la infracción del “límite al ejercicio jurisdiccional de tutelas merodeclarativas del derecho a recibir del demandado cantidades por los conceptos que señala el enunciado legal [del art. 219 LEC]” plantea la problemática de qué consecuencias se devienen de esa infracción al “lamentablemente” no establecerse éstas. Ante esta situación considera que: “La inexistencia de una norma que expresamente autorice la no admisión a trámite de la demanda en estos casos (como hace, por ejemplo, en el art. 42 del Código Civil para el caso de la demanda judicial de la promesa de matrimonio, o en otros ejemplos residuales de nuestro ordenamiento de falta de *accionabilidad*), nos lleva a interpretar que en supuestos como el estudiado, de conformidad con el artículo 403.1 LEC

¹¹⁹⁷ Fue ponente de la misma Álvarez Rodríguez, rec.: 181/2002; resolución extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., pág. 404.

¹¹⁹⁸ En la misma dirección se puede citar la **sentencia de la AP de Valladolid (Sección 3ª), de 16 de junio del 2003**, la cual afirmó en su fundamento de derecho cuarto: *El apartado tercero del suplico de la demanda va encaminado en el sentido marcado en nuestro anterior fundamento de derecho, lo que ocurre es que, como indica el juzgador de instancia, tuvo que solicitarse una indemnización concreta, expresando la cantidad solicitada, pues el Art. 219.1 LEC dice textualmente «cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia» y en el caso que analizamos ni se efectuó petición concreta en demanda ni se ha practicado prueba alguna que ayude a fijar las bases con arreglo a las cuales se deba fijar la indemnización.* Continuando en su fundamento de derecho último con los siguientes argumentos: *Como quiera que las dos primeras peticiones formuladas en la demanda eran meramente declarativas, y nadie había discutido ni la propiedad ni la existencia de la servidumbre en la forma descrita, y como la única petición formulada era la relativa a la indemnización, y no ha sido concedida, procede condenar en costas en primera instancia al actor, sin que hagamos expresa declaración en esta alzada (Art. 394 y 398 LEC).* Resolutoria del recurso nº 225/03.

(<<[...]>>) el Tribunal deberá resolver la cuestión en momento no inicial del proceso, posiblemente al amparo del deber que le impone el art. 219.2 LEC, consistente en fijar en la sentencia, si ello es posible, el *quantum* líquido o las bases para la liquidación.”¹¹⁹⁹

Frente a la anterior posición, se alza una segunda que defiende la conceptualización de estas infracciones como verdaderos **óbices procesales que impedirán la prosecución del proceso**. En este sentido valga avanzar que, en la actual LEC del 2000, es el **artículo 416 LEC** el que relaciona (de forma ejemplificativa) las diferentes cuestiones procesales que, con exclusión de la jurisdicción y competencia, para las cuales está prevista la declinatoria, se habrán de examinar y resolver en la audiencia previa. De todas ellas la única que resultaría adecuada, para las mencionadas infracciones del art. 219 LEC, es la **5ª** consistente en el *defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción...*, prescribiendo el precepto que este defecto ha de ser: *...por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca*. Enfocado así el asunto, la ley remite el caso al **artículo 424 LEC**, el cual prescribe:

1. Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvencción, o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas.

2. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento¹²⁰⁰ del pleito si no fuere en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvencción, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones.

¹¹⁹⁹ § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 78; se ha respetado la cursiva del original consultado. Añade seguidamente este autor que: “Bien es cierto que dicho deber habrá de ser cumplido, tanto cuanto se fije en la demanda cantidad cierta, y el tribunal evalúe en forma diferente el importe de los daños, como cuando el actor no efectúe la liquidación inicial que le exige la Ley. En caso de no ser posible la liquidación en este momento del proceso, las partes han de intentarla en el proceso declarativo que corresponda (art. 219.3 LEC).” Ídem.

¹²⁰⁰ El sobreseimiento que regula el artículo reseñado se ha vinculado por la doctrina al derecho de defensa ya que se considera que la indeterminación en la pretensión solicitada puede llegar a quebrar el mismo. Cfr. MOLINA CABALLERO, MARÍA JESÚS, en ROBLES GARZÓN, J. A. (director-coordinador), *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, opus cit., pág. 280.

Partiendo de la anterior normativa son varias las resoluciones¹²⁰¹ y los autores que han enfocado el tratamiento procesal de estas cuestiones como defectos encuadrables en este art. 424 LEC¹²⁰². En este sentido, por ejemplo, se pronunció el **auto de la AP de La Rioja de 31/07/2002**¹²⁰³, en donde se resolvió la impugnación de un auto que acordó el sobreseimiento del procedimiento, después de haberse requerido (mediante providencia) que la actora determinase la cuantía del procedimiento. Concretamente, en dicha resolución se expuso, entre otros extremos, que *tiene que resolverse en el sentido de que el juzgador a quo Ha decidido adecuadamente el sobreseimiento del procedimiento, sin perjuicio de que se pueda deducir oportunamente y de nuevo la pretensión de forma clara y precisa en otro procedimiento, pues realmente no se concreta la pretensión actora tal, y como viene a exigir el artículo 219 LEC en relación con el 399 de la misma (FDº 1º), añadiendo posteriormente que no puede prosperar la impugnación del auto de instancia, pues el juzgador a quo ha apreciado acertadamente el sobreseimiento de la causa a tenor de lo dispuesto en el artículo 424 LEC. [...] el propio el juzgador de instancia previamente ya había apreciado la falta de determinación de la cuantía, por ello acordó requerir a la Procuradora Sra. Gómez del Río para que presentase el escrito correspondiente, lo que le permitía el tenor del artículo 399 en relación con el 404 y concordantes LEC (FDº 3º)*. En la misma dirección que la anterior, se puede citar la **sentencia de la AP de Valladolid (Sección**

¹²⁰¹ En este mismo sentido se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, F., cuando afirma que: “La jurisprudencia ha considerado en alguna ocasión que nos hallaríamos ante un supuesto de defecto legal en el modo de proponer la demanda –o la reconvenición-, al que le resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 424 LEC: la falta de fijación del *quantum* determinado o de las bases para su liquidación sería, desde esta perspectiva, una falta de precisión en cuanto a la petición de tutela que se formula al tribunal, defecto cuya falta de subsanación en la audiencia previa al juicio habría de conducir al sobreseimiento del proceso”. *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, primera edición, opus cit., págs. 284 y 285 *ab initio*; en este momento se remite a pie de esta última página, en donde cita el AAP de Salamanca de 19/05/03 (JUR 2003, 172083, la SAP de Salamanca de 14/07/03 (AC 2003, 1547) y la SAP de Asturias (Sección 7.ª) de 25/07/03 (JUR 2004, 15335), citando también en esta misma dirección a Ribelles Arellano, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS, tomo I, pág. 849.

¹²⁰² Sobre la configuración del tratamiento procesal de la demanda defectuosa tanto en la ALEC como en la LEC del 2000 y los cambios derivados de la nueva regulación se puede acudir a PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA, *Jurisprudencia § 463. Francisco H. H. c. Antonio N. Z. y otros TS 1.ª S 11 noviembre 2000 § 463. La importancia de la subsanación del defecto legal en el modo de proponer la demanda*, en *Tribunales de Justicia*, número 3, marzo 2002, págs. 78 a 82. La importancia de esta materia la explicita esta misma autora cuando afirma que: “la excepción en el modo de proponer la demanda, presente en nuestro ordenamiento desde las Partidas, no responde a un capricho perfeccionista del legislador, sino que su importancia es capital a la hora de identificar el objeto [del] proceso y de obtener una tutela judicial con todas las garantías.” *Ídem*, pág. 80.

¹²⁰³ Fue ponente del mismo Santisteban Ruiz, rec.: 228/2002; resolución extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 398 a 403.

3ª), de 27/02/2004¹²⁰⁴, en cuyo fundamento de derecho tercero se afirmó que: *En la audiencia previa el Juzgado "a quo" apreció un defecto legal en el modo de proponer la demanda en cuanto a los daños y perjuicios interesados por la parte actora por entender que infringía lo dispuesto en el art. 219. 3 de la L.E.Civil. Su decisión no pudo ser más acertada, habida cuenta que esa concreta petición de la actora no se ajusta a lo previsto en el precepto citado como infringido, no sólo en lo atinente a su apartado 3 sino igualmente a lo dispuesto en su apartado 1. Es claro que [...], podía y debía de saber, por el debido conocimiento de la explotación de su negocio, siquiera de una manera aproximada, pese a que no fuese exacto, el importe de los reales perjuicios sufridos. No anticipa ningún valor aunque fuese estimativo y se limita a sentar unas bases que no se pueden considerar se ajusten a las previsiones del último inciso del apartado 1 del art. 219, pues de la lectura de su genérico contenido es fácil apreciar para cualquiera que es imposible proceder a su liquidación mediante una pura operación aritmética. Culmina tal indefinición en el párrafo final del apartado V de los fundamentos de derecho de la demanda y en el punto 4º de su suplico, cuando se dice, refiriéndose al importe, que se fije de acuerdo con el criterio del Juzgador. Por ello no puede ser más acertada la apreciación por el Juzgador del defecto legal en el modo de proponer la demanda y dejar esa pretensión fuera del proceso.*

En la misma dirección que las anteriores resoluciones se pronuncia RIBELLES ARELLANO¹²⁰⁵, para quien, con el incumplimiento de los requisitos de la demanda que exige el artículo 219 LEC, se da un supuesto de “defecto legal en el modo de proponer la demanda” regulado en el artículo 416.5 LEC, siendo, por tanto, una cuestión procesal que debería ser examinada y resuelta en la audiencia previa (en el caso de juicio ordinario). Considera también que no se podría inadmitir a trámite la demanda, ya que el artículo 403.1 LEC establece que “sólo se inadmitirán las demandas en los casos y

¹²⁰⁴ N° 62/2004, dictada en resolución de recurso n° 340/2003, y de la que fue ponente Salinero Román, Francisco, La LEY n° 51275/2004.

¹²⁰⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I opus cit., págs. 845 a 851. RIBELLES ARELLANO destaca en primer lugar que, la obligación de precisar el importe de lo debido o, en todo caso, de fijar las correspondientes bases: “es doble; de un lado, aun en acciones de naturaleza esencialmente ilíquidas, como las de condena al pago de frutos, utilidades o productos, el demandante y el tribunal deberán agotar todos los medios posibles para fijar una suma cierta. Si ello no es posible, como segunda obligación, deberán fijar las bases para la cuantificación.” Idem, pág. 848. Este autor destaca justamente como una de las “dos novedades importantes” de la LEC del 2000 “el hecho de que la obligación se imponga al tribunal y al demandante – el artículo 360 de la LEC 1881 se encontraba dentro de las normas que regulaban los requisitos de la sentencia-”. Ídem, pág. 848.

por las causas expresamente previstas en la Ley”. En congruencia con lo anterior, defiende la aplicación del artículo 424 LEC. Y también comparten este mismo enfoque MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, quienes, además de considerar que “el incumplimiento del requisito [de cuantificar el importe exacto/fijar las bases conforme prescribe el art. 219 LEC] puede llevar a una resolución judicial de contenido procesal que, en su caso, será susceptible de apelación, pero que por tratarse de auto, en estos momentos, no podrá recurrirse por infracción procesal”¹²⁰⁶, sostienen que sí dará lugar a la posibilidad de interponer el mentado recurso extraordinario ante la correspondiente sentencia cuando el tribunal haya “dado curso a una demanda con petición ilíquida y de que, ante la excepción opuesta por el demandado (la del art. 424, demanda defectuosa), la ha desestimado y ha ordenado la continuación del proceso.”¹²⁰⁷

Ahora bien, dentro de esta posición (pero avanzando su control de oficio) también se ha sostenido que, al afectar estos defectos a la petición de la tutela solicitada, lo correcto sería que el tribunal los pusiera de manifiesto al actor para que los pudiera subsanar y, todo ello, antes de admitir la demanda. En este sentido se pronuncia GUTIÉRREZ BERLINCHES¹²⁰⁸, el cual pone como ejemplo de demanda defectuosa (entre otros) el de la “petición de condena con reserva de liquidación (salvo que estemos ante la excepción admitida en el artículo 219.3 LEC)”. En estos casos el mentado autor defiende que no se debe admitir la demanda, ya que otros presupuestos controlables de oficio (como la competencia o la adecuación del procedimiento) no podrían efectuarse con la antedicha carencia. Se exige, empero, que antes de inadmitir la demanda (por auto) se requiera al actor para que pueda subsanar el defecto advertido. Es cuando el demandante no lo subsana cuando se deberá dictar el auto de inadmisión de la demanda.

A modo de **posición intermedia**, se encuentra la defendida por GASCÓN INCHAUSTI¹²⁰⁹ cuando destaca “de forma especial” precisamente una de las infracciones objeto del presente apartado, concretamente la consistente en que, en la demanda o en la reconvención, se incurra en el defecto que he denominado como la

¹²⁰⁶ *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 610.

¹²⁰⁷ Ídem; *vid.* el apartado referente a los recursos de esta misma obra.

¹²⁰⁸ GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, segunda edición, opus cit., pág. 472.

¹²⁰⁹ Ídem, págs. 271 a 273 segunda edición y págs. 284 a 286 primera edición.

infracción del art. 219.1 LEC mediante el ejercicio de la correspondiente acción de condena sin cumplimentar los requisitos de cuantificación o fijación de las correspondientes bases. Sostiene este autor que, en estos casos “falta la llamada <<accionabilidad>>¹²¹⁰, esto es, un supuesto en el que el *petitum* de la demanda carece de apoyo en el ordenamiento jurídico¹²¹¹ y no puede ser, por ello, otorgado por el tribunal en sentencia; en otros términos, el precepto consagra la ausencia en nuestro ordenamiento de una acción dirigida a la obtención de una condena genérica¹²¹². Se trata, por tanto, de un defecto <<de fondo>>, no de un vicio procesal.”¹²¹³ Considera¹²¹⁴ que esta **falta de accionabilidad** puede ser puesta de relieve por el demandado y de

¹²¹⁰ Esta cuestión de la **falta de accionabilidad** se puede inscribir, como hace DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., dentro del marco de las casuas de inadmisión de una demanda. En este sentido, y siguiendo al mentado autor: “Entre las causas de inadmisibilidad de la demanda, cabe distinguir, a efectos expositivos, causas de inadmisión por motivos de fondo y causas de inadmisión por motivos procesales.” Precisamente dentro del primer tipo (por **motivos de fondo**) se han de incluir aquellas en que “algún precepto aislado” permita un “juicio *in limine litis*” para “sin tramitar el proceso” poder ya “juzgar la falta de fundamento en cuanto al fondo de la demanda presentada.” Como ejemplo pone el conocido caso de la promesa de matrimonio del art. 42 CC, cuyo fundamento radica en “que semejante demanda estaría pretendiendo un tipo de tutela que la jurisdicción no puede dar, es decir, un tipo de tutela que no ya en el caso concreto, sino abstractamente considerada, está excluida por el ordenamiento jurídico. De ahí que la doctrina considere que en todos aquellos casos en que en una demanda se solicite una tutela que en ningún [caso] podría ser concedida, el tribunal debería inadmitirla a trámite. Es lo que parte de la doctrina ha denominado *falta de accionabilidad*.” Pero, como afirma seguidamente: “Sin embargo, más allá de estos casos extremos, no puede en ningún caso inadmitirse una demanda por razones de fondo. Es más, una norma legal que permitiera a los tribunales inadmitir demandas por razones de fondo sería contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE.” Con DE LA OLIVA SANTOS, A., y VEGAS TORRES, J., *Curso de derecho procesal civil II*, opus cit., pág. 65; se han respetado las cursivas del original consultado. A las anteriores casuas de inadmisibilidad por motivos de fondo, se contraponen las referidas a **motivos procesales**, que sí pueden fundar “la inadmisión a trámite de una demanda” y que “el secretario judicial, antes de admitir la demanda, debe examinar y controlar” (ídem). Entre ellas sólo destacaré la que el mencionado autor clasifica como “e) La determinación –en la demanda– de la cuantía conforme a las reglas aplicables y la corrección de la clase de procedimiento escogido por el actor.” Ídem, pág. 66. Sobre este último asunto volveré con mayor detenimiento en el correspondiente apartado.

¹²¹¹ Aquí hace referencia a De la Oliva, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, pág. 47.

¹²¹² Aquí refiere como de la misma opinión a Díez-Picazo Giménez, <<Reflexiones sobre el nuevo régimen de la condena genérica contenido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil>>, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Madrid, 2004, tomo IV, págs. 6207-6230, pág. 6220.

¹²¹³ El mentado autor se remite en este caso a las reflexiones de DE LA OLIVA, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, (aquí consultada la edición de BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1980) págs. 46 a 48, quien defiende, dentro de la teoría de la acción, que los elementos que se requieren para tener derecho a una sentencia o resolución favorable son:

1. La posibilidad general de que se otorgue el *petitum*, es también la denominada *accionabilidad*; es decir, que la pretensión de tutela tenga una apoyatura general en el ordenamiento jurídico.
2. La apoyatura de esa misma pretensión en concreto: la existencia de una *causa petendi* y de legitimación activa.
3. El interés legítimo en obtener la concreta tutela: tanto en general, como frente al adversario; se puede considerar que comprende la legitimación pasiva.

Por tanto se observa que el anterior autor considera que falta el primero de los elementos que DE LA OLIVA, A., fija como requeridos para tener derecho a una sentencia o resolución favorable.

¹²¹⁴ *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, opus cit., segunda edición, págs. 271 a 273 y primera edición págs. 284 a 286.

oficio por el tribunal. Por ello argumenta que “no puede descartarse que en la práctica la vía utilizada sea justamente la del defecto legal en el modo de proponer la demanda.” Pero seguidamente afirma que: “Esta forma de actuar no es correcta desde un punto de vista técnico, pero –dentro de ciertos límites- sí que puede ser eficaz para forzar una eventual discusión al respecto: aunque el instrumento no sea el idóneo, sí que cumple un cometido razonable.” Ahora bien, defiende que aunque se acuda a la susodicha excepción, ello no puede comportar “en ningún caso” que se le puedan aplicar a este defecto las consecuencias jurídicas que se regulan en el artículo 424 LEC. Sobre ello se volverá en el apartado referente a la audiencia previa.

A partir de las anteriores resoluciones y opiniones ya se puede proceder a abordar con ciertas garantías la primera de las cuestiones planteadas, es decir, la **posible apreciación de oficio** de estos defectos. A partir de las anteriores posiciones resulta obvio que quienes defienden que se está ante infracciones sobre “el fondo” considerarán que no hay ningún vicio procesal que apreciar, mientras que quienes abogan por considerarlas como vicios “procesales” seguirán el sistema configurado por la LEC del 2000, que no es otro que el de establecer (como regla general) que las cuestiones procesales se pueden suscitar tanto de oficio como a instancia de parte¹²¹⁵. Además, quienes abogan por este segundo enfoque lo hacen considerando, de forma prácticamente unánime, que la infracción en estos casos de lo prescrito en el art. 219.1 LEC se ha de encauzar a través del tratamiento procesal de la demanda defectuosa, con lo que se patentiza aún más su apreciabilidad de oficio, sin que, sobre este punto, parezca haber controversia en esta parte de la doctrina¹²¹⁶.

¹²¹⁵ Teniendo siempre presente, como afirma GASCÓN INCHAUSTI, F., que la misma LEC impide ese control de oficio con respecto a una serie de presupuestos u óbices procesales en los que se ha dado un carácter disponible para las partes. Ídem, pág. 38. Siguiendo al mencionado autor cabe decir que, la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios y la ausencia de óbices procesales, son cuestiones que se vinculan al interés público pues son elementos esenciales para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. En ello se fundamenta el examen de oficio de la presencia o no de las circunstancias de las cuales depende la validez del proceso. Ídem pág. 40.

¹²¹⁶ Sobre esta cuestión se pronuncia claramente PUJADAS TORTOSA, V., quien, después de reseñar la importancia de este defecto (relacionándolo con asuntos tan relevantes como “el derecho de defensa del demandado y el principio de contradicción”), arguye, como posible motivación de que “dicho defecto puede ser controlado mediante distintos mecanismos legales” (de oficio y a instancia de parte), la idea de que “una demanda defectuosa, y más cuando el defecto versa sobre el *petitum*, daña a todos: al demandado, pues la dificultad a la hora de defenderse aumenta cuando no se sabe respecto a qué debe de hacerse; al Juez, puesto que las posibilidades de dictar una sentencia incongruente aumentan, y al actor, ya que, en caso de no ser subsanado, ese defecto llevará, en el mejor de los casos, a una absolución en la

En cuanto a la segunda cuestión (la de si es posible apreciar las referidas infracciones **desde un primer momento**) está inextricablemente relacionada con la posibilidad de rechazar la demanda *in limine litis*, lo cual no sólo no está vedado al tribunal, sino que resulta obligado a ello cuando así lo marca la ley¹²¹⁷. Ahora bien, el **artículo 403.1 LEC** prescribe que *las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley*, remitiendo a aquellos preceptos concretos en los que el ordenamiento procesal permite (mediante el correspondiente control de oficio) la inadmisión a trámite de la demanda, y teniendo además presente que este mismo artículo es el que señala la regla general de su admisión, configurándose la inadmisión a modo de excepción¹²¹⁸. Siguiendo el anterior razonamiento lógico, para poder inadmitir la demanda de oficio se habrá de examinar si las infracciones apuntadas están entre esos supuestos expresamente previstos por la LEC¹²¹⁹.

En este sentido ya se vio como, la generalidad de la doctrina, aboga por considerar las infracciones relacionadas con lo prescrito en el art. 219 LEC, como no encuadrables dentro de los casos en que la ley prevé expresamente la inadmisión de la demanda. Ese *expresamente* del art. 403.1 LEC provoca que, lo que de *lege data* aparece como casi obvio, no lo sea en absoluto de *lege ferenda*¹²²⁰. Obsérvese en este sentido que, si se

instancia y, en el peor de ellos, a una desestimación de la pretensión por razones de fondo.” § 463. *La importancia de la subsanación...*, opus cit., pág. 80.

¹²¹⁷ Como señala GASCÓN INCHAUSTI, F., la inadmisión se puede efectuar por motivos procesales. La LEC lo que no regula es que se pueda inadmitir la demanda por motivos sustantivos, excepto los casos excepcionales expresamente previstos. *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, opus cit., pág. 41.

¹²¹⁸ Por ello GASCÓN INCHAUSTI, F., considera que este precepto da un claro canon hermenéutico: considera que los preceptos que regulen los casos y causas de inadmisión de una demanda tendrán que interpretarse de forma restrictiva. Ídem, página 43.

¹²¹⁹ DÍAZ CABIALE, J. A., relataba que: “La falta de iniciativa del órgano jurisdiccional en cuanto a la configuración del <<thema decidendi>> en nuestro sistema procesal civil, por el exacerbado juego del principio dispositivo y el de aportación de parte, se comprueba si se piensa en que ni siquiera se le atribuye la posibilidad de determinar si los hechos constitutivos alegados por el actor sirven para que las consecuencias jurídicas pretendidas puedan ser acogidas. Circunstancia que se pone de relieve cuando se comprueba que el Juez se ve obligado a admitir la demanda aun cuando el efecto jurídico pretendido no esté previsto en nuestro ordenamiento jurídico, salvo los supuestos excepcionales de promesa de matrimonio y reclamación de lo que se obtuvo en juego prohibido, arts. 42 y 1798 CC.” *Principios...*, opus cit., pág. 177, citando a pie de la misma a Montero Aroca.

¹²²⁰ Late en el fondo de esta cuestión un viejo debate en el que se intenta llegar a un equilibrio entre la eficacia procedimental y el derecho de defensa. Con estas palabras lo planteó FERNÁNDEZ, M. A.: “Desde luego, debería tener [el juez] potestad para analizar todo lo que se refiere a presupuestos procesales, pero también para rechazar las demandas absolutamente infundadas o aquellas en las que se pide una tutela que el Ordenamiento no concede ([...]). Mas existe el peligro, entonces, de que el juez “prejuzgue” con pocos datos aquello cuya resolución requiere, quizá, un detallado análisis; por eso la regla es que sólo un precepto expreso autoriza la inadmisión de la demanda *in limine litis* de oficio.” Con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., a pie de la pág. 38. Desde mi punto de

defiende que en estos casos hay una verdadera falta de *accionabilidad*, resultaría ilógico tener que tramitar todo un proceso sabiendo (desde su inicio) que el mismo acabará con una sentencia desestimatoria¹²²¹. Sentencia que, además, será de fondo, con lo que se cerraría la posibilidad de impetrar una nueva demanda sobre esa misma cuestión, a diferencia de lo que sucedería si se considerase el vicio de carácter procesal. En mi opinión, en estos supuestos resulta tan indiscutible la inexistencia de una norma que ordene inadmitir expresamente a trámite la demanda, como que la **mecánica procesal** es claramente **mejorable**. En este sentido obsérvese que el citado art. 424 LEC establece que, el tribunal, de oficio¹²²² puede apreciar la *falta de claridad o precisión de ésta* [la demanda] *en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas*, debiendo admitir *en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas*, con lo que resulta evidente que esas mismas *aclaraciones o precisiones* se podrían exigir de una forma más sosegada y menos sorpresiva para el actor mediante el otorgamiento de un plazo de subsanación (art. 231 LEC), antes de proceder a admitir la demanda, y antes de obligar al demandado a contestarla y a hacerlo sin saber exactamente qué se le demanda. Por otro lado, resulta obvio que, si la sanción por no subsanar la demanda consiste en que *el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvenición* (art. 424.2 LEC), de poco sirve lo prescrito en el art. 219 LEC, que se convierte así en una especie de norma meramente

vista, en este caso (como en muchos otros) el ordenamiento hispánico ha optado por otorgar mayor relevancia a ese derecho de defensa que a esa eficacia sin percibir que, con este tipo de situaciones, se sobrecarga el sistema que, prácticamente desde sus inicios, ha rozado el colapso (véase el primer apartado de esta misma obra), con lo que finalmente sí se ha acabado afectando al derecho de defensa por los sobrecostes y por la lentitud del propio sistema. Buena prueba de ello es esa utilización de la figura de la demanda defectuosa por parte de nuestros tribunales para intentar remediar el tener que realizar todo un proceso en un caso claro de falta de *accionabilidad* en el que, empero, ningún precepto ha tenido la “bondad” de sancionar dicha falta con la posibilidad de inadmitir *in limine litis*, de oficio, la correspondiente demanda.

¹²²¹ Y aunque en este caso la sentencia sí entraría a valorar el fondo del asunto considero extrapolables, *mutatis mutandis*, las siguientes palabras de PUJADAS TORTOSA, V.: “una opción que permita continuar con el proceso a sabiendas de la existencia de un obstáculo que impedirá un pronunciamiento sobre el fondo convierte en inútiles las actuaciones practicadas hasta el momento.” § 463. *La importancia de la subsanación...*, opus cit., pág. 81.

¹²²² Como comenta PUJADAS TORTOSA, V., “la apreciación de oficio de la existencia de este óbice queda clara en la LEC de 2000, no así en la regulación anterior, pues esa facultad no se reconocía explícitamente, aunque la tendencia clara a partir de la Ley de 1984 era la de ampliar las facultades de control del juez.” Ahora bien, esta misma autora, a continuación, advierte que: “Además, la LEC de 1881 establecía un plazo para subsanar el defecto, para los casos en que esto no pudiera realizarse en el acto. No sucede así en la Ley procesal vigente hoy, lo que puede provocar situaciones de sorpresa para ambas partes.” Ídem, pág. 82.

programática, pues aún exigiendo una determinación concreta de lo pedido en la demanda, se permite su indeterminación casi absoluta en la audiencia previa. A mi entender, excepto en el supuesto de que lo pedido fuera directamente una condena con reserva, se debería controlar de oficio que la demanda se presentara conforme al citado precepto. Si la demanda no fuera líquida, y previo trámite de subsanación (y para el sólo caso que no se subsanara), se debería inadmitirla¹²²³.

La referida orfandad normativa se puede en parte matizar con respecto de la segunda de las infracciones mencionadas es decir, la de lo dispuesto en el art. 219.1 LEC al ejercitarse la correspondiente acción de **condena sin** cumplimentar los requisitos de **cuantificación**/fijación de las correspondientes bases. Para estos casos, la solución más célérica podría partir del mandato de los **artículos 253 y 254 LEC**¹²²⁴, del que se deriva la obligación del demandante de fijar la cuantía de la demanda¹²²⁵. De esta forma el

¹²²³ Esta hipótesis altera, obviamente, el cronograma instaurado en la LEC, en donde se pauta, como comenta PUJADAS TORTOSA, V., que: “El tratamiento procesal de la demanda defectuosa se articula en la LEC 1/2000 mediante la excepción legal en el modo de proponer la demanda [“No sólo la demanda: también la contestación de la demanda, la reconvencción y la contestación de ésta”, nota (2) pág. 82]. Ésta puede ser alegada en distintos momentos, según cuál sea el escrito que se entiende defectuoso: la excepción aducida contra la demanda debe alegarse en la contestación (en la vista si se trata de un juicio verbal); contra la contestación, en la audiencia previa al juicio; contra la reconvencción, en la contestación a la reconvencción y, contra ésta última, en la audiencia previa.” Ídem, pág. 81.

¹²²⁴ Aunque estos preceptos son de aplicación general, parece claro que el cauce del art. 254.4 LEC no resultará idóneo para abordar las otras dos referidas infracciones consistentes en el ejercicio de la acción de mera declaración en lugar de la obligatoria acción de condena, y en la de la falta de acreditación del interés específico que la condena genérica requiere; al ser éstas pretensiones esencialmente mero-declarativa. Por ello, el único supuesto que aquí se analizará es el de la mencionada infracción del art. 219.1 LEC, consistente en no realizar la debida cuantificación, una vez se ha ejercitado una acción de condena. Por otro lado, cabe conectar estos preceptos con el principio de justicia rogada, como hace expresamente FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., al sostener que este principio “se pone de manifiesto, por ejemplo, cuando exige al actor la carga de precisar en su demanda inicial la tutela solicitada (art. 399 LEC) y, en particular, cuando se le atribuye la carga de cuantificar con exactitud el valor de su demanda en atención al valor que, a su vez, quepa atribuir a su pretensión (art. 253.1 LEC en relación con los arts. 251 y 252 LEC)”. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 20.

¹²²⁵ Como afirmaba MONTERO AROCA, J., aún bajo la vigencia de la LEC de 1881: “Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de sentencias ilíquidas no supone que sea también posible la demanda completamente ilíquida. La sentencia con reserva de liquidación es una salida para el juez que en el momento de dictar sentencia ve que no existe prueba del importe de los daños y perjuicios, pero no es una admisión de demandas completamente ilíquidas.” *El juicio verbal de tráfico*, opus cit., pág. 387. En la misma dirección, y ya con la LEC 2000, se pronuncia MÉNDEZ, ROSA M., quien en relación a la “Cuantificación del importe en la demanda” recoge lo prescrito en el art. 219 LEC, lo cual relaciona con lo establecido en al art. 209.4 LEC. *El procedimiento declarativo del automóvil*, opus cit., pág. 35. Lo cual reitera al sostener que: “Ya vimos como el valor reclamado o las bases para su determinación deben concretarse con carácter general en la propia demanda (art. 219 LEC).” Ídem, pág. 46. Y en el mismo sentido de considerar la determinación de la cuantía en la demanda como una carga del actor se pronuncia la generalidad de la doctrina. Por todos valga DAMIÁN MORENO, J., quien afirma que: “En la medida en que en muchos casos el procedimiento se determina en función de la cuantía, la ley impone al actor la carga de expresarla en demanda, calculada con arreglo a unos criterios preestablecidos. No obstante, si no fuera posible hacerlo, podrá indicarse en forma relativa si el actor justifica debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario o, en su caso,

artículo 253.1 párrafo primero LEC establece que *el actor expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda. Dicha cuantía se calculará, en todo caso, conforme a las reglas de los artículos anteriores.* Por su parte, el artículo 254.4 LEC, prescribe que *en ningún caso podrá el Tribunal inadmitir la demanda porque entienda inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía. Pero si la demanda se limitare a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o si, tras apreciarse de oficio por el Secretario que la cuantía fijada es incorrecta, no existieren en aquélla elementos suficientes para calcularla correctamente, no se dará curso a los autos*¹²²⁶ hasta que el actor no subsane el defecto de que se trate.

*El plazo para la subsanación será de diez días, pasados los cuales el Tribunal resolverá lo que proceda.*¹²²⁷

que no rebasa la máxima del juicio verbal. En ningún caso podrá limitarse a indicar la clase de juicio a seguir, ni hacer recaer en el demandado la carga de determinar la cuantía.” *Introducción al sistema judicial español*, opus cit., pág. 165. Especificando un poco más adelante que: “En los casos en que se ejerciten acciones de condena al pago de una determinada cantidad de dinero o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, el actor deberá consignar la cuantía exacta de la cantidad que se reclama o, al menos, las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación, sin que puedan reservarse su determinación en ejecución de sentencia (art. 219 LEC).” Ídem, pág. 166.

¹²²⁶ Sobre éste “no se dará curso a los autos” resultan muy instructivas las siguientes aportaciones de FERNÁNDEZ, M. A.: “Obsérvese que la L.e.c. es reacia a decretar el rechazo de la demanda y utiliza la curiosa fórmula “no se le dará curso”.” (Aquí se remite a pie de la página 39, en donde afirma que): “El T.S. ha dicho en reiteradas ocasiones que en estos casos no procede que el juez rechace la demanda sino simplemente que la deje sin curso (STS 23 dic. 1898; 5 feb. 1891. ¿Que [sic] significado cabe atribuir a esta expresión?; desde luego, no que el juez se limite a dejar la demanda sobre la mesa del juzgado sin dictar resolución alguna. Si así fuera, se privaría al demandado [demandante] de la posibilidad de interponer los recursos ordinarios en el caso de que disintiera de la decisión judicial. Lo correcto es que el juez dicte providencia teniendo por presentada la demanda y acordando suspender su curso porque un precepto legal se lo impide. Frente a esta providencia podrá el demandado [demandante] interponer los recursos ordinarios y, como es lógico, la demanda no producirá los efectos que le son típicos ya que estos efectos se refieren a la demanda que reúna los requisitos para ser admitida.” Con DE LA OLIVA, A., *Lecciones de derecho procesal III*, opus cit., pág. 39 y a pie de la misma.

¹²²⁷ DAMIÁN MORENO, J., sostiene que “en ningún caso [la oficina judicial] podrá dejar de admitir la demanda si entiende inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía, salvo que el demandante se hubiera limitado a indicar, sin más, la clase de juicio que corresponde, sin especificar cuantía alguna, o si, indicándola, apreciase que la cuantía se ha calculado incorrectamente. El demandado podrá no obstante impugnar la cuantía de la demanda; en el juicio ordinario dicha impugnación habrá de hacerse valer en la contestación, la cual será resuelta en la audiencia previa (art. 255 LEC).” *Introducción al sistema judicial español*, opus cit., pág. 167.

Por otro lado, cabe apuntar que la actual redacción de este art. 254.4 LEC se ha establecido por la **Ley 13/2009, de 3 de noviembre**, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE núm. 266, de 4/11/2009). Con esta modificación, además de adaptarse el precepto a la nueva Oficina judicial, los elementos *suficientes* para calcular *correctamente* la cuantía han dejado de ser sólo los *fácticos*. Asimismo, antes de la reforma se prescribía que, una vez pasado el plazo de subsanación, se debía *archivar definitivamente la demanda*, sobreentendiéndose que ello se acordaría ante la falta de subsanación. Con lo que el actual *resolverá lo que proceda* se debería interpretar en el mismo sentido, pues se limita a mejorar el redactado de este apartado en el sentido de que, obviamente, el actor puede, en el plazo de subsanación, enmendar su demanda.

Obviamente, esta carga general de cuantificación se debería entender agravada en los casos del art. 219.1 LEC, al deberse en ellos establecer *exactamente* el importe o fijar *claramente* las bases para su liquidación, relacionándose su falta ya no solamente con la problemática referida a la determinación del adecuado procedimiento¹²²⁸, sino incluso con el derecho de defensa del demandado. La falta de cumplimiento de esa carga conlleva la consecuencia de *no dar curso a los autos*; según GASCÓN INCHAUSTI comporta “que queda en suspenso la decisión del tribunal acerca de la admisión a trámite o no de la demanda, pues es precisamente la admisión de la demanda la que hace nacer el deber de impulsar de oficio el procedimiento;”¹²²⁹ como afirma este autor la subsanación ha de consistir en que la parte actora de al tribunal los elementos que permitan calcular la cuantía. Si no se subsana el defecto en diez días se inadmite definitivamente la demanda¹²³⁰. Si el tribunal no advierte el defecto será el demandado el que, en su contestación a la demanda, deberá denunciarlo para que se resuelva en el momento de la audiencia previa.

¹²²⁸ La adecuación de un proceso al procedimiento que la ley determina es un presupuesto procesal que se ha de cumplir en el momento de interponer la demanda. El mismo **artículo 399.4 LEC** obliga al actor a justificar la clase de juicio por el que se ha de sustanciar la demanda. Como ello puede depender de la cuantía de la misma, es necesario justificar ésta (**artículos 253 y 254 LEC**). En este sentido GASCÓN INCHAUSTI, F., afirma que un proceso concreto se ha de ajustar al procedimiento que, para el mismo, se establece en la ley. La falta de esta correlación comporta la denominada “**inadecuación del procedimiento**”: un vicio procesal apreciable de oficio o a instancia de parte. *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, segunda edición, opus cit., págs. 62 a 67. Por su parte, ARIAS LOZANO, D., explicitó muy claramente la importancia de esta cuestión, al aseverar (bajo la vigencia de la ALEC) que: “El derecho a la tutela efectiva no se agota por el simple hecho de que un expediente procesal sea contradictorio y recurrible. Si no es *aplicable* al supuesto de hecho, si un determinado asunto se sustancia por los cauces procedimentales inadecuados se viola, desde luego, el ordenamiento jurídico-procesal, pero también el derecho al proceso debido, integrante del derecho a la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución española.” En sostén de las anteriores afirmaciones extracta a continuación fragmentos de la STC (2) de 11/06/1984 (La Ley, 1984-4, 23, 312-TC), STS (1ª) de 18/10/1988 y STS de 9/07/1990 (RAJ 5.789). *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11153; se ha respetado la cursiva del original consultado.

Por otro lado, la ley prevé que, en el caso de que haya un error por parte del actor al vincular la cuantía del litigio a un determinado procedimiento, el juez, de oficio y mediante providencia, fijará cuál es el cauce procedimental adecuado. Pero ello sólo cabe cuando se aprecie un error en esa elección, una vez se ha procedido por el actor a efectuar una cuantificación de la pretensión en la demanda. Se produce en estos casos, por tanto, una subsanación de oficio. Pero este supuesto no es el que ahora es objeto de estudio, sino el de la falta de esa cuantificación por negligencia/desidia del actor, para el que es aplicable la mencionada regla del **artículo 254.4 LEC** (que asimismo concuerda con lo prescrito en el art. 219.1 LEC).

¹²²⁹ *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, segunda edición, opus cit., pág. 66.

¹²³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., en cuanto al régimen de los recursos frente a la decisión del tribunal opina (ante el silencio de la ley) que serán de aplicación las normas generales. Así, la providencia del tribunal será recurrible en reposición. Considera que la inadecuación del procedimiento no es motivo suficiente para el recurso de apelación, excepto cuando repercuta en la exoneración “de cumplir ciertos requisitos o si ha obtenido ciertas ventajas, vinculadas con el cauce procedimental, esto es, si hubiera podido producirse indefensión (artículo 238.3º LOPJ)”. En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal igualmente opina que su fundamento no sería “el cambio procedimental”, “sino la pérdida de un derecho procesal diverso.” Ídem, págs. 66 y 67.

En mi opinión, y aunque el **artículo 254.4 LEC** busca (primordialmente) el asegurar al tribunal el tener elementos suficientes para poder, de oficio, valorar si el procedimiento escogido es el adecuado, nada obsta para poder utilizar este cauce en subsanación de la infracción de la citada regla del art. 219.1 LEC¹²³¹, aunque soy consciente que esta solución adolece del gran reparo de que se utilizarían unas herramientas inidóneas para remediar estos defectos pues, como ya advirtió CALERÓN CUADRADO, “la cuantía fijada en este acto procesal [demanda] para dar cumplimiento

¹²³¹ Ahora bien, la interrelación entre estos dos bloques normativos se manifiesta en diversos campos como el de la fijación del *dies a quo* de la **prescripción** de la correspondiente acción. Ello se observa con claridad de lo que se expuso en la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7/10/2009**, en cuyo fundamento de derecho segundo se dijo que: *Al margen de algunas alegaciones del recurrente sobre la continuidad de su tratamiento médico incluso tras la resolución del INSS, lo cierto es que la cuestión planteada en este recurso es estrictamente jurídica, pues tanto de la respectiva motivación de las sentencias de ambas instancias como del desarrollo argumental del motivo y del escrito de oposición al mismo se desprende con claridad que la controversia se centra en el alcance de la conocida jurisprudencia de esta Sala, aplicada por los juzgadores de las dos instancias y aceptada por ambas partes, de que el plazo de prescripción de las acciones fundadas en el art. 1902 CC no comienza a correr, en el caso de lesiones con secuelas, hasta que el perjudicado no conozca efectivamente el alcance o grado del quebranto sufrido.*

No se discute por ninguna de las partes la importancia del daño, amputación de la pierna derecha por debajo de la rodilla tras complicarse una fractura de tobillo sufrida por el demandante el 16 de mayo de 1996 al caer a una zanja mientras trabajaba en las obras de ensanche de una carretera, ni tampoco la sucesión de ingresos hospitalarios, intervenciones quirúrgicas y cambios de prótesis a los que tuvo que someterse aquél. Lo que se debate en este recurso es, en suma, si esa jurisprudencia indiscutida de esta Sala permite o no considerar que el indicado plazo de prescripción no comienza a correr hasta la definitiva e inamovible determinación del grado de incapacidad del perjudicado por los órganos administrativos competentes o, en su caso, por el orden jurisdiccional social.

Pues bien, la respuesta ha de ser afirmativa y por tanto favorable al recurrente. Aunque una lectura de las sentencias de esta Sala poco atenta a las circunstancias de cada uno de los caos litigiosos permitiría en éste fijar el día inicial del cómputo en la fecha de la resolución de la Dirección Provincial del INSS, como hicieron las sentencias de ambas instancias, e incluso adelantarlo a la fecha en que se hace tal propuesta de resolución o a la del dictamen médico precedente (así, SSTs 10-10-95 en rec. 1192/92, 12-2-00 en rec. 1562/96, 4-5-00 en rec. 2255/95, 6-2-02 en rec. 3075/96, 22-1-03 en rec. 5303/99, 3-10-06 en rec. 4265/99 y 3-12-07 en rec. 4215/00), lo cierto es que cuando, como en este caso, el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, la jurisprudencia, sin dejar de aplicar la misma doctrina de la que parten las sentencias anteriormente citadas, toma como día inicial del cómputo aquel en el que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido y cuantificar con claridad y precisión, como exigen los arts. 253 y 254.4 LEC de 2000 y resulta del art. 219 de la misma ley al tratar de las sentencias con reserva de liquidación, la indemnización pretendida, ya que, como en el recurso se alega en relación con el concreto caso examinado, el daño es mayor si incapacita para todo tipo de trabajo que si sólo incapacita para determinados trabajos, y precisamente sobre esta cuestión versó la controversia del proceso seguido ante el orden jurisdiccional social. [...].

No se trata, por tanto, de un problema de interrupción de la prescripción de la acción civil por la presentación de una demanda ante el orden social, materia de la STS 14-2-08 (rec. 5709/00) citada por la parte recurrida en su escrito de oposición, sino del momento mismo en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción civil en virtud de la definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado. Dictada en resolución del rec. 1207/2005, y de la que fue ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 621/2009, LA LEY 191960/2009.

a lo dispuesto en el artículo 253 de la LEC en modo alguno cumpliría el cometido que comentamos [el deber de solicitar una condena concreta cuantificando exactamente lo reclamado o fijando claramente las correspondientes bases].”¹²³²

4.12.1.2. La posibilidad de acumular acciones. El sentido del término “exclusivamente” del artículo 219.3 LEC.

En un apartado anterior de esta obra¹²³³ se apuntó la conexión existente entre la posibilidad de acumular otras pretensiones a la acción en que se solicita una condena con reserva, y el papel que juega el artículo 219 LEC como limitador al ejercicio de la tutela de mera-declaración¹²³⁴. En aquella sede se estudió la cuestión de si es posible acumular (en los casos establecidos en el mencionado precepto) una acción meramente declarativa y otra de condena. Recuérdense las interesantes reflexiones que realiza CALDERÓN CUADRARO¹²³⁵ en el sentido de que “el artículo 219.1 de la LEC no sólo no impide una acumulación similar, sino que su punto de partida –querido o no- es precisamente ese” y como intenté refutar dicha hipótesis al tratar de demostrar que la tutela de mera-declaración está vedada en el ámbito de las deudas pecuniarias. En este sentido sostuve que, cuando en ese primer apartado del artículo 219 LEC se establece expresamente que *cuando se reclame en juicio el pago de [...], no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago*, no se está refiriendo a un fenómeno de acumulación de acciones, sino al de la **prejudicialidad lógica** que juega lo meramente declarativo en la tutela de condena, como se demuestra (en conjunción con otras razones que allí expuse) por el hecho que la misma condena con reserva sea, en realidad, una única pretensión de condena “partida” en dos¹²³⁶. Por tanto, en este

¹²³² *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 402 *in fine*. En la página siguiente extracta, en apoyo de dicha afirmación, la SAP de Alicante 319/2005, de 19 de julio (BD, marginal AC 2005/1468).

¹²³³ *Vid.* el apartado referente al análisis de la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva.

¹²³⁴ Bajo la vigencia de la LEC de 1881, ya explicitó FAIREN GUILLÉN, V., la importancia del art. 360 ALEC en esta cuestión, al afirmar que: “El artículo 352 y 360 LEC dejan ver claramente que las sentencias sobre el fondo litigioso, pueden ser simples o compuestas”, en relación precisamente a la acumulación de pretensiones o (también) a la posibilidad de “diversas peticiones dentro de la misma pretensión.” *El razonamiento de los tribunales de apelación*, opus cit., pág. 124.

¹²³⁵ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., págs. 408 y 409.

¹²³⁶ En base a esta argumentación me parecen incorrectas posiciones como la defendida por PEREDA GÁMEZ, J., al analizar la sentencias con reserva de liquidación, cuando afirma que: “La idea de que a la acción de declaración se acumule la pretensión de condena responde al principio de concentración y al

ámbito, y a diferencia de lo que ocurre en las pretensiones de carácter no pecuniario, este tipo de acumulación está prohibida, al no reconocerse la autonomía de la tutela de mera-declaración. De lo anterior se deriva que la sentencia con reserva sólo sea en apariencia una tutela de mera-declaración, quedando por ello el recurso a la misma ceñido al interés específico que requiere¹²³⁷. En consecuencia, y como en su momento argumenté, no comparto la conclusión de CALDERÓN CUADRADO de que existe la posibilidad “de acumular una acción simplemente declarativa y otra condenatoria. La sentencia que al respecto se dicte podrá tener aquella caracterización tanto en caso de absolución de ambas pretensiones, como de desestimación de la última y estimación de la primera planteada”. Consecuentemente, tampoco considero acertado sostener que el artículo 219.1 LEC lo que “requiere es o bien acumular una y otra acción, o bien solicitar en solitario el correspondiente pronunciamiento condenatorio.”¹²³⁸

Ahora bien, más allá de la anterior reflexión consustancial a la idea de la limitación que supone el artículo 219 LEC al ejercicio de la acción de mera-declaración, surge otra cuestión esta vez relacionada con la dicción del tercer apartado de dicho precepto, cuando el mismo prescribe que *no obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea **exclusivamente** la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades*. Con este tenor literal, el artículo parece prohibir explícitamente toda

intento del legislador de agilizar los trámites procesales y también a consolidar la necesidad de acreditar los hechos básicos generadores de perjuicios (“determinación”) y también su importe (“cuantificación”), superando la doctrina jurisprudencial sobre posible remisión a la fase ejecutiva de la segunda pero no de la primera (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1988 y 7 de mayo y 10 de junio de 1991).” C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 293.

¹²³⁷ Si esta hipótesis es correcta, esta regulación sería (muy probablemente) duramente criticada por WACH, A. Hay que recordar que para este autor están claramente delimitados los ámbitos de la pretensión de condena y de la de mera declaración, atendiendo al diverso interés jurídico objeto de protección. Por ello sostuvo que: “está claro que no se puede hablar de una acumulación objetiva de acciones en el sentido de la unión de dos clases de acciones relativas al mismo derecho.” *La pretensión de declaración*, opus cit., págs. 84 *in fine* y 85 *ab initio*. No admitiendo “sin más, el paso de la acción de condena en acción declarativa y viceversa, sino solamente si tanto una como la otra tienen su fundamento en los hechos. [...] Faltando necesidad de satisfacción del derecho (violación del derecho), resultará solamente el rechazo de la acción de condena, pero no la declaración del derecho, no necesitado de su realización. Para esta última se exige el interés independiente en la declaración. La demanda de condena no encierra en sí la demanda de declaración. Pero sí podrá el accionante por condena formular en todo momento, durante la secuela del juicio, el pedido (eventual) de declaración, si el juicio resulta para él interés en la declaración”. Ídem, pág. 87.

¹²³⁸ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 419.

acumulación de acciones y, en consecuencia, de procesos en el ámbito de la sentencia con reserva, siendo una prohibición novedosa en nuestro ordenamiento jurídico pues no se preveía en las anteriores LEC de 1855 y de 1881¹²³⁹. De hecho, la condena con reserva solía precisarse en relación con una serie de bienes (frutos, rentas, etc.) que muy bien podían reclamarse de forma **accesoria** a una acción principal de naturaleza real, y en el mismo **artículo 219.2 del Anteproyecto LEC** se permitía justamente la condena con reserva *cuando la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase fuere accesoria*. De esta forma, se pasó en la *mens legislatoris* de admitir la sentencia con reserva únicamente cuando se refiriera la misma a una acción accesoria de otra principal, a idearla para cuando dicha pretensión fuera la única planteada. Nótese que el viraje se acompaña con un sustancial cambio en el supuesto de hecho de la norma.

Esta acumulación accesoria (o sucesiva), como afirma GASCÓN INCHAUSTI¹²⁴⁰, se caracteriza porque “existe entre las diversas acciones una relación de dependencia tal que conduce a que una de ellas –la accesoria- sólo pueda ser objeto de pronunciamiento y eventual estimación en caso de que la otra –la principal- haya sido estimada¹²⁴¹. Por ejemplo, si se solicitan por el actor, además del pago de la suma de dinero debida, los intereses moratorios.”¹²⁴² En este tipo de acumulaciones, y a diferencia de las simples, existe la necesidad de que se estime la acción principal, para poderse estimar la accesoria, siendo posible “por tanto, que se estimen tanto la acción principal como la accesoria, o que sólo se estime la acción principal, pero se rechace la accesoria; lo que, en cambio, no resulta posible, es que se estime la acción accesoria habiéndose desestimado la principal.”¹²⁴³ La LEC se refiere a este tipo de acumulación¹²⁴⁴ en su

¹²³⁹ Así, bajo la vigencia de ésta última, decía CORDÓN MORENO, F., sin dudar de su normalidad que: “Con cierta frecuencia, en efecto, se plantean ante nuestros Tribunales demandas en las que se solicita, de forma única o acumulando principal o eventualmente esta pretensión a otra principal, una indemnización de daños y perjuicios.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 41.

¹²⁴⁰ *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid, LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., 2000, pág. 18.

¹²⁴¹ Cita en este punto a pie de página a Prieto-Castro, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, pág. 473, a Fernández, M. A., *Derecho Procesal Civil*, II, pág. 98, a Ortells Ramos, *Derecho Jurisdiccional*, pág. 100 y a Tapia Fernández (con Cavanillas Múgica), *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, pág. 181.

¹²⁴² A continuación afirma el citado autor que: “La LEC no se refiere expresamente a este tipo de acumulación, aunque resulta indudable su admisibilidad, al no contravenir la prohibición de que las acciones sean incompatibles.”

¹²⁴³ Ídem, pág. 18.

¹²⁴⁴ El mismo GASCÓN INCHAUSTI, F., dice que, en cuanto a la acumulación accesoria, “la LEC se refiere expresamente a las peticiones de intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios”. Ídem, pág. 60.

artículo 252, al tratar sobre las reglas para determinar la cuantía del proceso¹²⁴⁵ y específicamente en la **segunda** de ellas al prescribir que *si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera.*¹²⁴⁶ Comparando el tenor de este precepto con el del art. 219 LEC se observa la contradicción sistemática existente entre ambos. De esta forma, mientras que en el artículo 219 LEC se establece que sólo se pueden ejercitar acciones referentes a frutos, rentas... de carácter ilíquido cuando ello se haga *exclusivamente*, en el art. 252.2ª LEC se permite su acumulación de forma accesoría (en congruencia con lo normado en el citado Anteproyecto LEC) con la expresa consecuencia de que su incierto valor no se tomará en cuenta para fijar la cuantía de la demanda.

Ante la anterior normativa, diversos autores han abogado por considerar que ese *exclusivamente*, por incomprensible, debería ser obviado, explicitando GONZÁLEZ GARCÍA que “la restricción de la excepción a los casos en que sólo se reclame en exclusiva la condena al pago haría inviable, en casos como el que trae causa este comentario, la posibilidad de liquidación ulterior, dejando al Juez ante una auténtica aporía, pues no podría liquidar la condena, ni en el incidente de ejecución, ni en el proceso posterior.”¹²⁴⁷ Ahora bien, tal vez sea TAPIA FERNÁNDEZ la que haya

¹²⁴⁵ Que concretamente se refiere a las: *Reglas especiales en casos de procesos con pluralidad de objetos o de partes*. Precisamente es en la cuestión de la “*Cuantía del procedimiento*” en la que MÉNDEZ, ROSA M., refiere la relación existente entre el art. 219 LEC y los artículos 251.1 y 252.2 LEC, debiéndose tener en cuenta este último precepto: “En caso de procesos con pluralidad de objetos, y en concreto, cuando con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios”. *El procedimiento declarativo del automóvil*, opus cit., págs. 34 y 35 *ab initio*.

¹²⁴⁶ El precepto prosigue estableciendo en su segundo párrafo que: *Para la fijación del valor no se tomará en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas*. Finalmente, mediante la **Ley 19/2009, de 23 de noviembre**, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (BOE núm. 283, de 24/11/2009), se ha añadido un tercer párrafo con el siguiente tenor literal: *Sin perjuicio de lo anterior, si las acciones acumuladas fueran la de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y la reclamación de rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la acción de mayor valor*.

¹²⁴⁷ § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 79. En congruencia con lo anterior este autor también reconoce la posibilidad de acumular acciones en estos casos cuando sostiene que: “Es evidente, por ejemplo, el establecimiento de un límite al ejercicio jurisdiccional de tutelas merodeclarativas del derecho a recibir del demandado cantidades por los conceptos que señala el enunciado legal [del art. 219 LEC], bien como petición principal, bien como petición accesoría”. Ídem, pág. 78.

aportado más luz a este tema, al plantearse dicha cuestión de la siguiente forma: “Si se prohíbe [en el artículo 219 LEC] el ejercicio de una acción mero declarativa del derecho a percibir cantidad ilíquida; si solamente se permite la sentencia con reserva de liquidación cuando ésta consista en una simple operación aritmética; si, para no abortar derechos constitucionalmente establecidos de acceso a la justicia, se permite al demandante solicitar la condena al pago de cantidad ilíquida, difiriendo a una proceso declarativo posterior los problemas de liquidación; ¿por qué se vuelve a limitar esta última salida del demandante –que no conoce el alcance del daño, rentas, cantidades provenientes de diversas fuentes- imponiendo el legislador que esa pretensión de condena sea exclusivamente planteada en el litigio? ¿No podrá solicitarse como accesoria (en una acumulación con la principal de tal tipo) de otra pretensión principal? ¿O acaso el adverbio <<exclusivamente>> va referido a la prohibición de liquidación? De ser esto último –lo que parece más razonable- la redacción es muy confusa.”¹²⁴⁸

Siguiendo la misma línea argumental que la anterior autora (a quien cita expresamente), FERNÁNDEZ LÓPEZ, arrumbando una interpretación literal del mencionado adverbio¹²⁴⁹, considera que lo lógico es “permitir la reserva de liquidación con independencia del número de pretensiones que se ejerciten, siempre que en el segundo proceso la única pretensión sea la de liquidar la concreta pretensión al pago de cantidad de dinero, frutos, etc.”¹²⁵⁰ Y aún en esa misma línea (con mención expresa ahora de la citada Fernández López) se halla CALDERÓN CUADRADO, quien, en congruencia con su examinada posición sobre la viabilidad de acumular, en estos casos, acciones de simple declaración y de condena, afirma que también, “desde la perspectiva del artículo 219.3” y “a pesar del término <<exclusivamente>> utilizado por el legislador”, “aquí ha de caber la acumulación y sería un sinsentido lo contrario.”¹²⁵¹

¹²⁴⁸ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., págs. 800 y 801 *ab initio*.

¹²⁴⁹ Concretamente sostiene en este punto que “si se le da el primer sentido (que la pretensión de condena sea la única ejercitada en el primer procedimiento), no se entiende por qué el legislador impide que se dicte sentencia con reserva en todos aquellos supuestos en los que, ejercitándose más de una acción, la de condena al pago de una cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos es de difícil cuantificación. Téngase en cuenta que los mismos problemas de determinación de la cantidad se pueden plantear en uno y otro caso y, sin embargo, si se aboga por esta interpretación, inexplicablemente la acumulación de acciones en la demanda limita la tutela jurisdiccional, puesto que la imposibilidad de cuantificar una de ellas le impide proceder a dicha acumulación o, incluso, le obliga a renunciar a la pretensión ilíquida.” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 24.

¹²⁵⁰ Ídem. De lo anterior deriva que, cuando en una acumulación de acciones una de ellas sea ilíquida, “la sentencia sería ejecutiva sólo parcialmente.” Ídem.

¹²⁵¹ *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 409. Trae a colación para sostener dicha afirmación un ejemplo de Fernández López, M., *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., págs. 24-25; a pie de esta

Comparto con los anteriores autores la opinión de que, efectivamente, el precepto es en este punto especialmente confuso, no pareciendo haber ninguna razón de índole teórica ni práctica que legitime, en estos casos, la prohibición de todo tipo de acumulación¹²⁵². Ahora bien, partiendo de las anteriores reflexiones de Tapia Fernández, se puede intentar dar un sentido a ese *exclusivamente*, aunque para ello hará falta acudir a las interpretaciones, sistemática, histórica y teleológica. Desde un punto de vista **sistemático**, el artículo 219 LEC se puede poner en relación con otros dos preceptos ya mencionados. Permite dicho artículo la condena con reserva *al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada*. Por su parte, el artículo 219.2 del Anteproyecto LEC, permitía este tipo de condena con reserva *cuando la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase fuere accesoria*. Finalmente, el artículo 252 LEC recoge que *si [...] con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas*. Si se comparan los tres preceptos, se observa claramente la relación existente entre el supuesto de hecho de la sentencia con reserva y la cuestión de su **accesoriedad**¹²⁵³; obviamente, lo accesorio debía ser lo reservable¹²⁵⁴.

Desde un punto **histórico**, lo anterior engarza claramente con una **teleología** de la sentencia con reserva basada no únicamente en la búsqueda de una solución admisible para los casos en que se probaba la existencia de un débito pero no su cuantía, sino fundamentada en las ideas de **eficacia y celeridad**, desde las que lo que importaba era

página 409 (con continuación en la 410) cita también a Tapia, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., págs. 798 y 800-801.

¹²⁵² Es más, lo eficiente sería permitir todo lo contrario, como expresamente previene el artículo 252 LEC. Piénsese por ejemplo en una acción principal consistente en un alquiler de un inmueble, y en la accesoria a las rentas que el mismo produce. No tiene ningún sentido que si, por el motivo que sea, dichas rentas (en un primer momento) fueran ilíquidas se interpusiera una acción en reconocimiento del primero para, separadamente, ejercitar otra en relación a dichas rentas. Es más, siendo la primera acción principal, de su resolución dependerá la estimación o no de la segunda. Como se ve, el sistema no solamente es ineficaz, sino que crea inseguridad jurídica.

¹²⁵³ Vid. el Cap. I de esta obra, v. gr., al referir los comentarios de GÓMEZ DE LA SERNA, P., en relación a la LEC de 1855.

¹²⁵⁴ El vigente art. 252 LEC lo explicita de forma indirecta cuando añade que: *Para la fijación del valor no se tomará en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas*.

resolver rápidamente lo principal para reservar, sólo, lo secundario¹²⁵⁵. Interpretado así el precepto, el *cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada* cobra un nuevo sentido al ceñir el campo de la reserva de forma “exclusiva” a los mencionados conceptos. De esta forma, si lo que se reserva es **lo principal**, se produce la característica *escisión* de una única tutela de condena; en estos casos latiría la consideración de que *lo principal* es la existencia del débito y **lo accesorio su cuantificación**¹²⁵⁶. En cambio, si lo que se reserva es directamente **lo accesorio**, lo que no podrá reservarse para su liquidación será lo verdaderamente principal. Por ello, y a

¹²⁵⁵ Estos principios se explicitan en diversas facetas, como en la referente a una posible declaración de **nulidad de una sentencia** por vulneración de lo prescrito en el art. 219 LEC, a la que se ha de aplicar el criterio general referente a la ineficacia de los actos procesales y que se basa en el intentar siempre subsanar y conservar los mismos, lo que en estos casos se suele engarzar con hacer una interpretación de la correspondiente sentencia acorde con el citado precepto, es decir, procurando extraer siempre de ella esa cuantía/bases de la misma que permitan conocer la cuantía debida, o la posibilidad de hacerlo con una simple operación aritmética. Se puede ejemplificar esta cuestión con la siguiente resolución que, aún dictada por la jurisdicción social, aplica analógicamente el art. 219 LEC, sirviendo sus aseveraciones en este momento para lo que ahora interesa; se trata de la **sentencia nº 2635/2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de marzo del 2002**, en cuyo fundamento de derecho primero afirmó que: *Recurre la empresa demandada [...] la sentencia que, tras declarar «el derecho de los actores a percibir el plus de penosidad» por ellos pretendido, condena al abono de las cantidades que en su posterior auto aclaratorio se desglosan; dirigiendo aquélla su primer motivo de suplicación (ex art. 191 a LPL) a interesar la nulidad de la recurrida por «violación de los arts. 218 y 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 99» de la Ley de Procedimiento Laboral». Pues no obstante haberse producido su aclaración «(...) podría inducir a error de interpretación cuando se cita al final del fallo... y 647.740 ptas. a [...], para el período 1 Sep. 1999 a 31 Ago. 2000... Es decir cabría dudar si se trata de un reparto de 647.740 ptas. a partes iguales para el colectivo de 5 trabajadores reclamantes o si se trata de esa cantidad para cada uno de ellos...».*

Al disponer la Norma laboral cuya infracción se denuncia que «En las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el Juez o Tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución», debería declararse la nulidad de la recurrida en el supuesto de que aquel cuestionado pronunciamiento implicase una efectiva vulneración del imperativo legal. Pero en la medida que de su contenido (respecto del cual no se instó aclaración de clase alguna) claramente resulta --y en relación con la demanda (acumulada) rectora de una pretensión íntegramente acogida-- que aquel importe no es más que el producto (647.740 ptas.) de los «factores» que se integran en el colectivo reclamante (5) por la cantidad reclamada por cada uno (129.548 ptas.), no puede prosperar la declaración de nulidad que por la recurrente se solicita sin perjudicar tanto la doctrina general sobre una reclamación que debe ser aplicada con un criterio restrictivo por excepcional, «evitando inútiles dilaciones originadoras de negativas consecuencias para la celeridad y eficacia que deben inspirar las actuaciones judiciales» --sentencias de 3 y 22 Abr. 1991, 21 Abr. 1992 y 20 Sep. 2001 (entre otras muchas y en relación con las del Tribunal Supremo de 13 Mar. 1990, 30 May. y 31 Jul. 1991 y la posterior de 22 Jul. 1992)-, como (y fundamentalmente) por analógica aplicación del precepto de la LEC (219) cuya infracción se denuncia; y ello en la medida de que los mencionados antecedentes «claramente» ponen de relieve «las bases con arreglo a las cuales se debe efectuar una liquidación» que solo consiste «en una pura operación aritmética.» Dictada en resolución del recurso nº 7033/2001, de la que fue ponente Sanz Marcos, Francisco Javier, LA LEY 64670/2002.

¹²⁵⁶ Véase en este punto las consideraciones de CALAMANDREI, P., en torno a la característica confusión que se produce en la sentencia genérica entre lo principal y lo accesorio al intentar escindir lógicamente la existencia de algo de su correspondiente cuantificación.

pesar de la evidente incorrección lógica de esta aparente homología, la pretensión con reserva siempre será “exclusiva”, ciñéndose siempre a lo accesorio¹²⁵⁷.

Por otro lado, también se podría sostener que ese *exclusivamente* limita la posibilidad de pretender esa condena con reserva a los casos en que se ejercite como acción principal o de forma accesorio, pero **vedando** su **acumulación eventual**. Para ilustrar lo antedicho valga el siguiente extracto de la resolución dictada por la **AP de Zaragoza de 15/06/2006**, en la que, según GIL NOGUERAS: “El supuesto versaba sobre una pretensión expuesta como accesorio en la Audiencia Previa consistente en la sustitución de la vivienda que había sido objeto de venta en la aludida escritura pública de 18 de Enero de 2.001 por otra de iguales condiciones existente en el edificio con otorgamiento de la correspondiente escritura pública de similares características a la reseñada en su demanda, así como con la obligación de entrega en las mismas condiciones pactadas para aquella, o bien, para el caso de que no pudiera llevarse a efecto ninguna de las anteriores peticiones, que se condenase a la mercantil demandada a indemnizarles en la cantidad que se estableciera en ejecución de sentencia como valor pericial de la vivienda que había sido objeto de la venta inicial, peticiones accesorias que fueron inadmitidas por la juzgadora de instancia en dicho acto de la audiencia pública por estimarlas improcedentes en dicha fase procesal al impedir a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad. La Sala dice: “[...] Respecto de la tercera de tales peticiones accesorias, consistente en la condena de la demandada a indemnizar a los actores en el caso de imposibilidad de transmitirles en venta la referida vivienda, en realidad no es tal sino un supuesto de ejecución de condena a la

¹²⁵⁷ Para clarificar el anterior discurso tal vez sea útil poner un ejemplo. Supongamos que se reclama en juicio el pago de una cantidad derivada del contrato X. En este supuesto, si aún no se puede probar la cuantía de lo debido, se podrá petitionar su condena con reserva. Supongamos ahora que se ejerce una acción declarativa del derecho real A que puede dar lugar a las rentas B (acción accesorio a la anterior). En este caso se puede (si aún no se puede probar el alcance de esas rentas) condenar de forma genérica por B. Ahora bien, lo que no parecería admitir la norma es que, si se reclama un pago derivado del cumplimiento de un contrato Y (la cuantía del cual aún se ignora), y de cuyas cuantías se pudieran derivar las rentas C, se reservasen para un segundo declarativo tanto la cuantificación de Y como de C. Esta configuración del tema, en la práctica, no parece como algo relevante/útil, por lo que probablemente el legislador haya insistido en esa “exclusividad” tanto para remarcar la proscripción de la acumulación a estos casos de una acción mero-declarativa (lo cual se torna en un verdadero pleonismo al ser la tutela de condena, funcionalmente, una tutela de mera-declaración) como para acentuar la excepcionalidad de esta figura, utilizando, por tanto, este término de una manera puramente enfática, al no haber sido capaz de articular adecuadamente esta institución con el tema de la acumulación accesorio que, por otra parte, tampoco es objeto de un potente desarrollo en la LEC (en cuanto a esto último, véanse las reflexiones de GASCÓN INCHAUSTI, F., antes recogidas de forma sintética).

transmisión y entrega de bien inmueble, que deviene imposible por pertenecer aquel a un tercero, y que se sustituye por la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.¹²⁵⁸

Como de su lectura se observa, se impetra en este caso como accesoria en la audiencia previa una acción de condena genérica a la que la Sala le niega esa calidad, redirigiendo aquella pretensión declarativa a un supuesto de transformación de una ejecución no dineraria (entrega de un inmueble, ejecución *in natura*) en ejecución dineraria para lo que, como se verá, están ideados principalmente los incidentes de los arts. 712 a 720 LEC. Independientemente de que tal vez se debería de haber diferenciado entre fijación de equivalente pecuniario e indemnización de daños y perjuicios, lo que interesa ahora resaltar de la anterior resolución es la no admisión de esa petición como accesoria lo cual, desde mi punto de vista, parece acertado, pero no tanto por los motivos que defiende la Sala, sino porque, en realidad, no parece tratarse de una pretensión accesoria sino de una acción principal que, de ser posible (sobre ello se volverá al analizar la siguiente resolución), se debería haber acumulado de forma eventual, pues la actora intenta aunar dos acciones incompatibles (sustitución de una vivienda + indemnización valor pericial vivienda). E, independientemente del anterior caso concreto, me interesa resaltar este punto porque el interés del actor parecería poder cubrirse a través de **dos cauces diversos**: o bien a través de esa especie de acumulación eventual (que, como se verá, más que eventual es condicional) con la obtención, en su caso, de una condena pecuniaria o genérica (art. 219.3 LEC); y a través de la transformación de una condena no dineraria en otra dineraria en la ejecución (arts. 712 a 720 LEC). Y, siguiendo la argumentación de la anterior sentencia, parecería sostenible pensar que el *exclusivamente* del art. 219.3 LEC impide este tipo de acumulaciones, al considerarse más eficiente el mecanismo transformativo de los arts. 712 a 720 LEC, que la remisión a un segundo declarativo del art. 219.3 LEC.

Parecida problemática se observa en la **STS de 13/10/2010 (Sala 1ª)**¹²⁵⁹, cuya lectura enriquece enormemente la comprensión de esta cuestión. En los dos primeros

¹²⁵⁸ GIL NOGUERAS, LUIS ALBERTO, en C.G.P.J., *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario*, opus cit., *Las alegaciones en la audiencia previa e intervención judicial*, págs. 209 a 249, págs. 228 a 233 para el citado epígrafe y págs. 230 y 231 para el anterior fragmento.

¹²⁵⁹ Dictada en resolución del rec. 146/2007, y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de sentencia 647/2010, LA LEY 181848/2010.

antecedentes de hecho de esta sentencia¹²⁶⁰, se relata la presentación de una demanda en la que se ejercita una acción de condena a un hacer (concretamente a la realización a cargo de las codemandadas de una serie de obras de reparación) a la que se acumulan otras, entre las que ahora interesa la que consiste para “el caso de que los condenados no cumplieran” en su condena a abonar el importe de las anteriores reparaciones. Cuantifican esta última acción en la cantidad de 738.540,10 euros o en “aquella otra que resulte de la actividad probatoria” que se realice en el procedimiento, conforme a un desglose que relacionan. El correspondiente Juzgado de 1ª Instancia dicta sentencia en la que se condena a la realización a cargo de las codemandadas de las correspondientes obras de reparación y asimismo, para “el caso de que los condenados no cumplieran” con esta obligación, se les condena a abonar la suma de 178,943,28 euros, “así como a la cantidad que resulte respecto a las reparaciones de las viviendas conforme el importe que se determine en periodo de ejecución de sentencia a través de la pericial que se realice”.

Frente a la anterior sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación, dictándose sentencia en resolución del mismo por la Audiencia Provincial de Madrid,

¹²⁶⁰ Concretamente se relaciona en el primero de ellos que: *El Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid dictó sentencia [...], cuyo fallo dice:*

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda [...] debo condenar y condeno solidariamente [...]

»1º) A la realización a su cargo de todas las obras necesarias para la reparación y eliminación total de los vicios y defectos constructivos que afectan a los elementos comunes y privativos, [...]. Se concede un plazo de cuatro meses para la ejecución de tales obras.

»2) Para el caso de que los condenados no cumplieran con su obligación de realizar a su cargo o sufragar el pago de las obras citadas en el plazo indicado, se condena a abonar a la comunidad de propietarios actora, el importe de las citadas reparaciones, en la cantidad de 178 943,28 euros respecto a los daños y defectos en zonas comunes, así como a la cantidad que resulte respecto a las reparaciones de las viviendas conforme el importe que se determine en periodo de ejecución de sentencia a través de la pericial que se realice en el sentido expuesto en el fundamento sexto de esta resolución, [...].

El 17 de febrero de 2005, se dictó auto de subsanación, cuya parte dispositiva dice: «[...]».

Exponiendo en el segundo que: *La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:*

«Primero.- Se promueve demanda [...] solicitando la condena de éstos, conforme a los informes periciales aportados, [...]:

»1) Conjunta y solidariamente, a la realización a su cargo de todas las obras necesarias para la reparación y eliminación total de los vicios y defectos constructivos que afectan a los elementos comunes y privativos, comprendiendo en estos últimos las viviendas [...].

»2) Para el caso de que los condenados no cumplieran con su obligación de realizar a su cargo o sufragar el pago de las obras citadas en el plazo indicado, se solicita que se les condene a abonar a la comunidad de propietarios actora, el importe de las citadas reparaciones, en la cantidad de 738 540,10 euros, o aquella otra que resulte de la actividad probatoria realizada en este procedimiento, de acuerdo con el siguiente desglose: [...].

conforme se recoge en los antecedentes de hecho tercero y cuarto¹²⁶¹ de la citada resolución del TS. En su sentencia, la referida Audiencia Provincial estimó en parte diversos de los recursos interpuestos y, en lo que ahora interesa, decidió revocar la sentencia recurrida en el sentido de suprimir su pronunciamiento referente “a determinar el importe de las reparaciones de las viviendas en ejecución de sentencia a través de la prueba pericial que se practique en dicho estadio rituario, sustituyendo dicha referencia

¹²⁶¹ Concretamente se dice en el tercero que: *La Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia [...], cuyo fallo dice:*

«Fallamos. [...].

»3) *Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto [...], en el sentido de suprimir de su pronunciamiento segundo la referencia que contiene a determinar el importe de las reparaciones de las viviendas en ejecución de sentencia a través de la prueba pericial que se practique en dicho estadio rituario, sustituyendo dicha referencia por el importe de las reparaciones que se lleven a cabo en la totalidad de las viviendas afectadas, rehusando el recurso en todos los demás extremos y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas. [...].*

En el cuarto se relata que: *La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos: [...].*

»Quinto.- *El último motivo de impugnación, bajo la rúbrica "condena dineraria de la que se defiere su determinación al momento de ejecución de sentencia obrando prueba suficiente para determinarla en la sentencia de primera instancia, e infracción de consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo", combate el pronunciamiento judicial por el que se condena a todos los codemandados a indemnizar subsidiariamente la cantidad que se fije en un nuevo informe pericial respecto a las reparaciones de las viviendas, excepto la partida correspondiente a colocación de cercos blindados en las puertas de entrada a las viviendas. Pues bien, de lo que se queja esta parte apelante es que, no obstante obrar en autos varios informes periciales, entre ellos una pericia judicial, la sentencia de instancia opta por deferir innecesariamente la cuantificación de las reparaciones en elementos privativos a una posterior pericial en ejecución de sentencia, lo que, a juicio de esa parte procesal, está desautorizado por la jurisprudencia. El reproche en los términos que se formula ha de periclitar, ya que en manera alguna puede afirmarse que se haya preterido la doctrina jurisprudencial que exige prescindir del trámite de ejecución de sentencia para fijar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio en los casos en que el juzgador aprecie razonablemente elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo el quantum indemnizatorio, solo diferible a aquel trámite de ejecución en el supuesto de que en el decurso del proceso sea imposible determinar la cuantía de los daños. Dos razones abonan el decaimiento del motivo, a saber: a) la inviabilidad de determinar el quantum indemnizatorio, dada la subsanación de determinadas deficiencias ya acometidas, y aparición de otras nuevas, lo que obliga a reputar como meramente orientativo dichos informes periciales, al margen de las distintas evaluaciones respecto a la cuantía de las reparaciones, de lo que ha de seguirse la dificultad de determinar la cuantía antedicha con los elementos probatorios aportados y b) difícilmente podría invocarse la jurisprudencia que se cita como infringida cuando el artículo 360 de la LEC de 1881 ha sido derogado por la disposición derogatoria única de la LEC 1/2000, cuyo artículo 219 es el que resulta aplicable, pero cuya conculcación no se denuncia en este recurso, lo que aparea el fenecimiento de este cuarto motivo y a fortiori del recurso.*

»Sexto.- *Distinto tratamiento ha de ser dispensado a los distintos motivos en que se fundamenta el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DV Construcciones y Trabajos Públicos, S.A., en cuanto que el motivo primero del recurso ha de prosperar en lo atinente a la nueva pericial que se acordó realizar en la parte dispositiva de la sentencia para determinar la cantidad correspondiente en fase de ejecución de sentencia, en razón de que el artículo 219 de la LEC veda la posibilidad de sentencias con reserva de liquidación, ya que las sentencias de condena han de establecer el importe exacto de las cantidades respectivas o fijar con celeridad y precisión las bases para su liquidación, que, por imperativo legal deberá consistir en una simple operación aritmética a efectuar en la ejecución, por lo que es llano que al acordarse que se condena al abono de la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia de instancia se ha conculcado dicho precepto, lo que se traduce en el éxito del motivo aunque parcial, en cuanto que el mismo se construye asimismo con idéntico soporte argumental que ha hemos rechazado al estudiar el último motivo de disenso desarrollado en el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto D. José. [...].*

por el importe de las reparaciones que se lleven a cabo en la totalidad de las viviendas afectadas”. La razón para esa modificación no es otra que la prohibición que establece el art. 219 LEC de reservar la liquidación para la fase de ejecución¹²⁶².

Frente a la anterior resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, se interpuso por una de las codemandadas recurso extraordinario por infracción procesal, al considerar que se habían infringido los arts. 209.4º, 219 y 706 LEC¹²⁶³. En este escrito de interposición, la recurrente realiza una serie de interesantes manifestaciones en relación con esa posible vulneración del art. 706 LEC. Entre otras consideraciones, entiende que la Audiencia Provincial si lo que quería evitar era “incurrir en una reserva de liquidación debió desestimar la pretensión subsidiaria y estimar la principal, ya que la propia LEC establece un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios en supuestos de incumplimiento de condenas de hacer no personalísimo.” Considera asimismo que, con “la nueva redacción del fallo, no solo se acuerda una nueva reserva de liquidación, sino que se suprimen los trámites de ejecución de este tipo de sentencias, dejando al arbitrio de la parte demandante la determinación de los daños y perjuicios (indemnización) privándonos de la garantía que supone la tasación judicial”, abriéndose de esta manera “la puerta a abusos de la demandante que puede inflar el coste de la reparación o realizar las obras según sus propios criterios”, con lo que debería “acudirse al procedimiento legalmente establecido.”

El anterior recurso fue admitido mediante el correspondiente auto (antecedente de hecho sexto), presentándose por la actora escrito de impugnación frente al mismo¹²⁶⁴. De la lectura de este escrito se desprende que hay acuerdo entre las partes sobre la incongruencia de ambas sentencias (tanto de la de 1ª Instancia como de la de la Audiencia) al remitirse las dos, con respecto a la acción que se ejerció subsidiariamente (la indemnizatoria, formulada para el caso que no se hicieran las correspondientes reparaciones solicitadas en la acción principal) en su determinación cuantitativa, a la fase de ejecución de sentencia. Ambas contendientes entienden que, a pesar que en la

¹²⁶² Cfr. con el referido antecedente de derecho cuarto.

¹²⁶³ Cfr. antecedente de hecho quinto de la referida sentencia del TS.

¹²⁶⁴ Cfr. antecedente de hecho séptimo de la referida sentencia del TS.

sentencia de la Audiencia se afirmó que la sentencia con reserva dictada en 1ª Instancia vulneraba la prohibición de diferir la cuantificación a la ejecución, la fórmula que en sustitución de la realizada por aquel Juzgado seguía difiriendo esa cuantificación a la fase de ejecución.

Llegados a este punto, cabe ya referirse a los diferentes fundamentos de derecho que el TS desarrolló en la resolución de este caso¹²⁶⁵, interesando en este apartado (sobre la acumulación de acciones) lo que expone el Alto Tribunal en los fundamentos cuarto y quinto de esta resolución. Concretamente en el primero de ellos (FD 4º)¹²⁶⁶ se enfoca la

¹²⁶⁵ El Alto Tribunal, después de hacer el correspondiente *Resumen de antecedentes* (FD 1º) y de enunciarse el motivo primero del recurso (FD 2º), pasa a analizar en el tercero de los citados fundamentos la cuestión de la **congruencia** de la sentencia, y a pesar de que ambas partes consideraban la sentencia como incongruente, resuelve esta cuestión de la siguiente forma: *Inexistencia de incongruencia en la desestimación del recurso de apelación.*

A) *La congruencia, como requisito ineludible de la función judicial (SSTC 116/1986, de 8 de octubre, 13/1987, de 5 de febrero, 55/1987, de 13 de mayo, 264/1988, de 22 de diciembre), que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, 242/1988, de 19 de diciembre) consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al juez, incluida la razón de ser de esa petición (SSTS de 15 de mayo de 2008 RC, n.º 752/200, 27 de abril de 2009, RC n.º 1168/2004).*

B) *La denuncia de incongruencia que hace el recurrente en el apartado 1 del motivo debe ser rechazada por lo siguiente: (i) la incongruencia de la sentencia no puede fundarse en el examen comparativo de lo decidido por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación de otra parte litigante, (ii) el examen del motivo cuarto del escrito de apelación interpuesto por la representación procesal del hoy también recurrente, pone de manifiesto que en la sentencia impugnada [FD quinto de la sentencia impugnada] se ha dado respuesta a las cuestiones planteadas por el recurrente (SSTS 15 de mayo de 2008, RC n.º 752 / 2001, 27 de abril de 2009, RC n.º 1168/2004).*

¹²⁶⁶ El cual concretamente establece que: *Las sentencias de condena con reserva de liquidación.*

A) *La LEC ha establecido límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deduce de los artículos 209 y 219 LEC cuya finalidad es impedir, en lo posible, las condenas no susceptibles de ejecución inmediata porque haya de sobrellevarse una compleja ejecución para dilucidar cuestiones que podrían haber sido solventadas en el proceso de declaración. Estas normas permiten una interpretación comprensiva de cualquier pretensión condenatoria cuya liquidez no se pueda precisar y no solo limitada a aquellos casos en los que el único objeto del proceso haya sido la condena al pago de una cantidad de dinero o de otra clase de productos. Con ello se sigue la línea de este Tribunal que mantuvo una interpretación amplia o extensiva del artículo 360 LEC 1881, más allá de la estricta literalidad de la norma, permitiendo su aplicación a cuantos supuestos no fueran a priori susceptibles de concretar la liquidez de las sumas objeto de la controversia (STS de 13 de febrero de 1997, RC n.º 1018 / 1993).*

El artículo 219.2 LEC permite al juez [...].

B) *En el presente litigio, los actores, al formular la demanda pidieron la reparación in natura [en la sustancia original] de los defectos de construcción y, además, quisieron prever la posibilidad de la falta de cumplimiento voluntario de la futura condena a hacer la reparación, acumulando la pretensión de condena al pago de los costes de reparación de los defectos de construcción que fijaron en una cantidad concreta o en aquella cantidad que resultara de la prueba practicada.*

Esta pretensión de la demanda, aunque subordinada al incumplimiento de lo pedido como pretensión principal, es de condena al pago de una cantidad de dinero determinada y se ve sometida en su formulación y enjuiciamiento a lo dispuesto en el artículo 219 LEC.

C) *La sentencia impugnada declara que no ha sido probado el importe del coste de las obras de reparación en los elementos privativos y condena al pago del importe de las reparaciones que se lleven a cabo en la totalidad de las viviendas afectada en ejecución de sentencia.*

Este pronunciamiento infringe el artículo 219.2 LEC por las siguientes razones: a) remite a las partes a un incidente en ejecución de sentencia que excede de la simple comprobación de parámetros

demanda planteada como un caso en el que, además de solicitarse la reparación *in natura*, los actores “quisieron prever la posibilidad de la falta de cumplimiento voluntario de la futura condena a hacer la reparación, acumulando la pretensión de condena al pago de los costes de reparación de los defectos de construcción que fijaron en una cantidad concreta o en aquella cantidad que resultara de la prueba practicada.” Sobre esta última pretensión dice el TS que aunque está “subordinada al incumplimiento de lo pedido como pretensión principal, es de condena al pago de una cantidad de dinero determinada y se ve sometida en su formulación y enjuiciamiento a lo dispuesto en el artículo 219 LEC.” Añade posteriormente además que, en estos casos, en los que “la demandante ha optado por adelantar a la fase declarativa la decisión sobre las consecuencias del incumplimiento de la condena a la reparación *in natura* [en la sustancia original], pidiendo la condena al pago de los costes de reparación, tiene la carga de probar los hechos constitutivos de esta pretensión, incluida su cuantía, según dispone el artículo 217 LEC, y la insuficiencia probatoria no justifica desconocer la imposición del artículo 219.2 LEC.” De lo anterior se desprende que el TS parecería aceptar el ejercicio de estas **acciones “adelantadas”**, de forma acumulada a una acción principal. Ello indudablemente está muy relacionado con el siguiente motivo del recurso planteado (sobre la posible infracción del art. 706 LEC); por desgracia, al estimar el Alto Tribunal el anterior motivo, ya no entra a valorar este otro (FD 5º)¹²⁶⁷. La estimación del recurso comporta la anulación del fallo de la sentencia impugnada en lo tocante al pronunciamiento “por el que se difiere para el proceso de ejecución de sentencia la fijación del coste de las obras de reparación en los elementos privativos del edificio”, debiendo (DF 16ª.2.2º LEC) la Sala “resolver lo procedente”. En cuanto a esto

*indiscutibles o cálculos aritméticos, b) si la demandante ha optado por adelantar a la fase declarativa la decisión sobre las consecuencias del incumplimiento de la condena a la reparación *in natura* [en la sustancia original], pidiendo la condena al pago de los costes de reparación, tiene la carga de probar los hechos constitutivos de esta pretensión, incluida su cuantía, según dispone el artículo 217 LEC, y la insuficiencia probatoria no justifica desconocer la imposición del artículo 219.2 LEC. [...].*

¹²⁶⁷ Con estas palabras lo dice el TS: *El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:*

«Infracción del artículo 706 LEC para la ejecución de sentencias con condena a hacer no personalísimo».

Se alega, en síntesis, que la sentencia impugnada deja para el trámite de ejecución de la sentencia la fijación de la cantidad a pagar, en concepto de coste de las obras de reparación de los elementos privativos, para el caso de incumplimiento de la condena a la reparación en forma específica, e impone que se haga según el importe de las reparaciones llevadas a cabo en la totalidad de las viviendas afectadas, con lo que vulnera lo establecido sobre ejecución de sentencias de condena de hacer no personalísimo y deja al arbitrio de una de las partes la determinación de la cantidad sin la garantía de un procedimiento contradictorio para su fijación.

La estimación del motivo primero apartado 2 hace innecesario el examen de este motivo.

último, al considerar el TS que no puede entrar a “examinar la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia”, y en base a lo prescrito en el art. 217.2 LEC, decide desestimar “la demanda en este puntual pedimento, de manera que la falta de cumplimiento de la obligación de proceder a la ejecución de las obras de reparación de los elementos privativos dará lugar a una ejecución forzosa del mismo que habrá de seguirse en los términos previstos en el artículo 706 LEC” (FD 6º)¹²⁶⁸. En congruencia con los anteriores fundamentos de derecho elabora el subsiguiente fallo.

Ahora bien, llegados a este punto cabe evocar brevemente que el **art. 71 LEC** permite la acumulación de acciones *siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí* (apartado 2º), entendiéndose como incompatibles las que se ejerciten simultáneamente *cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras* (apartado 3º). En estos casos, como es sabido, sólo cabe acudir a la denominada acumulación eventual prevista en el último apartado de este mismo precepto (4º), pues *el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada*.

Partiendo de lo anterior, es obvio que resulta contradictorio el solicitar, al mismo tiempo, el cumplimiento *in natura* de una obligación y la indemnización por daños y perjuicios por su incumplimiento. Ahora bien, en casos como el presente **no** se hace uso propiamente de una **acumulación eventual**¹²⁶⁹ pues, aunque se establezca una relación de subsidiariedad entre ambas acciones, lo que se pretende no es que se estime la

¹²⁶⁸ Con respecto a esto último, concretamente el TS expone, dentro de ese fundamento de derecho sexto, que: *Esta Sala no puede examinar la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia, sobre la que ha concluido (FD 5.ª de la sentencia impugnada), que no es posible determinar el importe del coste de las obras de reparación de los elementos privativos del edificio, ya que, aunque la recurrente y la recurrida coinciden al afirmar que en el proceso hay datos suficientes para su determinación, no ha sido planteado un motivo, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, en el que se denuncie la valoración ilógica, errónea o arbitraria de la prueba (SSTS de 18 de junio de 2006, RC n.º 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005), por lo que tal declaración ha de permanecer invariable.*

En consecuencia, no habiéndose acreditado por la comunidad de propietarios actora el importe reclamado en la demanda, en concepto de condena al pago del coste de reparación de los elementos privativos del inmueble, a quien correspondía por aplicación del artículo 217.2 LEC, debe desestimarse la demanda en este puntual pedimento, de manera que la falta de cumplimiento de la obligación de proceder a la ejecución de las obras de reparación de los elementos privativos dará lugar a una ejecución forzosa del mismo que habrá de seguirse en los términos previstos en el artículo 706 LEC.

¹²⁶⁹ De hecho, a mi entender, difícilmente podría hacerse, excepto en casos de haceres personalísimos en los que la reparación *in natura* hubiera devenido fáctica o jurídicamente imposible.

subsidiaria para el caso que se desestime la principal, sino que se estimen **simultáneamente** ambas¹²⁷⁰; con lo cual no se precisa de un orden de prelación entre ellas pues, aun siendo contradictorias, se acaba configurando la acción subsidiaria a modo de accesoria de otra principal. Por ello, para evitar una flagrante vulneración del citado art. 71 LEC, hace falta cambiar la preposición “por” por la expresión “para el caso de” (su incumplimiento). De esta forma se configura la relación entre ambas acciones **de forma condicional** (se condena a A pagar a B la cuantía de X euros si A no hace Y). Esta condicionalidad de la acción acaba ocasionando el dictado de una sentencia también condicional que, como se analizó anteriormente¹²⁷¹, estaría proscrita en nuestro ordenamiento jurídico al infringir la necesaria claridad y precisión que se predica de toda sentencia (art. 218 LEC)¹²⁷². Por los anteriores motivos cabría defender que, en estos casos, se habría de desestimar esa acción subsidiaria (y condicional), y ello sin necesidad ni tan siquiera de entrar a valorar si además se vulnera/n alguno/s de los arts. 712 a 720 LEC. Obsérvese, empero, que en la anterior sentencia el TS desestima la acción subsidiaria no por los anteriores motivos, sino por considerar que la parte actora no ha probado debiendo hacerlo (art. 217 LEC) la cuantía de la indemnización solicitada, con lo que ha incumplido con lo prescrito en el art. 219.2 LEC. Con lo que, *sensu contrario*, si se considerara que consiguió probar la cuantificación de la citada indemnización se debería estimar la susodicha acción. Y en este último caso sí que sería necesario, en mi opinión, entrar a debatir si se vulnera el bloque normativo de los arts. 712 a 720 LEC¹²⁷³.

¹²⁷⁰ Interesantes en este punto son las reflexiones de SOLÉ RIERA, JAUME, en relación con la distinción entre subsidiariedad y accesoriedad con respecto al régimen de recursos. Según este autor, si hay pretensiones **subsidiarias** “la sentencia de alzada podrá incurrir en incongruencia cuando se limite a revocar la sentencia que estimaba la pretensión principal, y omite, posteriormente, todo pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias.” *El Recurso de Apelación Civil*, 2ª Edición (Revisada y actualizada), Barcelona, J. M. Bosch editor, 1998, quien dedica un epígrafe (“Pretensiones subsidiarias o accesorias”) a esta cuestión, págs. 267 a 269 *ab initio*, págs. 267 *in fine* y 268 *ab initio* para el anterior fragmento; a pie de esta última página propone justamente un ejemplo en el que la acción principal es la “de rescisión por lesión” y la subsidiaria “la indemnización de perjuicios que previene expresamente el Código Civil en su artículo 1.295.” Y en cuanto a las **accesorias**, a las que se refiere “En parecidos términos”, sostiene que: “una vez revocada, en apelación, la sentencia que no da lugar a la pretensión principal, y estimando ésta, el Juez *ad quem* deberá pronunciarse sobre las pretensiones accesorias, aun cuando su denegación no haya sido objeto de apelación.” Ídem, pág. 268. En cuanto a las pretensiones subsidiarias *vid.* STS de 9/06/2011 (RCEIP 14/2008).

¹²⁷¹ *Vid.* el apartado de esta misma obra referente a la naturaleza jurídica de la ST con reserva.

¹²⁷² Lo cierto es que, aunque sobre esto se ha tratado poco por nuestra doctrina y jurisprudencia, el único caso que parece admitirse dentro de este género de las sentencias condicionales en nuestro ordenamiento sería el de la condena de futuro (art. 220 LEC).

¹²⁷³ Aunque en este momento no entraré en esta discusión pues, como he explicitado en las anteriores líneas, considero que nunca debería llegar a esta situación, sí que se ha tenido que abordar esta cuestión

Por otro lado, capital en esta materia, resulta la reciente **Sentencia del TS de 14/01/2013 (Sala 1ª)**¹²⁷⁴, que viene a confirmar algunos de los anteriores razonamientos. Concretamente esta sentencia recoge (FDº 2º) que: [...] *la recurrente [...], haciendo uso implícito del brocárdico "contrarius sensus legis pro lege accipitur" (el sentido contrario de la ley es tenido por ley), sostiene que esa misma formulación excluía la posibilidad de demandar la declaración del derecho a percibir una cantidad de dinero a determinar en otro proceso cuando ese no fuera el exclusivo pronunciamiento pretendido en el suplico. [...] la mencionada condición no se cumplía en la demanda de Gestevisión Telecinco, SA, dado que en el suplico del escrito dedujo, junto con aquella pretensión, otras declarativas y de condena. Frente esta interpretación del art. 219.3 LEC, el TS opone la siguiente (FDº 3º): [...]. Expusimos en la sentencia 993/2011, de 16 de enero, que el legislador del año 2000 estableció "de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas", en un intento de "superar la problemática que se planteaba, con anterioridad, en la aplicación del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado". También señalamos que, para corregir la situación, entendió, "con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan". Añadimos que, siendo la normativa saludable para el sistema procesal, un excesivo rigor en su aplicación podía "afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva [...]", puesto que dejar a los litigantes perjudicados sin indemnización podía afectar al derecho fundamental e infringir la prohibición de indefensión. Concluimos que, "para evitarlo, es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales - contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial -, permitan dar satisfacción a su legítimo interés".*

La interpretación del artículo 219, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que propone la recurrente como fundamento del motivo, incurre en ese exceso, pues, conforme a ella, debería ser desestimada una pretensión declarativa del derecho a ser

posteriormente al hilo de la nueva doctrina establecida por el TS; *vid.* en este sentido el epítome de la presente obra.

¹²⁷⁴ Dictada en resolución del rec. 1266/2010, y de la que fue ponente Ferrándiz Gabriel, José Ramón, nº de sentencia 809/2012, LA LEY 1983/2013.

indemnizado en una medida a determinar en otro proceso, por el hecho de no ser la única deducida en la demanda, al habersele acumulado otras - entre ellas, la fundamental y previa de que se califique la conducta de la demandada como ilícita y, por tal, como fuente de la obligación de indemnizar -. En respuesta a tal planteamiento, expuso el Tribunal de apelación que no se advertía razón para considerar que la norma mencionada excluye la posibilidad de una acumulación objetiva de acciones a aquella, tanto más las que hay que entender implícitamente ejercitadas. Y, al fin, que lo que el artículo 219, apartado 3, rechaza es, tan sólo, que el demandante no deduzca aquella pretensión declarativa de su derecho a ser indemnizado en la medida que se determine en otro proceso, sino otra distinta que resulte incompatible, de modo que estimarla fuera incongruente.

La interpretación que del artículo 219, apartado 3, hace el Tribunal de apelación es la correcta, conforme a los elementos lógico y sistemático que están al servicio del intérprete, en cuanto atribuye a las palabras “cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada” el sentido que resulta adecuado al fin o motivo de la norma y que es respetuoso con las demás del ordenamiento procesal del que forma parte, sobre las materias afectadas.

Vistas las anteriores opiniones doctrinales y resoluciones judiciales, se puede **concluir** que las únicas peculiaridades en relación a la acumulación de acciones en el ámbito de la condena con reserva, son las siguientes:

- A) No cabe acumular a una acción de condena con reserva la correspondiente acción de mera-declaración, por negarse la autonomía de ésta última en el art. 219.1 LEC.
- B) A pesar del *exclusivamente* del art. 219.3 LEC, un análisis sistemático, histórico y teleológico del mismo indica que, en ningún caso, se buscó el prohibir el poder acumular la acción de condena con reserva a otra/s. De hecho, esta acción se concibió para ser ejercitada normalmente como accesorio a otra principal.
- C) Más dudosa es la cuestión referente a una posible acumulación eventual que, en principio, estaría vedada. El caso más habitual sería el de la acumulación de una acción de hacer con otra consistente en la petición de la correspondiente indemnización para el caso de no cumplirse con ese hacer. En este supuesto, en mi opinión, existe una acumulación prohibida por el art. 71 LEC que, en caso de admitirse, conduce necesariamente a una sentencia de carácter condicional, la cual podría contravenir lo

dispuesto en el art. 218 LEC, amén de alterar el *iter* procesal fijado en los arts. 712 y ss. LEC.

4.12.1.3. Tratamiento de las cuestiones examinadas en la audiencia previa al juicio y su resolución en el caso de que se llegue a dictar sentencia.

Dependiendo de la concepción que se adopte sobre la naturaleza de los diversos tipos de infracciones, varían el enfoque y las respuestas que cabe dar en este apartado. De esta forma, si se consideran **cuestiones de fondo** sería lógico considerar que la función sanadora que tiene (con la LEC del 2000) la audiencia previa no jugaría papel alguno, siendo lo más relevante de ella la fijación de los hechos controvertidos y, especialmente, la proposición de las pertinentes pruebas y alegaciones complementarias, en esa especie de *formación progresiva de la pretensión* que antes he comentado. Ahora bien, si se consideran aquéllas infracciones como **cuestiones procesales**, la perspectiva varía considerablemente, tomando esa función sanadora una inusitada relevancia. Dentro de esta conceptualización, y partiendo de lo analizado en el primer punto de este apartado, se observa como la mayoría de los autores consideran que en el momento de admitir la demanda, y a salvo de la cuestión de la total falta de cuantificación de la correspondiente acción de condena, no cabe proceder a abordar estos defectos pues, con la LEC del 2000, la función sanadora de aquélla (en el proceso ordinario) se considera generalmente que ha de desarrollarse en la audiencia previa al juicio. En este sentido, es claro ejemplo de esta doctrina mayoritaria la posición sostenida por GASCÓN INCHAUSTI según la cual, dependiendo del acto defectuoso, la denuncia se ha de efectuar en uno u otro momento, pero “en todos los casos el debate contradictorio y la decisión del tribunal se llevarán a cabo en la audiencia previa al juicio.”¹²⁷⁵ Siguiendo la anterior doctrina, las infracciones estudiadas (a salvo de la referida a la acreditación del debido interés en el caso concreto de la condena genérica) habrán de ser puestas de relieve por la demandada en el momento de su **contestación a la demanda**, debiendo también **de oficio** hacerlo el tribunal en la mencionada audiencia previa al juicio. De igual forma, si se aprecia el defecto en la reconvención, será el actor reconvenido el que

¹²⁷⁵ *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, segunda edición, opus cit., págs. 273 a 276.

habrá de denunciarlo en su contestación a la misma, jugando idéntico papel del órgano jurisdiccional con respecto a ésta.¹²⁷⁶

Llegados a este punto, los desenlaces que son posibles según GASCÓN INCHAUSTI¹²⁷⁷ serían:

A) Que el actor subsane el defecto y, en el acto, cuantifique la cantidad debida o fije las correspondientes bases; en este caso se produciría una aclaración que sería compatible con lo prescrito en el artículo 426.2 LEC.

B) Que no subsane el defecto, “porque no quiera o porque le resulte difícil [sic] o imposible” en cuyo caso considera que lo correcto sería que “<<el tribunal entienda que el actor está encauzando su demanda al amparo del aptdo. 3 del artículo 219 LECiv y que la liquidación queda para un declarativo ulterior>>”¹²⁷⁸. En estos supuestos, por tanto, se comprendería que el actor sólo solicita al tribunal un pronunciamiento referido a la existencia de la obligación, debiendo de acudir a un posterior declarativo a los efectos de cuantificar la deuda y de poder posteriormente instar la vía ejecutiva.¹²⁷⁹

¹²⁷⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., considera que “no es preciso que el defecto formal sea en todo caso <<grave>> para que la parte contraria tenga el derecho de ponerlo de relieve y para generar, en su caso, el deber del tribunal de requerir su aclaración o precisión –también para que el propio tribunal lo pueda solicitar de oficio-.” Ídem, cfr. págs. 269 a 276.

¹²⁷⁷ Ídem, págs. 271 a 273; en la primera edición, págs. 284 a 286.

¹²⁷⁸ Conforme recoge de Díez-Picazo Giménez, <<Reflexiones sobre el nuevo régimen de la condena genérica contenido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil>>, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2004, tomo IV, pág. 6220.

¹²⁷⁹ Como se dijo al analizar en sede de admisión de demanda, para este autor, la falta de cuantificación no comportaría seguir exactamente las consecuencias que se derivan de la aplicación del artículo 424 LEC. Ahora bien, en torno a esta dinámica surgen muchas otras cuestiones, debiéndose recordar también que el artículo 424 LEC ordena que las aclaraciones deberán realizarse en la propia audiencia previa, sin que quepa suspender o interrumpir la misma por este tema. Un problema que se podría plantear es si, realizándose en este momento la cuantificación o la fijación de las bases se vulnera lo prescrito en el **artículo 412 LEC**, el cual prohíbe que se realice un cambio sustancial de las pretensiones en un principio realizadas: es la denominada *mutatio libelli*. Se habrá de valorar si ha habido una modificación sustancial de la pretensión, lo que significa que se deberá examinar si se modifican los sujetos, la causa de pedir o la petición. Bajo la vigencia de la LEC de 1881 dió en este caso una solución parecida al anterior ARIAS LOZANO, D., cuando afirmó que: “Así pues, si el actor que pueda acreditar la cantidad concreta no lo haga por razones estratégicas [...] solicita una condena con reserva, el Juez deberá entender que está ejercitando una acción mero-declarativa como otra cualquiera y estimarla o desestimarla, según proceda.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11166 *in fine*.

Ahora bien véase la **diferencia** entre ambas opiniones pues, mientras que para GASCÓN INCHAUSTI, F., en estos casos se está ejercitando la condena con reserva del art. 219.3 LEC, para ARIAS LOZANO, D., se está haciendo uso de una acción de mera-declaración, aunque ambos llegan a la misma consecuencia práctica. Compruébese lo anterior en las siguientes palabras de éste último: “[en estos casos] La referencia implícita o explícita al artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se tendrá por no puesta (al igual que si el actor solicitase un recurso que no procede o pretendiese proponer prueba transcurrido el plazo para ello). El actor no podría acudir al privilegiado cauce de los artículos 928 y siguientes [ALEC], pero sí a un declarativo posterior en el que solicitase condena a cantidad líquida con

Ahora bien, a mi entender, este enfoque de la cuestión puede atentar contra el principio dispositivo al sustituir el órgano jurisdiccional la debida actuación de la parte¹²⁸⁰. Por este último motivo, considero más acertado en este aspecto el comentario de RIBELLES ARELLANO (a quien Gascón Inchausti también cita) sobre el artículo

base en la sentencia anterior.” Ídem, pág. 11167 *ab initio*. Y la diferencia entre ambas posiciones se patentiza si se recuerda que, para ARIAS LOZANO, D., sólo “si el actor solicita condena con reserva y efectivamente la obligación es ilíquida *per se*, resultará abonado el uso por el Juez de la facultad que le confiere el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y ello, no porque lo solicite el actor, sino porque así legalmente procede.” Ídem, pág. 11167.

En **mi opinión** ambas posiciones son (hoy en día) insostenibles. La de Gascón Inchausti por un argumento que podría oponer el mismo Arias Lozano: el art. 219 LEC es una norma imperativa, por lo que su cumplimiento no se puede dejar a la libre discreción de las partes. La de Arias Lozano, porque en el ámbito de lo dinerario no se admitía (en realidad) esa tutela de mera-declaración. Buena prueba de ello es que la nueva LEC, a pesar de reconocer explícitamente este tipo de tutela (art. 5 LEC) la prohíbe también expresamente, y justamente en sede de sentencia con reserva (art. 219.1 LEC). Late en el fondo el problema de la conversión de la tutela de condena en tutela de mera-declaración, transformación que técnicamente no es correcta pues, como diría Wach, ambas son diferentes tanto en sus presupuestos como en su objeto. O, dicho de otra manera, desde mi punto de vista si se ejercita una condena genérica pudiéndose concretar la cuantía se infringe directamente lo dispuesto en el art. 219 LEC, debiéndose en la sentencia absolver sobre el fondo del asunto, y no subsanar la inadecuada actuación de la parte “corrigiendo” de oficio su falta de diligencia o acierto. Sobre ello se volverá posteriormente.

¹²⁸⁰ En este sentido se puede traer a colación la **sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 21/12/2011**, en cuyo fundamento de derecho decimosexto se expuso que: *Se solicita, en tercer lugar, por el demandante, la restitución del importe percibido de más por la entidad bancaria, a partir del momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo. Sin necesidad de entrar en más consideraciones, no podemos sino desestimar tal pretensión, puesto que, tal y como ha sido formulada, no cumple las exigencias del art. 219.1 LEC. Conforme a dicho precepto, “[...]”. En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que “[...]”. En el presente caso, el suplico de la demanda (punto 3) se limita a expresar la petición de que se “condene a UNICAJA a la devolución al prestatario de cuantas cantidades haya cobrado la entidad hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico”. No se concreta la cantidad a cuyo pago se solicita que se condene a la demandada, y tampoco las bases con arreglo a las cuáles haya de hacerse dicha concreción. Tampoco expresa la parte que se reserve la liquidación para un proceso posterior, y no creemos que el art. 219.1 y 3 LEC permita integrar la falta de precisión del suplico, en cuanto a la cantidad solicitada, atendiendo el órgano jurisdiccional, sin que exista petición de parte en tal sentido (con remisión, al menos, a tales documentos, para la determinación de la cantidad), a los elementos probatorios aportados (documento nº 7 de la demanda, que refleja las cuotas efectivamente cobradas por la entidad bancaria entre el 20 de agosto de 2009 y el 20 de agosto de 2010, aunque no posteriormente, y documento nº 8, carta remitida por la propia entidad bancaria, que refleja el valor del EURIBOR para el período comprendido entre el 21 de agosto de 2010 y el 20 de agosto de 2011), pues ello sería contrario al principio dispositivo, que inspira el proceso civil, tal y como refleja el art. 218.1 LEC, que establece que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, e implicaría, por tanto, para el órgano jurisdiccional ir más allá de sus atribuciones, que han de restringirse a resolver el litigio planteado por las partes, en los términos en que ha sido planteado. Resta puntualizar, por lo demás, y a mayor abundamiento, que ni siquiera las alegaciones contenidas en los fundamentos de la demanda o los documentos aportados junto a la misma, a los que acabamos de hacer referencia, serían suficientes para integrar la falta de fijación, en el suplico, de la cantidad o las bases necesarias para practicar la liquidación de la cantidad cobrada en exceso por la entidad bancaria, al menos respecto del período comprendido entre el 20 de agosto de 2009 y el 20 de agosto de 2010, ya que, en relación con dicho período, únicamente se aporta prueba documental de la cuota cobrada efectivamente por la entidad bancaria, pero no del valor del EURIBOR (que ni siquiera se menciona en la demanda), cuyo conocimiento es necesario para determinar la diferencia indebidamente percibida. Por todo ello hemos de desestimar la última pretensión ejercitada, ante su falta de precisión. Dictada en resolución del proc. 480/2011, por Sebastián Benito, María del Pilar, LA LEY 299476/2011.*

219 LEC. Como se vio en sede de admisión de demanda, este autor defiende la aplicación en estos casos del artículo 424 LEC¹²⁸¹ considerando que:

A) Se admitirán las aclaraciones o precisiones que resulten oportunas, sin poder alterarse sustancialmente las peticiones de la demanda. Si con ello se entiende subsanada la falta se ordenará la continuación del procedimiento.

B) Si no se puede subsanar la falta se sobreseerán las actuaciones, “si el incumplimiento de las exigencias del artículo 219 afecta a todas las pretensiones; y ello aun cuando el artículo 424 limite tan grave sanción a <<cuando no sea posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor>>, dado que el artículo 219 es una norma imperativa [...], específica para un tipo determinado de acciones, cuya inobservancia no admite otra consecuencia jurídica que la reseñada.” Ahora bien, “Si la falta afecta sólo a alguna de las pretensiones, también deberá ordenarse la continuación del pleito, resolviendo en sentencia únicamente sobre las formuladas correctamente.”¹²⁸²

Llegados a este punto, pero aún dentro de la audiencia previa, y habiendo examinado ya la problemática existente en torno a la acumulación de acciones en relación con lo prescrito en el art. 219 LEC, resulta interesante apuntar brevemente la relación existente entre lo anteriormente comentado, con lo prescrito en los artículos 400.1, 412 y 426.3 LEC, centrando ahora la atención en la analizada interrelación entre la sentencia con reserva y las pretensiones accesorias. Partiendo en este momento de un trabajo de GIL NOGUERAS, en el que aborda el tema que titula “*Las peticiones accesorias o complementarias*”¹²⁸³, y recordando que el **artículo 426.3 LEC**¹²⁸⁴ prescribe que *si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad*, me parece interesante recoger la diferenciación que (el antedicho autor) efectúa entre esos dos

¹²⁸¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., págs. 845 a 851.

¹²⁸² Ídem, pág. 849.

¹²⁸³ C.G.P.J., *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario, Las alegaciones...*, opus cit., págs. 228 a 233 para el citado epígrafe.

¹²⁸⁴ Precepto que trata de las *alegaciones complementarias y aclaratorias. Pretensiones complementarias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación. Presentación de documentos sobre dichos extremos.*

tipos de peticiones. Considera GIL NOGUERAS que la **petición accesoria** “permite diferenciar una pretensión principal, de la cual esta actúa como dependiente. La típica, por ser la más común vendría a ser la reclamación de unos intereses derivada de una reclamación principal de capital. Sin esta reclamación principal, la de un capital, no cabe hablar de unos intereses. Pretensión principal y accesoria están unidas por reglas de dependencia.”¹²⁸⁵ En el siguiente párrafo trata de la **pretensión complementaria**, la cual “sirve para completar o perfeccionar la pretensión inicial. En principio puede existir separada de la inicial, con la que debe guardar la debida conexidad, pero debe responder a una finalidad de conclusión de la pretensión.”¹²⁸⁶

Diferenciadas de esta forma ambos tipos de pretensiones, se observa con prontitud la relación en este tema del referido art. 426.3 LEC con los otros dos citados preceptos, al recoger el **artículo 412 LEC** la denominada *mutatio libelli*¹²⁸⁷, y al normar el **artículo 400 LEC** la preclusión¹²⁸⁸. Interconectando estos tres artículos se obtiene una síntesis de la vinculación sistemática del instituto de la preclusión en relación con las peticiones accesorias y complementarias. Ello tiene incidencia práctica en cuestiones tan relevantes como la referente a la posibilidad de acumular acciones¹²⁸⁹, y la relativa a la integración de la demanda sin cuantificación. El debate se centra en si la falta de liquidación de una demanda debería tratarse siempre como un defecto subsanable del analizado art. 424 LEC o si, alternativamente, también podría ser complementada a través del mencionado art. 426.3 LEC. En la práctica, ésta última es la posición que parece mayoritaria con lo que, en mi opinión, existe una notable confusión en la

¹²⁸⁵ Pág. 229 opus cit.

¹²⁸⁶ Ídem, págs. 229 *in fine* y 230 *ab initio*.

¹²⁸⁷ Al tratar este precepto de la: *Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles*, prescribiendo que:

1. *Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente.*
2. *Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley.*

¹²⁸⁸ Preclusión referente a la *alegación de hechos y fundamentos jurídicos*, estableciendo el mencionado precepto en su **apartado primero** que:

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

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

¹²⁸⁹ Conforme se vió en el apartado anterior de esta obra, en donde se expuso la posibilidad de acumular accesoriamente una pretensión de condena con reserva a otra de carácter principal, pudiendo incluso haber tenido una importancia capital si se hubiera mantenido la dicción del **artículo 219.2 del Anteproyecto LEC** en el que se circunscribía la reserva únicamente a este tipo de pretensiones.

naturaleza de estos defectos pues, como es obvio, ambos mecanismos no son idénticos, al estar ideados para tratar cuestiones muy diferentes. En este sentido, el **Tribunal Supremo**, dentro de esa *formación progresiva de la pretensión* que parece animar parte de su jurisprudencia, ha admitido que la fijación de la correspondiente cuantía se realice en el marco del trámite de ese art. 426 LEC, como estableció en su **sentencia de 17/06/2010 (Sala 1ª)**¹²⁹⁰ e incluso posteriormente, en sede de **conclusiones**, como es de ver en su **sentencia de 7/11/2011 (Sala 1ª)**¹²⁹¹, en lo que, en mi opinión, podría llegar a

¹²⁹⁰ Concretamente en su fundamento de derecho segundo se expuso que: *Estudiamos conjuntamente los motivos primero y cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal de Herederos de Rafael Crespo, SA, ya que en ellos se plantea la misma cuestión, aunque desde puntos de vista distintos y complementarios.*

Responden ambos motivos a que la Audiencia Provincial declaró - fundamento de derecho tercero de su sentencia - que no procedía pronunciamiento alguno sobre la indemnización reclamada por la demandante por determinados conceptos - en concreto, por los identificados como "incentivos correspondientes al año dos mil tres" y "recompra de vehículos nuevos y usados, así como de recambios" -, con el argumento de que, en contra de lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la determinación de los importes los había solicitado la actora para el trámite de ejecución de sentencia. Afirma la recurrente que el Tribunal de apelación, con tal argumentación - cuyas consecuencias desestimatorias hay que decir se llevaron después a la parte dispositiva de la sentencia -, había infringido los artículos 219 y 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - motivo primero -, así como la norma del apartado primero de los artículos 218 y 219 y del segundo del 215 de la misma Ley, además del artículo 24 de la Constitución Española - motivo cuarto -.

Alega que el defecto de determinación del "quantum" de la condena, pese a que apareciera en el suplico de su demanda - por razón de la fecha de redacción e interposición de la misma -, fue subsanado, a requerimiento del Juzgado de Primera Instancia, en el trámite que contempla el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - alegaciones complementarias y aclaratorias -. Añade que por esa razón el Tribunal de apelación debía haberse pronunciado sobre la razón o fundamento de la pretensión de condena de la demandada al pago de la indemnización relativa a aquellos conceptos.

Los dos motivos se estiman, dado que, como alega la recurrente, la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta esa posterior y oportuna determinación del " quantum " del crédito de la demandante, operada por medio de su escrito de cuatro de octubre de dos mil tres, en cumplimiento de la providencia del Juzgado de Primera Instancia de diecinueve de septiembre del mismo año.

Procede, por tanto, que nos pronunciemos, ya como Tribunal de instancia, sobre ambas deudas.

La deuda correspondiente a los incentivos no ha sido negada por la demandada, pero su cuantía no ha logrado determinarse suficientemente en el proceso. [...].

No obstante, el contrato ofrece las bases suficientes para determinar en ejecución de sentencia el importe de las correspondientes deudas de la demandada.

Razón por la que, respetando lo que establece el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede dejar para esa fase procesal la liquidación de dichas cantidades. Dictada en resolución del rec. 820/2006 y de la que fue ponente Ferrándiz Gabriel, José Ramón, nº de Sentencia: 382/2010, LA LEY 86144/2010.

¹²⁹¹ En cuyo fundamento de derecho segundo expuso que: *Enunciación del motivo único. Se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en concreto de los artículos 219 y 253 de la LEC, al permitir la sentencia de la Audiencia Provincial que se recurre que se fijase la indemnización que se reclama en fase conclusiones; causando una evidente indefensión a mi representada». Dicho motivo, se funda, en síntesis, en que: (a) según la AP la falta de fijación de la cuantía de la indemnización en la demanda no es excusa que justifique su omisión por el Tribunal, pues se concretaron las cantidades en la fase de conclusiones; (b) las recurrentes, el resto de los codemandados y el Ministerio Fiscal se opusieron debidamente en el acto del juicio a que se fijase la cuantía de la indemnización en conclusiones; (c) las bases de la indemnización no fueron fijadas por el demandante conforme al artículo 9.3 LPDH, pues en su demanda solicitó que se fije la cantidad que se crea conveniente como reconoce la sentencia recurrida. Dicho motivo debe ser desestimado.*

ser considerado como un exacerbamiento del derecho a la acción frente al derecho de defensa del demandado, quien difícilmente habrá podido combatir, con todas las garantías, una parte esencial de la pretensión del actor.

Dando un paso más en el *iter* procesal, cabe aseverar que también dependerá de la posición que se sostenga (y del tipo de infracción cometida) el que se defienda que **la sentencia** deba tener uno u otro contenido. De esta forma, con respecto al supuesto en que el actor **no pruebe la cuantía** de lo debido (pudiendo hacerlo), las posiciones son encontradas. Estando vigente la LEC de 1881, CORDÓN MORENO opinaba que, en

Asimismo, en su fundamento de derecho tercero, se argumentó que: *Fijación de la cuantía de la indemnización en fase de conclusiones.*

A) El artículo 219 LEC responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba (STS de 18 de diciembre de 2009, RC n.º 879/2005).

En el supuesto que nos ocupa, en el suplico de la demanda se solicitaba: 4. «Que siendo incalculable el daño moral que se ha ocasionado a D. Carlos Manuel, se condene a los demandados a abonar, solidariamente, en concepto de indemnización, la cantidad que se crea conveniente y por expreso deseo de D. Carlos Manuel, que dicha cantidad sea entregada directamente a la ONG Infancia sin Fronteras».

B) Del examen de los autos resulta:

1. Que la representación procesal de Boomerang TV, S.A., alegó en su contestación a la demanda la excepción de defecto legal en la demanda por falta de precisión de la cuantía de la indemnización reclamada de acuerdo con los artículos 219 y 253 LEC.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255.2 LEC en la audiencia previa se desestimó esta excepción, fundándose en que es posible que se cuantifique tras la práctica de la prueba y se admiten las pruebas documentales propuestas por la representación procesal del demandante y se requiere a Gestevisión Telecinco, S.A., y Atlas España, S.A., y Boomerang TV, S.A., para que remitan certificado sobre los beneficios obtenidos con la emisión de los programas litigiosos.

3. Tras la práctica de la prueba en el correspondiente juicio concretó la parte demandante la indemnización que solicitaba por la intromisión en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

4. Las representaciones procesales de D.ª Gema, Gestevisión Telecinco, S.A., y Atlas España, S.A., Boomerang TV, S.A., y el Ministerio Fiscal se opusieron a que se determinara en este momento procesal la cuantía de la indemnización.

5. Según el FJ 2.º de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Madrid un análisis de la cuestión lleva, como alegan las partes codemandadas y el Ministerio Fiscal, a la conclusión de no poder fijar como cuantía de la indemnización una cantidad en fase de conclusiones. Ya que como establece el artículo 253 LEC, dicha cuantía debe de quedar determinada en un momento anterior por entender que genera indefensión a las partes demandadas, las cuales se ven privadas de contrarrestar la cuantía indemnizatoria que se solicita, máxime cuando tal indemnización se dejó en un momento inicial a la determinación judicial.

6. La AP estimó en este aspecto el recurso de apelación formulado por el Sr. Carlos Manuel y concedió una indemnización por el daño moral ascendente a 12 000 €.

C) Esta Sala considera que no es obstáculo para la concesión de la indemnización que en la fase de conclusiones, tras la práctica de la prueba, se especificase la cuantía de la indemnización que se reclamaba por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales, pues como la excepción fue desestimada en la audiencia previa se produciría indefensión al demandante si no se le permitiese fijar la cuantía en el momento en el que se determinó por el Juzgado.

En conclusión, esta Sala a la vista de las circunstancias expuestas considera acertada la decisión de la AP de fijar una cuantía por el daño moral aunque la petición concreta se formulara en la fase de conclusiones. Dictada en resolución del rec. 951/2009, y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de sentencia 817/2011, LA LEY 239650/2011.

estos casos¹²⁹²: “Como la fijación de las bases de liquidación en la sentencia no es tampoco facultad discrecional del juez, sino que debe atenerse a la prueba presentada por las partes; y como a través de las diligencias para mejor proveer el juez sólo puede completar la prueba propuesta por las partes, resulta que, en ausencia de prueba sobre las bases de liquidación o sobre la cuantía concreta, el juez deberá limitarse en la sentencia a declarar la existencia de la obligación de indemnizar, remitiendo la determinación concreta de la cuantía al juicio posterior de liquidación.”¹²⁹³ Frente a esta perspectiva, se vieron ya algunas resoluciones (en sede de admisión de demanda) que, bajo la vigencia de la LEC del 2000, abogan por absolver sobre el fondo cuando no se pruebe (pudiendo hacerlo) la cuantía de lo debido. En este sentido ya se pronunció ARIAS LOZANO cuando sostuvo (al analizar el art. 360 ALEC) que la falta de prueba del actor sobre la cantidad reclamada, cuando podía haber acreditado su cuantía exacta, debía comportar “una total absolución del demandado o, cuando menos, una falta de condena en los extremos que expresamente no han sido objeto del proceso, pero nunca la necesidad de incoar un nuevo proceso (el proceso declarativo especial de liquidación) en el que se le dé una segunda oportunidad para probar (a cosa [costa] del demandado que deberá, entre otras cosas, pagar las costas) lo que antes no había querido probar pudiendo haberlo hecho”. Sostenía que ello se derivaba del carácter imperativo del artículo 360 ALEC, que se debía poner en relación con el artículo 1.214 del Código Civil y la “inveterada máxima” *actore non probante, reus est absolvendus*, reconociendo empero que no faltaba “alguna desafortunada sentencia” en la que el Tribunal Supremo difería de esta tesis (concretamente cita la STS de 19 de octubre de 1954, RAJ 2.635)¹²⁹⁴. Ahora bien, hay que observar que las anteriores afirmaciones no concuerdan con otras palabras vertidas sobre este tema por este mismo autor, pues también aseveró que: “Así pues, si el actor que pueda acreditar la cantidad concreta no lo haga por razones estratégicas [(...)] solicita una condena con reserva, el Juez deberá

¹²⁹² Supuestos que se daban en “la práctica”, cuando el actor limitaba “el contenido de la sentencia a la sola condena genérica” al no aportar “prueba alguna sobre la cuantía de los daños y perjuicios, haciendo inoperante así el mandato del artículo 360 de la L.e.c.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 50.

¹²⁹³ Ídem, págs. 50 y 51 *ab initio*.

¹²⁹⁴ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., págs. 11150 y 1151. Ahora bien, valga también decir que ello lo vinculaba este autor a la especial configuración que establecía la LEC de 1881 en esta materia pues sostenía que: “Por tanto, cuando la obligación que se dice ilíquida *pueda* liquidarse antes de (o durante) el proceso de declaración y no se liquide por desidia, impericia o voluntad del actor, el Juez no podrá (*rectius* no deberá) hacer uso de la excepcional facultad que le confiere el artículo [sic] 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (14) al otorgarle un cauce privilegiado de liquidación.” Ídem, págs. 11153 *in fine* y 11154 *ab initio*; se han respetado las cursivas del original consultado.

entender que está ejercitando una acción mero-declarativa como otra cualquiera y estimarla o desestimarla, según proceda.”¹²⁹⁵

Con la nueva LEC parece claro que, si es factible, la cuantía se ha de concretar antes de la finalización del primer proceso de declaración¹²⁹⁶. Véase en este sentido la **sentencia de la AP de Málaga (Sección 4ª), de 30/01/2004**¹²⁹⁷, en cuyo fundamento de derecho primero se afirmó que: *No les falta razón a ninguna de las partes litigantes cuando muestran ambas su disconformidad con el pronunciamiento judicial que estimando parcialmente la demanda de reclamación de cantidad por lucro cesante resuelve dejar para un pleito posterior los problemas de liquidación de dicho importe. Así y si bien, la entidad aseguradora demandada petitiona su absolución ante la insuficiencia probatoria de la actora que debió llevar, de darse efectivamente, a la desestimación de la demanda, en la que desde luego no era la pretensión formulada la del art. 219.3 LECiv, más cierto es que debe acogerse con el alcance que se dirá la alegación impugnatoria de la contraparte, en la medida que con los datos aportados al procedimiento habrá de resolver la litis, cuya determinación en todo caso ha de realizarse en la fase probatoria del juicio, y no dejarlo para otro posterior como erróneamente se acuerda.*¹²⁹⁸

¹²⁹⁵ Ídem, pág. 11166 *in fine*.

¹²⁹⁶ Véanse en este sentido las siguientes palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., quien defiende que: “si el Tribunal dispone de factores suficientes para liquidar el saldo dentro de la primera instancia, exigir de aquél que se liquide en ejecución es sencillamente innecesario. [...], sólo creemos posible compartir el fallo revocatorio de apelación en caso de que no se aceptaren las bases para la liquidación del saldo tenidas en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia, y no dispusiera la Audiencia Provincial, al tiempo de dictar la sentencia de apelación, de medios para determinar las bases.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 78.

¹²⁹⁷ N° 67/2004, dictada en resolución del recurso n° 474/2003, LA LEY 26178/2004, de la que fue ponente Torres Cuéllar, María José.

¹²⁹⁸ Seguidamente en su fundamento de derecho segundo establece cómo en este supuesto se ha de proceder a la correspondiente cuantificación, afirmando que: *...su derecho al lucro cesante es indiscutible, aunque otra cosa distinta es su concreta cuantificación, a cuyo respecto y siguiendo la tendencia operante en casos similares al presente, a objetivar su montante en base a unas certificaciones de organizaciones empresariales del sector sobre la base de Ordenes ministeriales, la que se aporta en autos, habrá que estar a ésta. Y es que frente a los argumentos opuestos por la aseguradora demanda en orden a la falta de acreditación de todos los extremos y cada uno de los conceptos por los que se reclama dicha suma, debiéndose probar de manera rigurosa y plena que, efectivamente, se dejaron de obtener las ganancias pretendidas, cabe decir, que dicho rigor no puede elevarse en supuestos como el de litis, a unos niveles que normalmente impedirían cualquier justificación (...)* Por ello, a la vista del resultado de la prueba que se deja dicho, debe tenerse en cuenta a efectos de la cuantificación diaria del perjuicio causado, los meritos 60 días, que multiplicados por la cantidad en que el actor se basa y reclama, ex.documento del folio 13, la indemnización diaria por paralización (60 días x 8 horas, 480 horas, que multiplicadas por 4.328 ptas hace, 2.077.440 ptas, más las 46.160 ptas por los dos primeros días) resulta un total de 2.123.600 ptas, 12.763 euros, importe de la indemnización por el concepto examinado, que devengará intereses legales hasta su completo pago, que serán los del art. 20 LCS. Y, con respecto a las costas, en su fundamento de derecho tercero afirmó que: *La estimación parcial del recurso en tal extremo*

Por su parte, FERNÁNDEZ LÓPEZ¹²⁹⁹ (analizando también la actual regulación) se refiere a los requisitos que han de exigirse para que se pueda dictar una sentencia con reserva de liquidación, afirmando que son necesarios todos los siguientes:

- a) Se requiere la **solicitud** del actor en la demanda. En este punto se pueden dar dos situaciones problemáticas. La primera de ellas se produciría cuando pidiéndose en la demanda que se condene a una cantidad líquida ésta no se pudiera cuantificar; en este caso lo correcto sería desestimar la demanda¹³⁰⁰. La segunda de ellas se produciría si el actor instase una sentencia con reserva de liquidación y el juez dictara una sentencia de carácter líquido; en este caso la sentencia sería incongruente.
- b) El segundo requisito es la necesidad de que la **pretensión sea** “de condena al pago de cantidad de dinero ([...]) o de una condena al abono de frutos, rentas, utilidades o productos”.
- c) Que la anterior pretensión sea **la única realizada en la demanda**. Ahora bien (como se recogió en el apartado anterior) la citada autora aboga por “permitir la reserva de liquidación con independencia del número de pretensiones que se ejerciten, siempre que en el segundo proceso la única pretensión sea la de liquidar la concreta pretensión al pago de cantidad de dinero, frutos, etc.”
- d) Que la cantidad objeto de condena sea **imposible o muy difícil de cuantificar**. Este requisito sería (sin duda) más discutible que los anteriores, al no estar recogido de forma expresa en el mentado precepto. Aún así, la citada autora lo considera exigible si se realiza una lectura sistemática de los diversos apartados del artículo 219 LEC¹³⁰¹.

no va a suponer, por contra, una modificación del pronunciamiento sobre las costas de la instancia, habida cuenta que, en definitiva, la demanda se estima solo en parte. Ni tampoco procede hacer especial imposición sobre las causadas por ambos recursos, habida cuenta las fundadas razones que motivaron la apelación de ambas partes contendientes.

¹²⁹⁹ Quien también asevera que “la LEC exige que en ésta [la sentencia] se especifique la cantidad exacta por la que se condena, y ello por varios motivos”, siendo éstos (para la mentada autora): el principio de congruencia, el “pronunciamiento en materia de costas” y el posibilitar “la ejecución de su resolución”. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 20.

¹³⁰⁰ Aquí se remite a pie de la página 24, en la que cita en este sentido la SAP de Las Palmas 569/2005 (Secc. 3ª), de 25 de noviembre y las SSAP de Baleares 507/2005 (Secc. 3ª), de 23 de noviembre y de Cádiz 138/2005 (Secc.1ª) de 19 de septiembre y de Pontevedra 430/2005 (Secc. 1ª) de 8 de septiembre, conextando éstas tres últimas esta cuestión con “las reglas sobre la carga de la prueba del art. 217 LEC”. En el sentido de optar por “dictar sentencia ilíquida y remitir al actor a un declarativo posterior” cita la SAP de Madrid 508/2005 (Secc. 19ª), de 16 de noviembre, y en el sentido de “que no cabe dejar la liquidación para un proceso declarativo si no lo ha solicitado el actor” la SAP 311/2005 (Secc. 5ª), de 25 de octubre.

¹³⁰¹ Ídem, pág. 25. Interpretación sistemática que se puede extender al resto de la normativa de la actual LEC. De esta forma, la determinación de la cuantía en la demanda (cuando ello es posible) se torna

Por tanto, con la LEC del 2000 parecería que la falta de prueba de la cuantía debida insisto, cuando ello fuera posible, debería comportar una **absolución en el fondo**¹³⁰², debiendo el actor valorar la imposibilidad de hacerlo antes de presentar su demanda, pudiendo sólo en este último caso peticionar una condena con reserva. En esta línea se puede traer a colación la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18/11/2011**¹³⁰³, en cuyo fundamento de derecho tercero se expuso que: *Es cierto que, como precisa la referida sentencia 351/2011, de 31 de mayo, la jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado en algunos aspectos el rigor de la nueva norma, e incluso ha admitido en diversos supuestos la remisión de la determinación de la indemnización a otro proceso "pero en ningún caso cabe esta posibilidad respecto de la existencia del daño, ni su apreciación "ex re ipsa", y tampoco la cuantificación cuando ésta pudo haberse efectuado en el proceso en que se pretende el resarcimiento por no haber razón alguna que lo haya imposibilitado", y en el presente caso, suplicada la condena de don Romualdo a la indemnización de daños y perjuicios "en la cuantía que se determine en*

imperativa, si se observa la normativa procesal civil en su conjunto. De esta forma, tanto del **artículo 399.4 LEC** (para el juicio ordinario), como del **437 LEC** (en sede del juicio verbal, en cuyo apartado segundo incluso se hace determinar la forma de la demanda según la cuantía de la misma), como del **814 LEC** (para el proceso monitorio que exige expresamente determinar la cuantía de la deuda reclamada), como del **821 LEC** (en sede del juicio cambiario) se desprende esa necesidad buscando delimitar el objeto de la controversia, y no causar indefensión en la parte demandada. La misma determinación del proceso adecuado puede depender de la cuantía de la demanda (véanse las normas del Capítulo I del Título I del Libro II: **artículos 248 a 255 LEC**, sobre las reglas para determinar el proceso correspondiente). Así como otros elementos esenciales como la necesidad de defensa o representación, la fijación de la cantidad a efectos de la tasación de costas, etc. Todas ellas son razones que impiden considerar acertada la posición de permitir a la parte actora no cuantificar el objeto de la condena por motivos ajenos a la propia dificultad o imposibilidad de hacerlo. En este sentido es interesante recordar que ya GUASP, J., afirmaba que el artículo 360 ALEC sólo admitía la condena genérica con carácter subsidiario; de esta forma sólo cabía este tipo de condenas cuando a la parte de resultara imposible demostrar la cuantía de lo debido. Cfr. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 978.

¹³⁰² Ello puede discutirse y, en relación al género al que pertenece la sentencia con reserva funcionalmente (es decir a la de mera-declaración), de hecho se ha discutido ampliamente. En este sentido, y desde un punto de vista de derecho comparado, véase, v. gr., la exposición de ROSENBERG, L., en relación a las "demandas y sentencias de declaración", en las que defendió que tanto el "**interés legítimo**", como el "interés en la declaración **inmediata**" son considerados como presupuestos "de admisibilidad" debiéndose por ello examinar "de oficio en todo momento, también en la instancia de revisión", no pudiendo "ser suplidos por la conducta de las partes ni siquiera mediante su acuerdo". Este autor sostuvo que: "La sentencia declarativa puede dictarse sólo cuando se ha comprobado que existe el interés de tutela jurídica [...]. Aun el rechazamiento de la demanda de declaración positiva por inexistencia de la relación jurídica y de la negativa por existencia no puede producirse en tanto no se demuestre el interés en la declaración ["Discutido"]. Si falta uno de los presupuestos debe rechazarse la demanda por *improcedente* (no por infundada) ["Discutido"], aun cuando el demandado reconozca la existencia o la inexistencia de la relación, y con ello denegarse una resolución material sobre la petición de declaración. Esto tiene importancia para la autoridad de cosa juzgada". *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., págs. 13 a 22; págs. 20 y 21 *ab initio* para el anterior fragmento; se han respetado las negritas y cursivas del original consultado.

¹³⁰³ Dictada en resolución del rec. 74/2008, y de la que fue ponente Gimeno-Bayón Cobos, Rafael, nº de sentencia 801/2011, LA LEY 241441/2011.

ejecución de sentencia, sin que en ningún caso pueda ser inferior al valor de la cosa transmitida", ni se ha acreditado daño o perjuicio alguno, ni se ha argumentado el porqué no pueden ser inferiores al valor de las fincas aportadas a la sociedad IRALMIJA, S.L. Con ello parecerían acentuarse las cargas del demandante, al estar además expresamente proscrita en este ámbito la tutela de mera-declaración¹³⁰⁴.

Cuestión distinta es cómo debería procederse cuando, durante el proceso declarativo, esa **imposibilidad originaria** de probar lo debido **desapareciera**. En este caso (a partir de lo anteriormente argumentado) cabe considerar que, aunque la demanda fue correctamente interpuesta, el actor ha perdido su interés legítimo en obtener lo pretendido (condena con reserva). En este supuesto, parece que lo más correcto (y eficiente) sería completar la correspondiente pretensión, continuando el proceso con la petición de condena completa¹³⁰⁵. Entiendo que, con la actual doctrina y jurisprudencia mayoritarias, esta modificación de la demanda no vulneraría la *mutatio libelli* del art. 412 LEC, pues estaríamos ante hechos nuevos que, como establece el artículo 426.4 LEC, si fueren conocidos *después de la demanda o de la contestación* tendrían automáticamente *relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el*

¹³⁰⁴ En este sentido, bajo la vigencia de la LEC de 1881 parecía haber una mayor flexibilidad en este aspecto. Así, por ejemplo, ARIAS LOZANO, D., consideraba que si el actor, creyendo “poder probar la cuantía concreta del daño o perjuicio, sólo logra acreditar su existencia genérica”, podía “el Juez dictar sentencia mero-declarativa de la existencia del daño y deferir a la liquidación posterior la condena. Vendría a ser una estimación parcial de la demanda que dejaría imprejuzgada la cuantía concreta de la indemnización.” Ahora bien, como afirma en el siguiente párrafo dicho autor: “Obsérvese que esto es posible sólo porque está expresamente permitido por el ordenamiento. En caso contrario el Juez no podría dejar una materia imprejuzgada, sino que debería absolver al demandado de la totalidad de la demanda. La preclusión y la cosa juzgada impedirán dar una segunda oportunidad al actor que, habiendo afirmado que una concreta cuantía le era debida, no hubiese logrado probarlo (*actore non probante reus est absolvendus*).” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11166.

¹³⁰⁵ Con respecto a la tutela meramente declarativa en general, esta es la solución que entiendo sostiene ROSENBERG, L. en el marco del ordenamiento alemán. Concretamente afirma este autor que: “Como presupuesto de la sentencia material basta, pero también se exige, que el interés en la declaración exista en el **momento** de la sentencia; es decir, al tiempo del último debate sobre los hechos ([...]). La demanda es así procedente cuando ha surgido hasta entonces ([...]), e improcedente cuando se ha perdido en el transcurso de la controversia; [...]; el actor, en este caso, puede declarar *terminada la causa principal* y lograr así que se resuelva sobre las costas de acuerdo con el § 91 a, y que con ello se le impongan casi siempre las costas al demandado”. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, opus cit., pág. 21; negrita y cursivas respetadas del original consultado. Prosigue poco más adelante afirmando que: “Sólo cuando durante la controversia se ha producido la posibilidad de exigir la prestación, no se pretenderá del actor que desista de la demanda de declaración positiva hasta entonces fundada o la declare terminada y (o) pase a la demanda de prestación ([...]); mientras, naturalmente, también en este caso, para la cuestión de si existe, o no, relación jurídica, es decisiva la situación en el momento del último debate sobre los hechos” (idem, págs. 21 *in fine* y 22 *ab initio*), explicitando que: “Así, por ej., no puede ya dictarse una sentencia declarativa sobre la obligación de indemnización de daños futuros cuando está comprobado que no puede ya producirse un daño en el futuro”. Ídem, pág. 22.

pleito, y, en consecuencia, *podrán alegarlo en la audiencia*. De esta forma, en estos supuestos no se alteraría *sustancialmente las pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos*, por lo que podrían *efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario* (art. 426.1 LEC). Es más, en estos casos, aunque la parte demandada se opusiera a esa complementación, el tribunal normalmente debería acordar su admisibilidad, pues difícilmente se podrá considerar (insisto, según el actual estado de la cuestión en nuestro ordenamiento) que se le impedirá *a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad* (art. 426.3 LEC). Por tanto *las partes podrán aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos*, siendo de aplicación a *la presentación de estos documentos y, según sus clases, lo dispuesto en los artículos 267 y 268 de esta Ley* (art. 426.5 LEC). En mi opinión, únicamente en estos casos existiría lo que el TS ha venido en denominar, metafóricamente, como *biología de la pretensión procesal*¹³⁰⁶.

Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, lo cierto es que el **Tribunal Supremo** ha ido atemperando las posibles consecuencias de la falta de la debida cuantificación que, como antes se ha argumentado, debería comportar la desestimación de la demanda, al ir ampliando los casos en que aprecia que ha sido “imposible” el acreditar ese *quantum*. Así se observa, por ejemplo, en su **sentencia de 11/10/2011 (Sala 1ª)**¹³⁰⁷ en la que,

¹³⁰⁶ Así lo hace en su **sentencia de 9/02/2010**, en donde aborda las cuestiones que ahora he planteado: *La presentación de la demanda, si después es admitida, produce, entre otros, el efecto de delimitar objetivamente la res in iudicio deducta [cuestión deducida en el juicio]. La causa de pedir, o conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, delimitada en el escrito de demanda, no puede ser alterada en el proceso por el demandante, a quien se prohíbe la mutatio libelli [modificación de la petición] para garantizar el principio de contradicción y el derecho de defensa, cifrado en la posibilidad de alegar y probar sobre los hechos relevantes aducidos por él (v. gr., SSTS 11 de diciembre de 2007, rec. 3927/2000; 22 de noviembre de 2007, rec. 4358/2000). Puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal. Pero la posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del artículo 426.4 LEC («[s]i después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia»), pues prevalece la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda (412.2 LEC), es decir, los hechos fundamentales que integran la pretensión. FDº 3º, RCEIP 175/2006, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída del GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., que referencia bajo el título de “**Alegación en juicio ordinario de hechos nuevos o de nueva noticia.**”*

¹³⁰⁷ En cuyo fundamento de derecho tercero concretamente ha expuesto que: [...]. *La tercera faceta de la cuestión indemnizatoria hace referencia al problema del procedimiento a seguir para la definitiva fijación judicial de "quantum" indemnizatorio. La parte recurrente tiene razón al sostener que el*

siguiendo el criterio de la *complejidad*, determina diferir la cuestión de la determinación de la cuantía a un segundo proceso, de oficio, en aras a garantizar el derecho de defensa de la demandante, y también en su **sentencia de 19/12/2011 (Sala 1ª)**¹³⁰⁸ en la que sigue

procedimiento de ejecución no es idóneo en el caso porque, efectivamente, la concreción de la base consistente en el número de infracciones cometidas - tema complejo- aleja la aplicación de tal trámite, por mucho que se trate de flexibilizar el precepto del art. 219 LEC, y que requiera una interpretación acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE. Pero nada obsta a remitir la cuantificación al planteamiento en otro proceso "ad hoc". Tal posibilidad de remisión no requiere petición de la demandante, como parece entender la Sentencia recurrida, y así en repetidas ocasiones lo tiene acordado esta Sala, y aunque no se puede convertir en un subterfugio para salvar lo que debe tener lugar en el proceso, porque se volvería, agravados, a los males que producía la aplicación [que no el contenido] del art. 360 LEC 1881, y que, manera en exceso rigurosa, trató de evitar el art. 219 LEC 2000, sin embargo en casos como el de autos -pluralidad de incumplimientos y dificultad de individualización cuantitativa, y de fijación inicial- es procedente acordar la remisión en aras del principio de la tutela judicial efectiva y que no resulten faltos de protección judicial legítimos intereses vulnerados (art. 24.1 CE). Dictada en resolución del rec. 1285/2008, y de la que fue ponente Corbal Fernández, Jesús, nº de sentencia 663/2011, LA LEY 189958/2011.

¹³⁰⁸ Como es de ver en su fundamento de derecho tercero al establecer que: *Alcance y contenido del artículo 219 LEC.*

A) En asuntos sometidos a la LEC 1881, esta Sala vino declarando, en relación con las sentencias dictadas con reserva de liquidación, que el principio de congruencia no impedía que la respuesta judicial se diera con flexibilidad (STS de 18 de marzo de 2004), de modo que cuando se estimara imposible la fijación del quantum [cuantía] o incluso de las bases de la liquidación, el artículo 360 LEC 1881 permitía dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia.

B) Esta situación cambió con la entrada en vigor de la LEC que ha establecido límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deduce de los artículos 209.4.ª, último inciso, LEC y 219 LEC . El artículo 219 LEC ha puesto fin a una viciosa práctica de pedir y de conceder determinadas indemnizaciones, cuya concreción dejaban los Tribunales para la ejecución de sentencia, sumando un juicio a otro, sin tener en cuenta que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución. Dicho precepto responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética (STS 18 de diciembre de 2009); norma que ha restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma «ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración» (STS 18 de mayo de 2009).

C) El artículo 219.2 LEC solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación. Esta, en principio, deberá consistir en una simple operación aritmética, según la literalidad de la LEC, aunque cabe imaginar otros supuestos en que la necesidad de evitar la indefensión justifique esta posibilidad. Fuera de los supuestos en que concurra la pertinente justificación, según indica expresamente el artículo 219.3, inciso primero, LEC, no se permitirá al tribunal que al dictar sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación para la fase de ejecución. Este sistema normativo se completa con lo previsto en el artículo 219.3, inciso segundo, LEC, conforme al cual «se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades». Las razones por las que se establecen estas reglas se fundan en la necesidad de proteger la tutela judicial efectiva y es por ello que deben aplicarse en este caso.

D) En consecuencia, el pronunciamiento de la sentencia impugnada por el que se difiere para el trámite de ejecución de sentencia la fijación del importe de la indemnización de perjuicios a los demandantes por los daños morales ocasionados como consecuencia de haberse acreditado la intromisión ilegítima en su

igualmente el criterio del reenvío a un segundo declarativo ante la falta de prueba de la correspondiente suma debida.

En mi opinión, con esta doctrina abre este Alto Tribunal una peligrosa senda que le puede encarrilar nuevamente hacia prácticas que él mismo nombra como viciosas, al poderse vulnerar (en aras a proteger el derecho de defensa del actor) los principios dispositivo, de aportación de parte e, incluso, el propio derecho de defensa de la parte demandada. Sin perjuicio que las anteriores aseveraciones se intentarán demostrar en el epílogo de la presente obra, hay que dejar ya apuntadas, a modo de **conclusiones** de este apartado, las siguientes reflexiones. A mi entender, *de lege data*:

A) La **falta de cuantificación** de una demanda en la que se solicite una **condena** de carácter dinerario se debería entender como un **defecto en el modo de proponerla**, excepto en el caso que el actor alegara la imposibilidad de hacerlo, amparándose en lo prescrito en el art. 219.3 LEC y solicitando expresamente una condena con reserva. Así

derecho al honor, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 219 LEC. Y lo es por las siguientes razones:

1. *La parte demandante se limitó en la demanda a pretender una sentencia declarativa del derecho a percibir una cantidad en concepto de indemnización por los daños morales causados por la intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales remitiéndose, sin más especificación, a los criterios de ponderación previstos en el artículo 9.3 LPDH, precisando en la audiencia previa que fuera el juez quien determinase la cantidad que debiera satisfacerse por este concepto.*

2. *No se aprecia, en el caso examinado, que sea suficiente con la cita que hace la parte demandante de los parámetros referidos en el artículo 9.3 LPDH, pues, aunque estos pudieran tener la consideración de criterios o bases con arreglo a las cuales puede valorarse el daño moral, no parece justificado que la parte demandante se abstenga de una valoración más concreta de la indemnización solicitada con los datos que podían ser conocidos en el momento de interponerse la demanda, bien fijando una cantidad concreta, bien señalando las bases o parámetros de que dependía algún aspecto pendiente de concreción.*

3. *En la sentencia recurrida no hay fijación de cantidad y la falta de determinación de las bases de cálculo para que en ejecución de sentencia se pueda determinar el importe de la indemnización resulta también evidente por lo anteriormente expuesto, por lo que debe apreciarse la infracción del artículo 219 LEC, que se cita como infringido.*

En su fundamento de derecho cuarto estableció que: *Estimación parcial del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y costas.*

La estimación parcial del motivo implica la estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal con los siguientes efectos:

1. *Debe anularse el pronunciamiento contenido en la sentencia impugnada únicamente en cuanto confirma el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia por el que se difiere para la fase de ejecución de sentencia la fijación del importe de la indemnización por los daños morales, el cual se deja sin efecto, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso, por aplicación de lo previsto en el artículo 398.2 LEC.*

2. *En su lugar, procede acordar que la liquidación de la cantidad que como indemnización de daños y perjuicios debe satisfacer D. Saturnino a D.^a Caridad y D. Victorino por la lesión de su derecho al honor deberá efectuarse en un pleito posterior, siempre que concurren los requisitos generales para el ejercicio de la acción, según prevé el artículo 219.3 LEC.*

3. *Dados los términos en que se ha resuelto el recurso extraordinario por infracción procesal que no implican la anulación del fallo íntegro de la sentencia de la sentencia impugnada, sino que se refiere solo a un extremo concreto de esta, debe examinarse a continuación el recurso de casación conjuntamente formulado.* Dictada en resolución del rec. 718/2009, y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de sentencia 601/2011, LA LEY 273112/2011.

se deriva del mandato imperativo del art. 219.1 LEC en conexión con el art. 399 LEC. Como tal defecto, se debería abordar en la audiencia previa en la que podría ser subsanado o no; en este último supuesto se debería sobreseer el asunto (art. 424 LEC).

B) El ejercicio de una **acción de mera declaración** en este ámbito provoca un fenómeno de **falta de accionabilidad**. En puridad, en este supuesto se debería seguir todo el proceso para acabar dictando una sentencia desestimatoria sobre el fondo, al no considerar de recibo el que el órgano jurisdiccional transforme una acción de este tipo en una condena con reserva, pues ello atentaría contra el principio dispositivo, confundándose además lo que son la simple declaración y la condena escindida (o con reserva). En este caso muestra el sistema una gran ineficiencia pues, *de lege ferenda*, lo lógico hubiera sido permitir inadmitir de oficio este tipo de demandas (vs. art. 403 LEC). La solución más salomónica parece consistir en actuar como en el supuesto anterior; es decir, permitir subsanar la demanda bien cuantificando lo pedido, bien arguyendo la imposibilidad de hacerlo (art. 219.3 LEC).

C) El ejercicio de una acción de **condena con reserva** requiere de **un interés muy específico**, consistente en la imposibilidad de probar la cuantía de lo solicitado pudiendo acreditar ya su existencia. Como se intentará demostrar en el epílogo de esta obra, este interés es ontológicamente imposible. Aún así, diversas limitaciones y defectos del sistema, y el uso más o menos desidioso de los instrumentos que el mismo ofrece, provocan que esa imposibilidad acabe siendo más que factible. Llegados a este punto, se pueden dar dos situaciones, dependiendo de si esa imposibilidad es imputable o no a la falta de diligencia del actor. Si así fuera, se tendría que desestimar la demanda (arts. 216 y 217 LEC); en caso contrario, se deberá dictar la condena con reserva (art. 219.3 LEC). En ambos casos, por tanto, el proceso concluirá con la correspondiente **sentencia**.

4.12.1.4.- Tratamiento de las anteriores cuestiones en el juicio verbal.

Como es sabido, la LEC del 2000 diferencia el tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio ordinario y en el verbal. Ahora bien, sirve aquí lo referido con respecto al juicio ordinario tanto en lo relativo a las facultades del órgano jurisdiccional sobre su examen de oficio de dichas cuestiones en el momento de admitir a trámite la

demanda¹³⁰⁹, como lo manifestado en torno a la naturaleza jurídica de las diversas infracciones, al ser de también de aplicación el art. 219 LEC a las sentencias que se dicten a través del mismo¹³¹⁰, por lo que me remito en este momento a lo dicho en aquella sede. Aun así, y como también es conocido, diversamente a lo que sucede en el juicio ordinario, en el verbal es en la propia celebración de la **vista** en donde se contesta a la demanda y se tratan las cuestiones procesales. De esta forma, será en este momento en el que la demanda defectuosa podrá ser atacada por la parte demandada (o por la inicialmente sólo actora si se formuló reconvencción) debiendo, como también sucede en

¹³⁰⁹ En este sentido explícitamente PUJADAS TORTOSA, V., en relación con la demanda defectuosa, comenta que: “La resolución del óbice denunciado se encuentra regulada en el artículo 424 LEC (aplicable también respecto al juicio verbal) [...]. En estos casos, el Tribunal admitirá, [...] en el inicio de la vista del verbal, las aclaraciones o precisiones oportunas”. § 463. *La importancia de la subsanación...*, opus cit., pág. 81; en este momento se remite a una nota (3) en la que nos recuerda que sólo caben “precisiones, no modificaciones sustanciales de los escritos expositivos”. Ídem, pág. 82. Por otro lado, recuérdense en este punto las diversas opiniones, y cómo hubo quien llegó a sostener que una correcta actuación del tribunal hará que estos defectos sean corregido en el trámite de admisión de la demanda. *Vid.*, v. gr., GUTIÉRREZ BERLINCHES, A, *El tratamiento de las cuestiones procesales...*, segunda edición, opus cit., pág. 494.

¹³¹⁰ Y siendo irrelevante si la tutela solicitada es o no sumaria. La jurisprudencia, obviamente, se ha pronunciado en este sentido, como es de ver en la **SAP Alicante (6ª), de 12/06/2002**, en la que se declara dentro de su fundamento quinto que, a diferencia de lo que sucedía con la anterior tutela interdictal de la LEC de 1881, *debe de entenderse que la demanda mediante la cual se promueva el juicio verbal sobre protección sumaria de la posesión, habrá de ajustarse, y en lo que afecta a una posible reclamación de indemnización por daños y perjuicios, a las exigencias dimanantes del artículo 219 LEC por lo que es claro que con arreglo a tal precepto, apartados 1, 2 y 3, la genérica petición indemnizatoria deducida en este caso por la actora en el suplico de su demanda, y que además no se apoyaba en concreta alegación fáctica que pudiera haberse vertido a tal fin en los antecedente fácticos de la demanda, no tiene cabida alguna en dicha normativa*. De la que fue ponente Trascasa Blanco, rec.: 398/2001; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 391 *in fine* y 392. O como también se desprende, con respecto al caso concreto de los alimentos, de la **sentencia nº 186/2004 de la AP de Barcelona (Sección 12ª), el 25/03/2004**, en cuyo fundamento de derecho primero dijo que: *El primer motivo invocado por el recurrente se apoya en lo que dispuso la sentencia [...] que declaraba la paternidad de la niña Nuria, como hija biológica de D. Luis Antonio, remitiendo al trámite de ejecución de sentencia, la fijación de los alimentos a satisfacer por el susodicho padre. Por eso invocó la inadecuación de procedimiento al haberse seguido juicio verbal ante juzgado de Barcelona, en fecha 28 Marzo 2003. El motivo fue combatido por la representación actora, en su escrito de 9 de Diciembre de 2003 que entendía que como madre de la niña podía optar entre uno y otro procedimiento. La Sala ha de acoger la tesis de la Sra. Estíbaliz, dado que si bien en la época de la sentencia de declaración judicial de la paternidad regían normas procesales de los arts. 63- n. 2l y 360 de la Ley 1881 que determinaban el fuero territorial del obligado a prestar los alimentos, y que estos alimentos podían fijarse en la ejecución de la sentencia cuando no pudieron fijarse, siquiera en sus bases de liquidación, en fase declarativa, hoy día con la publicación de la Ley Adjetiva 1/2000 de 7 Enero, las normas procesales han cambiado, dado que el art. 769-3 de dicho cuerpo legal establece en materia de reclamación de alimentos para el hijo menor, como fuero principal, el domicilio de los progenitores y si estos residen en partidos judiciales distintas, el fuero electivo, a elección de la parte actora, será el domicilio del demandado, o el de la residencia del menor, debiendo puntualizar igualmente, que en cuanto al procedimiento quedaron derogadas las disposiciones de la Ley 3 febrero 1881 (salvo excepciones), que no afectan al tema que nos ocupa; Por tanto, hoy rigen en materia de reclamación de alimentos el juicio verbal (art. 250.8ª), - también de forma indirecta el art. 219.3º-; Así pues, la acción que corresponde al progenitor custodio en sede del arts. 142, 143 y 154 del C. Civil para reclamar alimentos del otro padre con base en el art. 110 del propio Código, se ejerció válidamente ante el Juzgado de Barcelona, con arreglo al conjunto de disposiciones aludidas. El motivo, ha de decaer*. Dictada en resolución del recurso nº 1/2004, La LEY 73549/2004, de la que fue ponente López-Carrasco Morales, Antonio.

el ordinario, ser estos defectos apreciados de oficio y valiendo igualmente aquí las reflexiones efectuadas (para la resolución de los diferentes casos) en sede de juicio ordinario.

4.12.1.5. El régimen de recursos contra la sentencia con reserva.

A) Sentencia con reserva y recurso de casación.

Debido a las especiales características de las sentencia con reserva, y *a priori*, las partes pueden mostrarse disconformes con respecto a lo en ellas decidido por diversas razones, entre las que destacan el que su propio dictado se reputa indebido por haberse probado un *quantum*; el que en ellas se reserve la liquidación para la ejecución; o el que otorguen una suma que no se considere suficientemente justificada. Ahora bien, la naturaleza extraordinaria de la casación hace que, de todos los anteriores, sólo interesen en este momento aquellos que, según la Ley, permitan comparecer ante el Tribunal Supremo. En este sentido, ya bajo la vigencia de la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**¹³¹¹ se suscitó el debate sobre su recurribilidad en casación y por cuál motivo¹³¹², conviniendo recordar que la regulación de las causas que posibilitaban el acceso a aquél

¹³¹¹ Con anterioridad a la LEC de 1881 esta materia se regulaba en núm. 5º del artículo 919 LEC 1855 y, posteriormente, también en el art. 6 de la Ley de casación civil de 22 de abril de 1878, como refiere el TS en **sentencia de 2/04/1881**, al afirmar que: *Con arreglo al núm. 5.º del art. 919 LEC y al 6.º de la ley de 22 abr 1878, este TS tiene declarado reiteradamente que no se da ningún recurso contra las sentencias que pronuncian los Tribunales superiores sobre liquidación de las cantidades que debe abonar el condenado a la indemnización de perjuicios cuando en la ejecutoria no se ha fijado su cuantía.* Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3469. Por su parte el **artículo 919 LEC 1855** prescribía que *en todos los casos en que se apele de sentencias sobre liquidación de cantidades, cuya importancia no se haya fijado en las ejecutorias, se observarán los trámites siguientes, siendo el 5º: Dentro de los tres días siguientes se dictará sentencia, contra la cual no se dá recurso alguno.* Finalmente, el **art. 6 de la Ley de casación civil de 22/04/1878** (publicada en la Gaceta de Madrid de 28/04/1878), fijaba los casos en que no se daba recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal.

¹³¹² Muy gráficamente ARIAS LOZANO, D., decía sobre este punto que: “Muchas y divergentes han sido las opiniones acerca del motivo a través del cual podía fiscalizarse en casación la errónea aplicación del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11169; este autor dedica a esta cuestión las págs. 11169 y 11170 *ab initio* de la mentada obra, bajo el epígrafe que titula: “El acceso a casación”. Por otra parte, evóquese que la cuestión de la recurribilidad de este tipo de sentencias tiene también sus propias peculiaridades en diversos ordenamientos; v. gr., GOLDSCHMIDT, J., afirmó que: “Entre las sentencias incidentales son impugnables [...entre otras...] las que hayan resuelto anticipadamente sobre el fundamento de una acción, cuando éste y su importe estuvieren controvertidos, como las definitivas”. Las demás sentencias incidentales “sólo se pueden impugnar juntamente con la sentencia principal”. *Derecho Procesal Civil*, opus cit., págs. 300 y ss.

varió durante la vigencia de la ALEC. En un inicio¹³¹³, la ALEC las recogió en sus arts. 1691 a 1693¹³¹⁴, entendiéndose por el TS que, entre ellas, la que principalmente habilitaba en estos supuestos el acceso a dicho recurso era la **séptima del art. 1692**, prevista para *cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, ó error de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador*¹³¹⁵, pronunciándose, en este sentido, numerosa **jurisprudencia**¹³¹⁶. Desde el prisma del TS, *la apreciación sobre la existencia de los daños y perjuicios, como cuestión de hecho, incumbe a la Sala sentenciadora y no puede revocarse la que ha hecho porque no se demuestra que haya incurrido en error de hecho o de derecho (sentencia de 18/03/1882)*¹³¹⁷, considerando que, en estos casos, *es improcedente el recurso de casación si no se citan en el escrito de interposición la ley o doctrina legal, infringidas a juicio del recurrente en la apreciación de las pruebas por la Sala sentenciadora, o bien el documento auténtico que justifique la equivocación del juzgador (sentencia de 21/06/1885)*¹³¹⁸; es decir, que se había de alegar el error de derecho o de hecho en la forma que exige el **núm. 7.º del art. 1.692 LEC (sentencia de 14/10/1885)**¹³¹⁹. Esta doctrina se reiteró durante las siguientes décadas¹³²⁰, pudiéndose

¹³¹³ Cfr. Gaceta de Madrid de 20 de febrero de 1881.

¹³¹⁴ En el primero de dichos preceptos se establecían tres causas: 1.ª *Infracción de ley ó de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia*; 2.ª *Haberse quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio* y 3.ª *Haber dictado los amigables componedores la sentencia fuera del plazo señalado en el compromiso, ó resuelto puntos no sometidos á su decisión*. En el **artículo 1692 ALEC** se establecían los supuestos en que había lugar al recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina legal (estableciéndose siete causas) y, finalmente, en el **artículo 1693 ALEC** se normaban los supuestos en que había lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento para los efectos del **núm. 2.º del art. 1.691** (estableciéndose en este caso 8 causas).

¹³¹⁵ Sobre esta cuestión dijo ARIAS LOZANO, D., que: “Alguna postura (FENECH) [aquí se remite a pie de página, en donde reseña la obra de FENECH-CARRERAS, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, tomo II], avalada por no poca jurisprudencia, entendía que cuando un Juez hacía uso indebido del artículo 360 cometía un error en la apreciación de la prueba: cuando de dictaba condena ilíquida habiéndose acreditado la cuantía, se aplicaba el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y además 1.214 del Código Civil. De seguirse esta postura debería concluirse que en la actualidad [1996], en virtud de la Reforma 10/92 no cabe fiscalización casacional del artículo 360. No por esto, sino por razones más profundas, discrepamos de esta teoría: como se ha dicho, sólo es dable dictar condena con reserva cuando la prestación es *per se* ilíquida. Que el actor pruebe o no la iliquidez (o mejor, que no pruebe su liquidez cuando procede) no debe variar la decisión del Juez a la hora de permitir el uso del incidente de los artículos 928 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881].” *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11169.

¹³¹⁶ Cfr. FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., en la que dedicó todo un epígrafe de la misma, al que tituló: “SU IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN.- *La existencia o inexistencia del presupuesto facticio no puede atacarse en casación al amparo del art. 360, sino por error en la apreciación de la prueba, fundado y con los requisitos del núm. 7.º del art. 1.692.*” Págs. 3436 *in fine* a 3452.

¹³¹⁷ Ídem, pág. 3437.

¹³¹⁸ Ídem, pág. 3437.

¹³¹⁹ Ídem, pág. 3437. En la misma dirección encontramos la **sentencia de 22/03/1897**, en la que se afirmó que: *El recurso supone un error en la apreciación de la cuantía de los perjuicios que no puede estimarse*

destacar ya en los años veinte su **sentencia de 11/06/1923**¹³²¹, en la que se dijo que: *Según reiterada doctrina de esta Sala lo relativo a indemnización por daños y perjuicios y determinación de su cuantía dentro de lo pedido, como cuestiones de hecho una y otra, son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador, y por ello, el ejercicio de semejante facultad discrecional, aplicada a fijar la extensión de aquella responsabilidad, no puede impugnarse en casación, ya que su cuantía no está sujeta a reglas y sí al prudente arbitrio del Tribunal a quo, único competente para calificar y apreciar las pruebas, ajustando al resultado de ellas el ejercicio de la expresada facultad de que se halla asistido, careciendo, por tanto, de base en casos tales la*

en casación sino con los requisitos del núm. 7.º del art. 1.692, que no cumplen en dicho recurso, pues no se cita ley referente a la prueba, ni documento o acto auténtico que demuestren que la Sala, al aceptar para la suma de perjuicios las dos partidas que dicho motivo señala, y que no han sido objeto de discusión especial en el pleito, incurre en error. Ídem, pág. 3441.

¹³²⁰ Pudiéndose citar, a modo de ejemplo, la **sentencia de 7/12/1906** en la que se aseveró que: *La indemnización de daños y perjuicios, en relación con el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hubiera dejado de obtener el acreedor, implica una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al Tribunal a quo, apreciación que sólo puede combatirse en casación, acreditando el error de hecho o d derecho, conforme al núm. 7.º del art. 1.692.* La **sentencia de 7/07/1911**, en la que se afirmó que: *Es doctrina repetidamente proclamada por este TS que la prueba de presunciones es de la exclusiva apreciación del sentenciador, a no ser que por el modo y forma establecidos en el núm. 7.º del art. 1.692 LEC se acredite la inexistencia de los hechos de que la presunción se derive, o de que se dé tan notoria y manifiesta incongruencia entre el antecedente y el consiguiente, que sólo cerrando los ojos a la luz de la razón, pueda admitirse entre uno y otro el enlace dialéctico que requiere el art. 1.253 CC.* La **sentencia de 25/01/1913** que establecía que, en estos casos, las apreciaciones sobre los correspondientes puntos de hecho incumbían *libérrimamente al juzgador y en tanto no se impugnen con éxito en la forma que determina el núm. 7.º del art. 1.692 LEC, lo que aquí no se ha hecho, está vedado discutir y resolver en casación.* O la **sentencia de 26/04/1913**, en la que se recordaba que: *Para que pudiera prosperar el recurso fundado en los errores de hecho aducidos sería preciso, a tenor de lo ordenado en el núm. 7.º del art. 1.692, que semejantes errores resultasen de documentos o actos auténticos que demostraran la equivocación evidente del juzgador;* extraídas de ídem, págs. 3442, 3443-44, 3444-45 y 3445, respectivamente.

¹³²¹ Ídem, pág. 3447. De esa misma época también interesa citar la **sentencia de 4/01/1929**, que estableció: *Que la indemnización de daños y perjuicios, como hechos, tienen que declararse probados o no, por el Tribunal de instancia, y no se pueden combatir en casación más que al amparo del núm. 7.º del art. 1.692, por error de hecho y derecho, y en forma legal.* La **sentencia de 27/12/1928**, en la que se insistió que: *Es asimismo norma procesal de obligatoria observancia la de que la interposición de los recursos debe acomodarse a la sentencia de tal modo que sean respetados y aceptados los pronunciamientos o declaraciones de hecho que la misma contenga, salvo el derecho que la ley concede al recurrente, de demostrar, al amparo del núm. 7.º del art. 1.692, el error en que, en su caso, hubiere incurrido el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y sin que ello autorice a formalizar el recurso, partiendo de dar como ciertos hechos que así no los estima la sentencia, pues tal equivaldría a desnaturalizar la índole y sobrepasar los límites de la casación, sustituyendo al efecto de la discusión el criterio del Juez o de la Audiencia por el de la parte interesada, lo cual tiene declarado este TS, repetidamente, que no es admisible.* Y la **sentencia de 27/10/1929**, en la que se reiteró que: *La apreciación del hecho es una cuestión de prueba de la soberanía del Tribunal sentenciador que, no [sic] sólo se puede combatir al amparo del núm. 7.º del art. 1.692 LEC, demostrando el error de derecho en la prueba o de hecho deducido de documento auténtico que demuestre con evidencia la confesión [sic] del juzgador.* Ídem, págs. 3429-30, 3449-50 y 3450.

alegación de infracciones de moral legales, y error de derecho en la apreciación de las pruebas.

El razonamiento antes expresado lleva consigo la desestimación del recurso, máxime, además, no ser lícito en casación la alegación fundada en determinado medio de prueba, cuando, como ocurre en el caso actual, la misma ha sido apreciada en su totalidad y conjunto, a menos se aduzca documento o acto auténtico, demostrativo del error en que se haya incurrido por el Tribunal de instancia, lo cual no se ha conseguido en el caso presente y, porque sobre lo antes expuesto acertadamente por el Tribunal sentenciador en su resolución recurrida y por el resultado de las actuaciones, no ha podido estimarse perjuicios provenientes [sic] por daño moral en el sentido alegado por el recurrente.¹³²²

Ahora bien, como afirmó PLAZA, fue dentro “de los errores *in procedendo*” donde se incardinaron aquellos que se referían “a la llamada *fase decisoria* del procedimiento”, en la que podía suceder (entre otras) que se infringiera la norma legal “*por defecto de poder*, esto es, dejando de conocer de un asunto cuando la Ley atribuya al juzgador el conocimiento del mismo”, siendo en estos casos donde “se acusa más la falta de sistemática de nuestra L.E.C.”¹³²³ Por tanto, determinados defectos relacionados con la sentencia con reserva debían encauzarse por la vía de los denominados “errores *in procedendo*”, como sucedía en los casos que englobaba dicho autor dentro del epígrafe: “*Defectos en la actividad lógica: el fallo contradictorio*”¹³²⁴, que si bien se solían identificar con lo prescrito en el art. 359 ALEC, podían afectar a la institución aquí analizada, siendo (por ejemplo) un “caso muy típico de sentencia contradictoria el resuelto por la de 14 de abril de 1930: <<Es contradictorio el fallo, dice, que, por una parte, absuelve de daños y perjuicios que no fueron probados; y por otra, condena a

¹³²² Como ejemplo de **error de hecho** puede citarse la **sentencia de 4/01/1894**, en la que se afirmó que *la sentencia incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos y actos auténticos que demuestra la evidente equivocación de la Sala al absolver al Banco de Castilla de la indemnización de perjuicios, [...]; y en este concepto es procedente la casación por el motivo séptimo.* Extraída de ídem, pág. 3440.

¹³²³ PLAZA, MANUEL DE LA, *La casación civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pág. 155 (cursivas del citado autor). De entre las diversas críticas a la configuración que tenía el recurso de casación en aquellos momentos, destacaré la referente a la mencionada distribución de los motivos que daban acceso al mismo, en relación a lo cual el citado autor sostuvo que: “No precisa insistir demasiado, después de esta rápida clasificación de motivos que nos ofrece la técnica extraña, sobre la notoria inconsecuencia en que incurre nuestro [sic] L.E.C., al agrupar, con los errores que propiamente pueden calificarse de errores *in judicando* (núms. 1.º y 7.º del art. 1692), un número considerable de errores *in procedendo* (todos los demás que se mencionan en el mismo artículo); siendo así, que estos últimos tendrían su adecuado lugar al lado de los que señala el art. 1693.” Ídem, pág. 156.

¹³²⁴ Ídem, págs. 345 a 347.

pagar, no ya los frutos obtenidos, sustituidos [sic] con el producto de la venta, sino la diferencia entre el importe de ésta y el precio corriente en plaza, revelador de un quebranto en el patrimonio de la actora, y *totalmente incompatible* con la existencia de perjuicios y con el fallo absolutorio>>.”¹³²⁵

Con posterioridad a las anteriores reflexiones de Plaza, la **Ley 34/1984, de 6 de agosto**, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-1984-17580), modificó los motivos del recurso de casación, ahora concentrados en el **artículo 1.692 ALEC**¹³²⁶, que posteriormente aún serían nuevamente variados¹³²⁷. La doctrina intentó

¹³²⁵ Ídem, pág. 347, cursiva del mentado autor. Y también a través de la infracción del art. 359 ALEC se podían impugnar defectos que podían afectar directamente al objeto de una sentencia con reserva, como los que PLAZA, M., denomina: “*Vicios <<in procedendo>> en relación con la expresión formal de lo resuelto*”. Ídem, págs. 347 y 348. En cuanto a la cuestión de la incongruencia, TABOADA ROCA, MANUEL, analizó el que denominó como “decimotercer requisito de procedibilidad: que la incongruencia que se alegue, no resulte inexistente prima facie”. *Los requisitos de procedibilidad en la casación civil española*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1980, capítulo XV, págs. 125 a 129. Explicó este autor que disponía “el artículo 1.729 d la L.E.C., en su párrafo número 8.º, que el Tribunal de Casación debe dictar auto inadmitiendo el motivo <<cuando... la incongruencia... resulte notoriamente que no existe>>” (ídem, pág. 127), considerando dicho autor que “Por vía indirecta, pues, viene a configurar nuestro ordenamiento adjetivo, este curioso requisito como de procedibilidad, cuando realmente lo es de fondo e impropio, por tanto, de ser apreciado en la fase procesal de admisión.” (ídem, párrafo siguiente a la cita anterior). Critica TABOADA, M., dicho precepto, sosteniendo que: “Más natural nos parece entender que el legislador quiso comprender en el número 8.º del artículo 1.729, cualquier género d incongruencia que se denuncie, y que no resultó afortunado en su redacción, ni en el propósito perseguido. La incongruencia que se alegue en casación, sólo en la fase de decisión debería ser examinada y decidida” (ídem, pág. 129), añadiendo en el siguiente párrafo que: “Ello aparte de que la determinación de esa notoriedad, depende de la apreciación subjetiva del que haya de juzgarla, lo cual resulta siempre impreciso y poco seguro.” Ídem.

Por otro lado, cabe apuntar que PLAZA, M., también dedicó un apartado al “*Error en la valoración probatoria*” *La casación civil*, opus cit., págs. 245 a 253, apartado que iniciaba con las siguientes palabras: “El núm. 7.º del artículo 1692 de la Ley Procesal, autoriza al recurso de casación, cuando haya habido *error de derecho* en la apreciación de las pruebas; y aunque la frase es lo suficientemente clara para que, con razón, no puedan suscitarse dudas en punto a su verdadero sentido, no tardaremos en comprobar que no ha debido ser así, cuando numerosas resoluciones del Tribunal Supremo se han visto precisadas a fijarlo.” Ídem, pág. 245. No aborda PLAZA en las antedichas páginas específicamente el tema de la sentencia con reserva, pero sí realiza interesantes reflexiones sobre los sistemas de apreciación de la prueba (legal y libre) y sobre cuestiones como las referente a la “*apreciación de la prueba en conjunto*” y a las facultades del TS en relación al “juicio sobre los hechos, [...] *en materia de usura*” que no voy a recoger por exceder el ámbito del presente estudio. Consideró que, en estos casos, era “precisamente el error en la utilización de esas normas probatorias, de más o menos amplio contenido, el que legítima para interponer recurso de casación”. Ídem, pág. 247. Asimismo aportó jurisprudencia para demostrar que ello encontraba “plena confirmación” en la misma, y aseverando “que una jurisprudencia constante y conocidísima, haya establecido que, para demostrar un error de derecho, es preciso citar la ley referente a la prueba que se haya violado”. Ídem.

¹³²⁶ El cual quedó redactado de la siguiente forma: *El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:*

1. *Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.*
2. *Incompetencia o inadecuación del procedimiento.*

conformar cierta sistemática en torno a esa normativa y jurisprudencia, sirviendo ahora, a modo de sintético resumen de la misma, las siguientes palabras de SILGUERO, quien sostuvo que: “Tradicionalmente, se han distinguido entre errores “*in iudicando*” y errores “*in procedendo*”, para aludir, respectivamente, a los vicios o defectos atinentes al juicio sobre el fondo y a los que recaen sobre la actividad procesal.”¹³²⁸ Como comentó dicho autor esta diferenciación utilizada por la doctrina podía “ser trasladada a nuestros textos legales sin dificultad. Así, los motivos 1º, 2º y 3º del art. 1692 LEC son exponente de los errores “*in procedendo*”, [...]; en cambio, el apartado 4º constituye un claro reconocimiento de los errores “*in iudicando*””¹³²⁹. Ahora bien, y en lo que aquí más interesa, también advirtió dicho autor que: “Son muchos los supuestos, que sobre la base de la valoración probatoria realizada por el juez, pueden tener trascendencia en casación sin que ello pueda suponer convertirla en una instancia procesal. Cuestiones tan diversas como la fijación de daños y perjuicios –sin perjuicio de que algunos autores entienden que no cabe casación respecto de su cuantificación ni tampoco respecto de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido¹³³⁰-, o los pronunciamientos sobre costas –en la medida en que deben respetar la regulación legal-, son susceptibles de control casacional.”¹³³¹

3. *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.*

4. *Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.*

5. *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objetos de debate.*

¹³²⁷ En el momento de la derogación en esta materia de la LEC de 1881 por la LEC del 2000, dichos motivos seguían contenidos en su **artículo 1692**, pero de la siguiente forma:

1. *Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.*

2. *Incompetencia o inadecuación del procedimiento.*

3. *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.*

4. *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.*

¹³²⁸ SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUÍN, *El control de los hechos por el Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 1997, págs. 71 *in fine* y 72 *ab initio*.

¹³²⁹ Ídem, pág. 72.

¹³³⁰ En este momento se remite al pie de la misma página (ídem, pág. 193), citando a Garberí, José y González-Cuellar, Nicolás, *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, Colex, 1994, pág. 253, nota 44. También recoge la postura, en este caso contraria a los anteriores y, por tanto, “favorable a su control en casación”, de Prieto-Castro y Ferrandiz, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, 1985, págs. 518-19, añadiendo “refrendada por la jurisprudencia”.

¹³³¹ Ídem, págs. 192 y 193 *ab initio*.

Ante dicha situación normativa (y como apunta SILGUERO), no es extraño que, a mediados de los noventa, hubiera autores que defendieran que esta materia estaba vedada a la casación¹³³², mientras que otros abogaran por permitir ese acceso, pero a través del entonces vigente **art. 1692.3 ALEC**, como hiciera ARIAS LOZANO, quien sostuvo “que el cauce adecuado de acceso es el del supuesto primero del vigente artículo 169[2].3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: infracción de normas reguladoras de la sentencia. A pesar de que tradicionalmente se ha venido casi a identificar este motivo con el control de la congruencia de la sentencia, la ubicación sistemática, el tenor literal y el fundamento del artículo 360 [ALEC] avalan esta teoría: el Juez que puede dictar sentencia líquida y no lo hace infringe una norma que le señala imperativamente el modo en que ha de dictar una sentencia.”¹³³³ Llegados a este punto, resulta necesario analizar brevemente la naturaleza jurídica de los preceptos reguladores de la sentencia con reserva, para intentar enfocar con algo más de claridad las anteriores cuestiones.

¹³³² Entre los cuales cabe significar, en este momento, a CORDÓN MORENO, F., quien, con previa cita de la STS de 14/07/88 (RJ 1988, 5692), en la que se afirmaba, entre otros extremos, que era una “facultad discrecional” del órgano jurisdiccional de instancia “en atención a las circunstancias concurrentes, el deferir para ejecución de sentencia” la determinación del *quantum*, recoge la STS de 19/11/74 (RJ 1974, 4266), para afirmar que: “la decisión del Juez no está sometida al control de la casación”. *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 291. En parecido sentido ya había comentado anteriormente al sostener que había “que tener en cuenta que el mandato del artículo 360 de la L.e.c. ha sido muy debilitado por el mismo Tribunal Supremo, al declarar que es facultad discrecional (no sometida al control del recurso de casación) del juzgador de instancia la estimación de si fue o no posible determinar la cuantía en la sentencia o fijar en ella las bases de la liquidación posterior”. *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 51. Esta visión de la materia (en relación con los procesos en los que regía la LEC de 1881) se ha mantenido hasta nuestros días. Véase en este sentido lo que expuso la **STS de 22/02/2011** (FDº 3º): *En asuntos sometidos a la LEC 1881, esta Sala ha declarado, en relación con las sentencias dictadas con reserva de liquidación, que el principio de congruencia no impide que la respuesta judicial se produzca con flexibilidad (STS de 18 de marzo de 2004), de modo que cuando se estima que es imposible la fijación del quantum [cuantía] o incluso de las bases de la liquidación, el artículo 360 LEC 1881 permite dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia. Es una facultad discrecional del tribunal diferir a la ejecución de sentencia las determinaciones de la cuantía o saldos de liquidaciones que deben practicarse por las partes, como también lo es la de fijar la cuantía en la propia sentencia si se cuenta con elementos para ello a juicio del tribunal de instancia en el ejercicio de las facultades de valoración de la prueba que le son propias. Como declara la STS de 21 de julio de 2000, acordar si una cantidad está determinada, o debe determinarse en período de ejecución de sentencia, pertenece al campo de la quaestio facti [cuestión de hecho] que no tiene acceso a la casación por el cauce de la incongruencia (SSTS de 20 de diciembre de 2006, RC n.º 5188/1999, 18 de septiembre de 2009, RC n.º 879/2005). RCEIP n.º 1443/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída de la relación efectuada por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit.*

¹³³³ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., págs. 11169 *in fine* y 11170 *ab initio*. Afirma coincidir en su posición con Fernández, M. A., *Derecho Procesal Civil* (con De la Oliva), tomo II, pág. 540; y con Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional* (con Ortells, Gómez Colomer y Montón), pág. 419.

A.1) La conceptualización de las normas reguladoras de la sentencia con reserva como normas procesales materiales.

Fue MILLÁN¹³³⁴ quien se preguntó con detenimiento sobre el carácter procesal o material del artículo 359 LEC. La importancia de este asunto se relacionaba con la cuestión de “saber si la infracción del juzgador en los deberes de adecuación con las pretensiones debidamente formuladas por las partes se trata de un error *in iudicando* o, por el contrario, de un vicio *in procedendo*, y, consiguientemente, el tratamiento adecuado que deberá darse a este tipo de infracción en sede de casación.”¹³³⁵ La cuestión no era nueva, sosteniendo ya MANRESA¹³³⁶ que los artículos 359 y 360 ALEC se referían al fondo, a los requisitos internos de las sentencias. Esta fue la causa por la cual el Tribunal Supremo los admitió como motivo de casación en el fondo (como también había sucedido con los anteriores arts. 61 a 63 LEC de 1855), pero aún así el citado autor afirmó que: “No se entienda por esto que los creemos mal colocados en la presente ley; siendo la sentencia el objeto y fin del pleito, a la ley que ordena el procedimiento corresponde dictar las reglas para terminarlo”¹³³⁷.

Concretamente, MILLÁN sostiene que, para poder determinar la naturaleza jurídica de una norma se ha de atender al “verdadero y directo” destinatario de la norma; a “cuál sea el terreno propio donde produce sus efectos jurídicos”, y “al contenido y finalidad de las normas jurídicas.”¹³³⁸ Analizando seguidamente estos criterios en relación con el artículo 359 ALEC, y con respecto al primero de ellos (quién es el destinatario de la norma), concluye que “es indudable que los preceptos que regulan el principio de congruencia tienen precisamente al juez como directo e inmediato destinatario. Por lo que se puede afirmar que en principio son procesales tales preceptos.”¹³³⁹ Llega a la misma conclusión en relación con el segundo de los criterios mencionados, pero surgiendo “la observación de que el defecto de incongruencia, si bien origina sus efectos directamente en el campo del proceso, indirectamente afecta también a la relación jurídico-material. Porque es incuestionable que, cuando el juez modifica la causa de pedir o concede lo no pedido por los litigantes, incide con tal actividad también en la

¹³³⁴ *La incongruencia civil*, opus cit., págs. 168 a 173, al estudiar la “denuncia de la incongruencia”.

¹³³⁵ Ídem, pág. 168.

¹³³⁶ *Comentarios...*, 4ª edición, 1919-1921, opus cit.

¹³³⁷ Ídem, pág. 95.

¹³³⁸ *La incongruencia civil*, opus cit., pág. 170.

¹³³⁹ Ídem, pág. 171.

órbita del derecho material.”¹³⁴⁰ Finalmente, atendiendo al tercero de los criterios planteados afirma que “el principio de congruencia constituye un requisito esencial de la tutela jurisdiccional. Por ello, consecuentemente, tales preceptos serían normas de carácter procesal, pero dadas en base a una cabal defensa del derecho material, por lo que, en su última finalidad, habría que considerar estas normas como materiales”¹³⁴¹. Resume su postura afirmando que “cuando el juzgador incurre en el defecto de incongruencia por <<ultra petita>> o <<extra petita>>, infringe un precepto procesal que vela dentro del proceso por la disponibilidad de las partes en la configuración de relaciones jurídicas sustantivas, pero esa violación repercute de manera directa e inmediata en el campo del derecho material.

Las normas sobre congruencia son, pues, en cuanto a su finalidad, contenido y función, normas procesales, pero, en virtud a la recta preservación del derecho privado a la que tienden, cabe inferir que se trata de normas procesales materiales.”¹³⁴²

En el fondo del problema late la siguiente cuestión, que tan claramente desarrolla MUÑOZ SABATÉ, cuando afirma que: “La estimación de los daños y perjuicios o *quantum* indemnizable, no deja de constituir una de los tantos estándares jurídicos o conceptos jurídicos indeterminados a que nos hemos referido anteriormente, que la ley deja en blanco y el juez debe integrar. Su diferencia con los otros C.J.I. es que se trata de un <<concepto jurídico de medida>> que al revés de los otros no responde a la ley del todo o nada (hay dolo o no hay dolo; es una ofensa al pudor o no lo es), sino que tiene un margen tan amplio de fluctuación que hace muy difícil establecer si el juez se ha equivocado por no haber acordado una suma <<algo más elevada>>, o <<algo más

¹³⁴⁰ Ídem.

¹³⁴¹ Ídem. A pie de página cita jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la ST de 16 de febrero de 1967 (R. 954), en la que éste afirma el “carácter sustantivo o material” del artículo 359 ALEC.

¹³⁴² Ídem, pág. 173. A pie de dicha página aclara el concepto de “normas procesales materiales”, aportando la **sentencia de 19/12/1981** (R. 5275) para reflejar que estas normas se integran en el grupo de las “que algún sector de la doctrina conoce como normas de <<derecho procesal material>>, disposiciones reguladores de los requisitos, condiciones y efectos de los actos del proceso; ordenadas precisamente a prescribir al juez, más que el <<si>> y el <<cómo>>, el <<qué>> de su decisión. Por tal razón las hipotéticas irregularidades procedimentales que puedan darse, carecen de trascendencia en un recurso de casación como el presente formulado no por quebrantamiento de forma, sino por infracción de Ley”.

baja>>. De ahí que la casación sólo pueda intervenir cuando el cálculo resulta a todas luces desmedido.”¹³⁴³

Y dando un paso más se puede citar a HENKE el cual, bajo el expresivo epígrafe: “La incasacionabilidad de los conceptos jurídicos de grado y de medida”¹³⁴⁴, advertía que: “Los *conceptos* (indeterminados) *de medida* se refieren a la relación que guardan entre sí dos magnitudes (distintas la una de la otra), como podría ser la “adecuadez” de prestación y contraprestación, o bien la “equidad” de una indemnización en vista de la gravedad de la lesión y la culpa del autor.”¹³⁴⁵, considerando que: “La cuestión jurídica concreta del grado y de la medida es incasacionable por el carácter peculiar de los conceptos que han de aplicarse.”¹³⁴⁶ Y, en relación específicamente a “los conceptos jurídicos de *medida* se constata la proporcionalidad entre diversas magnitudes y esto hace que el caso sea juzgado según un módulo sólo relativo, no aplicable a otros cuadros fácticos. Y en las mediciones de cantidades, que son frecuentes se presentan además dificultades de deslinde entre magnitudes vecinas (por ejemplo entre una indemnización “equitativa” de 1000 y 1100 marcos), semejantes a las que ofrecen los conceptos de grado.

Los fallos sobre estas cuestiones pueden suministrar, en verdad, ciertos puntos de apoyo para juzgar otros cuadros fácticos. Pero el resultado de la subsunción, muy diferenciado y sólo relativamente válido, no es suficiente para proporcionar a los

¹³⁴³ *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000*, opus cit., pág. 94. Extracta a continuación este autor el siguiente fragmento de resolución del **TS de 15/11/1997** (Aranz. 8126): *Constituye reiterada doctrina jurisprudencial que la fijación del <<quantum>> de la cantidad a resarcir por daños y perjuicios entre en el capítulo de los pronunciamientos reservados a la soberanía del Tribunal de instancia, y únicamente se posibilita su revisión casacional por evidente y notorio error de hecho (Sentencia de 28 noviembre 1992 <RJ 1992, 9448>), o resolución caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta (Sentencia de 26 noviembre 1993 RJ 1993, 9140>), que son coyunturas ajenas a este caso. Ídem.*

¹³⁴⁴ HENKE, HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Traducción y presentación de Tomás A. Banzhaf (título original: *Die Tatfrage – Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, publicado por Duncker & Humblot, Berlín, 1966), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, págs. 307 y ss. Valga traer a colación también las siguientes palabras de dicho autor en relación a la ímproba dificultad de “separación lógico-conceptual” entre los “juicios de hecho de los juicios de derecho”, en donde las “complicaciones residen por igual, como ya destacamos, en los campos teórico y práctico. Las complicaciones teóricas tienen su causa en la vinculación de los conceptos jurídicos con los correspondientes conceptos naturales, las prácticas, en la realizabilidad de postulados lógicos en la aplicación judicial del derecho.” Ídem, pág. 162. No voy a ahondar más en este punto por exceder el objeto del presente estudio, aunque dicho autor hace aportaciones de gran interés, como las referentes a las “tres complicaciones de orden teórico-jurídico” que se pueden dar en relación a la pertinente separación lógica entre conceptos jurídicos y naturales; es decir: “la sinonimia”, “la remisión en blanco a valoraciones extrajurídicas” y “la prueba *prima facie*”; ídem, págs. 165 y ss.

¹³⁴⁵ Ídem, pág. 307; las cursivas son del citado autor.

¹³⁴⁶ Ídem, inicio siguiente párrafo.

tribunales inferiores una guía y una ayuda seguras. Por lo tanto, la decisión no posee de ordinario un efecto ejemplificador que justifique la casacionabilidad.”¹³⁴⁷

A.2) El enfoque de esta materia en la LEC del 2000.

Además de por un criterio cronológico, he considerado conveniente hacer preceder el anterior apartado al presente, a causa del enfoque sistemático que pretendo dar a esta materia. Con la regulación actual podría parecer que el anterior debate ha perdido sentido si se considera como evidente que estas cuestiones se han de tramitar a través del novedoso **recurso extraordinario por infracción procesal**¹³⁴⁸ y, más

¹³⁴⁷ Ídem, pág. 308; la cursiva es del citado autor. En este momento se remite a pie de la misma, en las que remite a Horst Günther, *Schmerzensgeld*, 1964, págs. 88-90 y 104, en relación a las dudas de éste último “contra la comparación de casos con el auxilio de tablas de indemnizaciones.” Posteriormente HENKE, H., desarrolla dicha cuestión bajo el epígrafe: “Los conceptos jurídicos de medida” (ídem, págs. 317 a 322), en la que amplía sus anteriores aseveraciones arguyendo que “la incasacionabilidad de los conceptos jurídicos de medida debe atribuirse a dos razones. Por un lado, ellos obligan al juez, con frecuencia, a aplicar un *módulo sólo relativo* que varía de un caso a otro. [...]. Además los conceptos de medida requieren frecuentemente una *medición de cantidades*, lo que da origen a una dificultad de deslinde similar a la que pudimos observar en la clasificación entre conceptos de intensidad vecinos.” Ídem, pág. 317, cursiva del mentado autor. Desarrolla seguidamente HENKE, H., ambas razones, considerando con respecto a la segunda de ellas que: “Resulta palmario, pues, que es precisamente en la medición de cantidades ([...]) donde surgen *dificultades de deslinde considerables*. Por lesiones que tuvieron por consecuencia la pérdida de un ojo, la tabla de indemnizaciones de Schunack menciona indemnizaciones “equitativas” entre 3000 y 9000 marcos (!) que fueron reconocidas por fallos judiciales.” Ídem, pág. 318. Este “considerable margen que media entre los valores extremos” tendría “la ventaja de permitirle al juez adentrarse hasta lo más hondo de la peculiaridad del caso, y prestar atención incluso a los casos “especialmente leves” y “especialmente graves”, pero el inconveniente de diluir el límite entre la indemnización en concreto “equitativa” y la “inequitativa.” Ídem. Esa discrecionalidad del juez relativa a la fijación del *quantum* no sería, en principio, controlable en casación: “La Corte federal de justicia caracteriza este cuadro fáctico diciendo que la estimación es “por su esencia” insusceptible de fundamentación exacta; por tanto, sería materia del juez de los hechos y el tribunal de casación sólo podría objetarla, si al juicio le “subyacieren consideraciones jurídicamente defectuosas o la violación de una ley del razonamiento o de la experiencia.” Ídem, página 319. Considerando además HENKE que: “La incasacionabilidad de la cuestión de la subsunción sólo puede fundamentarse con la falta de efecto ejemplificador de la sentencia de casación.” Ídem.

Partiendo de lo anterior, HENKE, H., menciona como “conceptos jurídicos incasacionables” en este ámbito (recordemos que estamos en los “de medida”) los referentes a la ““*proporción de la causación bilateral*” (§ 524 I BGB, § 17 StGV), que determina decisivamente la distribución de la carga de los daños entre el damnificador y el damnificado co-responsable” (ídem, págs. 319 y 320 *ab initio*); al “cálculo de la “indemnización equitativa” según el § 847 BGB” (ídem, págs. 320 a 322 *ab initio*) con respecto al cual anota una clara limitación al arbitrio del juez, cuando afirma que “la “libre discreción del juez de los hechos no es de modo alguno soberana. Su margen de juicio para efectuar el cálculo está limitado por los puntos en los cuales el juzgamiento cuantitativo se trastrueca en cualitativo (“equitativo” – “inequitativo”).” (ídem, pág. 321); considerando que: “Por último, es “cuestión de hecho” la concreta “*proporcionalidad*” de medio y fin en la defensa contra los actos de competencia desleal y en salvaguardia de “intereses legítimos”, así como la “*adecuadez*” concreta”. Ídem, pág. 322.

¹³⁴⁸ MORÓN PALOMINO, M., realiza algunas observaciones sobre las “innovaciones” que se han producido en este ámbito y, entre ellas, con respecto a la problemática suscitada a partir de la “atribución

concretamente, haciendo valer el **segundo** de los motivos (*infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia*)¹³⁴⁹ que instituye el **art. 469.1 LEC**. En esta dirección el Tribunal Supremo, en su **sentencia de 20/10/2010 (Sala 1ª)**¹³⁵⁰, (FDº 3º), expuso que *en ningún caso cabe amparar en el ordinal 1º del art. 469.1 LEC, reservado a la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, una denuncia que en realidad lo es de infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, categoría a la que pertenecen los arts. 209 y 219 LEC en cuanto encuadrados en el Capítulo VIII, titulado antes "De las resoluciones judiciales y de las diligencias de ordenación" y hoy "De las resoluciones procesales", por lo que la vía adecuada para denunciar su infracción es claramente el ordinal 2º, no el 1º, de dicho art. 469.1. De ahí que tampoco pueda ser nunca procedente el efecto de nulidad de todo lo actuado desde que se dictó sentencia en primera instancia, propuesto por la parte recurrente y carente por demás de justificación legítima alguna por cuanto la única consecuencia práctica sería una dilación indebida, sino, de conformidad con la regla 7ª de la D. Final 16ª de la LEC, el dictado de nueva sentencia por esta Sala, que en este*

al recurso extraordinario por infracción procesal de materias tradicionalmente propias del recurso de casación". *La nueva casación civil*, Madrid, Editorial COLEX, 2001, págs. 69 y ss. Interesa recoger de las consideraciones de este autor que "la expresión <<normas reguladoras de la sentencia>>" fue "una hipótesis de impugnación introducida en el sistema de casación español con ocasión de la reforma de 6 de agosto de 1984 [**Ley 34/1984**, de reforma urgente de la LEC] en términos de manifiesta ambigüedad al referirse el precepto reformado a <<normas reguladoras de la sentencia>>, sin más especificación." Ídem, pág. 70. Con relación al análisis de esta cuestión, dicho autor destaca las opiniones de Serra Domínguez, Manuel, para quien se debían dar dos presupuestos: la infracción de alguno de los arts. 359 a 375 ALEC y que dicha infracción tuviera "carácter esencial", considerando asimismo que "los principales vicios de la sentencia denunciados al amparo del número 3º del artículo 1692 se producen cuando se infringen los artículos 359, 360 y 363 de la LEC>>." Ídem, pág. 71, en que MORÓN, M., se remite a la obra de aquél: *Del recurso de casación*, págs. 838 y 839.

¹³⁴⁹ Crítico es en este punto NIEVA FENOLL, JORGE, cuando afirma que: "En este particular, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha incurrido en algunos fallos dogmáticos, como consecuencia del excesivamente amplio tenor del motivo segundo del art. 469 LEC, y de la quizás indebida colocación sistemática de algunas instituciones procesales entre sus preceptos. Cuando se lee el tenor del motivo, [...], la primera duda que asalta es saber qué ha debido entender el legislador como incluido en el ámbito de este motivo." *El recurso de casación civil*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 2003, pág. 148; se remite en este momento a pie de la misma, en la que amplía que: "De hecho, era el mismo problema que existía antes con el art. 1692.3 LEC 1881, pero hubiera sido deseable que una ley nueva, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, consciente del problema, hubiera solucionado la cuestión de una vez por todas." Me parece interesante el enfoque de este autor, quien intenta seguidamente responder a la cuestión que ha planteado, acudiendo seguidamente al bloque normativo que regula la sentencia (que centra en las secciones 1ª y 2ª, del capítulo VIII, del título V, del libro primero LEC) e intentando dilucidar dentro de esta normativa qué tipo de vulneraciones podrían dar lugar al citado motivo. Es en la décima de los once supuestos que relaciona donde encontramos el de: "Defectos en la elaboración de las sentencias con reserva de liquidación y de las sentencias que contengan condenas de futuro (arts. 219 y 220 LEC)." Ídem, pág. 149.

¹³⁵⁰ Dictada en resolución del rec. 994/2006 y de la que fue ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 606/2010, LA LEY 188010/2010.

caso se limitaría a dejar sin efecto, pura y simplemente, el pronunciamiento aquí impugnado.

En este sentido también son muy explícitos MONTERO y FLORS, si bien dichos autores consideran que **también** cabe, en ciertos supuestos, la infracción del **tercer** motivo (*infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión*) de los recogidos en el antedicho artículo. Concretamente sostienen que la vulneración de lo dispuesto en el art. 219 LEC: “Integra el motivo de infracción de los requisitos de la sentencia atinentes a la claridad y a la precisión, a los que se refiere el artículo 218.1 de la LEC y cuya importancia no siempre se ha destacado suficiente”¹³⁵¹, pues: “La precisión debe entenderse referida, en su mejor sentido, a la imposibilidad de que la pretensión de condena a obligación dineraria acabe en sentencia meramente declarativa dejando la liquidación para la fase de ejecución. El artículo 219 contiene hoy la prohibición de la sentencias con reserva de liquidación y su incumplimiento dará lugar al recurso por infracción procesal.”¹³⁵² Para estos autores: “La sentencia que se dicte incumpliendo la exigencia del artículo 219.2 será objeto de apelación y después de recurso extraordinario por infracción procesal y por la vía del

¹³⁵¹ *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 585. En mi opinión, también a partir del artículo 218 LEC se puede deducir que éste es el cauce adecuado para impugnar la infracción de lo dispuesto en el art. 219 LEC en la concepción de MORÓN, M. Según este autor: “El artículo 218 añade que las sentencias harán las declaraciones que aquellas (las demandas y demás pretensiones de las partes) exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate; deber de exhaustividad, cuya vulneración origina la incongruencia omisiva, así denominada en reiterada doctrina del TS: sentencias de 7 de julio de 1981, 27 de octubre de 1983, 9 de mayo de 1989, 15 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1995, 10 de septiembre de 1996 y 12 de noviembre de 1998.” *La nueva casación civil*, opus cit., pág. 74. El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de delimitar en relación con el art. 218 LEC el uso de los dos recursos extraordinario, haciéndolo con las siguientes palabras en su **sentencia de 15/07/2010**, FDº 3º: *No es posible tampoco la cita heterogénea, dispersa y amplia de normas sustantivas y procesales. El art. 218.2 LEC permite interponer el recurso por infracción procesal cuando se hayan vulnerado las normas que afectan a la sentencia, es decir, aquellas que procesalmente determinan su forma, no la corrección de los argumentos, que es lo que está planteado la recurrente en este recurso. Por lo tanto, la infracción relativa a la interpretación debe ser planteada a través del recurso de casación, no del extraordinario por infracción procesal, referido a cuestiones procesales y no sustantivas (STS 7 de enero 2010), y no hacerlo mediante la cita conjunta de los artículos reguladores de la interpretación contractual, por ser criterio hermenéutico preferencial el del artículo 1281, párrafo primero, y constituyendo las normas contenidas en los demás preceptos indicados en el motivo criterios interpretativos subordinados y complementarios, sin que sea admisible la cita del artículo 1281, sin expresar cual de sus dos párrafos es el que se considera infringido (SSTS de 17 de diciembre de 2002; 16 de julio 2009). RCEIP 1990/2006, ponente Seijas Quintana, José Antonio; extraída de las seleccionadas por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., reseñada bajo el rótulo de “**Recurso extraordinario por infracción procesal. Cita de preceptos genéricos.**”*

¹³⁵² Ídem, pág. 585.

núm. 2.º del artículo 469.1¹³⁵³, pues se trata de la infracción de una norma procesal reguladora de la sentencia.”¹³⁵⁴, considerando además “que el incumplimiento de la liquidez podría ser doble:”

¹³⁵³ También por esta opción parece decantarse claramente LÓPEZ SÁNCHEZ, JAVIER, *Los Recursos Extraordinarios por Infracción Procesal y de Casación*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, Editorial Aranzadi, S.A., 2004. Sírvanos las consideraciones de este autor para plasmar la correcta **delimitación entre ambos recursos extraordinarios**. Como nos recuerda este autor: “El legislador ha incluido las infracciones de las normas reguladoras de la sentencia entre los vicios de actividad, excluyéndolas del ámbito de los vicios del juicio, propios del recurso de casación.” Página 62. Manifestando poco después que: “Debe recordarse, que la distinción entre uno y otro tipo de vicio responde a la trascendencia que puede tener en la uniformidad del ordenamiento jurídico. El vicio en el juicio comporta una declaración errónea del sentido de la ley, mientras que el vicio en el proceder, aun cuando pueda suponer una errónea interpretación del sentido de la ley, no comporta una formal declaración de cuál es la interpretación que debe darse a la norma legal.” Ídem, pág. 63. Insistiendo el Tribunal Supremo “en que la distinción entre recurso de casación y RECEIP no es totalmente coincidente con la anterior diferenciación entre recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma.” Ídem; aporta en sostén de esta afirmación, entre otros, el **auto del TS de 8/10/2002**, JUR 2002, 258402. Pues bien, partiendo de lo anterior, este autor incardina (entre otros) dentro del citado motivo del art. 469.1.2º LEC el de la “Falta de exhaustividad e incongruencia de la sentencia de instancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (segundo inciso del art. 218.1 LECiv, *vid.* STSJ Cataluña 3-10-2002 [RJ 2003,650]) o con los fundamentos jurídicos aducidos (párrafo segundo del art. 218.1 LECiv).” Ídem, pág. 73. Y si bien es cierto que obvia mencionar el caso de la sentencia con reserva, también lo es que menciona ex profeso los casos de “la falta de pronunciamiento sobre las pretensiones de los consumidores o usuarios que se hubieran personado en los procesos seguidos para la tutela de los consumidores y usuarios instados por sus asociaciones (regla 3ª art. 221.1 LECiv)” (ídem), así como “la falta de pronunciamiento sobre los intereses o prestaciones periódicos que se hubiesen solicitado, al amparo del artículo 220 LECiv.” Ídem, pág. 73 *in fine*. De lo que se deriva, en mi opinión, que tácitamente también incluye el supuesto del art. 219 LEC cuando no hay pronunciamiento en relación a la fijación del *quantum* solicitado. Ahora bien, obsérvese que para el citado autor (en relación al supuesto del art. 221.1.1ª LEC): “Si la sentencia yerra en la determinación, en tal caso, el error se habrá producido en el fondo del asunto y la sentencia será recurrible en casación.” Ídem, pág. 74. Aplicando la anterior opinión (de nuevo) sobre el art. 219 LEC, podría deducirse que, para este autor, la falta de pronunciamiento sobre el *quantum* habilitaría al citado recurso extraordinario por infracción procesal mientras que, el error en la misma, comportaría la posibilidad de acudir al recurso de casación.

Interesantes también resultan en este aspecto delimitador las opiniones de SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO; PÉREZ LÓPEZ, EDUARDO y ORTÉU CEBRIÁN, FERNANDO, *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002, en la que aportan diversas resoluciones sobre el tema. Así, en lo tocante a la falta de exhaustividad son pertinentes los **autos de 22/01/2002** y **de 5/02/2002** (recursos 190/2001 y 2389/2001), en los que aseveró que este tipo de vicios “debían haberse denunciado a través del recurso extraordinario por infracción procesal, por ser claramente incardinables entre los vicios de la sentencia a que se refiere el motivo tercero del art. 469.1 LEC 2000, [...], insistiendo en que la función nomofiláctica del recurso de casación se proyecta sobre cuestiones materiales o sustantivas, que las cuestiones de naturaleza adjetiva, cuales son las denunciadas por el recurrente, quedan reservadas al recurso extraordinario por infracción procesal”. Ídem, págs. 27 y 28. Y también resulta atinente el **auto de 27/11/2001** (recurso 1958/2001), en el que “las cuestiones procesales” se entendieron “en un sentido amplio, es decir en cuanto reguladas en la ley de enjuiciamiento”, correspondiendo las mismas al recurso por infracción procesal; se estableció que “al escindirse <<casación>> e <<infracción procesal>>” y “aun conociendo el Tribunal Supremo de ambos recursos (Disp. Final 16.ª-1 LEC 2000), todas las cuestiones adjetivas, inclusive las derivadas de vulneración del art. 24, u otros preceptos de la Constitución de carácter procesal, corresponden al ámbito del nuevo recurso extraordinario, lo que determina que deba ser éste el que se presente, atendiendo sus específicos presupuestos de recurribilidad, entre ellos el contemplado en el art. 469.2 LEC 2000.” Ídem, págs. 29 a 32. Y en relación al anterior y “en la línea referida”, comentan **tres autos de 23/04/2002** (recursos 2329/2001, 82/2002 y 150/2002). Y de ellos destacaré los dos últimos por su especial relación con la materia del presente estudio. De esta forma, en el Auto que se dictó en el **recurso 82/2002** se citaron como infringidos, entre otros, “los arts. 490 y 524, en relación con los arts. 359 y 360 de la LEC de 1881”. Y en dicha resolución se dijo que en estos supuestos: “no cumplían con los presupuestos

1.- En el primer caso: “Podría tratarse de que el tribunal ha dado curso a una demanda con petición ilíquida y de que, ante la excepción opuesta por el demandado (la del art. 424, demanda defectuosa), la ha desestimado y ha ordenado la continuación del proceso. En este caso la sentencia estimando el recurso por infracción procesal debe declarar la nulidad de lo actuado, de todo lo actuado, incluida la demanda y sin reposición de actuaciones, y es entonces posible que el motivo adecuado de los del artículo 469.1 sea el 3.º: infracción de norma que rige el acto procesal de la demanda y que determina su nulidad.”¹³⁵⁵

2.- El segundo caso sería el de: “Si a pesar de ser la demanda líquida, la iliquidez se ha producido en la sentencia, entonces se estará ante el motivo 2.º del artículo 469, pues lo

necesarios para tener por preparado el recurso pues se refieren a cuestiones propias del recurso extraordinario por infracción procesal, [...], pues tal naturaleza procesal tienen las prevenciones contenidas en todos los artículos allí mencionados –arts. 490 y 524 en relación con los arts. 359 y 360 todos ellos de la LEC de 1881- en la medida en que con su invocación se denuncia la infracción de las disposiciones relativas a los requisitos formales de la demanda (art. 524 LEC 1881) y a la fijación de la cuantía del litigio (art. 490 LEC 1881), en relación con las disposiciones sobre los requisitos internos de las sentencias (arts. 359 y 360 LEC 1881), y que venían contenidas –como ahora en la LEC 2000- en una Ley procesal.” Ídem, págs. 32 y 33. Por otro lado, en cuanto al Auto dictado en el **recurso 150/2002**, en el mismo se llegó “a la misma conclusión parcialmente estimatoria del recurso de queja” justamente “al constatar que una de las infracciones mencionadas plantea una cuestión relativa a la valoración de la prueba pericial (art. 348 LEC).” Ídem, página 33. Y finalmente, del **auto de 16/04/2002** (recurso 2022/2001) me interesa resaltar la siguiente idea que contiene, según la cual, aunque en ciertas ocasiones se apliquen preceptos “en sí mismos procesales” cabe que dicha aplicación lo sea “para resolver el fondo controvertido, operándose a modo de una substantivación de tales normas, que hace aplicable para la denuncia de su alegada infracción la vía del recurso de casación.” Ídem, pág. 33.

Recientemente el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, en su **sentencia de 31/12/2010**, estableciendo que: *La infracción de norma sustantiva y la alegación de criterios jurisprudenciales relativos a la aplicación de norma sustantiva es una materia ajena al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y tiene su marco de alegación en el recurso casación, cuyo objeto es la estricta función revisora del juicio jurídico. (SSTS 29 de octubre de 2008, RC n.º 3001/2001, 11 de septiembre de 2009, RC n.º 1997/2002, 13 de octubre de 2009, RC n.º 171/2006, 18 de marzo de 2010, RC n.º 1816/2008). FDº 11º, RCEIP 1886/2006, ponente Roca Trías, Encarnación. Asimismo, el Alto Tribunal también ha afirmado en su **sentencia de 29/11/2010**, que: *La infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso solo pueden constituir motivo de un recurso extraordinario por infracción procesal cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, según impone el artículo 469.1.3.º LEC (SSTS de 30 de septiembre de 2009, RC n.º 846/2004, 13 de enero de 2010, RC n.º 2668/2004).**

»Según ha reiterado el Tribunal Constitucional, para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. *Queda excluida de la protección del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (SSTC 109/2002, de 6 mayo, 87/2003, de 19 de mayo. SSTS de 6 de marzo de 2009, RC n.º 204/2004, 23 de marzo de 2010, RIP n.º 1335/2006). FDº 3º, RCEIP 361/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraídas ambas del GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., referenciándolas, respectivamente, bajo los títulos de “**Recurso extraordinario por infracción procesal: denuncia de infracciones sustantivas.**” y “**Recurso extraordinario por infracción procesal. Indefensión: relevancia constitucional.**”*

¹³⁵⁴ *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 610.

¹³⁵⁵ Ídem, págs. 610 y 611 *ab initio*.

infringido ha sido la norma reguladora de la sentencia, con la consecuencia de que la nulidad lo será de la sentencia, reponiéndose las actuaciones para que se dicte otra.”¹³⁵⁶

En la misma línea que los anteriores, la importancia de la infracción del art. 219 LEC la resalta NIEVA cuando sostiene que este tipo de defectos (conjuntamente con otros que también explicita) “deben merecer la anulación de la sentencia, puesto que tienen trascendencia en la emisión del enjuiciamiento. Pero no se confundan los términos; no es que se trate de defectos del enjuiciamiento, sino que se trata de vicios [...] que omiten el pronunciamiento sobre extremos que deberían haber sido consecuencia lógica del enjuiciamiento ya realizado (defectos en las sentencias citadas en los arts. 219 y 220)”¹³⁵⁷.

Ahora bien, desde mi punto de vista, la cuestión que ahora surge es si, siendo estas normas de naturaleza *procesal material* (MILLÁN), cabe sostener que su infracción no solamente es alegable a través de los anteriores motivos. Obviamente, no se trataría de una vulneración directa, manifiesta, sino relativa a si se han dado o no los requisitos para entender adecuada su aplicabilidad como, por ejemplo, sobre si le ha resultado verdaderamente imposible o no a la parte actora probar la suma debida. V. gr., esta dificultad se puede observar en la **sentencia del TS (Sala 1ª) de 12/01/2011**¹³⁵⁸, en cuyo fundamento de derecho tercero expuso: *El segundo motivo se funda en infracción del art. 219 LEC de 2000 en relación con su D. Transitoria 2ª y con el art. 360 LEC de 1881 por haber reservado la sentencia impugnada para la fase de ejecución la determinación cuantitativa de la indemnización por pérdida de valor de las viviendas en contra de lo dispuesto en dicho art. 219 en relación con el art. 209 de la misma LEC de 2000, que en opinión de la parte recurrente regía ya para la sentencia de segunda instancia; por haberse aplazado hasta ejecución de sentencia la exacta determinación de la suma indemnizatoria, siendo así que en la demanda no se hacía ninguna reserva de liquidación sino que, por el contrario, se cuantificaban los daños y perjuicios; y en*

¹³⁵⁶ Ídem, pág. 611. Estas mismas opiniones las reiteran los citados autores en *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, opus cit., págs. 161 y 162.

¹³⁵⁷ *El recurso de casación civil*, opus cit., pág. 151. Incluye este autor estos defectos en relación a lo que denomina “normas formales de la sentencia” (ídem, págs. 150 y 151), por contraposición básicamente a las “infracciones del principio dispositivo”. Ídem, págs. 151 y 152. Por otro lado, recuérdese que este autor centra los defectos relacionados a los arts. 219 y 229 LEC “en la elaboración” de estos tipos de sentencias.

¹³⁵⁸ Dictada en resolución del rec. 1580/2007 y de la que fue ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 889/2010, LA LEY 1553/2011.

fin, porque en último extremo nada impedía a la parte actora haber probado el alcance de la pérdida de valor de las viviendas, aunque lo que en realidad faltaría es toda prueba sobre esa pérdida de valor.

Este motivo tampoco puede prosperar por las siguientes razones: [...].

3ª) En cuanto a la prueba que habría tenido que exigirse a la parte actora en relación con esa pérdida de valor de las viviendas, se trata de una cuestión ajena al ámbito de las normas que se citan como infringidas en este motivo y que más bien pertenece al fondo del asunto.

Inextricablemente relacionada con la anterior está la problemática referente al **control de la valoración de la prueba**, pues la cuestión de si se puede o no proceder finalmente a la pertinente liquidación es una problemática básicamente probatoria y, especialmente, relacionada con la prueba pericial. Sobre este punto me remito al apartado de esta obra que conecta sentencia con reserva y principio de justicia rogada. Valga aquí con apuntar que el TS establece **dos casos** en los que, en relación con cualquier tipo de medio probatorio, considera que permiten el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal: el de *la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva*, y el de *la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (STS de 13/04/2010)*¹³⁵⁹. La interrelación entre estos supuestos y la sentencia con reserva de liquidación ha quedado ya patentizada en diversas sentencias del Alto Tribunal, como por ejemplo en sus **sentencias de 17/06/2010 (Sala 1ª)**¹³⁶⁰ y **de 13/10/2010 (Sala 1ª)**¹³⁶¹, sirviendo ésta última para

¹³⁵⁹ Concretamente, en su fundamento de derecho tercero, se establece que: *Como señala la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2007 "la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005, entre otras). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de instancia y es ajena a la casación- y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal (SSTS 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006, 29 de septiembre de 2006 y 6 de noviembre de 2009 entre las más recientes). RCEIP 1069/2006, ponente Roca Trías, Encarnación; extraída de las seleccionadas por el GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, Doctrina jurisprudencial..., opus cit., reseñada bajo el rótulo de "Prueba: valoración conjunta."*

¹³⁶⁰ En cuyo fundamento de derecho tercero se expuso que: *En la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente no hay precepto procesal concreto que permita denunciar, mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, el error en la valoración de la prueba.*

constatar la importancia de encauzar debidamente esta cuestión, como se evidencia de la lectura de su fundamento de derecho sexto, en el que se dice que: *Esta Sala no puede examinar la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia, sobre la que ha concluido (FD 5.ª de la sentencia impugnada), que no es posible determinar el importe del coste de las obras de reparación de los elementos privativos del edificio, ya que, aunque la recurrente y la recurrida coinciden al afirmar que en el proceso hay datos suficientes para su determinación, no ha sido planteado un motivo, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, en el que se denuncie la valoración ilógica, errónea o arbitraria de la prueba (SSTS de 18 de junio de 2006, RC n.º 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005), por lo que tal declaración ha de permanecer invariable.*

En consecuencia, no habiéndose acreditado por la comunidad de propietarios actora el importe reclamado en la demanda, en concepto de condena al pago del coste de reparación de los elementos privativos del inmueble, a quien correspondía por aplicación del artículo 217.2 LEC, debe desestimarse la demanda en este puntual pedimento, de manera que la falta de cumplimiento de la obligación de proceder a la ejecución de las obras de reparación de los elementos privativos dará lugar a una ejecución forzosa del mismo que habrá de seguirse en los términos previstos en el artículo 706 LEC .

A.3) Breve referencia al antiguo debate sobre la casación y el procedimiento de liquidación en ejecución de sentencia.

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 existió una potente discusión en torno a la posibilidad de impugnar en casación lo decidido en el auto que, en ejecución de una sentencia con reserva, fijara la cuantía de lo debido. Con la actual regulación, y siguiendo la interpretación que de la misma se realiza en el presente estudio, esta cuestión habría perdido relevancia, al haberse desconectado ambos institutos (sentencia

Es cierto que, excepcionalmente, cabe hacerlo si en la valoración hubiera resultado infringido el artículo 24 de la Constitución Española. Para tal caso está abierto el cauce previsto en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la antes citada Ley procesal - sentencias de 11 de noviembre y 2 de diciembre de 2.009 y 27 de enero de 2.010. Dictada en resolución del rec. 820/2006 y de la que fue ponente Ferrándiz Gabriel, José Ramón, nº de sentencia 382/2010, LA LEY 86144/2010.

¹³⁶¹ Dictada en resolución del rec. 146/2007 y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, nº de sentencia 647/2010, LA LEY 181848/2010.

con reserva e incidentes liquidatorios de los arts. 712 a 720 LEC) estableciéndose, además, como único medio de impugnación, frente al auto que determine la cuantía en ejecución, el recurso de apelación (art. 716.2º LEC), sin que se prevea la posibilidad de acudir a un ulterior recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 LEC). Ahora bien, como se verá¹³⁶², la reciente doctrina del TS ha vuelto a permitir el diferimiento de la liquidación de la sentencia a la ejecución, a través de los citados incidentes de los arts. 712 y ss. LEC, con lo que este antiguo y arduo debate puede resurgir. Por este motivo, haré a continuación un sintético análisis del mismo, que también servirá para explicitar las dificultades lógicas y jurídicas que conlleva el considerar, en una única pretensión de condena, como cuestiones escindibles el declarar que algo se debe de la determinación de su cuantía.

Un estudio muy destacable en esta materia fue el que realizó CORDÓN MORENO dentro de su análisis de la sentencia con reserva¹³⁶³, quien planteó detenidamente el problema recordándonos que, en estos casos, se estaba ante “un incidente inserto dentro del proceso de ejecución de esa sentencia y las resoluciones que se dicten dentro del mismo son resoluciones que recaen dentro del proceso de ejecución.”¹³⁶⁴ A lo que ahora interesa sucedía que el auto que liquidaba las correspondientes cantidades era recurrible en apelación, estableciendo el **art. 944.2º ALEC** que, frente a lo resuelto por la correspondiente audiencia, ya no cabía interponer *recurso alguno*. La regulación de este precepto aparecía, empero, como antinómica en relación con lo que prescribía el **art. 1695 ALEC**, el cual habilitaba el acceso a la casación en estos casos cuando se resolvían *puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia*

¹³⁶² Vid. apartados 4.12.2 y 4.13 de la presente obra.

¹³⁶³ *La sentencia de condena...*, opus cit., págs. 41 a 64, de las cuales dedica a esta cuestión sus págs. 53 a 64 (aproximadamente la mitad de su estudio). Cabe aquí recordar que, para este autor, la sentencia con reserva tenía una naturaleza condenatoria. Por otro lado, y a modo de crítica, desde mi punto de vista, en este valioso estudio de CORDÓN MORENO, F., se hipertrofia claramente el estudio de este apartado en detrimento de otros que se han acabado demostrando como tanto o más relevantes. En este sentido este autor realiza la siguiente afirmación, que actualmente ha perdido casi todo su sentido: “Hasta aquí una breve descripción del procedimiento de liquidación en el supuesto de condena genérica a indemnizar daños y perjuicios, que, como habrá podido observarse, no presenta especiales dificultades. Conviene adentrarse ahora en el estudio del que, sin duda, es el problema más interesante que en esta materia se suscita: el régimen de recursos contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento de liquidación, con especial atención al recurso de casación.” Ídem, pág. 53.

¹³⁶⁴ Ídem, pág. 54. Obsérvese que actualmente esta materia se ha de dilucidar en una segunda sentencia dentro del segundo declarativo al cual aboca la sentencia con reserva.

o cuando se proveía *en contradicción con lo ejecutoriado*¹³⁶⁵. Como expuso CORDÓN MORENO: “Ante la contradicción existente entre ambos preceptos, las posibilidades interpretativas que se abrían al Tribunal Supremo eran dos y ambas fueron seguidas:”

1.- “En primer lugar, considerar que el artículo 944, párrafo segundo de la L.e.c. es una *lex specialis* que deroga, en materia de liquidación de sentencias ilíquidas, la norma general contenida en el artículo 1695.”

2.- “Por el contrario, entender que el artículo 1695 repite, en su párrafo primero, la norma del artículo 944, párrafo segundo. Las excepciones de aquél afectarían a éste, siendo admisible el recurso de casación cuando las mismas concurren.” Ante la anterior diatriba comentó el citado autor que: “La evolución legislativa y jurisprudencial del recurso de casación contra las resoluciones dictadas en ejecución de sentencias pone de manifiesto que es esta última la interpretación seguida.”¹³⁶⁶

Retratada así la cuestión, CORDÓN MORENO dio posteriormente un salto valorativo al afirmar que: “Conforme a esta interpretación que se acaba de exponer, y aunque no se diga expresamente por ninguna sentencia, el artículo 944, párrafo segundo de la L.e.c. es un precepto supérfluo, por quedar englobado en el párrafo primero del artículo 1695 (hoy 1687, nº 2) y sometido a las excepciones que el párrafo segundo de este mismo precepto señala.”¹³⁶⁷ Añadiendo en el siguiente párrafo (y aquí es donde más se revela su particular punto de vista) que: “Si no se quiere llegar a esta conclusión extrema, debe admitirse al menos que su única razón de ser estriba en resaltar lo que ya se señaló anteriormente, a saber, que la determinación de la cuantía concreta de los daños y perjuicios es una mera cuestión de hecho y, por tanto, facultad soberana del juzgador de instancia¹³⁶⁸, sólo controlable en casación cuando, con ocasión de hacer esa

¹³⁶⁵ Como apunta (a pie de ídem, pág. 55) CORDÓN MORENO, F., la regulación de este materia se recogió en el **art. 1687, nº 2** después de la reforma de la ALEC realizada por la **Ley 34/1984, de 6 de agosto**.

¹³⁶⁶ Ídem, pág. 55. Comenta también CORDÓN MORENO, F., que, ya bajo el imperio de la primera LEC, “nuestro Tribunal Supremo corrigió el tenor literal del artículo 919, nº 5 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 [“precepto semejante al artículo 944, párrafo segundo de la” ALEC], admitiendo el recurso de casación en los siguientes casos: cuando se deciden cuestiones nuevas o se resuelve de forma contraria a lo ejecutoriado, o cuando se amplían, restringen o alteran sustancialmente las declaraciones contenidas en la sentencia.” Ídem, pág. 56.

¹³⁶⁷ Ídem, pág. 57.

¹³⁶⁸ Ídem. Aquí se remite a pie de página en donde cita las sentencias de 3/11/1964, de 18/03/1960, de 18/12/1962, de 21/06/1968, de 29/05/1974, de 20/06/1974 y de 28/12/1980, haciendo un breve extracto de la primera de ellas.

determinación de la cuantía se resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o contrariando lo ejecutoriado.”¹³⁶⁹

Ahora bien, el problema de la anterior construcción se observa cuando, poco después, este mismo autor, sostuvo que: “En el procedimiento de liquidación, en efecto, no existen normas legales en la determinación de la cuantía que puedan ser violadas por el juez. La exclusión del recurso de casación parece, por tanto, lógica, ya que misión de este recurso extraordinario es el control de la legalidad del fallo ([...]) y no el control de la justicia o injusticia del mismo. Sólo si concurre alguna de las excepciones señaladas será admisible el recurso de casación, ya que en ellas se produce un verdadero vicio *in procedendo*, al violar el juez la norma procesal que le ordena atenerse en la ejecución a lo dispuesto en la ejecutoria”¹³⁷⁰. A mi entender, lo más remarcable en este momento es advertir que, esa falta de normas legales, se debe a la dificultad de regular esas cuantificaciones, de fijarlas *a priori*, siendo éste el motivo por el cual no se *juridifican* esas cuestiones supuestamente fácticas. El problema radica en hacer una **inferencia lógica** (a mi entender equivocada) del tipo *no está regulado porque es meramente fáctico, es decir, secundario*, frente a otra que se podría explicitar diciendo que *no está regulado porque es extremadamente complejo, aún siendo parte de lo principal*. O por decirlo con otras palabras, que se deba algo no tiene porqué ser más o menos jurídico (o

¹³⁶⁹ Ídem. En mi opinión aquí se observa con claridad el punto de vista de este autor en relación con la significación jurídica que se ha de dar a “la determinación de la cuantía concreta” debida, la cual “es una mera cuestión de hecho y, por tanto, facultad soberana del juzgador de instancia”. Ello engarza perfectamente con su defensa de la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva pues: “La resolución dictada en el juicio de liquidación –que, por lo demás, sólo eventualmente se dicta después de un juicio contradictorio verdadero- es una resolución meramente declarativa de una cuestión fáctica: la cantidad concreta en dinero de una prestación previamente declarada existente”. Ídem, pág. 48. Esto último que, llevado al extremo, haría plantearse el surgimiento de un nuevo tipo de **acciones**: las **de condena declarativas**, se puede conectar con facilidad, a su vez, con la más antigua de las concepciones recogidas por el ordenamiento castellano, en la que se permitía que la cuantificación se pudiera remitir a los contadores pues, a fin de cuentas, era una cuestión “meramente” fáctica, impropia de los oidores, algo que, hoy en día, se podría (¿porqué no?) diferir a un juicio de peritos. Pero, a mi entender, el Juez, y la función que ejerce, no es simplemente la de un especialista o *perito en derecho*; las supuestas *cuestiones fácticas* son tan inescindibles de las jurídicas como lo es el afirmar que algo existe del cuánto existe. A mi entender, el que una cuestión no sea fácilmente casacionable (aquí me remito al anterior apartado referido a este tema) por ser específica, por no ser fácilmente generalizable ni, por tanto, normable, no quiere decir que sea algo menor. Piénsese que, muchas veces, son precisamente esas cuestiones las más relevantes, y que hay procesos que se inician únicamente buscando esa cuantificación. En resumen, a lo que ahora interesa, opino que la falta de casacionabilidad se basa precisamente en la dificultad por regular normativamente esas cuantificaciones, no porque sean cuestiones secundarias que permitan considerar que, a pesar de su falta en una sentencia ésta implique “una declaración plenaria sobre todos los elementos constitutivos del derecho a la indemnización por daños y perjuicios” como defiende CORDÓN MORENO, F., ídem, pág. 47.

¹³⁷⁰ Ídem, pág. 58.

más o menos relevante) que ese algo valga X o Xⁿ; todo dependerá de que se regulen en una norma esas cuantificaciones y de la importancia que puedan llegar a alcanzar las mismas.

Sí concuerdo plenamente con CORDÓN MORENO en que, lo que buscaba este recurso de casación, era “salvaguardar el principio de congruencia en sede de ejecución”¹³⁷¹, lo que se comprueba atendiendo simplemente a los motivos que lo habilitaban. Así, por ejemplo, el primero de los dos exigía *que el juez executor resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia* entendiendo una “abundante jurisprudencia [...] que tales puntos sustanciales son no sólo los mencionados expresamente en el fallo, sino también los que sean consecuencia natural e ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelven”¹³⁷². Se exigía que fueran “puntos sustanciales, porque si no lo son no puede hablarse de incongruencia del juez executor en sentido estricto”¹³⁷³ y que, además, concurrieran “las dos condiciones señaladas: que no hayan sido controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia”¹³⁷⁴.

Ahora bien, obsérvese lo extraño de esta construcción. Si resulta que se ejecuta una sentencia de condena ilíquida en donde únicamente se ha declarado que algo es debido, y se considera asimismo que se está ante una sentencia que resuelve plenamente todos los elementos que constituyen ese débito, resultando en consecuencia el auto liquidatorio una resolución meramente declarativa de una cuestión fáctica, ¿cuándo ese auto podía resolver *puntos sustanciales que no* hubieran sido *controvertidos en el pleito* y, en consecuencia, *decididos en la sentencia*? Según la anterior posición nunca, a menos que hubiera una patente extralimitación del executor, pero en realidad (y es opinión personal) siempre, pues ese auto acababa resolviendo (al menos) un punto sustancial no decidido en la sentencia (y en ocasiones tampoco controvertido en el pleito): el de la fijación del correspondiente *quantum*¹³⁷⁵. En este sentido, no sorprende

¹³⁷¹ Ídem, pág. 59.

¹³⁷² Ídem, págs. 62 *in fine* y 63 *ab initio*. Aquí se remite a pie de la pág. 63, en donde relaciona las sentencias de 26/06/1950, de 10/03/1959, de 18/03/1960, de 18/02/1964, de 16/10/1965, de 27/04/1967, de 27/02/1971, de 25/09/1978, de 16/02/1979 y de 23/11/1979.

¹³⁷³ Ídem, pág. 63; aquí se remite a pie de esa misma página, en donde extracta brevemente la sentencia de 26/09/1978.

¹³⁷⁴ Ídem.

¹³⁷⁵ Lo anterior se puede predicar también del **segundo de los motivos** que regulaba el art. 1695 ALEC, el cual trataría “de mantener al juez de la ejecución dentro de los límite a los que se extiende la eficacia de la

que ARIAS LOZANO, al hilo de su defensa de la naturaleza declarativa del incidente de liquidación de los arts. 928 y ss. ALEC, se hiciera eco de la postura de ORTIZ NAVACERRADA, quien defendió “la original posibilidad de que se permita recurrir en casación por los motivos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no por el estrecho cauce de la casación en ejecución de sentencia del artículo 1.687.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”¹³⁷⁶, aseverando este último autor que ese auto, en el que se contenía una decisión “muy próxima [...] al rango de principal”, era “el resultado de una actividad alegatoria, probatoria y calificadora sólo formalmente incidental a que pueden no ser ajenas las infracciones que en trámite de casación persigue corregir el art. 1.692 LEC”.

Para cerrar este apartado, y a modo de conector entre la regulación de la ALEC y la actual, conviene traer a colación el comentario de RUIZ MORENO quien, después de describir la situación bajo la ALEC afirmando que “la obligación que pesa sobre los órganos ejecutores de las resoluciones de preservar la intangibilidad de los fallos jurisdiccionales, y que *ex art.* 1687.2 LEC/1881 ha venido siendo susceptible de control vía un atípico y singular recurso de casación, al que anómalamente la jurisprudencia lo haya denominado <<exceso de poder>> o <<incongruencia en ejecución de

cosa juzgada material de la sentencia a ejecutar. Como dice la sentencia de 15 de junio de 1963, se incide en él “cuando, con infracción de la cosa juzgada, se otorga más o menos o cosa distinta de lo mandado en la sentencia, pues, habiéndose de estar a la esencia de ésta, es inoperante cuanto exceda del fallo”. Ídem, pág. 63; a qui se remite CORDÓN MORENO, F., a pie de la mentada página citando en “el mismo sentido, las sentencias de 9 y 22 de marzo de 1979”. En mi opinión, el problema vuelve a ser el mismo: ¿cómo se puede saber si “se otorga más o menos o cosa distinta de lo mandado en la sentencia”, si en ésta únicamente se hace una “condena” genérica (en realidad una siple declaración de la existencia del débito)? Como “resumen de la construcción jurisprudencial de este recurso” propone CORDÓN MORENO, F., la sentencia de 24/02/1967, en la que se expone que la regla general es la de que “no habrá lugar al recurso de casación contra los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias”, siendo, por tanto, excepcional el acceso al recurso de casación, el cual se ceñiría a los casos en que los “tribunales de instancia” (ejecutores) se desviasen “en el sentido de ir más allá o en contra de lo estrictamente ordenado en el fallo”, al considerarse este recurso como el “único medio de evitar la anomalía de que el respeto debido a la cosa juzgada se quiebre en las propias diligencias, cuyo único objeto es hacer realidad lo resuelto en la litis, o que se den por decididas cuestiones sustanciales que no lo fueron, careciendo, por consiguiente, lo resuelto en ejecución de sentencia de toda base en el propio fallo, cuya efectividad se persigue. De ahí que la L.e.c., después de sentar la regla general, admita las dos excepciones contenidas en el propio artículo 1695 (hoy 1687, nº 2).” Ídem, pág. 64.

¹³⁷⁶ La llamada <<condena con reserva>>..., opus cit., pág. 11158. La referencia a Ortiz Navacerrada (cuya argumentación transcribe) es a *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 275; también se cita a sí mismo en *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, Madrid, C.e.r.a., 1994, pág. 133 y ss. Ídem, a pie de la pág. 11158.

sentencia>>”¹³⁷⁷, procede a hacer una crítica de la misma¹³⁷⁸, para pasar a explicar la situación actual, afirmando que “con ocasión de la LEC/2000 se recupera para la casación la finalidad que le es propia: la unificadora de jurisprudencia, lo que sin perjuicio de hacer alguna puntual y muy específica concesión a la defensa del *ius litigatoris* (vid. art. 477.2.2.º LEC/2000), haya finalmente llevado a desterrar de su ámbito de regulación el control de la identidad total que debe presidir toda ejecución y comprobable mediante el examen comparativo entre los términos del fallo a ejecutar y lo ejecutado, que ahora son contemplados por vía de medios de impugnación ordinario[s] como la reposición y el recurso de apelación (art. 563 LEC/2000).”¹³⁷⁹

B) La problemática referente a la sentencia con reserva y la constitución de los pertinentes depósitos para poder recurrir.

Bajo la vigencia de la **LEC de 1881** también se abordó, especialmente en sede del **juicio verbal de tráfico/del automóvil**¹³⁸⁰, la problemática referente al **depósito** que,

¹³⁷⁷ § 565. *Fijación de daños y perjuicios...*, opus cit., pág. 45. Prosigue este autor su exposición de la situación bajo la normativa anterior afirmando (en el siguiente párrafo) que: “Bajo la vigencia de la anterior LEC, tanto la doctrina procesalista como, en menor medida, las resoluciones emanadas de nuestros tribunales han sido prácticamente unánimes en reconocer que el recurso de casación regulado en su art. 1687.2 en realidad tenía como única meta, no la de contrastar la adecuación del contenido de la sentencia con la norma para de esta forma determinar la absoluta sujeción de aquella a los pronunciamientos de ésta, sino que, por el contrario y apartándose de lo que en realidad debería ser el control del *ius constitutionis*, se orientaba a la función de comparar las decisiones conformadas para una correcta ejecución con el fallo definitivo y firme.” En este sentido reproduce un fragmento de la STS de 27/02/1990.

¹³⁷⁸ Concretamente RUIZ MORENO, J. M., entiende que “tan peculiar recurso de casación terminaba por entrar en cuestiones de hecho so pretexto de no avenirse los pronunciamientos objeto del recurso <<con los postulados de la justicia>>, que a la postre provoca la defensa del interés particular que tan ajeno y extraño siempre ha resultado al instituto de la casación. Y es que en efecto en no pocas ocasiones, el TS, como consecuencia de un mal diseño de la casación, se ha debatido entre la necesidad de hacer justicia al caso concreto (*ius litigatoris*) –función esta predicable por antonomasia de un recurso de corte ordinario-, con el deseo de no apartarse del precedente interpretativo impuesto por el mismo Tribunal en su misión de unificar la jurisprudencia.” Ídem.

¹³⁷⁹ Ídem.

¹³⁸⁰ Como afirman ARAGONESES ALONSO, PEDRO y GISBERT POMATA, MARTA: “Se trata de un proceso de cognición, especial, por razones jurídico-materiales, que tiende a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor, conforme a la Disposición adicional primera de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.” *La apelación en los procesos civiles*, Madrid, Thomson Civitas, Civitas Ediciones, S.L., 2003, pág. 755. Por otro lado, las enseñanzas de GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, nos pueden ayudar a recordar cuál era la situación antes de la entrada en vigor de la LEC 2000. Como afirmaba este autor, en aquél momento, para poder formalizar el recurso de apelación no debía el recurrente hacer ningún depósito, no quedando tampoco dicho recurso supeditado “a la satisfacción por el recurrente de pagos, depósitos o consignaciones relacionadas con el importe de la condena impuesta en la primera instancia”. GIMENO SENDRA, VICENTE (director); con ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA; GONZÁLEZ-CUÉLLAR

para poder recurrir, se debía efectuar en caso que se dictara una sentencia con reserva. La cuestión la planteó claramente REVILLA cuando expuso: “Pues bien, en estos casos en que la sentencia condene al pago de una cantidad ilíquida, y cuya liquidación no es posible por simples operaciones matemáticas, se ha planteado si es exigible o no la constitución del depósito del importe de la condena para recurrir, puesto que existe un desconocimiento de la cantidad exacta que debe depositarse.”¹³⁸¹ Ante esta cuestión, diversos autores consideraban “inviabile en tales supuestos la exigencia del

SERRANO, NICOLÁS; y MARTÍN DE LA LEONA, JOSÉ MARÍA (coautores con el anterior), *Los Recursos en el Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 166. Ahora bien, siendo la anterior la “regla general”, la misma experimentaba “dos distintas excepciones. La primera de ellas en la esfera del juicio de desahucio, donde al demandado no se le admitirá la apelación si no acredita al momento de la interposición <<tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, o si no las consigna judicial o notarialmente>> (art. 1566 LEC, según redacción dada por la LAU).” Ídem. Siendo la segunda excepción la que ahora nos interesa, es decir, la “del <<juicio verbal del automóvil>>, en el cual, para interponer el recurso de apelación contra la resolución que ponga fin al proceso, <<el condenado al pago de la indemnización deberá acreditar haber constituido depósito en el establecimiento destinado al efecto del importe de la condena que se le hubiera impuesto incrementado con los intereses y recargos exigibles>> (Disposición Adicional 1ª.4 de la L.O. 3/1989, de 21 de junio). La consignación o el depósito habrá de formalizarse en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de Primera Instancia autor de la sentencia apelada, según dispone el R.D. 34/88, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales.” Ídem, págs. 166 *in fine* y 167.

Para añadir otra visión a la génesis de esta obligatoriedad del depósito *vid.* MAGRO SERVET, VICENTE, *Presupuestos procesales del derecho a recurrir en casos especiales*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2005, en la que se dedica un concreto apartado, que titula “El origen de la obligación de consignar para recurrir en el derecho de la circulación”, págs. 75 y ss., al caso concreto del inicio de su exigibilidad en ese concreto ámbito. Para una justificación desde una perspectiva constitucional y de derecho internacional actual, basten las siguientes palabras del TS, vertidas en su **sentencia de 3/02/2011**: *La carga procesal de consignar para recurrir en los procesos seguidos para la reclamación de las indemnizaciones derivadas de accidentes de la circulación, prevista en el artículo 449.3 LEC, cuyo precedente inmediato se encontraba en la DA primera 4 LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal- se enmarca en las tendencias internacionales de protección a la víctima (Declaración 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de la ONU, Convenio Europeo 116 relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 24 de noviembre de 1983). Tiene la finalidad de conseguir la agilización de esta clase de procesos civiles evitando, en lo posible, la formulación de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen, en perjuicio de las víctimas, el abono de las cantidades que les han sido reconocidas por sentencia (STC, del Pleno, 84/1992, de 28 de mayo de 1992) de manera que se disminuyan los efectos que en el tiempo ocasiona la tramitación de los recursos devolutivos.*

»Esta función justifica su compatibilidad con el espíritu del artículo 24 CE siempre que su interpretación sea ponderada atendiendo en cada caso las circunstancias concurrentes para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias, con relación a su propia finalidad (SSTC 119/1994, de 25 de abril de 1994, 145/1998, de 30 de junio de 1998, 226/1999, de 13 diciembre de 1999). FDº 5º, RCEIP 1294/2007, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio; extraída del GABINETE TÉCNICO DEL TS, SALA 1ª, *Doctrina jurisprudencial...*, opus cit., que referencia bajo el título de “**Consignación para recurrir en procesos que versan sobre reclamación de las indemnizaciones derivadas de las indemnizaciones consecuencia de accidentes de la circulación. Ponderación de las circunstancias concurrentes.**”

¹³⁸¹ *El juicio verbal por daños en la circulación de vehículos a motor*, opus cit., pág. 124.

depósito”¹³⁸², inclinándose REVILLA “por considerar su necesidad; si bien será el juez quien, previa audiencia de la otra parte, fije la cantidad a depositar”, opción que motivó seguidamente al decir que: “Si quiere mantenerse ese efecto disuasorio de presentación de recursos meramente dilatorios, además de agilizar y asegurar el pago de las indemnizaciones debidas, no vemos razón para acudir a esa cómoda solución¹³⁸³ consistente en defender la innecesariedad [sic] del depósito en tales supuestos.”¹³⁸⁴

Ahora bien, este autor no ignoró “el problema de determinar la cuantía de la cantidad a depositar” frente al cual, “y descartando la posibilidad de que sea la parte ligada a su cumplimiento la que fije unilateralmente la cuantía, atendiendo a sus particulares apreciaciones, debe requerirse, a tal fin, la intervención del órgano judicial.”¹³⁸⁵ De esta forma consideró REVILLA que: “El diligente actuar del condenado requiere, que si propone interponer recurso contra esa sentencia condenatoria, ofrezca depositar el importe que se determine. Siendo el juez quien, con audiencia de la parte contraria, fije la suma a depositar, concediendo un plazo perentorio para su realización”¹³⁸⁶, aseverando asimismo que: “De este modo se entienden conjugados los distintos

¹³⁸² Cita en este momento (ídem, a pie de la pág. 124) a Illescas Rus, A.V., *El juicio verbal civil de tráfico. Algunos aspectos procesales*, en *BIMJ*, 1991, núm. 1596, pág. 123 y a Barrón de Benito, J.L., *Accidentes de circulación: juicio verbal civil y juicio de faltas*, Madrid, Dykinson, 1994, pág. 68.

¹³⁸³ En este punto cita (ídem, a pie de pág. 124) a Garberí Llobregat, J., *El recurso de apelación en el juicio verbal...*, pág. 184.

¹³⁸⁴ Ídem, pág. 124.

¹³⁸⁵ Ídem.

¹³⁸⁶ Ídem, págs. 124 *in fine* y 125 *ab initio*. Cita en este momento (a pie de la referida pág. 125) a Soto Nieto, F., *Reclamación en vía civil de indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor*, en *La Ley*, 1991-3, pág. 1080; a Gómez de Liaño, F., *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor*, 4ª edición, Oviedo, Forum, 1992, pág. 275 y a Garberí Llobregat, J., *El recurso de apelación en el juicio verbal del automóvil*, en *Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, mayo, 1994, pág. 184. Ahora bien, aclara a continuación REVILLA, J. A., que la cantidad que se señale “lo será a este único fin, debiendo, en su caso, acudir a los trámites establecidos en los artículos 928 y ss. De la LEC para la liquidación a efectos de ejecución de la sentencia, cuando ésta haya devenido firme.” Ídem, pág. 125. De entre los antedichos autores citados, baste concretar la opinión de GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., quien, en relación a la constitución del depósito necesario para interponer el correspondiente recurso de apelación, expresó que: “Sin embargo, no han pasado desapercibidas las dificultades que pueden surgir cuando la sentencia deje para la ejecución la definitiva concreción, fijando únicamente las bases. En este supuesto creemos que será necesaria la intervención del Juzgado, previa audiencia de las partes para fijar dicha cantidad, en cuanto parece evidente que no debe de quedar al arbitrio del depositario.” *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor*, opus cit., pág. 391. Desarrolló a continuación este autor la manera de abordar la fijación “del montante del recargo exigible” pues, “si bien en principio esta [sic] referido a la penalización del 20%, recogida la disposición adicional tercera, pueden presentarse algunas particularidades tal y como señala Gómez Castaño” (ídem, pág. 392 *ab initio*), finalizando con que de no conocerse “la cantidad exacta, en el momento de interposición del recurso, puede comprometerse a depositar la que el Juzgado señale, o bien depositar la fijada unilateralmente por el recurrente, sin perjuicio del ulterior complemento que el Juzgado pueda indicar.” Ídem, pág. 393.

intereses en presencia, sin que el perjudicado vea empeorada su protección por el sólo hecho de que la sentencia de condena no fije un importe en cantidad líquida.”¹³⁸⁷

Actualmente, hay quien considera que la anterior problemática se tendría que entender superada con la entrada en vigor del actual art. 219 LEC¹³⁸⁸. Así lo manifiestan expresamente MONTERO y FLORS cuando, después de recordarnos que: “La posibilidad de que las sentencias dictadas en los juicios verbales del automóvil pudieran ser ilíquidas, generó no pocas dudas acerca de la obligación de consignar en tales casos”¹³⁸⁹, afirman que: “Esa indeterminación no habrá de producirse ya con la LEC/2000, pues su artículo 219 establece que [...]. En tales casos, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de la cantidad que proceda, o fijará con claridad y precisión las bases para la liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. Esa simple operación será, pues, la que permita conocer en todo caso la cantidad a depositar para poder recurrir.”¹³⁹⁰

¹³⁸⁷ *El juicio verbal por daños en la circulación de vehículos a motor*, opus cit., pág. 125.

¹³⁸⁸ La actual LEC específicamente hace referencia al correspondiente depósito el **art. 449.3 LEC** (precepto que lleva por rúbrica: *Derecho a recurrir en casos especiales*), el cual prescribe que: *En los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, si, al interponerlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto. Dicho depósito no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada.* Como afirman ARAGONESES, P. y GISBERT, M., se ha traído “a la nueva Ley lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.” *La apelación en los procesos civiles*, opus cit., pág. 755 *in fine*. Aportando sobre esta “necesidad de consignar para recurrir”, la **SAP de Cáceres núm. 90/2002, de 17 de abril** (JUR 2002, 155352, ídem, págs. 756 a 758), y el **AAP de Zaragoza núm. 366/2002, de 13 de junio** (JUR 2002, 202010, ídem, a pie de págs. 758 y 759). Añaden estos autores que, contra la sentencia que se dicte en apelación, cabrá “interponer recurso de casación [...] por el motivo 3.º del artículo 477.2 LEC y, por tanto, cabe también recurso extraordinario por infracción procesal.”; que la sentencia firme que decida este proceso “produce el efecto de la cosa juzgada”; y muestran su disconformidad con aquella “posición doctrinal que entiende que la reparación del daño se obtiene por el proceso ordinario que corresponda a la cuantía”. Ídem, pág. 759. También BONET NAVARRO, ANGEL, conecta el actual art. 449.3 LEC con la citada Disposición Adicional, manifestando que éste “es reproducción –con alguna variante–” de aquella. *Los recursos en el proceso civil*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2000, pág. 50; recordándonos también que fue la **STC 84/1991, de 28 de mayo**, la que declaró “constitucional la referida Disposición Adicional.” A pie de la antedicha pág. 50. Realiza también algunas reflexiones sobre el “carácter del depósito exigido para recurrir”, relacionándolo con la ejecución provisional; a tal efecto *vid. ídem*, páginas 50 *in fine* y 51.

¹³⁸⁹ *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 162. Dudas que, como ya hemos visto en otros autores, derivaban de los casos en que no resultaba “posible fijar el criterio que debiera tomarse en consideración para determinar una cuantía a los efectos de su consignación o depósito.” Ídem.

¹³⁹⁰ Ídem. También nos recuerdan estos autores que: “La cantidad a depositar será el importe de la condena más la que corresponda en concepto de intereses y recargos fijados en la sentencia que a cada condenado recurrente sean exigibles.” Ídem, pág. 161.

Ahora bien, en mi opinión, y a pesar del tenor literal del actual art. 219 LEC, lo cierto es que la cuestión no se puede considerar como pacífica, pues basta con que la sentencia de primera instancia no fije el *quantum* de lo debido, para desmoronar todo el sistema. En este sentido, y como botón de muestra, véase la siguiente exposición contenida en el **auto de la AP de Madrid (Sección 13ª), de 10 de mayo del 2002**¹³⁹¹: *En el supuesto cuestionado la inadmisión del recurso de apelación viene determinada por la falta de pago o de consignación de la cantidad líquida a que se contraiga la condena, de modo que cuando esta no se concrete en una suma determinada o fácilmente determinable el presupuesto de admisión deviene inoperante, sobre todo cuando el precepto no prevé ningún procedimiento de liquidación ni reenvía a otra norma de aplicación supletoria. En definitiva, si la cantidad no es líquida o susceptible de serlo mediante una simple operación aritmética como precisa el artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el demandado condenado no puede ser obligado al pago o consignación de una cantidad aleatoria, salvo que en la confrontación entre derecho del demandado a recurrir y el del demandante triunfante a no sufrir retraso o mora en la percepción de lo provisionalmente reconocido sin una concreción líquida, se de preeminencia a este en franca contradicción con la tutela que preconiza el artículo 24 de la Constitución. Así pues, aunque el Juzgador sostenga la liquidez de la condena a través de una sencilla operación aritmética, es lo cierto que esta conclusión se muestra contraria a los términos del fallo de la sentencia y a los fundamentos jurídicos que lo sustentan, y de que ello es así es clara manifestación el que ni la parte demandante ni el propio Juzgado hayan insinuado siquiera la cantidad en que se concreta la condena a Gymlaw, S.A., que debe determinarse, entre otros elementos, en función de su participación en el local letra B de la finca, el tiempo de su titularidad y las deducciones y recargos que contiene la sentencia para saber lo que han de satisfacer los demandados «como un solo propietario.»*

En razón a todo lo expuesto se estima la queja.

¹³⁹¹ Resolutorio del recurso nº 167/2002, del que fue ponente Bustos Gómez-Rico, Modesto de, La LEY 90019/2002.

4.12.2. La prohibición de dejar para la ejecución de sentencia la determinación de las cantidades objeto de la sentencia con reserva de liquidación. La transmutación del sentido original del art. 219 LEC operada por la actual doctrina del TS.

4.12.2.1. Tratamiento de esta cuestión por la jurisprudencia y por la doctrina.

Como se comentó detenidamente al relacionar sentencia con reserva y congruencia, durante toda la vigencia de la **LEC de 1881** se permitió diferir la liquidación de la correspondiente condena a la fase de ejecución. Fueron muy numerosas las sentencias que se refirieron a esta cuestión, algunas de las cuales se recogieron de forma sistemática en diversas obras. Cabe evocar que, de aquella jurisprudencia, se derivó una amplia **flexibilidad**¹³⁹² en el uso de la sentencia con reserva, al configurarse como una **facultad discrecional de los jueces y tribunales de instancia**¹³⁹³ en atención a las

¹³⁹² De hecho, en muchas ocasiones ni tan solo se argumentaba el si la remisión a sede ejecutiva era lo más adecuado, como cuando se afirmó que *en cuanto a no haber fijado la sentencia una cantidad líquida por los frutos, no es necesaria esa determinación, a tenor de lo que dispone el art. 360 LEC, sino que basta establecer las bases con arreglo a las cuales deberá hacerse la liquidación (sentencia de 11/04/1927, extraída de FENECH, M., Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo, opus cit., págs. 3459-60)*, pareciendo que en muchos casos esas liquidaciones se podrían haber efectuado sin demasiada dificultad en el mismo declarativo como cuando, habiéndose alegado, entre otros extremos, justamente la infracción del art. 360 ALEC *al imponer la obligación de indemnizar la incapacidad sufrida por el actor sin fijar el importe líquido de la misma, ni establecer siquiera las bases para precisarlo en su día*, se resuelve no atender a la misma por entender el TS que *el precepto legal que se cita como vulnerado [el art. 360 ALEC] queda igualmente cumplido si el fallo se acomoda a una de las tres modalidades en él previstas, siguiendo el orden en que las establece, y una de estas modalidades es la utilizada en la sentencia recurrida, por la que, ante la carencia de suficientes elementos de juicio para fijar el importe líquido de la indemnización debida por la incapacidad ocasionada al actor, se remite la liquidación al período de ejecución de sentencia sobre las bases de una lesión con pérdida de cuatro dedos de la mano derecha, y de la edad y profesión del lesionado, sin que, por tanto, sean de apreciar en el fallo deficiencias de declaraciones ni la infracción legal denunciadas. Sentencia de 26/02/1942, extraída de ídem, pág. 3460 in fine y 3461.*

¹³⁹³ Esto mismo reflejó FENECH, M., al titular precisamente uno de los sub-epígrafes de su *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, “*La estimación de si fue o no posible determinar la cuantía en la sentencia, o fijar en ella las bases de la liquidación, es discrecional del los Jueces y Tribunales de instancia.*” Págs. 3461 in fine a 3464; extractando únicamente las **sentencias** de **8/10/1928** y de **22/03/1932**. Concretamente en la primera de ellas, se impugnó (entre otros motivos) la correspondiente sentencia por *falta de claridad y precisión, toda vez que no se concretan la importancia de los daños causados en el piso [...], ni se establecen las bases necesarias para su valoración, a cuyo efecto se cita el art. 360 LEC; pero como quiera que este precepto no puede tomarse aisladamente, sino que es preciso armonizarlo con el contenido en el art. 928, que prevé el caso de que en la sentencia no se fije el importe de los daños ni se establezcan las bases para su liquidación, de ahí que sea improcedente el motivo que se examina, ya que la ley deja al prudente arbitrio del juzgador la facultad de proceder en una u otra forma, según lo requiera la naturaleza del caso que se resuelva.* Ídem, pág. 3462; negritas mías. En la segunda (la sentencia de 22/03/1932) también se consideró *improcedente el tercero y último motivo de este recurso, en cuanto impugna el fallo recurrido, que sin determinar las bases para la fijación de la importancia y extensión del perjuicio indemnizable, dejó reservado este importante punto al trámite de la ejecución de la sentencia, pues, aunque sea cierto que el pár. 2.º del art. 360 LEC al autorizar esta*

*circunstancias concurrentes el deferir para ejecución de sentencia las determinaciones de las cuantías o saldos de liquidaciones a practicar por las partes, cuando la sentencia resuelve todos los extremos de las que fueron pretensiones del actor y demandado reconviniente, máxime cuando como en el presente supuesto es así solicitado por el demandante (sentencia de 14/07/88)*¹³⁹⁴. Flexibilidad cuyo alcance era algo difuso, pues en algunos casos parecía dejarse al libre arbitrio de los tribunales, al defenderse que *cuando los perjuicios no pueden fijarse en cantidad líquida, ni establecerse las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, puede establecerse la condena [...] a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución (sentencia de 26/5/90)*¹³⁹⁵, mientras que en otros supuestos esa remisión se tornaba **obligatoria**, como cuando se sostenía que *infringe el art. 360 LEC la sentencia que, no siendo posible fijar los perjuicios conforme a una base cierta, no deja este punto para la ejecución de sentencia (sentencia de 30/03/1892)*¹³⁹⁶ pues, probándose la existencia de los correspondientes daños y perjuicios, procedía *la condena en razón de estos daños y perjuicios, aun cuando su extensión, importancia y cuantía haya de fijarse en el período de ejecución del fallo con arreglo a lo dispuesto en el art. 928 (sentencia de*

*resolución, lo hace condicionándola <<sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro>>, esto es, ni la fijación de cantidad líquida, ni las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, así como también lo es que la demanda puntualizó en su núm. 5.º de la súplica, que el perjuicio indemnizable consistía en la diferencia de valor por el cual se entregaron las acciones que el actor tenía derecho a percibir y la cotización que las mismas alcanzaron en Bolsa el día que se pusieron en circulación; es indudable, sin embargo, que el Tribunal de instancia al no recoger esta base en la parte dispositiva del fallo, por la expresa razón que declaró que <<no aparece que se hayan aportado elementos de juicio suficiente>>, usó de facultades que le competen, pues la apreciación de si era posible lo uno o lo otro, es de su **discrecional estimación**. Ídem, pág. 3464; negritas mías.*

¹³⁹⁴ A. C. /905-88; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 269 *in fine* y 270 *ab initio*. Resolución también citada por CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 291, referenciándola como RJ 1988, 5692.

¹³⁹⁵ A. C. /843-90; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., ídem, pág. 272. En parecidos términos ya se pronunció casi noventa años antes el mismo TS, cuando sostuvo que *constando su existencia [de los perjuicios] como en el presente caso acontecía, según estima el Tribunal a quo por las reclamaciones de los consignatarios, que declaró procedentes la intervención del Estado, fundadas en el retraso en la llegada y falta de aves, pudiera remitirse la regulación de su importe al período de ejecución de sentencia, a tenor de lo dispuesto en el art. 928. Sentencia de 23/12/1902*, extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3456-57.

¹³⁹⁶ Extraída de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 406. Un extracto de esta sentencia también se puede hallar en FENECH, M., ídem, pág. 3456. En la misma dirección apuntó la **sentencia de 20/06/1951**, al sostener que: *No puesta en duda la realidad de los daños ocasionados por el incendio, debe quedar para ejecución de sentencia la fijación de su cuantía, pues aunque en autos obra un informe pericial que los tasó en 2.800.000 ptas., Cuma exactamente igual a la pedida en la demanda, es procedente llevar a efecto nueva tasación en la firma prevista por el art. 3.º, tít. I, de la entidad aseguradora, en atención a que el referido informe fue dado por tres peritos designados por la parte actora sin intervención de la demandada que manifestó no interesarle aquel trámite-folio 17 del apuntamiento-, debiendo ser referida la valoración a las fechas en que ocurrió el incendio, sin que la cantidad máxima a pagar pueda exceder de 2.800.000 ptas.* Extraída de FENECH, M., ídem, pág. 3456.

26/10/1906)¹³⁹⁷; siguiéndose el mismo criterio casi un siglo después, al manifestar el Alto Tribunal que *al no figurar en autos prueba alguna en relación con el real montante de estos beneficios, resulta obligado dejar para ejecución de sentencia la fijación de la cuantía indemnizatoria, estableciendo las bases para determinarla en relación con unos datos contables fácilmente constatables (sentencia de 15/5/89)*¹³⁹⁸, al sostener que *se ha probado cumplidamente la existencia de los daños causados pero no la cuantía de los mismos, razón por la cual resultaba obligado –como la sentencia del juzgado precisa- la determinación expresa de las bases para la fijación en período de ejecución de sentencia de la cantidad exacta que deberán abonar los demandados, hoy recurrentes, con arreglo a los criterios o módulos que detalla la propia sentencia (sentencia de 14/10/89)*¹³⁹⁹, al aseverar que *no existen en autos elementos bastantes para poder conocer el montante económico a que pueda ascender el veinte por ciento bruto pactado [...]; no puede fijarse ahora, siendo dicha cuantificación propia de la ejecución de sentencia (sentencia de 5/12/89)*¹⁴⁰⁰, o al afirmar que *lo que no está permitido al tribunal “a quo” es asumir a continuación el papel de perito, y, sin motivación de clase alguna, valorar salomónicamente los desperfectos constatados [...]* Resulta, en consecuencia, técnicamente más ajustado a derecho, hacer uso de lo dispuesto en el art. 360 L.E.C., dejando para la ejecución de sentencia la fijación pericial de la cuantía indemnizatoria, habida cuenta de la realidad objetiva de los defectos constructivos, y con el límite máximo de la suma postulada en la demanda reconvenzional (**sentencia de 17/10/90**)¹⁴⁰¹. Dicha flexibilidad se derivaba de una interpretación del artículo 360 ALEC según la cual *dicho precepto, meramente enunciativo y no taxativo, debe ser aplicado, conforme reiterada doctrina legal (ss. 20-XII-48, 14-XII-72, 26-V-75 y 16-V-86) extendiéndolo a cuantos supuestos no permitan fijar, en el curso del debate, la liquidez de las sumas que constituyen el objeto de la controversia (sentencia de 6/3/89)*¹⁴⁰².

¹³⁹⁷ Extraída de FENECH, M., ídem, pág. 3457.

¹³⁹⁸ A. C. /824-89; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 290.

¹³⁹⁹ A. C. /95-90; ídem, pág. 272.

¹⁴⁰⁰ A. C. /301-90; ídem, pág. 292.

¹⁴⁰¹ A. C. /43-91; ídem, pág. 273.

¹⁴⁰² A. C. /621-89; ídem, pág. 288.

Constituía un **límite “absoluto”** a la anterior flexibilidad, la necesidad de acreditar la **existencia**¹⁴⁰³ del débito, pues: *Para que el fallo pueda mandar que se liquiden en ejecución de sentencia los daños, es preciso haber probado en el proceso su existencia (Ss. 21 jun 1893, 13 nov 1895), sin que el daño pueda ser probado en período de ejecución de sentencia (sentencia de 31/12/1932)*¹⁴⁰⁴, ya que: *La condena a indemnizar daños y perjuicios, exige que se haga constar su existencia, según repetidamente ha declarado este TS, y, por tanto, al condenarse por la sentencia a B, a que indemnice los que en el ejercicio de su cargo haya causado a la A, sin declarar terminantemente la existencia de dichos daños y perjuicios, falta la base para la condena impuesta y se infringen las doctrinas legales invocadas en el recurso (sentencia de 2/06/1908)*¹⁴⁰⁵, siendo viable el recurso cuando la sentencia no contenga *declaración alguna sobre la existencia real de los perjuicios reclamados, ni bases para su fijación en ejecución de sentencia, como era posible o indicado hacerlo en el caso de autos por virtud de lo ordenado en el art. 360 LEC, previa declaración de que efectivamente existieron (sentencia de 13/02/1950)*¹⁴⁰⁶, afirmándose también que: *No parece adecuado que la base probatoria de la condena, conforme al art. 1.101 C.C. (dolo, negligencia o morosidad), a la indemnización de los daños y perjuicios, o, en el caso específico del mandato, la prueba de la inejecución del mandato (art. 1.718 en relación con el 1.719 C.C.) sea pospuesta a la condena misma, ya que la autorización concedida por el art. 360 L.E.C. no permite una condena condicional sobre el pronunciamiento mismo*

¹⁴⁰³ Este es un punto no controvertido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En este sentido es muy interesante la recopilación de ésta última que realizó FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., de la cual dedica todo un apartado, al que titula: “Presupuesto específico de la sentencia condenatoria a la indemnización de daños y perjuicios”, a este tema, denominando a la cuestión de la determinación de la existencia como “presupuesto facticio” (págs. 3418 y ss.). Son tan numerosas las sentencias dictadas en este sentido, que sólo se traerán a colación algunas de ellas, para evitar una exposición demasiado prolija de esta cuestión. Por otra parte, entre las opiniones más recientes en el sentido apuntado de la falta de controversia en este punto, se puede citar a RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA, quien afirma (en cuanto a los daños y perjuicios, pero que vale para los demás conceptos liquidables) que: “Es un principio general, y así se reconoce jurisprudencialmente, que no puede prosperar una demanda en que se solicite una indemnización de daños y perjuicios y que se indique que se acreditarán en la ejecución de la sentencia, por cuanto la existencia de los mismos ha de probarse en el pleito, en su fase declarativa, y solo es lícito reservar para dicho periodo la determinación de su cuantía. Esto es, al juzgador no le es dado aplazar para el proceso de ejecución lo que, normalmente, puede y debe ser tratado en el de cognición; y que cualquiera que sea el momento procesal en que haya de procederse a la determinación del importe de los daños y perjuicios, es necesario que la sentencia declare probada la existencia de los mismos como presupuesto ineludible para poder con posterioridad o inmediatamente después fijar la cantidad a que ascienden.” *Los distintos procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudio sistemático*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010, pág. 479.

¹⁴⁰⁴ Extraída de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 407 *ab initio*.

¹⁴⁰⁵ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3422-23.

¹⁴⁰⁶ Ídem, pág. 3433.

acerca de los daños y perjuicios, sino sólo una condena indeterminada (sentencia de 27/4/90)¹⁴⁰⁷, y que lo que no cabe es dejar para la fase de la ejecución la demostración de la existencia real de los daños. Esta la ha de contener la sentencia. Pero en la sentencia que se ejecuta no se declara que existen, sino que podrán existir: “que se produzcan por la mora”, dice literalmente el fallo (sentencia de 12/12/91)¹⁴⁰⁸. Y, en este mismo sentido, muchas otras¹⁴⁰⁹.

Otro límite también “absoluto” era el referente a la **cuantía pretendida en la demanda**, al no poder sobrepasar el Tribunal aquélla, considerándose en este sentido correcta la limitación puesta por el Tribunal sentenciador a la condena que en su caso haya de imponerse a A, ya que tal limitación se impone por la voluntad del actor, que no reclama sino una determinada cantidad, y habría incongruencia dándole más de lo pedido, aun cuando el exceso resultase de la liquidación general (sentencia de 29/04/1907)¹⁴¹⁰, permitiéndose el poder fijar en trámite de ejecución de sentencia la cantidad pertinente pero con el tope sobrentendido de que el producto resultante no exceda de la suma reclamada (sentencia de 22/01/1934)¹⁴¹¹, careciendo de fundamento atendible la razón invocada en el recurso para justificar la pretendida incongruencia, o sea la posibilidad de que la cantidad en que se fijase la valoración de la mercancía rebasara la reclamada por el actor en su demanda, porque la resolución del Tribunal

¹⁴⁰⁷ Extraída de A. C./701-90 por ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 272; y de RJ 1990, 2803 por CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 291.

¹⁴⁰⁸ A. C. /409-92; ídem, pág. 274.

¹⁴⁰⁹ Así, por ejemplo, lo asevera RIBELLES ARELLANO cuando comenta que: “En todo caso, resulta plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial reiterada sobre la necesidad de que el daño o el incumplimiento se pruebe y se declare expresamente en sentencia, como presupuesto previa para la ulterior liquidación en fase de ejecución.” FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., pág. 850; cita en este momento y extracta a pie de dicha página, la STS de 23/2/98, que (indica) cita a su vez la de 19/10/98, La Ley, 1998, 2183. Y también CORDÓN MORENO, F., cuando aseveró que “cualquiera que sea el momento procesal en que haya de procederse a la determinación del importe de los daños y perjuicios, es necesario que la sentencia declare probada la existencia de los daños reclamados como presupuesto ineludible... (STS 22 junio 1992 [RJ 1991, 5412]; en el mismo sentido, y con claridad, STS 22 mayo 1984 [RJ 1984, 2500]).” *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., pág. 291. En base a ello, “la declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de sentencia, puesto que el artículo 360 LECiv presupone la necesidad de que las partes prueben en el proceso declarativo y el Juez investigue y estime en la sentencia la existencia de una infracción contractual o de un acto ilícito y la de los daños y perjuicios causados realmente (SSTS 28 julio 1995 [RJ 1995, 6759] y 5 marzo 1992 [RJ 1992, 2391], con jurisprudencia que cita.)” Ídem, pág. 291.

¹⁴¹⁰ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3417 (recogiéndola más extensamente en las págs. 3464 *in fine* y 3465).

¹⁴¹¹ Ídem, págs. 3465-66.

*de instancia, sobre el particular, es forzoso entenderla con sujeción al criterio legal que, basado en lo que es regla fundamental del enjuiciamiento, no permite al juzgador otorgar cantidad que exceda de la cuantía solicitada en la demanda (sentencia de 28/11/1928)*¹⁴¹². Y en este mismo sentido se pueden encontrar muchas otras, dictadas a lo largo de toda la pasada centuria¹⁴¹³.

Ahora bien, que se permitiera un amplio margen en este campo no significa que rigiera una total discrecionalidad, pues no se puso nunca en duda que **la regla general** era precisamente la de fijar *el importe en cantidad líquida o establecer por lo menos las bases para practicar las liquidación* aunque, cuando no es posible lo uno ni lo otro, *bastará consignar la reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia, según el precepto antes citado [el 360 ALEC] (sentencia de 14/06/1907)*¹⁴¹⁴, no considerándose (por ejemplo) pertinente relegar a la ejecución de sentencia la especificación de la valoración de lo construido *no ya sólo por razones de economía procesal, sino que también por la seguridad jurídica que encierra la determinación de un dato tan trascendente, que no podría nunca ser definido por otros peritos con mejor conocimiento de causa y que al propio tiempo no ha sido objeto de tacha, recusación o crítica procesal por la parte contraria (sentencia de 20/12/88)*¹⁴¹⁵. De esta forma, la fijación de **cantidad líquida** en la correspondiente condena se consideraba la *decisión judicial preferente*, y sólo se acudiría al sistema supletorio de determinación en trámite de ejecución de sentencia, cuando el juzgador no puede

¹⁴¹² Ídem, pág. 3417.

¹⁴¹³ V. gr., cuando se recogía por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., que: “No obsta para determinar en la etapa de ejecución la cuantía del daño producido por culpa extracontractual el hecho de haberse solicitado una cantidad fija, la que funcionará como tope en el trámite de determinación de la cuantía (Ss. 20 dic 1948, 14 dic 1972, 26 may 1976, 16 may 1986)”. *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 406. Límite que también se apreciaba cuando se argumentaba que: “Establecida en el contrato una cláusula penal para el caso de incumplimiento, la indemnización no puede exceder de la convenida (S. 21 nov 1913)” Ídem, pág. 407.

¹⁴¹⁴ Extraída de FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3457. Este enfoque de la cuestión es el eje vertebrador de la jurisprudencia del TS durante la vigencia de la LEC de 1881. Se reconocía esa **regla general** pero se contraponía inmediatamente la **excepción** recogida en el art. 360 ALEC. De esta manera: *Si bien por regla general debe determinarse en el curso del debate la cuantía de los perjuicios, fijándose, al menos, las bases para hacer una liquidación, esto no obsta, constando, como aquí consta, la existencia de los mismos, aunque no su importancia, según estima el Tribunal, el que pueda verificarse en el período de ejecución de sentencia, a tenor de lo que dispone el art. 928 LEC. Sentencia de 13/05/1913*, ídem, pág. 3457. Y también cuando se sostenía que al art. 360 ALEC no establecía en forma absoluta la necesidad de hacer en la sentencia la fijación del importe en cantidad líquida o estableciendo las bases para la regulación, sino que prevé, como el art. 928 LEC, que no se haga ni lo uno ni lo otro cuando sea posible. **Sentencia de 1/03/1926**, ídem, pág. 3459.

¹⁴¹⁵ A. C. /380-89; extraída de ORTIZ NAVACERRADA, S., *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 271.

alcanzar una cantidad (Cfr. TS SS 10 May. 1993 y 15 Mar. 1999) (**sentencia de 24/9/99**)¹⁴¹⁶. Preferencia que no se dejaba al **libre arbitrio** de los tribunales, pues si bien dicho art. 360 autoriza para diferir a la ejecución de la sentencia la liquidación de frutos, intereses, daños y perjuicios, semejante disposición, según tiene establecido este TS, se refiere sólo y taxativamente al caso en que el importe de ellos no se pueda fijar en cantidad líquida ni puedan establecerse las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, y, por consiguiente, no es aplicable al caso actual, en el que se trata del pago de una cantidad líquida y vencida (**sentencia de 18/01/1940**)¹⁴¹⁷, ya que: “Al juzgador no le es dado dejar de fijar las bases para la liquidación ulterior ni aplazar para el proceso de ejecución lo que normalmente puede y debe ser tratado en el de cognición (S. 4 jul 1944)”¹⁴¹⁸, “debiéndose prescindir del trámite de ejecución de sentencia para determinar la cuantía en un pronunciamiento condenatorio en los casos que el juzgador aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes como para fijar en el fallo la cuantía dineraria (Ss. 30 mar 1957, 22 may 1984), dado que la determinación en la etapa de ejecución tiene carácter excepcional y subsidiario para los casos en que las partes no han podido probar con suficiencia ni el Juez con las diligencias para mejor proveer, siendo de interés procesal el poner fin a la controversia (Ss. 3 may 1961, 14 may 1963, 22 may 1984)”¹⁴¹⁹. Y en este mismo sentido se pueden encontrar muchas otras¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁶ *La Ley*, 1999, 12031; extraída de la recopilación de jurisprudencia realizada por LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO, en GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 305.

¹⁴¹⁷ Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., pág. 3414.

¹⁴¹⁸ Extraído de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 406.

¹⁴¹⁹ Extraído de ídem.

¹⁴²⁰ Así también lo recoge RIBELLES ARELLANO cuando comenta que: “La concreción del importe también era impuesta, con carácter general, por el artículo 360 LEC de 1881, dado que sólo se podía diferir la liquidación para la fase ejecutiva en aquellos casos en que no hubiera sido posible determinar la cuantía del daño durante la fase declarativa.” FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, opus cit., página 848. A pie de la anterior página extracta la STS de 17/11/91, La Ley 2000, 1364. Y en el mismo sentido CORDÓN MORENO, F., cuando (citando la STS de 22/02/91 (RJ 1991, 1589)) afirma que “se debe prescindir del trámite de ejecución de sentencia para fijar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio en los casos en que el juzgador, razonablemente, aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo el *quantum* indemnizatorio, sólo deferible a aquel trámite de ejecución en el supuesto de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de los daños, ya que la reserva que supone trasladar dicha cuantificación al trámite de ejecución, con el efecto, añadido al dilatorio, de dejar abierta la posibilidad de un nuevo pleito, es, sobre indeseable, de utilización excepcional, máxime cuando la posibilidad de discusión ha estado abierta”. *Proceso Civil de Declaración*, opus cit., págs. 290 *in fine* y 291 *ab initio*. Resultando también: “Que el párrafo segundo del artículo 360 LECiv sólo es de aplicación

Ahora bien ya avanzo que, en mi opinión, la anterior jurisprudencia, consolidada durante los más de cien años de vigencia de la LEC de 1881 al amparo de su dúctil art. 360, debería quedar arrumbada por la nueva configuración de esta materia en **la LEC del 2000**. En este sentido cabe rememorar que el actual **art. 219.3 LEC** inicia su dictado precisamente estableciendo que: *Fuera de los casos anteriores* [en los que la sentencia de condena establece el *importe exacto de las cantidades respectivas*, o fija *con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución*], no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la *sentencia*, que la condena se efectúe *con reserva de liquidación en la ejecución*. A pesar de la aparente claridad (en este aspecto) del precepto, una interpretación poco afortunada del artículo 219 LEC, motivada en muchas ocasiones por el poderoso influjo que ejerció la referida jurisprudencia forjada al albur de la anterior legislación, puede llevar a considerar que todavía se puede reservar la liquidación de la correspondiente “condena” para el procedimiento de ejecución forzosa¹⁴²¹. Vaya por delante también que ya son muchos los autores que consideran esta interpretación como no plausible porque, como observa GONZÁLEZ GARCÍA, ello pugnaría tanto con la voluntad del legislador como con la propia sistemática del precepto el cual, si así se interpretara, contendría una previsión sustancialmente idéntica al del artículo 360 ALEC¹⁴²². Pero el problema interpretativo

para los casos de imposibilidad de fijación cuantitativa o de las bases de las mismas, estableciendo una escala de posibilidades (STS 18 noviembre 1991 [RJ 1991, 8410]).” Ídem, pág. 291.

¹⁴²¹ Ya advertía SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, que en el artículo 219 LEC: “Se prohíbe dejar para ejecución de *sentencia la liquidación* debiendo cuantificarse en la demanda el importe exacto de la suma reclamada o las bases para su liquidación mediante una simple operación aritmética, extremos que deberán igualmente fijarse en la sentencia”, añadiendo empero que: “Aparentemente no será posible por tanto en lo sucesivo, si nos atenemos a la letra de la ley, dejar para ejecución de sentencia la determinación de los daños y perjuicios, si bien el artículo está redactado en términos tan poco claros que permiten suponer que se mantendrá dicha práctica en los tribunales.” *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, José María Bosch editor, 2001, pág. 28.

¹⁴²² Concretamente el mencionado autor expone su opinión con las siguientes palabras: “El juego de las remisiones internas del precepto lleva a soluciones diferentes y dispares, según cómo se entienda cuáles son los casos anteriores. Si consideramos por tales los indicados en el apartado 1 del precepto (el pago de una cantidad de dinero determinada, o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase), puede llegarse al absurdo entender que en dichos casos, *a sensu contrario*, sí cabe condena con reserva de liquidación en sede de ejecución forzosa, interpretación que pugna con la voluntad del legislador y con la sistemática del precepto: si lo que se quiere es admitir en los términos del art. 360 LEC 1881 la liquidación en ejecución, bastaría con haber mantenido en la nueva LEC la redacción del precepto derogado. Entendemos por ello que la referencia del apartado tercero se hace a lo[s] casos en que ni la demanda ni la sentencia hayan liquidado el importe de lo reclamado.” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 79.

subsiste, al no existir aún unanimidad sobre este tema ni en el foro ni en la doctrina, en cuyo seno se exponen opiniones muy dispares, incluso contradictorias¹⁴²³.

En el ámbito de la **doctrina**, y como es lógico si atendemos a las coordenadas del debate, las dos grandes posiciones enfrentadas son las que engloban a quienes consideran que esa remisión es posible, frente a los que la entienden completamente proscrita. Sirva, a modo de introito de la siguiente exposición, el resumen de algunas de las opiniones vertidas en este punto que han elaborado LÓPEZ-FRAGOSO y GONZÁLEZ NAVARRO quienes, después de aseverar que: “La LEC termina con la práctica habitual bajo la LEC 1881 de posponer para la ejecución de las sentencias de condena la liquidación de las cantidades debidas en concepto de frutos, intereses o daños y perjuicios”¹⁴²⁴, ponen de manifiesto que “la norma contenida en el artículo 217 [sic] LEC adolece, precisamente al deberse su redacción al Informe de la ponencia, de una importante falta de coherencia con otros preceptos de la propia LEC. Así, no admitiendo el artículo 217 [sic] las sentencias de condena de dinero, de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase con reserva de liquidación, por su parte, los

¹⁴²³ Sobre lo que no parece que cabría ningún tipo de discusión es que, en todo caso, la defensa de una posible remisión a la ejecución sería en relación únicamente a la liquidación de cantidades en el ámbito ojetivo delimitado por el propio art. 219 LEC y, por tanto, parecería clara la proscripción de cualquier otro tipo de remisión a la sede ejecutiva. Aún así, ello ha tenido que ser abordado por algunas resoluciones, como por ejemplo la **sentencia nº 652/2006 de la AP de Barcelona (Sección 13ª)**, en cuyo fundamento de derecho cuarto se afirmó que: *Apela a su vez la parte actora la sentencia de primera instancia, en cuanto difiere para la ejecución de sentencia la verificación de la servidumbre, [...] alegando la apelante que la sentencia ignora la existencia de la servidumbre, incurriendo en infracción de la norma del artículo 219,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prohíbe las sentencias con reserva de liquidación en ejecución, fuera de los casos expresamente admitidos.*

Centrada así la cuestión discutida, no resulta ocioso recordar que en la demanda se ejercita por la actora, no una acción de constitución de servidumbre, sino una acción confesoria de una servidumbre ya existente, siendo así que el artículo 18 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre, y de Adquisición Voluntaria o Preferente, define la acción confesoria como la acción real que la persona titular de la finca dominante tiene para mantener y restituir el ejercicio de la servidumbre contra cualquier persona que se oponga al mismo, lo perturbe o amenace hacerlo. [...], por lo que no es posible dejar para ejecución de sentencia la valoración de las distintas opciones apuntadas en el acto del juicio, según se hace en la sentencia de primera instancia, por cuanto la única opción que integra el derecho de servidumbre que es objeto de la acción confesoria que se ejercita en la demanda es la de que los conductos de ventilación discurren precisamente por el patio de luces. [...]

En consecuencia, con estimación del recurso de apelación de la demandante, procede la completa estimación de la demanda, y la condena del demandado a permitir la entrada a la vivienda que ocupa como arrendatario para la instalación de los tubos de ventilación, de 30 cm de diámetro, en los patios de luces, debiendo hacerse la instalación de los tubos en el patio de luces de la forma menos dañosa y molesta posible para el demandado. Resolutoria del recurso 822/2005, LA LEY 231933/2006, ponente Utrillas Carbonell, Fernando.

¹⁴²⁴ GIMENO SENDRA, V. (director), *Proceso civil práctico*, III-1, opus cit., pág. 293.

artículo [sic] 712 y ss. LEC regulan un incidente del proceso de ejecución que tiene por objeto, entre otros, *fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos y rentas, utilidades o productos de cualquier clase* cuando éstos fueran ilíquidos.”¹⁴²⁵. Ante esta situación sostienen lúcidamente que “pueden defenderse dos opciones interpretativas”: la estricta, según la cual “el incidente de liquidación previsto en el artículo 712 LEC no acogería la posibilidad de una sentencia de condena ilíquida ex artículo 217 LEC [sic]”¹⁴²⁶, frente a otra “menos rigurosa” que defendería “en aras de garantizar una tutela judicial efectiva, que la LEC sigue admitiendo las sentencias con reserva de liquidación, aun sea excepcionalmente, para aquellos supuestos, contemplados por el artículo 712 LEC, en que las partes no les sea posible cuantificar el importe de la condena al inicio del proceso, sin tener que acudir, en todo caso, a un segundo proceso declarativo”¹⁴²⁷.

Entre los que **consideran factible esa remisión**, se puede citar en primer lugar a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, quien afirma que “no es infrecuente que la sentencia, aun siendo pecuniaria y condenando al pago de dinero, no concrete de modo exacto la cantidad que el deudor debe entregar (y por la que el Juez debe ejecutar) y necesite ser integrada con ciertas actuaciones previas al despacho de la ejecución que la complementan. Se dice, entonces, que la sentencia es ilíquida, pues el Juez Ejecutor, con los datos que posee, sabe sólo que debe hacer efectiva una condena a entregar dinero, pero desconoce en qué cuantía. [...] Los casos en que se plantea la necesidad de “liquidar” tienen causas muy variadas, pero pueden estudiarse conjuntamente, porque todos ellos persiguen una finalidad común: determinar qué cantidad exacta de dinero debe ser entregada. Y suelen utilizar un procedimiento común: el previsto en los arts. 712 y ss.”¹⁴²⁸ En mi opinión, dicha posición confunde la regulación del artículo 219 de la LEC del 2000 con la del artículo 360 ALEC, lo que se demuestra en el momento en que el citado autor analiza “Los procedimientos generales para la liquidación de

¹⁴²⁵ Ídem, pág. 295.

¹⁴²⁶ Ídem. Recogen en este punto las opiniones de Moscoso Torres y de Pereda Gámez en relación en relación a la utilización de estos incidentes ejecutivos para la liquidación de las correspondientes bases fijadas en la sentencia.

¹⁴²⁷ Ídem, pág. 296; citan como defensor de esta segunda interpretación a Ramos Méndez.

¹⁴²⁸ *La ejecución forzosa...*, opus cit., pág. 103. En este sentido, relaciona seguidamente varios supuestos en que es necesaria dicha “liquidación”, entre los que menciona: “La sentencia contiene una *condena a indemnizar daños y perjuicios* con reserva de fijar su importe concreto en ejecución de sentencia (como, en ciertos casos, permite el art. 219 I)”; “La sentencia condena a la entrega de una cantidad líquida procedente de *frutos, rentas, utilidades*, etc. (712)” y “La sentencia *condena a rendir cuentas de una administración y entregar el saldo que resulte* (712)”. Ídem, pág. 104.

condenas”¹⁴²⁹. De esta forma, según este jurista, “Para liquidar o cuantificar en dinero el alcance de la responsabilidad del deudor ejecutado establece la LEC dos procedimientos, que incluyen algunas diferencias.”¹⁴³⁰ El primero de ellos es el de “la cuantificación de daños y perjuicios” y el segundo “el procedimiento general para la cuantificación o liquidación.” En cuanto al desarrollo del primero afirma que: “El acreedor ejecutante presenta con el escrito en que solicita el despacho de la ejecución una relación de los daños y perjuicios sufridos y su importe (713.1).”¹⁴³¹ Ahora bien, obsérvese que dicho artículo 713.1 LEC no dice que la correspondiente relación de daños y perjuicios se presente con ninguna solicitud de despacho de la ejecución, sino *con el escrito en que solicite motivadamente su determinación judicial*, pues lo habitual será que la ejecución ya esté despachada. Dicha incongruencia la repite cuando afirma que: “Variante de este procedimiento –innecesaria- y con pequeñas modificaciones es el previsto en el art. 717 para la cuantificación de daños y perjuicios cuando resulta imposible la ejecución en sus propios términos de una condena no pecuniaria.”¹⁴³² En este sentido, se ha de tener presente que dicho precepto no trata de la indemnización de daños y perjuicios, sino de la *determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria*, que son dos cosas muy diferentes, estando ideado para aquellos supuestos en que la imposibilidad de la ejecución *in natura*¹⁴³³ suceda en el curso de una ejecución ya despachada por obligaciones de hacer o de no hacer¹⁴³⁴.

Por idénticos motivos, también resulta inconsistente el análisis del segundo procedimiento que menciona (“el procedimiento general para la cuantificación o liquidación”). De esta forma, afirma erróneamente que este procedimiento sirve “para cuantificar una condena con reserva de liquidación –de las que permite el art. 219- procedente de frutos (en sentido muy amplio: naturales y civiles), rentas, también en

¹⁴²⁹ Ídem, págs. 109 a 111.

¹⁴³⁰ Ídem, pág. 109.

¹⁴³¹ Ídem, pág. 110.

¹⁴³² Ídem, pág. 110.

¹⁴³³ Téngase presente que tanto la Constitución de 1978 (artículo 118), como el artículo 18.2 LOPJ, ordenan el intentar siempre en las ejecuciones de carácter no dinerario el cumplimiento *in natura* y sólo cuando este devenga inviable se podrá acudir a su sustitución por la correspondiente indemnización. En este mismo sentido, en relación al proceso laboral, *vid.* MONTROYA MELGAR, A., en C.G.P.J. *La ejecución laboral, Cuestiones generales de la ejecución definitiva de las sentencias (arts. 235 a 245 LPL)*, opus cit., pág. 36.

¹⁴³⁴ En este sentido véase, por ejemplo, el artículo 709 LEC que, para el caso de no cumplirse en la correspondiente ejecución con la condena de un hacer personalísimo, permite optar al ejecutante por la entrega de *un equivalente pecuniario de la prestación de hacer*.

sentido amplio” así como “para la liquidación de las sentencias que condenan a rendir cuentas de una administración y entregar el saldo correspondiente (720).”¹⁴³⁵ Como para eso no sirve, el mencionado autor incurre en varias inconsistencias. De esta forma, nuevamente afirma que: “El procedimiento comienza con un escrito del acreedor ejecutante pidiendo el despacho de la ejecución y las actividades necesarias para la liquidación”, sin tener en cuenta que el artículo 718 LEC nada dice sobre que se pida ningún despacho de la ejecución. Asimismo sostiene que, en referencia al tenor del artículo 716 LEC según el cual el auto que fija la cantidad determinada es apelable sin efecto suspensivo, “Lo que en realidad debe querer decir es que el auto que fija la cantidad que debe pagar el deudor es provisionalmente ejecutable”¹⁴³⁶ pues “lo cierto es que todo el procedimiento de los arts. 712 y ss. está exclusivamente dirigido a fijar una determinada cantidad de dinero, pero nada se dice sobre qué debe hacerse cuando esa cantidad ha sido fijada. Lo razonable es pensar que ese auto (en los muy variados supuestos en que puede dictarse) es un título ejecutivo judicial de los previstos en el art. 517 2 9º (a pesar de que no hay “disposición de la LEC” que así lo diga); y que, como aún no ha ganado firmeza –pues está pendiente la apelación- puede ser provisionalmente ejecutado.... pero, en todo caso, sometido a las reglas de la ejecución provisional (y especialmente a la reversión de lo indebidamente obtenido, si la Audiencia revocara el auto del Juez).” De esta forma, esta autor acaba aseverando que unos incidentes declarativos situados en sede de ejecución no dineraria, deberían servir para conformar un título ejecutivo que podría dar lugar a una ejecución provisional. En mi opinión está claro que, en estos casos, se tiene que aplicar el mismo régimen que para los supuestos en que hay conformidad (arts. 714 y 719 LEC), es decir, se procederá a hacer efectiva la suma *en la forma establecida en los artículos 571 y siguientes para la ejecución dineraria*. Por todo ello no comparto la interpretación de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, la cual considero que es fruto de una equivocada intelección del nuevo juego que se establece entre la sentencia con reserva y los incidentes de liquidación sites en la ejecución¹⁴³⁷.

¹⁴³⁵ *La ejecución forzosa...*, opus cit., pág. 110.

¹⁴³⁶ Ídem, pág. 111.

¹⁴³⁷ De hecho este autor cae en algunas contradicciones como v. gr. al defender (ídem, pág. 107) que con la nueva LEC “sólo es posible una condena al pago de daños y perjuicios si el actor fija, en la demanda, la cantidad exacta a la que desea que el deudor sea condenado. Ni puede pedir que se fijen las bases de una futura liquidación, ni, desde luego, puede pedir –como tan frecuente era con la anterior LEC- que se declare en el proceso la obligación de indemnizar y se deje su cuantificación a la fase de ejecución de sentencia”, mientras que, como se acaba de analizar, en la página 104 afirma que la “liquidación” de los artículos 712 y siguientes es necesaria en el caso de la sentencia que contenga “una *condena a indemnizar*”

Por las mismas razones tampoco puedo convenir con la postura mantenida por otros autores que se han significado en la misma dirección que el anterior, como por ejemplo LACABA SÁNCHEZ¹⁴³⁸, quien afirma que: “Queda, no obstante, la facultad que contiene el párrafo 3.º del meritado art. 219 de remitir a un proceso posterior aquellos supuestos en que el demandante <<solicite la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos, cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada>>, siendo dicho proceso precisamente el aquí estudiado y previsto en los artículos 712 y siguientes de la nueva LEC 2000”; o ARMENTA DEU, quien sostiene que las sentencias con reserva de liquidación son las que “han de recorrer a l’incident de liquidació de sentència regulat en els articles 712 i següents de la LEC”¹⁴³⁹, opinando que se permite (en los supuestos del art. 219 LEC) que se dicte una resolución “clarament inexecutable, que posposa a un altre procés la liquidació concreta de les quantitats”, siendo éste proceso precisamente: “El contingut en l’esmentat article 712 i següents de la LEC”¹⁴⁴⁰; pudiéndose añadir a las anteriores aquellas otras que reproducen la visión tradicional de la jurisprudencia sobre esta materia, como la de RIVES SEVA, cuando argumenta que: “Y dice el TS en sentencias de 20 de enero, 24 de marzo y 2 de junio de 1992 que debe determinarse en el marco del pleito no solo la existencia de los daños, sino también la cuantía de los perjuicios, fijándose su importe en la sentencia en cantidad líquida, o estableciéndose al menos las bases para hacer la liquidación; y ello no obsta para que en determinados casos y constanding su existencia, pueda remitirse la regulación de su importe al periodo de ejecución de la sentencia.”¹⁴⁴¹

Frente a las anteriores posiciones se encuentran las argumentaciones de quienes consideran **vedado**, en estos casos, **el acceso a la ejecución**. Entre los primeros que se

daños y perjuicios con reserva de fijar su importe concreto en ejecución de sentencia (como, en ciertos casos, permite el art. 219 I)”, para en las páginas 109 y 110 explicar el procedimiento de cuantificación de dichos daños y perjuicios.

¹⁴³⁸ *Procedimiento de liquidación del artículo 712 de la LEC*, opus cit., pág. 8.

¹⁴³⁹ *Dret processal I*, opus cit., en el capítulo “Acabament del procés: recursos i cosa jutjada. Judici ordinari i judici verbal”, pág. 20 *in fine*.

¹⁴⁴⁰ Ídem, pág. 21. En idéntico sentido se pronuncia también en *Lecciones de Derecho Procesal Civil...*, opus cit., pág. 224 *ab initio*.

¹⁴⁴¹ Dichas manifestaciones las refiere este autor en el apartado que titula: “Procedimiento de liquidación de daños y perjuicios”, señalando a continuación de lo anterior que: “El procedimiento se contiene en los arts. 713 a 716 LEC”. *Los distintos procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudio sistemático*, opus cit., pág. 479.

expresaron en esta dirección se encuentran DE LA OLIVA, quien afirmó que las pretensiones para la obtención de los bienes descritos en el art. 219 LEC se habían de formular en “una demanda de condena con cuantificación del importe o, al menos, con fijación de unas bases de liquidación lo suficientemente precisas y concretas como para que la liquidación consista en una simple operación matemática, sin recurrir al procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas (arts. 712 y ss.)”¹⁴⁴², sosteniendo asimismo que, “es indudable que la LEC quiere que esas sentencias [con reserva] tampoco sirvan para incoar el antes citado procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas”¹⁴⁴³; RIBELLES ARELLANO¹⁴⁴⁴, quien indicó que “sólo podrá iniciarse el correspondiente incidente de liquidación en ejecución de sentencia, cuando ésta haya sentado con claridad y precisión las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse”¹⁴⁴⁵; GONZÁLEZ GARCÍA, quien explicitó que la posibilidad de liquidar la sentencia con reserva “en el incidente que regula el art. 712 LEC (sucesor del art. 928 LEC de 1881) para la liquidación de condenas en sede de ejecución forzosa no es de recibo, al restringirse en la Ley la procedencia de este incidente a los casos de liquidación de sentencias de condena no pecuniarias y a aquellos otros en que la Ley se remita expresamente al mismo”¹⁴⁴⁶; TAPIA FERNÁNDEZ, cuando aseveró que: “En ningún caso (fuera de la posibilidad de liquidación con base en sencillas operaciones aritméticas) la sentencia que recaiga podrá deferir la liquidación a la fase de ejecución”¹⁴⁴⁷; o TORRES y CASERO, quienes defendieron que: “El título [ejecutivo] debe recoger una deuda que sea líquida, lo que ocurrirá en la generalidad de las sentencias judiciales al prohibirse la indeterminación en las condenas cuantitativas por daños y perjuicios, no pudiendo dejarse para la ejecución de sentencia (art. 209.4).”¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴² Añadiendo a continuación que: “En el aptdo. 1, la LEC pretende evitar las sentencias con reserva de liquidación que generen un prolongado <<incidente>> de liquidación, <<en ejecución de sentencia>>. Esto se reafirma en el inicio del aptdo. 3. El aptdo. 2 complementa el 1, refiriéndose directamente a la sentencia correspondiente a las pretensiones admisibles.” En la obra conjunta con DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS, J., y BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 389.

¹⁴⁴³ Ídem.

¹⁴⁴⁴ Este autor comenta que justamente una de las “dos novedades importantes” de la LEC 2000 es “el hecho de que, en todo caso, las bases de la liquidación deban contenerse en el fallo, cuando aquél precepto [el art. 360 ALEC] permitía al tribunal dejar también para la ejecución la determinación de las bases (STS de 9 de febrero de 1998, La Ley 1998, 3.503).” FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I. opus cit., pág. 848.

¹⁴⁴⁵ Ídem, pág. 850.

¹⁴⁴⁶ § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 79.

¹⁴⁴⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 798.

¹⁴⁴⁸ Con GARBERÍ LLOBREGAT, *El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 162. Seguidamente contraponen el caso de los restantes títulos ejecutivos al afirmar

También en el **foro** esta última posición fue prontamente acogida por diversas Audiencias, que enfatizaron claramente la prohibición de remitir la correspondiente liquidación a la ejecución de la sentencia, al considerar ésta última como *significativamente vedada en la vigente LEC (artículo 219) (SAP de Salamanca de 11/07/2002*¹⁴⁴⁹, Fº 3º) y sostener que *la nueva LEC prohíbe que la pretensión del actor, o la propia sentencia, recoja la condena del demandado a reserva de liquidación en la ejecución (SAP de Soria de 24/06/2002*¹⁴⁵⁰, Fº 3º).

Posteriormente esta misma posición ha sido sostenida por muchos otros autores y avalada por numerosas sentencias. Entre los primeros cabe citar a PEREDA GÁMEZ¹⁴⁵¹, quien afirma que el artículo 219 LEC impone que la fijación de los daños y perjuicios (cuando no cabe otro tipo de prestación por equivalencia) sólo cabe en fase declarativa¹⁴⁵². Es por tanto en la fase declarativa cuando se ha de fijar en todo caso el “interés de confianza (indemnización)”; con lo que habría de variar tanto la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, como la funcionalidad predicada de los incidentes liquidatorios regulados en sede ejecutiva¹⁴⁵³. Por su parte, FERNÁNDEZ ROZADO y

que: “Los títulos no judiciales, por el contrario, sí pueden contener deudas que impliquen el pago de una cantidad de dinero que resulte ilíquida, y en tal caso precisaran de una previa liquidación a través del juicio correspondiente, sin que pueda presentarse directamente demanda ejecutiva.” Ídem.

¹⁴⁴⁹ Ponente Mariano Borrego, rec.: 392/2002; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., pág. 408.

¹⁴⁵⁰ Ponente Carnicero Giménez de Azcárate, rec.: 161/2002; ídem, págs. 408 y 409 *ab initio*.

¹⁴⁵¹ C.G.P.J., *La ejecución civil, La ejecución no dineraria...*, opus cit.; estudia la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas en su apartado octavo (págs. 380 a 389) y se detiene en diversas ocasiones a analizar el artículo 219.

¹⁴⁵² Ídem, pág. 381.

¹⁴⁵³ Concretamente este autor, en sintonía con la interpretación mayoritaria, afirma que la doctrina jurisprudencial del TS (SSTS de 31 octubre 1988, 7 mayo y 10 junio 1991, entre otras) ya no cabe con la nueva regulación y por tanto no son posibles sentencias que simplemente reconozcan la existencia de perjuicios; éstos han de ser cuantificados en la misma. Cuantificación por otro lado exigida en el 209 de la LEC. Por todo ello (acertadamente, en mi opinión) entiende este autor que el procedimiento de los artículos 712 y siguientes LEC “viene referida exclusivamente a la fijación de los daños y perjuicios ocasionados con posterioridad a la sentencia y en razón de su incumplimiento. De hecho todas las referencias del texto de la LEC a estos artículos se refieren a daños y perjuicios “intraprocesales” o “post-sententiam.” Ídem, pág. 386. Finalmente, y en consonancia con el hilo conductor de su artículo, afirma que la rendición de cuentas que se regula en el artículo 720 LEC no se puede confundir con la liquidación económica de la administración pues tanto la disolución como la liquidación de cualquier sociedad debe resolverse en el proceso declarativo; este procedimiento pues (para no vulnerar las previsiones del 219 LEC) se ha de reservar para el caso del incumplimiento de la obligación de hacer (informar) que se deberá intentar primeramente ejecutar de forma específica.

Esta opinión parece “rectificar” la que vertió en un anterior trabajo en el que, si bien con carácter general sostenía que en el caso de dictarse una sentencia con reserva no se podía acudir a “un proceso posterior de ejecución (pues no hay formalmente “título jurisdiccional” que ejecutar)”, sino que se debía

PANISELLO MARTÍNEZ¹⁴⁵⁴ abordan el tema de la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas, desde una óptica eminentemente práctica¹⁴⁵⁵, y afirman que el artículo 219.1 LEC significa una novedad frente a la regulación anterior al impedir (desde su promulgación) que el procedimiento de los artículos 712 y siguientes LEC sea aplicable a las sentencias condenatorias que se refieran a obligaciones dinerarias¹⁴⁵⁶. En cuanto a la “pequeña jurisprudencia” de las audiencias, han sido numerosísimas las resoluciones dictadas en esta dirección¹⁴⁵⁷, las

interponer “una nueva demanda, acción de condena, frente a la que será cosa juzgada tan sólo la declaración de deberse dinero, frutos, rentas, utilidades o productos”, consideraba que, en el concreto caso de los daños y perjuicios se debía acudir a los artículos 712 y ss. LEC “que regulan específicamente el proceso de liquidación” (C.G.P.J., *Los procesos declarativos, La sentencia...*, opus cit., pág. 293), aseverando además que: “Con respecto a la legislación anterior el trámite de fijación de daños y perjuicios (art. 928 ss. VLEC) se sustituye por otro similar (arts. 712 ss. NLEC). Para las demás condenas (cantidades en concepto de principal pendientes de cuantificación por mera operación aritmética, liquidación de intereses, rentas, utilidades o productos) la fijación en ejecución se realizará, según parece, y tanto respecto a títulos jurisdiccionales como no jurisdiccionales, por el ejecutante, sin perjuicio del derecho de oposición del ejecutado.” Ídem, pág. 294.

¹⁴⁵⁴ SOSPEDRA NAVAS, F. J., (coordinador), *Práctica del proceso civil*. Vol. Tercero: *La ejecución forzosa. Procesos especiales*, opus cit., cfr. su apartado 9.4, págs. 426 a 443.

¹⁴⁵⁵ Insertan en su obra toda una serie de formularios (concretamente los números 106 a 112) encarados directamente a la vía judicial.

¹⁴⁵⁶ Ídem, pág. 426. También ponen en relación este artículo con el 712 LEC (el cual fija el ámbito de aplicación de estos procedimientos incidentales). No deja empero de sorprender que posteriormente se varíe esta primera toma de posición y se opte por una segunda interpretación del 219 LEC. Así se afirma (en sede de liquidación de daños y perjuicios) que “de tratarse de una condena con reserva de liquidación (art. 219 LEC), se confeccionará la relación de acuerdo con el prudente y ponderado criterio del acreedor” (ídem, pág. 428); más adelante (en sede de liquidación de frutos y rentas) se reitera este segundo criterio. Así, se afirma que los artículos 718 y 719 LEC “disciplinan un procedimiento liquidatorio para todos aquellos casos en los que el título ejecutivo imponga al obligado una prestación pecuniaria ilíquida distinta del resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 713 y ss. LEC) y de la computación de moneda extranjera sin cotización oficial (art. 577.2, párrafo segundo LEC) o de liquidar intereses (arts. 573 y ss.). Se ordena, pues el procedimiento previsto en estos preceptos para la liquidación de obligaciones de pago de cantidades ilíquidas procedentes de frutos, ya sean naturales o civiles (...); rentas, en sentido muy amplio (...); utilidades o productos de cualquier clase (art. 718 LEC); y la rendición de cuentas de una administración (art. 720 LEC). En todos estos casos, no cabe exigir del deudor el cumplimiento de la prestación ordenada en el título de cuya ejecución se trate sin determinar su extensión y cuantía cierta, atendiendo a las bases que, en su caso, se hubieren fijado en aquél”. Ídem, págs. 436 y 437. Y todavía más adelante se prosigue por esta vía al interpretar que la tramitación de este procedimiento se inicia con demanda ejecutiva a la que seguirá requerimiento del deudor por medio de providencia para que presente la liquidación. Ídem, pág. 437. A mi entender este planteamiento no es concluyente pues una interpretación de este tenor confunde el articulado del 219 LEC con el contenido del antiguo 360 ALEC. El punto clave se encuentra en el propio artículo 712 LEC cuando, al definir el ámbito de aplicación de estos procedimientos, los circunscribe a los casos en que “conforme a esta Ley”; es decir a los casos que están tipificados en la norma procesal civil. Supuestos todos ellos relativos a la ejecución, que parten de un título ejecutivo que contiene una obligación concreta la cual, por los motivos que se analizarán posteriormente, se ha de cuantificar en sede de ejecución. No cabe afirmar que el título ejecutivo contenga prestaciones pecuniarias ilíquidas pues el artículo 219.3 LEC es del todo claro al ordenar que en estos casos: “se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades”. Es por todo ello que a la demanda ejecutiva sólo puede seguir el auto despachando ejecución (artículos 549 y 553 LEC) y que el requerimiento del artículo 718 LEC se realizará en el correspondiente incidente declarativo que, en su caso, se deba efectuar dentro de una ejecución ya despachada.

¹⁴⁵⁷ V. gr. la **sentencia nº 232/2005 de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), de 29 de abril del 2005**, en su fundamento de derecho segundo, fue muy explícita al afirmar que era *en todo caso inadmisibile, por prohibirlo el primer inciso del apartado 3 del artículo 219 de la ley procesal, como*

cuales, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, enuncian la necesidad de que la liquidación sea llevada a cabo en un segundo declarativo¹⁴⁵⁸ o, cuando ello ya es factible, determinan directamente la suma adeudada¹⁴⁵⁹. En apoyo de esta posición, se ha interpretado el art. 219.3 LEC conjuntamente con otros preceptos e institutos, como sucede repetidamente con el art. 209.4¹⁴⁶⁰, o con el principio de preclusión de los actos procesales recogido actualmente en el art. 136 LEC¹⁴⁶¹.

pretende la entidad demandada-reconviniente, la condena con reserva de liquidación en la ejecución. Resolutoria del recurso 900/2004, La LEY 96305/2005, ponente Santos Sánchez, María Luisa.

¹⁴⁵⁸ Así, por ejemplo, lo hizo la **sentencia nº 53/2003 de la AP de Teruel, el 14 de marzo del 2003**, en cuyo fundamento de derecho segundo declaró que procedía *condenar a los demandados a satisfacer una indemnización por lucro cesante según establece el artículo 219.3 último inciso de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien la liquidación de dicha cantidad --según resulta de este precepto-- no podrá hacerse en el proceso de ejecución de la sentencia dictada en los presentes autos, sino que será necesario un nuevo juicio que tendrá por objeto exclusivo la resolución de los problemas que pueda plantear la liquidación.* Resolutoria del recurso nº 25/2002, ponente Rivera Blasco, María Teresa, LA LEY 51378/2003.

¹⁴⁵⁹ Ejemplo de ello es la **sentencia nº 371/2003 de la AP de Badajoz (Sección 3ª), de 24 de junio del 2003**, en cuyo fundamento de derecho segundo dijo que *el art. 219 de la LEC imponía así a la actora como al juzgador la obligación de cuantificar exactamente el montante dinerario de la condena, o bien la fijación clara de las bases con arreglo a las cuales debía efectuarse su liquidación "de forma que ésta consista en una pura operación aritmética", con lo cual el añadido en el fallo objeto de recurso "o la cantidad que corresponda en ejecución de sentencia" contraviene a la prohibición de "reserva de liquidación en la ejecución" contenida en el apartado 3 del citado art. 219, de manera que el inciso en dicho fallo "o la cantidad que corresponda en ejecución de sentencia más los gastos del informe del aparejador" deberá sustituirse por "más 70.180 ptas. en concepto de gastos del informe del aparejador", puesto que esta cifra sí aparece netamente indicada en el hecho octavo de la demanda, a que es lícito reputar referida su súplica al respecto, como igualmente se considera lícito y lógico entender que, con la salvedad que se deja hecha mediante la supresión de la cláusula de futuro que en el fallo se incluía, la cifra de condena es precisamente 1.070.000 ptas., puesto que en este sentido también la petición del recuso incurriría en franca contradicción al pedir "se fije y determine la cantidad a abonar no superior a 1.070.000 ptas., solicitado en el suplico de la demanda, anulando cualquier reserva de liquidación para ejecución de sentencia", dado que, no posponiéndose a tal fase la liquidación, no ha lugar a hablar de un límite máximo, y teniendo en cuenta, en fin, que la tan mentada cifra de 1.070.000 ptas., se infiere (sin verdadera y concreta oposición de unos demandados profesionalmente obligados a detallarla por su presumible dominio de la materia y el necesario conocimiento de la obra en cuestión) de las manifestaciones escritas y orales del perito obrantes en autos. Dictada en resolución del recurso nº 269/2003, ponente Moreno Montero, José María, La LEY 111396/2003.*

¹⁴⁶⁰ Ejemplos de ello son la **sentencia nº 364/2004 de la AP de La Rioja, de 30 de diciembre del 2004**, en cuyo fundamento de derecho quinto afirmó que: *No obstante, no puede estimarse procedente el pronunciamiento relativo a la condena a Neydosa Construcciones S.L., a abonar a Construcciones Pascual y Anda S.A. el importe que se determine en ejecución de sentencia por la reparación de defectos, en base al valor de reparación de las partidas que señala, cuando semejante pronunciamiento, conforme al último inciso del artículo 209 apartado 4 de la Ley Procesal Civil, y al artículo 219-3 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta expresamente precluido por la Ley, debiendo en suma ser estimado el recurso en tal aspecto, debiendo ser objeto de otro procedimiento la cuantificación de la reparación de los defectos señalados, cuantía que no podrá exceder de 8.645,11 euros, cantidad solicitada por la reconviniente, más cuando la propia sentencia de instancia expresa, en su fundamento de derecho quinto, in fine, que no se ha acreditado qué actuaciones resultarían necesarias para la reparación, ni su valor, cuando tal reparación ya se ha efectuado, sin informe del perito designado al respecto, contando únicamente con la unilateral cuantificación de la reconviniente.* Dictada en resolución del recurso nº 255/2004, ponente Araujo García, María del Carmen, La LEY 275001/2004. Idéntica conexión encontramos en la **sentencia nº 87/2006 de la AP de Palencia, de 13 de marzo del 2006**, en cuyo fundamento de derecho primero se afirmó que: *La sentencia del Juzgado de Primera Instancia considera*

Esta visión contraria al diferimiento de la liquidación a la ejecución se ha solido poner en relación con el cambio que, en esta materia, ha supuesto la LEC del 2000 con respecto a su predecesora decimonónica. De esta forma, para MONTERO AROCA: “Dentro del proceso de ejecución la LEC regula, en los art. 712 y siguientes el modo de proceder a la liquidación de daños y perjuicios, frutos, rentas, utilidades y productos de cualquier clase, pero estos procedimientos no son aplicables al supuestos que aquí examinamos, pues las sentencias de condena dinerarias no pueden ser ilíquidas y quedar a reserva de liquidación en la ejecución de sentencia. Lo único que en la ejecución podrá hacerse es una simple operación matemática, para lo que no será necesario incidente declarativo alguno. La LEC/2000 ha querido terminar con la práctica anterior de procesos declarativos que acababan con una sentencia en la que simplemente se condenaba a los daños y perjuicios y el verdadero problema quedaba para la ejecución,

*que ha existido entre las partes un contrato de mediación y estima la petición principal declarando que el demandado adeuda a la actora el precio de las gestiones de venta llevadas a término por ésta última, en concepto de remuneración puesto que tales gestiones no tuvieron el carácter gratuito o altruista que sostiene el demandado. Ahora bien, al no considerar acreditado el alcance o porcentaje pactado, y dado que el importe de la comisión reclamada ha sido impugnado por el demandado, deja para la fase de ejecución de sentencia la fijación de tal importe, una vez se determine por Agente de la Propiedad Inmobiliaria atendiendo al tipo medio que habitualmente se abone por una operación como la que nos ocupa. Esta decisión la ha adoptado el Juzgado infringiendo lo dispuesto en los artículos 209.4º y 219.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prohíben establecer una condena con reserva de liquidación en la ejecución. Resolutoria del recurso nº 319/2005, ponente Alvarez Fernández, Carlos Javier, La LEY 52206/2006. Y también en la **sentencia nº 311/2006 de la AP de Sevilla (Sección 5ª), de 26 de junio del 2006**, en cuyo fundamento de derecho quinto se expuso que *lo cierto es que cuando se solicita que se sufrague el coste de la reparación, el demandante ha de fijar la cantidad líquida que debe abonar el demandado, sin que pueda dejar su determinación o liquidación al periodo de ejecución de Sentencia, por estar ello vedado por el artículo 219.1 de la LEC, que exige que se cuantifique expresamente su importe en la demanda sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, como en este caso hicieron los reconvenientes. Correlativamente los arts. 219.3 y 209.4 de la LEC impiden que en la Sentencia pueda reservarse la determinación de la cantidad líquida objeto de la condena para ejecución de sentencia.**

Por ello ha de subsanarse este error de la Sentencia apelada para, de conformidad con lo dispuesto en el art. 219.3 LEC, declarar el derecho de los reconvenientes al cobro del coste de las reparaciones que por defectos constructivos presenta su vivienda, debiendo plantear otro pleito posteriormente para la reclamación de la cantidad concreta a que ascienda el coste de tales reparaciones. Resolutoria del recurso nº 3284/2006, ponente Sanz Talavera, Fernando, La LEY 192287/2006.

¹⁴⁶¹ Explícitamente lo hace la **sentencia nº 302/2005 de la AP de Asturias (Sección 6ª), de 19 de septiembre del 2005**, en cuyo fundamento de derecho tercero afirmó que: *En todo caso, la sentencia apelada incurre en violación del art. 219.1 y 3 de la LEC, que exige "cuantificar exactamente" el importe de la indemnización (lo que hizo la actora, aunque bajo una premisa que resultó errónea), prohibiendo expresamente dejar para ejecución de sentencia la resolución de lo que debió ser objeto de discusión en la fase de declaración, advirtiendo su apartado 2 que la sentencia "establecerá el importe exacto", aunque permita fijar con claridad y precisión las bases para su liquidación. Esto último no se hace realmente en la recurrida, porque se ignora por completo cual pueda ser el importe de los daños y el precio del alquiler de un vehículo, a pesar de que ambas partidas pudieron haber sido objeto de prueba definitiva, con lo que se infringe igualmente el principio de preclusión de los actos procesales, proclamado en el art. 136 de dicha Ley. Resolutoria del recurso nº 314/2005, ponente Barral Díaz, José Manuel, La LEY 180077/2005.*

dándose lugar en ésta a un incidente declarativo más complejo que el proceso de declaración.”¹⁴⁶² Es más, hilando pasado y presente, hay quien remarca precisamente la interdicción de ese diferimiento como la principal novedad de la LEC del 2000 en este ámbito. Entre los autores, esto último lo explicita FERNÁNDEZ LÓPEZ¹⁴⁶³, quien se plantea la cuestión de “si cabe o no liquidar la condena a través del procedimiento previsto en los arts. 712 y ss. LEC”, respondiendo a la misma de forma “negativa, pues el art. 219 LEC prevé la necesidad de liquidar en un proceso declarativo con carácter exclusivo y excluyente, prohibiendo asimismo que la liquidación pueda realizarse en la fase de ejecución (apartados 3.º y 1.º respectivamente)”¹⁴⁶⁴. Asimismo, esta autora relaciona esta cuestión con la de la necesidad de liquidez para el despacho de la ejecución dineraria¹⁴⁶⁵, sosteniendo “que la ejecución forzosa sólo será posible cuando

¹⁴⁶² *Derecho Jurisdiccional II*, opus cit., pág. 347. En la misma dirección se pronuncia este autor con FLORS MATÍES, J., cuando afirman que: “Las sentencias condenatorias cuando se refieran a obligaciones dinerarias han de ser líquidas, sin que quepa la tradicional condena con reserva de liquidación para su determinación en la ejecución de la sentencia.” *Tratado de recursos en el proceso civil*, opus cit., pág. 610.

¹⁴⁶³ Con las siguientes palabras: “La principal novedad introducida por el art. 219 LEC en materia de reserva de liquidación se encuentra en su apartado tercero, en el que, como excepción al régimen general, se permite en determinados casos al actor solicitar –y al juez dictar- una sentencia de condena ilíquida, si bien su liquidación no podrá efectuarse como hasta ahora en fase de ejecución, sino que –y aquí radica la novedad- deberá realizarse en un procedimiento declarativo ordinario cuya única finalidad sea esa.” *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 23.

¹⁴⁶⁴ Ídem, pág. 25. En este momento se remite a pie de la antedicha página citando en ese mismo sentido a Daza Velázquez de Castro, R. Desde una perspectiva histórica, el motivo del cambio legislativo lo expone FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., a continuación: “Con ello se ha tratado de evitar los problemas que en su momento ocasionó el art. 360 LEC de 1881 al permitir la liquidación en la fase de ejecución.” También, unas páginas antes, había señalado otra razón: “la prohibición genérica de proceder a la liquidación en ejecución y la correlativa necesidad de instar un procedimiento declarativo posterior actúan como una importante barrera disuasoria que permite afirmar que sólo cuando sea realmente necesario o ventajoso para el actor se solicitará –y podrá dictarse- una sentencia de condena ilíquida.” Ídem, págs. 19 y 20 *ab initio*. Por otro lado cabe nuevamente significar que, esta idea de que el procedimiento de los artículos 712 y siguientes LEC no se puede utilizar para llevar a término la liquidación en los supuestos en que se reserve la misma en el primer declarativo, sino que lo correcto será acudir a un segundo proceso declarativo para proceder a aquella liquidación, parece que va siendo compartida cada vez, por más autores, pronunciándose, por ejemplo, también en este mismo sentido LÓPEZ GIL, M., en ROBLES GARZÓN, J. A., (director-coordinador) *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, opus cit., pág. 333.

¹⁴⁶⁵ Según FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “para proceder a la ejecución dineraria es necesario que se trate de cantidad líquida (art. 571 LEC), de modo que la sentencia de condena ilíquida no permite el despacho de ejecución y, por tanto, no puede haber lugar a la celebración del incidente previsto en los arts. 712 y ss. LEC, que ha de celebrarse necesariamente en esta fase y que no puede abrirse por carecer el actor todavía del correspondiente título ejecutivo”. Ídem, pág. 25; se remite en este momento a pie de dicha página citando en ese sentido a DE LA OLIVA SANTOS, A. Con respecto a la posición de éste último, me remito a lo de él recogido precisamente en sede del análisis del ámbito de aplicación de los arts. 712 y ss., añadiendo simplemente que reitera esa imposibilidad de liquidar una sentencia con reserva a través de este cauce, cuando, por ejemplo, afirma que la el actor deberá formular (en estos casos) su demanda de tal forma: “que no precise acudir al procedimiento –expresamente excluido- para la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas (arts. 712 y ss.)” *Curso de derecho procesal civil II*, opus cit., pág. 216.

la deuda esté completamente liquidada o, al menos, se hayan establecido las bases para ello en un procedimiento declarativo iniciado al efecto y finalizado por sentencia firme (sin olvidar que también podría lograrse dicha liquidación por acuerdo entre las partes)¹⁴⁶⁶, de modo que una vez despachada ejecución no sea necesario realizar operación alguna salvo, en su caso, simples operaciones aritméticas a partir de las bases de liquidación que puedan haberse fijado previamente.”¹⁴⁶⁷

También del **foro** se pueden traer a colación numerosas sentencias que han resaltado el cambio operado en este punto por la LEC del 2000. De las primeras fue la **SAP de Cuenca, de 18/09/2002**¹⁴⁶⁸, en cuyo fundamento segundo se aseveró que: *Con la finalidad de evitar la práctica de Juzgados y Tribunales en las sentencias de condena, alentada por los súplicos de la demanda, de remitir a la fase de ejecución la determinación de las cantidades – fase en la que verdaderamente se ventilaba el pleito -, al amparo de la posibilidad contemplada en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con la multiplicación de incidentes en fase de ejecución y la consiguiente dilación de procesos, la actual redacción del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento civil impone al demandante la cuantificación exacta del importe reclamado o bien la fijación de las bases para efectuar la liquidación mediante una operación aritmética, sin que pueda solicitarse su determinación para ejecución de sentencia, estableciendo el apartado 2 del dicho artículo el mismo mandato a cumplir por los órganos jurisdiccionales en sus sentencias.* Y en parecido sentido se pronunciaron, al poco de entrar en vigor la nueva LEC, muchas otras, como por ejemplo la **SAP de Jaén (2ª) de 27/05/2002**¹⁴⁶⁹, dentro de cuyo fundamento segundo se expuso que tanto el art. 209 nº 4 como el art. 219 LEC son: *Preceptos que, tal como razona su*

¹⁴⁶⁶ Recordemos que, aún siendo para esta autora la sentencia con reserva una resolución de condena, su “fuerza ejecutiva [...] no se despliega hasta tanto se determine la cantidad por la que se condena.” Ídem, pág. 28.

¹⁴⁶⁷ Ídem, pág. 27. También plantea esta autora dos interesantes cuestiones más, que aborda desde su tesis de que la sentencia con reserva tiene naturaleza condenatoria. La primera de ellas es la cuestión de la **competencia funcional**, que considera “corresponderá (por aplicación del art. 545 LEC) al órgano jurisdiccional que conoció en primera instancia del procedimiento en el que se dictó la sentencia de condena ilíquida (puesto que éste es el verdadero título ejecutivo, aunque este carácter le haya sobrevenido posteriormente).” Ídem, pág. 28. La segunda se refiere a la **documentación** que se habrá de aportar pues, a su entender “aunque el art. 550 LEC dispense de aportar el título ejecutivo junto con la demanda cuando se trata de una sentencia, ello sólo afecta a la obligación de aportar la sentencia de condena ilíquida, pues ya consta en autos, pero no a la sentencia de liquidación, que deberá aportarse cuando la haya dictado un órgano jurisdiccional distinto al que va a conocer de la ejecución [aquí se remite a pie de la página 28, en donde cita a Armenta Deu, T.]”. Ídem, pág. 28.

¹⁴⁶⁸ Ponente López-Calderón Barreda, rec.: 145/2002; extraída de COBO PLANA, J. J., *Doctrina de los Tribunales...*, opus cit., págs. 395 y 396.

¹⁴⁶⁹ Ponente Requena Paredes, rec.: 34/2002; ídem, págs. 397 y 398.

*Exposición de Motivos, tratan de abolir, como ya hizo la Ley de Procedimiento Laboral (artículos 87 y 99), el inapropiado y excesivo uso que, con apoyo en el artículo 360 de la Ley procesal anterior, se venía haciendo por litigantes y Tribunales convirtiendo las ejecuciones en verdaderos procesos declarativos que comprometen la agilidad y eficacia que la nueva Ley se propone conseguir*¹⁴⁷⁰. Posteriormente, esta misma corriente se ha ido afianzando, con lo que se ha seguido resaltando la contraposición del nuevo sistema frente al establecido en la LEC de 1881¹⁴⁷¹.

¹⁴⁷⁰ De ese mismo año se pueden destacar algunas más, entre ellas el **auto de la AP de La Rioja de 31/07/2002**, en cuyo fundamento primero dijo que: *Como es sabido, el artículo 360 de la anterior LEC de 1881 contenía una regulación extremadamente flexible y permisiva, que hacía posible que el Juez o Tribunal, a la hora de dictar una sentencia de condena de frutos, intereses, daños o perjuicios en un proceso civil, pudiera dejar sin concretar exactamente el “quantum” de la condena en su parte dispositiva, fijando en su lugar “las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación”, cuya realización quedaba de esta forma demorada a la posterior fase de ejecución forzosa de la sentencia (SSTS 1ª 3.2.90, 13.2.97), donde debía llevarse a cabo conforma [sic] a lo dispuesto en los artículos 928-931 LEC de 1881 (SSTS 1ª 15.6.90, 3.7.97).*

Incluso posibilitaba dicha norma que el pronunciamiento de condena pudiera ser emitido “in abstracto”, sin que en el mismo se fijase la cuantía exacta de la misma ni tampoco las bases para propiciar su determinación, dejando que la liquidación entera del crédito se promoviese en el trámite de ejecución (SSTS 1ª 14.7.95, 21.12.98).

Frente a esta permisiva regulación, en cambio, otras normas del ordenamiento procesal reaccionaron frente a semejante extensión de la potestad de dictar condenar [sic] ilíquidas. Así, por ejemplo, la LPL en su artículo 87.4.

De ambas orientaciones legislativas, la amplia o extensiva recogida en el texto de la anterior LEC de 1881, y la prohibitiva de la que es exponente el transcrito precepto de la LPL, la nueva LEC de 2000 ha optado decididamente por la anunciada en último lugar, prohibiendo en todo caso la emisión de sentencias con reserva de liquidación, conforme a lo dispuesto en su artículo 219.

*[...] En el apartado 1º del artículo 219 se pretende evitar las sentencias con reserva de liquidación que generen un prolongado incidente de liquidación, en ejecución de sentencia, como también se reafirma en el apartado 3º, en su primer punto, mientras que el 2.º complementa el 1.º refiriéndose directamente a la sentencia correspondiente a las pretensiones admisibles. Ponente Santisteban Ruiz, rec.: 228/2002; ídem, págs. 398 a 403. Y, nuevamente comparando ambas legislaciones, encontramos también la **SAP de Les Illes Balears (3ª) de 24/06/2002**, dentro de cuyo fundamento cuarto se afirmaba que: *La doctrina procesalista ha puesto de manifiesto que la finalidad última del artículo 219 de la vigente LEC, la de poner coto a la llamada condena genérica o condena con reserva, que se extendió de forma abusiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 360 de la LEC de 1881 y fundamentalmente en el ámbito de la indemnización de daños y perjuicios. Ponente Moragues Vidal, rec.: 159/2002; ídem, págs. 404 a 406.**

¹⁴⁷¹ A título simplemente ejemplificativo, se puede citar la **sentencia nº 269/2006 de la AP de Guadalajara, de 21 de diciembre del 2006**, en cuyo fundamento de derecho primero se afirmaba que *el tenor del actual art. 219.3 L.E.C. es claro y prohíbe que el demandante pida y que el Tribunal permita que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución, fuera de los supuestos que el propio precepto contempla en sus apartados anteriores, en ninguno de los cuales se encuentra la actual petición; siendo obvio que, incluso bajo la vigencia del anterior art. 360 L.E.C., era reiterada la Jurisprudencia que apuntaba que la realidad de los daños había de probarse en el proceso; permitiendo solo que su cuantificación pudiese hacerse en fase de ejecución determinando en la sentencia las bases a tal fin (S.T.S. 13-12-1996, 20-5-1996, 8-4-1996, 28-7-1995, 19-10-1994); habiendo limitado enormemente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil las posibilidades de determinación de las sumas a abonar en trámite de ejecución anteriormente permitidas en el citado art. 360 L.E.C., limitación tendente a evitar situaciones como las que venían aconteciendo, en las que el proceso de ejecución de sentencias ilíquidas llegaba a ser más complejo y dificultoso que el pleito principal; manteniéndose únicamente la posibilidad de dictar condenas con reserva de liquidación en casos en los que no es preciso desplegar una ardua labor probatoria en la fase de ejecución, sino que, esta podrá efectuarse mediante unas*

Late en la mayoría de las anteriores resoluciones la idea ya explicitada por GUASP de la “hipertrofia” de la ejecución que se producía con esa remisión de la liquidación a aquella fase. Asimismo, también se vislumbra en alguna de ellas la idea ya defendida por CALAMANDREI de que, en la tutela de condena, la existencia de un débito y su cuantificación no es algo lógicamente escindible o, al menos, lo que no es lógico es precisamente esa escisión. Una resolución que expone muy claramente esta tendencia es la **sentencia nº 351/2002 de la AP de Cantabria (Sección 4ª), de 15 de octubre del 2002**¹⁴⁷², en cuyo fundamento de derecho primero afirmó que *la nueva LEC, bajo la que se ha tramitado la totalidad de este procedimiento, impone que la sentencia de condena establezca el importe exacto de las cantidades respectivas, o la fije con precisión y claridad las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución (art. 219.2). Tal imposición, lejos de constituir una mera recomendación, resulta consecuenta con la naturaleza y contenido de la fase cognitiva del procedimiento, en la que la parte actora debe probar, y la sentencia declarar, no la simple posibilidad de existencia de un crédito, o la realidad de un crédito aunque indeterminado, sino la realidad de un concreto crédito, concreto también en su extensión, cuantía y límites. Y es que el crédito, no se olvide, no es una realidad abstracta, sino un concreto deber de prestación a cargo de una persona, con límites determinados. Cuando su naturaleza es pecuniaria (como en el caso de autos), el acreedor no puede limitarse a probar que el deudor le debe algo, sino que debe probar qué concreta suma de dinero le debe. No haciéndolo, puede decirse que en realidad no ha probado el crédito, en su configuración concreta. La LEC establece, como única excepción, la fijación, en la sentencia, de unas bases tan sólidas, concretas y contundentes, que la liquidación en ejecución de sentencia resulte una operación sencilla, desprovista de las complicaciones probatorias y dialécticas propias de la fase declarativa del procedimiento. Se trata, en definitiva, de impedir que la fase de ejecución se convierta en una prolongación de la fase declarativa y se confunda con ésta, así como de imponer contundentemente al acreedor la carga de probar con*

sencillas operaciones aritméticas, lo que exige que queden sentadas en la sentencia las bases de la liquidación, para lo que no se ofrecieron datos bastantes en la demanda, como se ha apuntado y se reiterará seguidamente, consideraciones que habrán de comportar la desestimación de los citados motivos del recurso en los términos planteados en la alzada. Dictada en resolución del recurso nº 311/2006, LA LEY 239159/2006, ponente Espejel Jonquera, Concepción.

¹⁴⁷² Dictada en resolución del recurso nº 697/2001, ponente Tafur López de Lemus, Joaquín, La LEY 170381/2002.

precisión su crédito (porque, repetimos, el crédito es siempre una realidad perfectamente delimitada), y de tener que hacerlo, además, en la fase primera del proceso, y solo en ella.

A partir de la literalidad de la norma, y de la finalidad buscada por la misma que tan claramente se explicita en las anteriores resoluciones y opiniones, parecería que se podría sustentar la **hipótesis** de que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil **prohíbe** la liquidación de la sentencia a través de los procedimientos de sus arts. 712 y ss. LEC, debiéndose acudir siempre a un segundo proceso declarativo para proceder a la concreción de las cantidades que hayan sido objeto de reserva en la correspondiente sentencia. Ahora bien, esta interpretación ha tenido que lidiar (desde un principio) con las inercias ocasionadas por la anterior configuración del sistema, como se demuestra con la ingente jurisprudencia menor de las diferentes Audiencias, que han ido “corrigiendo” numerosas sentencias de primera instancia que seguían difiriendo esa liquidación a la ejecución. En este punto, el art. 219 LEC regularía esta temática de forma muy parecida a como se hallaba contenida en la LEC de 1855, dejando sin efecto la modificación operada por la LEC de 1881, razonándose esta “vuelta a los orígenes” en los mismos motivos por los que se modificó el sistema por el segundo legislador procesal decimonónico, es decir, en atención a la economía y eficacia del proceso. La denostada hipertrofia de la ejecución (GUASP)¹⁴⁷³ se soluciona con la remisión de la liquidación a un segundo declarativo, permaneciendo la controversia irresoluta hasta el dictado de la sentencia que ponga fin al segundo proceso de declaración. De esta forma, lo “malo” para el legislador de 1881 es lo “bueno” para el del 2000, y viceversa.

A pesar de lo anterior, seguidamente se demostrará cómo la citada hipótesis ya no tiene apoyatura en la actual jurisprudencia pues, como sucediera con todas las legislaciones desde la Alfonsina, el (en apariencia) armónico sistema legal se quiebra en el momento de su aplicación práctica. De esta forma, análogamente a lo sucedido con respecto a la cuestión de la fijación de las bases, en donde se ha atacado la literalidad del precepto interpretándose de una manera flexible el significado de la expresión *una*

¹⁴⁷³ En donde, como afirma con respecto al proceso laboral MONTOYA MELGAR, A., no se trata ya de resolver controversias, sino de realizar de forma coactiva un derecho amparado por el correspondiente título. C.G.P.J., *La ejecución laboral, Cuestiones generales de la ejecución definitiva de las sentencias (artículos 235 a 245 LPL)*, opus cit., págs. 48 a 51.

simple operación aritmética, se ha diluido la tajante prohibición de que la liquidación se reserve para la ejecución (art. 219.3 LEC)¹⁴⁷⁴.

Nuestro **Tribunal Supremo** (sobre todo a partir del 2008) tuvo que abordar esta espinosa cuestión, adoptando en algunas de sus primeras resoluciones una interpretación literal del precepto. Así se puede comprobar en su **sentencia de 18/05/2009 (Sala 1ª)**¹⁴⁷⁵, en cuyo fundamento de derecho segundo dijo que *de los tres apartados del art. 219 LEC de 2000, en relación con la regla 4ª de su art. 209, se desprende que, salvo los casos en que la liquidación de una cantidad consista en una simple operación aritmética, no es posible diferirla a la fase de ejecución de sentencia. La ley pretende, así, evitar ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración, y por ello el citado apdo. 3 del art. 219 tan sólo permite al tribunal sentenciar una condena al pago de cantidad de dinero cuando se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de cantidades*. De esta forma, como se sostuvo con la anterior hipótesis, se contraponía claramente el nuevo sistema con el que estatuyó el derogado art. 360 ALEC, distinción entre ambos que se advierte en varias de sus resoluciones como, por ejemplo, en su **sentencia de 7/10/2009 (Sala 1ª)**¹⁴⁷⁶.

Ahora bien, en mi opinión, el talón de Aquiles del sistema radica en el hecho de que el Legislador del 2000 ha mantenido los procedimientos incidentales de liquidación en la ejecución (arts. 712 y ss. LEC) de forma prácticamente inalterada con respecto a la normativa anterior, con lo que la tentación de recurrir a ellos para liquidar lo que

¹⁴⁷⁴ Recuérdese que el art. 219 LEC refiere en diversas ocasiones al proceso ejecutivo; concretamente en su primer apartado cuando exige que se cuantifique *exactamente* el importe de lo debido, *sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética*; en el segundo, cuando prescribe que si se fijan en la sentencia las correspondientes bases, éstas deberán liquidarse mediante *una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución*; y finalmente en su apartado tercero, cuando estipula que *Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución*.

¹⁴⁷⁵ Dictada en resolución del rec. 725/2004, ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 306/2009, LA LEY 67168/2009.

¹⁴⁷⁶ En cuyo fundamento de derecho quinto expuso que: *Las normas indicadas como violadas [art. 219 LEC, en rel. con la Disp. Transitoria 2ª de la misma] no son de aplicación en el supuesto del debate; en la demanda se reclaman cantidades concretas, y la sentencia de apelación con indicación de que no puede entenderse acreditada la cantidad líquida reclamada, dispone que la misma se determinará en el periodo de ejecución de sentencia, lo que puede hacerse conforme al sistema procesal conforme al cual se promovió el escrito inicial, con fijación de las bases para ello, lo que efectúa en su fundamento de derecho quinto*. Dictada en resolución del rec. 2188/2004, ponente García Varela, Román, nº de sentencia 600/2009, LA LEY 191965/2009.

mediante ellos no se puede liquidar (art. 219.3 LEC) es muy poderosa. De ahí parte prontamente el nacimiento del criterio jurisprudencial de la *complejidad* de la liquidación como elemento habilitador y delimitador de ese diferimiento a la ejecución. Ello se advierte en diversas resoluciones, como en su **sentencia de 20/10/2010 (Sala 1ª)**¹⁴⁷⁷, explicitándose de una forma más sólida y elaborada en su **sentencia de 16/01/2012 (Sala 1ª, del Pleno)**¹⁴⁷⁸, en cuyo fundamento de derecho tercero se expuso que: *Se le reprocha a la Sentencia recurrida que, al diferir la cuantificación al proceso de ejecución, infringe el art. 209.4º LEC, [...], y asimismo el art. 219 LEC, [...]. Sin embargo, el contenido de dichos preceptos debe ser matizado. El propio art. 210.4º [sic] se refiere a "en su caso" y en cuanto a la disposición sobre sentencias con reserva de liquidación (ex art. 219) ya dice la E. de M. de la LEC "que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible", lo que no cabe identificar de modo absoluto con los supuestos de sencilla operación aritmética.*

¹⁴⁷⁷ Al argumentarse en su fundamento de derecho tercero que *aun cuando no se comparta plenamente el razonamiento del tribunal sentenciador interpretando los arts. 712 y siguientes de la LEC como una excepción a la prohibición casi absoluta de condenas con reserva de liquidación en la ejecución, contenida en el art. 219.3 de la propia LEC en relación con su art. 209-4ª, tampoco se comparte la tesis de la parte recurrente que reduce al máximo el ámbito del procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios regulado en los arts. 712 y siguientes de la LEC. En realidad, una interpretación razonable de esta previsión legal de liquidación de daños y perjuicios en ejecución que permita cohonestarla con la voluntad de la ley de prohibir sentencias que releguen la solución de gran parte del conflicto entre los litigantes a la fase de ejecución, voluntad patente desde luego en los arts. 219.3 y 209-4ª LEC si se ponen en relación con la Exposición de Motivos de la propia ley cuando resalta la importancia de las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, "que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible" (apdo. IX, párrafo vigésimosexto), aconseja entenderla no como estrictamente limitada a la liquidación de los daños y perjuicios intraprocesales, tesis de la parte recurrente, sino como comprensiva también de la prestación sustitutoria por el incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer (arts. 1098 y 1099 CC y 706 y 710 LEC). Así las cosas, la adecuación del pronunciamiento impugnado a la LEC se desprende de las propias peculiaridades del caso litigioso, [...]. Si a todo ello se une, de un lado, que la sentencia impugnada especifica los conceptos indemnizatorios e incluso fija un límite máximo a la suma indemnizatoria y, de otro, que un eventual juicio plenario posterior de la compradora contra la vendedora tendría un contenido tan simple como la presentación de la factura correspondiente a los trabajos y su discusión por la vendedora hoy recurrente, la conclusión que se alcanza es que el pronunciamiento impugnado se acomoda al espíritu de la LEC de no dejar para ejecución lo que pudo resolverse en sentencia y, al mismo tiempo, no someter a los mismos justiciables a diferentes procesos, provocando la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, "cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo" (Exposición de Motivos, apartado VIII, párrafo segundo).*

3º.- Por último, la reciente sentencia de esta Sala de 17 de junio del corriente año (rec. 141/06), fundándose en los precedentes representados por las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 15 de julio de 2009, toma precisamente como dato a considerar para permitir la determinación del importe exacto de la prestación en ejecución de sentencia el de la facilidad de tal determinación, máxime si se trata de una condena a indemnizar daños y perjuicios y éstos han quedado acreditados durante el procedimiento, cual sucede en este caso. Dictada en resolución del rec. 994/2006, ponente Marín Castán, Francisco, nº de sentencia 606/2010, LA LEY 188010/2010.

¹⁴⁷⁸ Dictada en resolución del rec. 460/2008, ponente Corbal Fernández, Jesús, nº de sentencia 993/2011, LA LEY 6163/2012.

Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7, 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. [...]. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011, 663) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior [posterior] (SS. 10 de febrero de 2009, 49; 2 de marzo de 2009, 95; 9 de diciembre de 2010, 777; 23 de diciembre de 2010, 879; 11 de octubre de 2011, 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución (SS. 15 de julio de 2009; 16 de noviembre de 2009, 752; 17 de junio de 2010, 370; 20 de octubre de 2010, 606; 21 de octubre de 2010, 608; 3 de noviembre de 2010, 661; 26 de noviembre de 2010, 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este

sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011, 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010, 739. En el caso, la sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC) no supone ninguna indefensión.

La doctrina reflejada en esta última sentencia se reproduce en otras posteriores, eliminándose con ella la prohibición absoluta de remitir la liquidación del *quantum* a la ejecución, y estableciéndose como criterio orientador para delimitar cuándo se permite efectuar esa determinación a través de los incidentes de los arts. 712 y ss. LEC, y cuando es necesario acudir a un segundo declarativo, el consistente en la complejidad de aquélla. En este sentido se pueden destacar diversas de sus resoluciones, como las **sentencias de 28/06/2012 (Sala 1^a)¹⁴⁷⁹, de 24/10/2012 (Sala 1^a)¹⁴⁸⁰ y de 12/11/2012 (Sala 1^a)¹⁴⁸¹**. Para evitar duplicidades, me remito al epílogo de esta obra en lo relativo a la crítica de esta doctrina.

4.12.2.2. Tratamiento procesal de la demanda instando la ejecución de una sentencia ilíquida. Breve reflexión sobre la liquidez como presupuesto necesario del título ejecutivo sentencia firme de condena (artículo 517.1 LEC).

Partiendo de la interdicción legal de dejar para la ejecución la liquidación de una sentencia ilíquida, cabe plantear la cuestión de qué sucederá cuando se pretenda la

¹⁴⁷⁹ Cfr. su fundamento de derecho séptimo en donde se reproduce lo declarado en la citada STS de 16/01/2012. Dictada en resolución del rec. 198/2008, y de la que fue ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, n° de sentencia 423/2012, LA LEY 138124/2012.

¹⁴⁸⁰ Cfr. su fundamento de derecho sexto en donde, como en la anterior, se reproduce lo que se expuso en la STS de 16/01/2012 del Pleno. Dictada en resolución del rec. 1807/2008, ponente Salas Carceller, Antonio, n° de sentencia 541/2012, LA LEY 180642/2012.

¹⁴⁸¹ Dentro de cuyo apartado 8° se expuso que: *El artículo 219.2 LEC solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación. Esta, en principio, deberá consistir en una simple operación aritmética, según la literalidad de la LEC, aunque cabe imaginar otros supuestos en que la necesidad de evitar la indefensión justifique esta posibilidad. Fuera de los supuestos en que concurra la pertinente justificación, según indica expresamente el artículo 219.3, inciso primero, LEC, no se permitirá al tribunal que al dictar sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación para la fase de ejecución. Este sistema normativo se completa con lo previsto en el artículo 219.3, inciso segundo, LEC.* Dictada en resolución del rec. 618/2010, ponente Sancho Gargallo, Ignacio, n° de sentencia 662/2012, LA LEY 185311/2012.

ejecución de la misma. Llegados a este punto cabe diferenciar **dos supuestos** que se distinguen únicamente en base a si la correspondiente sentencia se dictó antes o después de la **entrada en vigor de la LEC 2000**. En cuanto al primer caso, parece claro que cabría admitir el despacho de ejecución, y acudir a los arts. 712 y ss. LEC para determinar la correspondiente cuantía¹⁴⁸². De hecho, éste sería el único supuesto en que dichos incidentes declarativos jugarían el mismo papel que el de sus antecesores de la LEC de 1881 y, valga decirlo, en base únicamente al juego del derecho transitorio.

Para el segundo supuesto cabrá el mecanismo de la **oposición a la ejecución**. En este sentido LAFUENTE afirma que: “Algunas Audiencias también encuadran dentro de este motivo de oposición [el de: “No contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena” (art. 559.1.3º LEC)] las sentencias con reserva de liquidación para la fase de ejecución, que proscribieron el art. 219 LEC de 2000¹⁴⁸³, [...], quedando vetada la posibilidad de remitir la determinación concreta de las cantidades a la fase de ejecución de la sentencia (AAP de Albacete de 2-6-2003 [AC 2003, 1523]). En estos supuestos se debe estimar la oposición planteada y sobreseer la ejecución.”¹⁴⁸⁴ Hasta aquí me adhiero a las opiniones del citado autor. Ahora bien, seguidamente LAFUENTE opina que: “No obstante, a mi juicio, la inclusión de estos supuestos en el primer inciso del ordinal tercero del art. 559.1 (no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena), resulta un tanto forzada, ya que las sentencias con reserva de liquidación sí contienen una condena: lo que sucede es que esta condena es ilícita y, por tanto, es más preciso decir que el documento presentado no reúne los requisitos necesarios para llevar aparejada ejecución, en concreto el requisito de la liquidez. Con todo, se trata de una mera cuestión terminológica, pues, con

¹⁴⁸² En este sentido se pronuncia LAFUENTE TORRALBA, ALBERTO JOSÉ, cuando sostiene que sólo cabrá remitir la determinación de las cantidades a la fase de ejecución cuando la correspondiente sentencia se rigió “por la antigua ley procesal pero cuya ejecución se solicite bajo el imperio de la LEC de 2000. Téngase en cuenta que el art. 219 LEC es una norma que afecta al contenido de la sentencia, no a su ejecución, y por tanto nada impedirá ejecutar la sentencia dictada conforme a la antigua LEC (cfr. DT 2ª). No obstante, el ejecutado podrá oponerse en el caso de que el ejecutante no solicite la liquidación conforme a los arts. 712 y ss. de la nueva LEC, sino que pida en la demanda ejecutiva, directamente, el límite máximo establecido en la sentencia o cualquier otra cantidad fijada unilateralmente (vid. AAP Córdoba de 10-3-2003 [AC 2003, 358]).” *La Oposición a la Ejecución*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., 2006, a pie de la pág. 140.

¹⁴⁸³ En este lugar se remite LAFUENTE, A. J., a pie de idem, pág. 140, observando que: “En este aspecto, como es bien sabido, la nueva LEC ha dado un giro copernicano con respecto a la legislación derogada, cuyo art. 360 permitía hacer <<la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia>>.”

¹⁴⁸⁴ Ídem, pág. 140.

independencia de la calificación que demos a estos supuestos, la tramitación ulterior será la que el art. 559 prevé para la oposición fundada en defectos procesales.”¹⁴⁸⁵

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto en este apartado se puede acudir al **auto de la AP de Barcelona (Sección 1ª), de 19/04/2004**¹⁴⁸⁶. Aún así, en mi opinión, el sistema tiene diversas fisuras. En primer lugar, la originada por la mencionada doctrina del TS que permite, en ocasiones, el diferir la liquidación a la ejecución de sentencias. En segundo lugar, la que puede darse en el caso que una sentencia de condena con reserva, que remita su liquidación a la ejecución, consiga ser firme. En este supuesto, a mi entender, se debería interponer una nueva demanda declarativa para proceder a aquella cuantificación, teniéndose aquella remisión por no puesta, por ser el mandato del art. 219.3 LEC de carácter imperativo.

Lo anterior está inextricablemente relacionado con la analizada temática de que, con la LEC del 2000, sólo se puede proceder a despachar la ejecución dineraria de una

¹⁴⁸⁵ Ídem, págs. 140 *in fine* y 141.

¹⁴⁸⁶ En cuyo fundamento de derecho primero se expuso que: *En efecto no concurre inadecuación de procedimiento ni es procedente la remisión a los arts. 712 y ss. LEC porque, aunque la sentencia de la Sección 15ª se dictó conforme a la derogada LEC, que permitía fijar en sentencia las bases de la ejecución (art. 360 ALEC) y abrir después el incidente de los derogados arts. 928 y ss., la vigente Disposición Transitoria 2ª de la LEC claramente establece que la ejecución de los juicios declarativos seguidos conforme a la anterior ley ha de seguirse por los trámites de la nueva.*

Por ello es plenamente hábil la demanda ejecutiva y posible la cuantificación en la forma realizada (en principio, una simple operación aritmética con integración documental del título ejecutivo) en la línea de las previsiones de los arts. 219.2, 571, 572.2, 1º y 573, 695.1, 2º y 3 y 691, 1, 2º y 3 LEC y con la misma filosofía de los viejos arts. 1429.6 y 1435 ALEC, ahora extensiva a los títulos judiciales. Esta es la solución que permite la mencionada Disposición Transitoria pues ni pueden aplicarse preceptos derogados ni alterar el nuevo sentido y alcance de la cuantificación de daños y perjuicios.

La asimilación de la ejecución de títulos judiciales a los no judiciales implica que, cuando una sentencia condena al pago de una cantidad fijando claramente las bases de cuantificación, estamos ante un supuesto de ejecución dineraria procedente de un título ejecutivo del que indirectamente resulta el deber de entregar una cantidad líquida (art. 571 LEC). La oposición a estos cálculos puede plantearse como excepción de pluspetición (art. 558 LEC) y ventilarse en juicio verbal (art. 560 párrafo 4º LEC).

No es posible aplicar el trámite de cuantificación de daños y perjuicios porque la nueva LEC prohíbe, como regla, la condena ilíquida (art. 219.1 LEC) y la remisión legal a los arts. 712 y ss. sólo se da en incumplimiento de obligaciones no dinerarias (arts. 701.3, 702.2, 706.2 párrafo 2º, 708.2 párrafo 2º), por desperfectos sobrevenidos en la ejecución (arts. 703.3) o como consecuencia de perjuicios de origen procesal (arts. 40.7 y 533.3 y 534, 742 y 745).

[...]: La denuncia de que la cantidad es ilíquida y no vencida no puede progresar por lo expuesto. Vencida lo es porque así lo declara la sentencia ejecutada, que condena a su pago. Es además líquida porque el despacho de ejecución procede no sólo cuando la cantidad está fijada en letras, cifras o guarismos en el título ejecutivo (art. 572 LEC) sino también cuando, derivada de sentencia judicial, se pueda establecer, a través de un mecanismo de integración del título ejecutivo, mediante simples operaciones aritméticas, tras haberse precisado con claridad y precisión, como es el caso, las bases para su liquidación (art. 219.2 LEC). Dictado en resolución del recurso nº 795/2003, ponente Pereda Gámez, Francisco Javier, La LEY 91205/2004.

sentencia cuando ésta sea líquida (o al menos liquidable en los términos vistos), siendo en los demás casos el despacho imposible; supuesto que se ha de diferenciar de aquél en que, despachada una ejecución no dineraria, ésta se ha de sustituir por un equivalente pecuniario; aquí la ejecución ya se ha iniciado, transformándose la misma de no pecuniaria en dineraria. Por tanto, en estos dos casos, es diferente tanto la forma de la liquidación como el momento de la misma¹⁴⁸⁷.

En atención a lo anterior, y contraponiendo el sistema articulado en la LEC con su propio **artículo 517**, se podría defender la insuficiencia del redactado de éste último. Dicho precepto establece que *la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución*, relacionando como el primero de ellos *la sentencia de condena firme*. Tal afirmación resultaría incompleta pues la sentencia de condena sólo se constituiría como título ejecutivo cuando, en el caso de ser dineraria, fuera asimismo líquida y, al denominarse en nuestro ordenamiento como de condena la sentencia con reserva, parecería necesario añadir a este primer título ejecutivo el adjetivo *líquida*. Tal vez esta aparente falta de precisión haya sido la causa que haya llevado a algunos a confusión pues, tradicionalmente, se ha solido considerar que la relación entre sentencia de condena y título ejecutivo era necesaria y suficiente. En mi opinión, el redactado del artículo 517 LEC sólo habría de permanecer incólume si se predica de la sentencia de condena dineraria el ser líquida, catalogándose en consecuencia la sentencia con reserva como de condena escincida, y funcionalmente tan cercana a la de mera-declaración que su naturaleza jurídica se asimilaría a las de este último tipo. De hecho, el redactado del 517 LEC no deja ser una prueba más de lo incorrecto que resulta, sistemáticamente, seguir llamando *de condena* a esta clase de sentencias. Consecuentemente, la aparente aporía planteada sobre el citado precepto quedaría salvada pues, entendida así la

¹⁴⁸⁷ A modo de epítome de lo hasta aquí comentado, cabe evocar que se habrían de diferenciar estos tres supuestos:

- 1.- El de los casos encuadrables dentro del denominador del título ejecutivo líquido, que coinciden con los supuestos de los modos de liquidación consistentes en operaciones técnicas. Lo característico de ellos es que no hay debate entre las partes y son previos al despacho de la ejecución; su naturaleza es de **presupuestos de la ejecución**.
- 2.- Los supuestos de liquidación en la fase de ejecución, que se corresponderían con todos aquellos modos de liquidación en procedimientos declarativos especiales (712 y siguientes LEC) que se efectuasen en esta fase. Su naturaleza es la de **incidentes transformadores de la ejecución** (que pasa de ser no dineraria a serlo).
- 3.- Los supuestos de liquidación por vía de los procedimientos declarativos especiales (712 y siguientes LEC) que se efectuasen fuera de la ejecución, que se corresponderían con los restantes modos de liquidación de ORTELLS RAMOS, consistentes en procedimientos declarativos especiales no englobados en el punto dos. Su naturaleza es de **incidentes declarativos, en sede declarativa**, que permiten la creación de un título ejecutivo.

sentencia con reserva, de nuevo se podría sostener que, en nuestro ordenamiento, sentencia de condena, sentencia líquida (o liquidable) y sentencia ejecutable son términos congruente e indisolublemente unidos.

4.13. EPÍLOGO. UNA REFLEXIÓN GLOBAL SOBRE EL ART. 219 LEC AL FILO DE UN RECIENTE Y REPRESENTATIVO PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL. LA NECESIDAD DE SUPERAR UN MITO.

Partiendo de una visión integral del proceso, no resulta difícil relacionar la sentencia con reserva con esa **formación progresiva de la pretensión** de la que he tratado en diversas ocasiones a lo largo del presente estudio. En este sentido, se puede traer a colación el análisis crítico de RAMOS MÉNDEZ¹⁴⁸⁸, quien afirma que la demanda con reserva de liquidación de la condena se utilizará porque al inicio del juicio no habrá datos para plantearla de otro modo. Para este autor, el juicio “tiene mucho de búsqueda y averiguación y no simple escenificación de historias pasadas”, sosteniendo además que “es incomprensible, y desde luego contrario a la tutela efectiva, que la norma procesal pretenda reducir el campo de las pretensiones de parte a la prehistoria del propio juicio, cronológicamente hablando.” En la misma dirección también afirma que: “Además de la ignorancia de la realidad que demuestra la redacción de la norma, es de una candidez absoluta cuando pretende imponer a los tribunales un trabajo más concienzudo a la hora de hacer las cuentas: establecer el importe exacto, o fijar con claridad y precisión las bases para su liquidación, mediante una simple operación aritmética”¹⁴⁸⁹, aunque reconoce que tiene un propósito loable: “incitar a los litigantes a concretar todo lo posible sus pretensiones y a los tribunales a no relajarse en el

¹⁴⁸⁸ *Enjuiciamiento civil...*, opus cit., págs. 1361 y 1362.

¹⁴⁸⁹ Este autor también critica que la norma pretenda disociar la fijación judicial de los frutos y demás conceptos del efectivo cobro de la liquidación que resulte. Considera que hay una contradicción interna entre los párrafos primero y tercero. Finalmente considera que es posible “minimizar el impacto de la norma en la economía del litigio con un simple cambio de percepción en la apreciación del principio de vencimiento total a efectos de la condena en costas. [...], una interpretación rigorista de la exhaustividad del vencimiento, no deja margen para la condena en costas por diferencias de céntimos, lo cual es un despropósito. Una interpretación del principio más acorde con la economía global del litigio permite salvar la inclusión de la condena en costas, aun en casos de reducción de la petición inicial de condena para ajustarla a la realidad de la prueba, Ello daría mucho más juego a la hora de delimitar el contenido económico de una pretensión dentro de las bases de cálculo que resulten de la prueba.”

cumplimiento de su deber de exhaustividad en la sentencia, dejando trabajo para después. Ello redundaría en un ahorro de tiempos”¹⁴⁹⁰.

Este argumentario viene, en mi opinión, a coincidir sustancialmente con la concepción tradicional de la sentencia con reserva, que la percibe como un **instrumento necesario**. Como sintetiza el anterior autor, esta necesidad (*imprescindibilidad*) parte de una “realidad” originada con la presentación de una demanda ilíquida, a la que seguiría un proceso en cuya sede se produciría una verdadera “búsqueda y averiguación” de lo debido, que impediría “imponer a los tribunales un trabajo más concienzudo a la hora de hacer las cuentas”, apareciendo de esta forma el art. 219 LEC como una norma casi programática. Esta misma conceptualización de la sentencia con reserva se observa en prácticamente todos los autores y jurisprudencia hispánica desde mediados del S. XIX. Se sustenta esta teoría en una noción de *imprescindibilidad* que se asienta, a su vez, en la voluntad de evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del actor, ante la posibilidad de que se desestime una demanda en la que, habiéndose demostrado la existencia del débito, no se ha conseguido acreditar (aún) la cuantía del mismo. Asimismo, muchos autores y sentencias consideran que esa *imposibilidad* de determinar la concreta cuantía debida se ha de originar por **óbices de carácter probatorio**, ajenos a la diligencia del justiciable.

Ahora bien, en mi opinión, la anterior idea, que hilvana de forma inextricable imposibilidad probatoria del *quantum* e imprescindibilidad de la sentencia con reserva, ha sido objeto de cierta **mitificación**¹⁴⁹¹. Muchas son las razones que sostienen la anterior aseveración. Entre ellas se pueden destacar las siguientes:

¹⁴⁹⁰ Asimismo opina que el precepto presenta inconsistencia interna (lo que puede comportar una inconstitucionalidad). Ídem, págs. 1360 a 1362.

¹⁴⁹¹ A parecida conclusión, aunque con sus matices, ya llegaron otros autores cuyas posiciones se han ido exponiendo a lo largo de la presente obra. Por ejemplo GUASP, J., propuso en esta materia el recurso de “las sentencias parciales que, decidiendo alguna o algunas de las cuestiones que integran el fondo del litigio, dejan en pie algunas otras que habrán de aclararse en una fase ulterior del mismo procedimiento, no de otro distinto”. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, opus cit., pág. 977; remitiéndose a pie de esta página, en donde destaca entre esta clase de sentencias las *Grundurteile*. Criterio que no fue seguido por la LEC de 1881 (ni por la LEC del 2000) dando el art. 360 ALEC “una solución distinta y más imperfecta técnicamente.” Ídem, pág. 977. Y en parecido sentido se pronunció también PLAZA, M., cuando, después de encuadrar la cuestión aseverando que: “No siempre la sentencia condenatoria puede pronunciarse en forma que, sin necesidad de otra declaración complementaria, se vaya a la ejecución. La L.E.C. (art. 360) se refiere a ese supuesto excepcional, [...]. Pero es de observar que esas facultades, aparte de ser excepcionales, presuponen una declaración de su existencia que, por obvias razones, no puede aplazarse para la ejecución (SS. De 21 de junio de 1893, 13 de noviembre de 1895 y 31 de diciembre de 1932)”, conecta estas sentencias con reserva con la regulación itálica al afirmar (en el

1. **Históricamente** no se percibió esa *imposibilidad* de cuantificar lo liquidable. Para comprobar lo anterior basta con recordar la legislación Alfonsina y las leyes forjadas en el S. XVI y recogidas en la Nueva y en la Novísima Recopilaciones. De hecho, el

siguiente párrafo) que: “Este problema dice relación al supuesto, frecuentísimo por otra parte, de que la sentencia resolutoria no agote en una sola vez el contenido de la pretensión, porque la cumplida satisfacción de ésta exija dos declaraciones sucesivas, una referente al qué y otra atinente al *quantum*. La técnica subviene a esta necesidad mediante la construcción de las denominadas sentencias *parciales*, reguladas por el último Código procesal italiano, que evitan la denegación del fallo e impiden dividir la propia continencia del proceso. Por eso es, en nuestro sentir, errónea la posición de nuestra L.E.C., que en el artículo a que acabamos de aludir, reserva para la ejecución cuestiones que no son propias de ésta e *injerta* en él un proceso cognitivo que desemboca, en último término, en una declaración que es obligado supuesto de la ejecución misma. (Véase, en ese sentido, la S. de 8 de febrero de 1944.)” *Derecho Procesal Civil Español*, opus cit., pág. 597. En cuanto a la resolución que refiere (**sentencia de 8/02/1944**), la misma merece un comentario en este punto al efectivamente tratar de forma expresa de las citadas sentencias parciales. En esta resolución se partía de una sentencia impugnada en la cual *la Sala de instancia, previa la afirmación de facto de que la entidad demandada y recurrida recibió de los actores en el pleito un número determinado de envases para trigo, que no devolvió, sostiene, por imperio de los hechos que establece, que aquella entidad está obligada a restituirlo; y, para el caso de que, en todo o en parte, se hubieren destruído [sic] o perdido, se acoge, según dice, a la solución ofrecida por la demandada, y dispone que, en evento tal, se entregue el precio de los envases, habida cuenta del estado que tenían, según su uso, y a un precio que es el de su cotización en plaza, acreditado por certificación de la Cámara de Comercio de Córdoba, y referida a la fecha de la demanda inicial del pleito*. El recurso de casación que se interpuso se basó en dos motivos, siendo el primero de ellos el que se amparaba en el núm. 2.º del artículo 1.692 ALEC, denunciando *la infracción de sus arts. 359 y 360, al estimar que ejercitada en la demanda la acción reivindicatoria, sólo por una suposición gratuita del Tribunal sentenciador, que afronta una cuestión no planteada, puede pronunciarse una condena apoyada en el art. 926, sin tener en cuenta que este precepto, por su sentido cronológico y por el mecanismo que trata de establecer, no puede ponerse en movimiento más que en el período de ejecución de sentencia, ni es lícito adelantarle en uso excesivo del arbitrio judicial*. El segundo de los motivos se fundaba en la aplicación indebida del art. 1.106 CC al considerar que *la indemnización de perjuicios comprende así el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, como la ganancia que deje de obtener, el hecho de que en la sentencia se establezca, como momento para fijar el valor de los envases, el de la presentación de la demanda, equivale a situar la indemnización de perjuicios en un momento que impide tener en cuenta todos los factores necesarios para fijar el valor de la cosa, cuando por no haber sido entregada voluntariamente, precisa acudir a la tutela judicial, a fin de que la entrega se verifique, siendo así que sólo cuando la resolución adquiere firmeza y se ejecute, cabrá pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios, y a ese momento y no a otro habrá de referirse la valoración precedente*. Al abordar el segundo de los anteriores motivos es cuando, el Alto Tribunal, alude a las sentencias parciales, sosteniendo concretamente que: *Pero sin necesidad de razonar por innecesario, si el sistema que en ese punto sigue la LEC vigente, concuerda o no con las exigencias de una técnica más depurada, que acude, en eventos como el de autos, al sistema de las llamadas sentencias parciales, y evita de ese modo que se desnaturalice el proceso de ejecución con una superposición o injerto anormal de un proceso cognitivo, no hay en nuestro ordenamiento procesal obstáculo infranqueable para proceder, en caso tan singular como el de esta litis, cual lo hizo el Tribunal sentenciador, puesto que establecido imperativamente por el pár. 1.º del art. 360 que, [...], y determinado por el pár. 2.º del expresado artículo que en caso de imposibilidad habrá de fijarse su importe en ejecución de sentencia, no es aventurado mantener que, bien entendida esa norma, se endereza rectamente a conseguir que en el curso de la ejecución propiamente dicha no se interfieran, sino en lo necesario, cuestiones que por razones patentes no son propias de ella; y que sin violencias en la exégesis, es dado sostener que en determinados casos, y por una razón de evidente analogía, el espíritu que preside aquella norma específica debe inspirar la conducta del juzgador; aseverando posteriormente que por imperio de aquellos preceptos, ni podía sustraerse a su examen, ni dejar de sacar sus consecuencias, so pena de reservar, innecesariamente, para el proceso de ejecución de sentencia, cuestiones que en el de cognición estaban planteadas, y que, por estarlo, precisaba resolver*. Extraída de FENECH, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, opus cit., págs. 3453 a 3455.

alumbramiento de la sentencia con reserva se forjó en el ámbito de lo accesorio¹⁴⁹², e incluso cuando se extendió su aplicabilidad a lo principal se entendía que se hacía a los efectos de poder establecerse fórmulas de carácter automático¹⁴⁹³ que dependían de algún elemento cierto pero aún no constatado (por ej. *dies ad quem* devengo intereses).

2. En el marco del **derecho comparado**, diversos son los ordenamientos que desconocen esa inviabilidad probatoria. Así, por ejemplo, se pueden citar los casos italiano¹⁴⁹⁴ y alemán¹⁴⁹⁵ en los que, aunque se reconoce la escindibilidad entre la

¹⁴⁹² Vid. la LEM 1830, en la que lo que se reservaba era la propia acción.

¹⁴⁹³ Vid. v. gr. MANRESA, J. M.

¹⁴⁹⁴ Sin perjuicio de lo ya expuesto en sede del análisis de la naturaleza jurídica de la sentencia con reserva, y a modo de prevé sinopsis del mismo, cabe aquí recordar que en este ordenamiento esta materia se encuentra regulada en el **artículo 278 del Codice di procedura civile (Condanna generica. Provvisionale)**, el cual es del siguiente tenor literal:

Quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione. In tal caso il collegio, con la stessa sentenza e sempre su istanza di parte, può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisionale, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. Ahora bien, evóquese también que este ordenamiento comparte con el español la idea de que, esta división en dos juicios, es **algo excepcional**, no querido, fenómeno que en España se suele relacionar con la exigencia de que las sentencias sean “completas”; con las siguientes palabras lo explican EVANGELISTA, STEFANOMARIA y LANNELLI, DOMENICO: “Il vigente sistema processuale è ispirato al principio della concentrazione della decisione mediante la pronuncia di una sola sentenza con cui il collegio, decidendo tutte le domande e le relative eccezioni, definisca il giudizio (art. 277, primo comma).” *Manuale di procedura civile*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1988, pág. 140. Sobre este punto no parece existir controversia alguna; ello lo explicita muy claramente MANDRIOLI, C., cuando, después de afirmar que: “Come orientamento di massima, la legge vuole una pronuncia il più possibile sintetica, globale ed esauriente”, se remite a pie de página afirmando que: “Su questo orientamento [...] la dottrina non ha dubbi”. *Diritto processuale civile II*, opus cit., pág. 300 y a pie de la misma. Esta norma general tiene una serie de excepciones El mismo **artículo 277 CPC (Pronuncia sul merito)** que, es el que recoge esa norma general en su primer párrafo: *Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio*, establece ya algunas excepciones en el siguiente: *Tuttavia il collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell'articolo 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza*, siendo una de ellas precisamente la condena genérica. Al respecto EVANGELISTA y LANNELLI manifiestan que: “In deroga al principio della concentrazione della decisione è consentito anche al giudice di decidere separatamente in momento diversi la questione relativa alla “sussistenza” del diritto e quella relativa all’“ammontare” della prestazione dovuta (art. 278). È l’ipotesi della sentenza di “condanna generica”, con cui si riconosce soltanto l’*an debeat*ur e si riserva al prosieguo del medesimo giudizio la determinazione del *quantum*. Tale sentenza è “non definitiva”, e quindi suscettiva di impugnazione differita. Perché questa sentenza possa essere emessa, occorre una specifica domanda oppure, nel giudizio unitario di risarcimento del danno, un’istanza dell’attore in tal senso, cui presti consenso, espresso o tacito, il convenuto.” Pág. 141 opus cit. En el mismo sentido también MANDRIOLI, C., pág. 301 opus cit.

Ahora bien, a lo que ahora más interesa, obsérvese como el ordenamiento itálico está, a mi entender y en cierta medida, **a medio camino** entre el hispánico y el germano. Comparte con éste último el que, como norma general, la cuestión se resuelve **en un solo proceso**, aunque ello no ha de ser necesariamente así. Como afirman los citados EVANGELISTA y LANNELLI: “Sebbene la lettera dell’art. 278 sembri prevedere solo l’ipotesi del frazionamento della cognizione del giudice nell’ambito del medesimo giudizio, si ritiene dalla giurisprudenza che l’attore possa proporre domanda limitata alla sola condanna generica e chiedere la determinazione della quantità della prestazione in un separato giudizio; in questo caso il giudice dell’*an* non può disporre, come invece può e deve fare nel primo caso, la prosecuzione del giudizio sul *quantum* [aquí, remitiéndose a pie de la página 141, añaden que: “La sentenza è, pertanto,

declaración de lo debido y su posterior cuantificación, no se admite (con alguna excepción en el caso italiano) que el juicio se detenga en aquella primera declaración por imposibilidad de proceder a su concreta cuantificación; y menos aún que ello habilite para que esa cuantía se fije en sede de ejecución de sentencias¹⁴⁹⁶.

3. En el mismo ordenamiento español se prohíbe la sentencia con reserva en el **proceso laboral** que, como es sabido, aunque comparte la práctica totalidad de los principios que rigen también en el proceso civil¹⁴⁹⁷, explicita entre ellos el de *celeridad* (art. 74.1

definitiva, con le relative conseguenze.”].” Pág. 141 opus cit. Por su parte, advierte PROTO PISANI, A., que el que se admita, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, esa petición limitada a la condena genérica “pone un problema di tutel del diritto di difesa del convenuto: la particolare pericolosità dell’ipoteca giudiziale iscritta in base a sentenza di condanna generica impone di consentire al debitore di ottenere, il più rapidamente possibile, una sentenza di liquidazione sulla cui base poter chiedere la riduzione dell’ipoteca; in tal senso la giurisprudenza ha affermato: a) che se l’attore ha chiesto unicamente la condanna generica, il convenuto può chiedere che nello stesso processo venga accertata anche l’entità dei danni; b) che in tanto l’attore ha il potere di ridurre, durante il corso del processo, l’oggetto della domanda originaria, limitandolo al solo accertamento dell’an del diritto, in quanto il convenuto non vi si opponga espressamente.” *Lezioni di diritto processuale civile*, opus cit., pág. 169. Observaciones éstas últimas que, a mi entender, resultan totalmente lógicas si se tiene en cuenta esa **naturaleza cautelar** que traspa la condena genérica italiana y que ya observara CALAMANDREI, P. Por otro lado, comparte con el español el denominar a la sentencia sobre lo debido como **de condena**, aunque en el ordenamiento italiano se separa conceptualmente la posibilidad de que ya se fijen parte de las cuantías debidas denominando a este instrumento el pago de una “**provvisionale**”. EVANGELISTA y LANNELLI comentan al respecto que: “Con la sentenza di condanna generica, se la parte lo richiede, il collegio può condannare il debitore al pagamento di una “provvisionale”, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova.” Pág. 141 opus cit. En la misma dirección también MANDRIOLI, C., pág. 301 opus cit. Pero obsérvese que en el ordenamiento italiano no se reconoce la imposibilidad de probar el *quantum* durante el proceso de declaración ni, en consecuencia, la necesidad de su diferimiento a la ejecución.

¹⁴⁹⁵ Recuérdese que, por el contrario, tanto la necesidad de dilucidar en firme la existencia de lo debido para poder pasar a su cuantificación, como el tener que hacer ambos juicios en sede declarativa, son soluciones que compartiría nuestro ordenamiento con el ordenamiento alemán sino fuera por la jurisprudencia de nuestro TS que, aceptando esa imposibilidad probatoria, habilita incluso a acudir a la ejecución para fijar la correspondiente cuantía. Con las siguientes palabras lo explica LEIBLE, S.: “La sentencia sobre el fondo es impugnabile independientemente como una sentencia definitiva (§ 304 párr. 2) [Proceso civil alemán, opus cit.; apunta en este momento, a pie de la página 326, que: “Ello no es válido en el procedimiento ante la justicia laboral, compár. § 61 párr. 3 ArbGG.”]. Si es impugnada, circunstancialmente puede llegarse a una controversia en dos instancias, ya que a pesar de la impugnada sentencia sobre el fondo en la instancia inferior puede seguirse deliberando y decidirse sobre el monto. Si la sentencia por el monto se dicta antes de la decisión de la instancia del recurso, entonces está condicionada resolutivamente por la revocación de la sentencia sobre el fondo en la instancia de apelación. Para evitar esto, el tribunal recién inicia el procedimiento por el monto cuando, la sentencia sobre el fondo está firme.” Ídem, págs. 326 *in fine* y 327. Así pues, en la práctica, la problemática se resolvería de igual forma en ambos ordenamientos: haría falta esperar a la firmeza de la sentencia que se pronuncia sobre lo debido, para poderse iniciar el proceso (también declarativo) referente a su liquidación. Por tanto, la única diferencia relevante es que en el ordenamiento germano no se supedita la constatación de la cuantía a su posibilidad probatoria; para eso están las normas referentes a la carga de la prueba, no siendo correcto el diferir la liquidación a la ejecución.

¹⁴⁹⁶ Téngase en cuenta que, como comentó CALAMANDREI, P., hasta la jurisprudencia que originó la condena genérica italiana, la doctrina nunca consideró como elementos diferenciados la existencia del daño y la cuantía del mismo. Cfr. *Studi sul processo civile*, opus cit., págs. 227 a 230.

¹⁴⁹⁷ La interconexión en este punto entre ambas jurisdicciones la han resaltado diversos autores. V. gr., analizando el artículo 219 LEC, TAPIA FERNÁNDEZ, I., afirma que la regulación legal de dicho

LRJS), la falta del cual en el proceso civil hispánico ha sido, sin duda, uno de los grandes males que lo han atenazado a lo largo de su ya dilatada historia.

Por tanto, parece obvio que esa cuantificación no es ontológicamente imposible. Lo que sí es factible es que, llegado el momento de dictar sentencia, se haya vuelto inviable el fijar el *quantum* como consecuencia de una **articulación defectuosa** del conjunto del sistema procesal. Como es sabido, en la cúspide de esa estructura (al menos desde el razonar jurídico) se encuentran los principios decantados a partir del mismo, los cuales se extraen y se sustentan en conjuntos de preceptos de cuyo esmerado encaje y fina interpretación depende la solidez del sistema. De entre aquellos, el TS ha destacado en repetidas ocasiones la íntima conexión existente entre la sentencia con reserva y los principios dispositivo (congruencia) y de aportación de parte (rogación)¹⁴⁹⁸. Y aquí, ya en lo más aparentemente abstracto, es donde se inicia el problema.

La quiebra del **principio dispositivo** en el ámbito de la sentencia con reserva fue históricamente de tal magnitud, que se acabó facultando a los tribunales tanto para que liquidaran pretensiones ilíquidas, como para lo contrario. Consecuentemente, los principales autores que trataron de este tipo de sentencias (CORDÓN MORENO,

precepto: “novedosa en la jurisdicción civil, no lo es en las acciones que se ejercitan en el orden jurisdiccional social o laboral, donde el artículo 87.4 de la Ley de Procedimiento Laboral exige que las partes, al formular sus conclusiones, determinen de forma líquida las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria. De no hacerlo así, el tribunal les requerirá para que lo hagan, <<sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución de la sentencia>>. Y correlativamente, el artículo 99 del mismo cuerpo legal ordena al tribunal a que en la sentencia determine expresamente la cantidad a que se condena al demandado, <<sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución>>.” Sosteniendo seguidamente que “Este precedente del proceso laboral ha sido asumido en el nuevo proceso civil en la idea de dotar de eficacia y rapidez a los litigios, eliminando en lo posible aquellos incidentes que entorpecen la ágil tramitación de los procesos. De esta manera, el Legislador impone al litigante la carga de cuantificar su pretensión; y prohíbe al Juez que en la sentencia declare el débito del demandado y lo condene a su pago, pero reservando su cuantificación para la fase de ejecución de la misma. La única salvedad a esta norma general hace referencia a la posibilidad de liquidación de la condena con base en sencillas y puras operaciones aritméticas.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, opus cit., pág. 798.

¹⁴⁹⁸ Cabe evocar brevemente que el segundo de ellos (llamémosle, siguiendo la terminología legal, de **justicia rogada**) consiste en que los órganos jurisdiccionales decidan *los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes* (art. 216 LEC), precepto que se complementa con las reglas de distribución de la **carga de la prueba** (art. 217 LEC) ante la falta de suficiente acreditación *al tiempo de dictar sentencia de hechos relevantes para la decisión*, debiendo en este caso el tribunal desestimar *las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones*. Estos principios no dejan lugar a dudas de que estamos ante un sistema cerrado, en el que no cabe absolver en la instancia. Por otro lado, como una de las principales manifestaciones del **principio dispositivo**, se halla la necesaria **congruencia de las sentencias**, debiendo ser éstas siempre *claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito* (art. 218.1.1º LEC).

ARIAS LOZANO), sostuvieron que, en lo tocante a la cuantificación de lo debido, no se podía hablar de congruencia sino de la existencia de un imperativo legal (art. 360 ALEC) que obligaba al órgano jurisdiccional a llevar a cabo (incluso de oficio) esa liquidación. Encadenadamente con lo anterior, se produjo el arrumbamiento del **principio de aportación de parte** por el de investigación oficial, de manera especialmente clara a través de las facultades que otorgaban al Juez las entonces vigentes diligencias para mejor proveer (art. 340 ALEC¹⁴⁹⁹). Este debilitamiento de ambos principios no se fundó en los motivos que suelen legitimar su sustitución, en el proceso civil, por sus contrarios (la salvaguarda de intereses especialmente sensibles) sino en otras razones, entre las que destacó la idea de que cuantificar era **algo secundario**¹⁵⁰⁰. Depauperados aquellos principios, el sistema¹⁵⁰¹ acabó adoptando la creencia de que los justiciables no eran capaces, una vez conseguían acreditar la existencia de lo debido, de determinar su cuantía o, al menos, de hacerlo desde el inicio del proceso. Ahora bien, a pesar de la falsabilidad de esa reflexión (y como sucede con todas las profecías autocumplidas) el mito acabó cobrando realidad.

El **Legislador del 2000**, como ya intentaran sus predecesores, pretendió volver a hacer triunfar la racionalidad propugnando que, desde la génesis del proceso, se fijase *con claridad y precisión lo que se pida* (art. 399.1 LEC), al ser carga del actor el determinar en su demanda la parte del *thema decidendum* y del *thema probandum* que le corresponde. La demanda se concibe así como el lugar idóneo para establecer la cuantía de lo pretendido¹⁵⁰², pudiéndose auxiliar para ello el demandante de las diligencias

¹⁴⁹⁹ Cabe recordar que este art. 340 ALEC habilitaba a *los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer*, entre otras, *practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho*.

¹⁵⁰⁰ Ello, en mi opinión, es un craso error. Piénsese que, en ocasiones, sólo será discutida precisamente esa cuantía con lo que, reservar su concreción equivaldría a una absolución en la instancia. Pero es el mismo sentido común el que marca que no es lo mismo pedir por unas lesiones 100 que 100.000. En este sentido se ha sostenido que es el derecho a la tutela judicial efectiva el que habilita a presentar una demanda ilíquida, sin contraponer a esta idea la de que ese derecho fundamental se ha de predicar igualmente con respecto a la posición demandada. Y resulta obvio que **se vulnera el derecho de defensa** de ésta última si no sabe si le reclaman esos 100 o esos 100.000, pues la finalidad del proceso no es simplemente la de averiguar la verdad, sino el de hacerlo con las suficientes garantías como para que ambar posiciones procesales puedan disfrutar de paridad de armas.

¹⁵⁰¹ Y entiendo por tal no sólo al Legislador y sus productos, sino a todos los que operan e influyen en el proceso.

¹⁵⁰² Recuértese que es en ella en donde, amén de narrarse los hechos, *se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones* (art. 399.3 LEC), entrando en juego ya la famosa preclusión, no admitiéndose el reservar la alegación de *diferentes hechos* o de *distintos fundamentos o títulos jurídicos, para un proceso ulterior* (art. 400.1.1º

preliminares (arts. 256 a 263 LEC). Ahora bien, en el marco de ese *thema decidendum* la lógica del sistema empieza a resquebrajarse cuando permite que se pueda escindir, en una única tutela de condena, lo debido de su cuantificación (art. 219.3 LEC) pues, que sean diferenciables ambos aspectos no implica que se trate de cosas distintas, sino simplemente de diversos enfoques sobre un único objeto (CALAMANDREI); de hecho, una demanda de condena ilíquida es, *per se*, una demanda incompleta, incierta y no clara.

Desde un punto de vista más concreto, la quiebra se produce al no prever la LEC la inadmisión de este tipo de demandas (art. 403 LEC en rel. arts. 399 y 219.1 LEC)¹⁵⁰³, falta apenas compensable a través de la excepción de demanda defectuosa¹⁵⁰⁴, dándose en la práctica en la audiencia previa una nueva oportunidad al actor para cuantificar su pretensión, a través de la admisión en aquella de *las aclaraciones o precisiones oportunas* (art. 424.1 LEC). Sin perjuicio de que esto último puede ya comprometer gravemente la defensa del demandado, resulta casi dramático que se prescriba a continuación que en *caso de no formularse* aquellas, *el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvención* (art. 424.2 LEC). A mi entender resulta **paradójico** que la demanda deba ser *clara y precisa* (art. 399 LEC) y que, llegados a la audiencia previa, aún se pueda sostener que sea *en absoluto posible determinar* qué se está pidiendo.

Idéntica impotencia procesal se observa entorno al *thema probandum*. En un principio se considera también la presentación de la demanda como momento preclusivo para su fijación, al establecer el art. 265.1 LEC que a *toda demanda o*

LEC). Por otra parte, y en aras a garantizar el derecho de defensa de la demandada, se estableció también la preclusión de la acumulación de acciones (art. 401 LEC), y se prohibió el cambio de demanda, aunque *sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley* (art. 412.2 LEC).

¹⁵⁰³ Evóquese que lo que se prevé es únicamente ese extraño mecanismo de no dar *curso a los autos* para los únicos casos en que *la demanda se limite a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o si, tras apreciarse de oficio por el Secretario que la cuantía fijada es incorrecta, no existieren en aquella elementos suficientes para calcularla correctamente* (art. 254.4.1º LEC). En mi opinión, aquí se observa con nitidez que la cuestión de la cuantificación se concibe como algo “secundario”, lo que legitima que se pueda ir “precisando” este aspecto a lo largo de todo el proceso (formándose progresivamente la pretensión), a la par que facilita la falta de diligencia de la actora en claro perjuicio del derecho de defensa de la demandada.

¹⁵⁰⁴ En este sentido, parece evidente que una demanda que no delimite qué cantidad se reclama adolece de *falta de claridad o precisión* en relación con *las pretensiones deducidas*.

*contestación habrán de acompañarse tanto los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden, como los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones; pero esto último se establece sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley, produciéndose con ello otra grieta en el sistema. En el dictamen de peritos (prueba paradigmática en este campo) la norma general se reproduce en el art. 336.1 LEC¹⁵⁰⁵; a partir de aquí se va desmoronando la anterior estructura, desde las prescripciones de los arts. 337.1 y 339.2.1º LEC¹⁵⁰⁶, pasando por las facultades otorgadas al órgano jurisdiccional por el art. 429 LEC¹⁵⁰⁷, y con las que se intenta compensar (infructuosamente) las escasas atribuciones que le conceden las actuales diligencias finales¹⁵⁰⁸, llegando a poder pervivir la indeterminación de ese *thema probandum* en las diferentes instancias, con cierta amenaza para la imparcialidad del juzgador¹⁵⁰⁹.*

¹⁵⁰⁵ Al prescribir que los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley.

¹⁵⁰⁶ Recuérdese que en el art. 337.1 LEC se establece que si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal. Por su parte, el art. 339.2.1º LEC inicia su dictado diciendo que el demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales o el demandado con la antelación prevista en el párrafo segundo del apartado anterior de este artículo, que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el Tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado.

¹⁵⁰⁷ Verdadero hito en este camino al permitir, cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, el ponerlo de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente (art. 429.1.2º LEC).

¹⁵⁰⁸ Lo que se resalta si se contraponen éstas con las que se estipulaban en las extintas diligencias para mejor proveer. Recuérdese a tal efecto lo que establece el actual art. 435.2 LEC: *Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.*

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

¹⁵⁰⁹ Así, durante la segunda instancia, permite el art. 460.2 LEC el pedir la práctica de ciertas pruebas, pudiéndose incluso observarse este fenómeno en sede del recurso extraordinario por infracción procesal pues, conforme establece el art. 475.2 LEC, *si se hubiere pedido y admitido la práctica de alguna prueba o si la Sala, de oficio o a instancia de parte, lo considerare oportuno para la mejor impartición de la justicia, en el recurso extraordinario, se acordará que se celebre vista, que comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueren varias las partes*

Este lacerado sistema se acaba descomponiendo por completo ante el confuso dictado de su art. 219 LEC el cual, en sede de regulación de sentencias, acaba de enrarecer la regulación de esta materia. A parte de su dudosa constitucionalidad¹⁵¹⁰, y a modo de panegírico de la lógica paradójica, prescribe que se debe cuantificar en la demanda *exactamente* el importe de lo debido o fijar *claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética* (art. 219.1 LEC), para permitir al mismo tiempo (en su apartado tercero) lo contrario, es decir, el solicitar una condena totalmente ilíquida dejándose *para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades*. Ahondando en esa disparatada dialéctica el TS llega a considerar que, para poder llegar a conocer ese *quantum*, puede no bastar con el transcurso de la primera instancia pues, en ocasiones, resultará necesario agotar todo el proceso de declaración e, incluso, sobrepasado éste, acudir al de ejecución; gracias a ello supuestamente se garantizaría el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, sin causar perjuicio alguno al demandado pues, evidentemente, este derecho es de carácter bilateral. Ahora bien, sin perjuicio de que se produce, en mi opinión, una visión reduccionista del art. 219 LEC cuando se considera que con él sólo se ha pretendido prohibir el reservar la liquidación para la ejecución, pues lo que en un inicio proscribió es que la propia demanda dineraria sea ilíquida, lo cierto es que dicho precepto habilita la presentación de ésta cuando al actor le resulte *imposible* probar la pertinente cuantía (art. 219.3 LEC)¹⁵¹¹. Este supuesto fantasmagórico, basado en una *imposibilidad* causada por las propias contradicciones del sistema, recoge y petrifica el mito anunciado al inicio de este epílogo, siendo el causante de la progresiva sustitución, por parte de la doctrina y jurisprudencia, de la práctica totalidad de los mandatos contenidos en el citado precepto¹⁵¹², incluso del más

recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.

¹⁵¹⁰ Ya que limita (en su apartado primero) de forma general e indiscriminada la tutela de mera-declaración en el ámbito de lo pecuniario, excepcionando lo dispuesto en su art. 5 LEC.

¹⁵¹¹ Obsérvese empero que este último supuesto correlaciona más con el *thema probandum* que con el *thema decidendum*.

¹⁵¹² De esta forma, como se ha ido analizando a lo largo del presente estudio, se ha eliminado por absurda el *determinada* en la cantidad de dinero que se reclame (art. 219.1 LEC); se ha flexibilizado considerablemente el, en apariencia, límpido *simple operación aritmética* (art. 219.1 y .2); y se ha sustituido la tajante prohibición de *que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución* (art. 219.3 LEC) por la doctrina jurisprudencial de la “complejidad”, que hace depender, el reservar la liquidación para un segundo declarativo o para la ejecución de la sentencia, de su previsible dificultad.

explícito de ellos, el consistente en la fijación del *iter* declarativo como límite infranqueable en la cuantificación de lo debido¹⁵¹³.

Obsérvese que el mero recorrido del *iter* declarativo en toda su extensión dura varios años, estando plagado de oportunidades para dilucidar el objeto controvertido, resultando evidente que la existencia de esta problemática daña seriamente el derecho a la tutela judicial efectiva de ambas partes y pone en tela de juicio la eficiencia del sistema judicial español. Si lo anterior es cierto, ¿cómo se puede seguir sosteniendo la existencia de supuestos en que, a pesar de recorrerse todo ese *iter* procedimental, seguirá siendo imposible probar el *quantum* de lo debido? ¿Acaso no es factible que esa *imposibilidad* se deba a las limitaciones del propio proceso? A responder a las anteriores preguntas se ha dedicado buena parte del presente trabajo. Se ha ido elucidando como diversos **autores** aportan en sus escritos toda una miríada de argumentos ajenos a la propia teleología de la sentencia con reserva, en un intento por justificar su utilidad y, en consecuencia, su existencia, que se yuxtaponen al originario sentido de aquélla y que se podría resumir, siguiendo a GONZÁLEZ GARCÍA, en la falta de capacidad del actor en determinar el *quantum* en su demanda¹⁵¹⁴. Entre los más destacados, CORDÓN MORENO alude a la economía y celeridad procesal¹⁵¹⁵; ARIAS

¹⁵¹³ De esta forma, se remata el sistema concebido por el Legislador del 2000, pudiendo pervivir (de nuevo) la iliquidez de la pretensión hasta la fase ejecutiva, con lo que el demandado que ha desconocido cuánto se le ha pedido durante todo el declarativo, lo sigue ingorando al inicio del proceso de ejecución. En mi opinión, lo anterior es un craso error sólo entendible si se soslaya que la liquidación, en estos casos, responde a un fenómeno de integración y completud de las sentencias. Obsérvese que, si se remite la liquidación de la sentencia a la ejecución, se debería despachar una ejecución íliquida, que aparece como prohibida por el juego de los arts. 571 LEC (*cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida*) y 572 LEC (*se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles*), como sucede en otros ordenamientos (v. gr. art. 474 CPC italiando), en la que una cuestión que podría (debería) haber sido resuelta por, por ejemplo, el TS, acaba siendo aprobada o dilucidada, por el correspondiente secretario judicial o juez de primera instancia.

¹⁵¹⁴ Concretamente comenta este autor que: “La utilidad de las condenas con reserva es patente en las reclamaciones de cantidad en que el actor no es capaz de determinar cantidad líquida alguna en su demanda, lo que ocurre muy frecuentemente en procesos de condena a indemnizar daños y perjuicios ([...]) y también, con frecuencia menor, en procesos sobre rendición de cuentas de una sociedad (cuando se solicita la condena a rendir cuanetas de una Administración, pero se desconoce al tiempo de demandar el importe a que asciende el saldo).” § 411. *Sentencia de condena con reserva...*, opus cit., pág. 77.

¹⁵¹⁵ Recuérdese que este autor observó que, bajo el imperio del art. 360 ALEC, en “la práctica, [...], puede el actor vincular al juez a dictar una sentencia que contenga una condena genérica si se limita a probar exclusivamente la existencia de los hechos constitutivos de la obligación de indemnizar, no aportando prueba alguna sobre la cuantía de la misma.” *La sentencia de condena...*, opus cit., pág. 51. Concretamente, a lo que ahora interesa, consideró como “lógica esta facultad del actor, porque, subyacentes a la petición exclusiva de la condena genérica, pueden existir intereses sustanciales.” Estos últimos serían:

LOZANO consideraba que podría necesitarse esta figura para “los supuestos de prestaciones periódicas y las obligaciones de tracto sucesivo”¹⁵¹⁶; FERNÁNDEZ LÓPEZ ve su utilidad, además de en los casos en donde existe dificultad en la cuantificación, para aquellos supuestos en donde se puede evitar el riesgo de una elevada condena en costas¹⁵¹⁷; finalmente CALDERÓN CUADRADO¹⁵¹⁸, resumiendo

A) El “favorecer al actor que no está seguro de los hechos constitutivos que fundan su derecho; si pierde, habrá evitado la preparación de un material probatorio sobre el *quantum*, con frecuencia muy costoso; si, por el contrario, vence, siempre podrá pedir la liquidación posteriormente.”

B) En “el caso de la acumulación eventual de esta acción a otra principal, la limitación del *petitum* a la condena genérica puede ayudarle a obtener una resolución más rápida sobre la acción principal.”

C) La “oportunidad que una sentencia limitada a declarar la existencia de la obligación de indemnizar abre a la transacción de las partes sobre la cuantía concreta”. Ídem, pág. 52.

¹⁵¹⁶ *La llamada <<condena con reserva>>...*, opus cit., pág. 11154. Explicando prácticamente a continuación que: “Somos conscientes que estas afirmaciones suponen dejar casi sin contenido el posible supuesto de hecho de la condena con reserva” y que: “No quiere ello decir que circunscribamos el ámbito de aplicación de la condena con reserva únicamente a prestaciones periódicas o futuras; sí que entendemos que su presupuesto de hecho habilitante debe ser muy restringido, mucho más de lo que hoy en día viene siendo habitual. Indudable es que hay supuestos de imposible cuantificación precisa (¿qué consecuencias tendrá una marea negra? ¿Y un determinado escape tóxico? ¿Cuál será el lucro cesante provocado por un determinado incumplimiento contractual?). También, que son pocos; y menos de lo que Abogados afirman.” Ídem, pág. 11155.

¹⁵¹⁷ Concretamente esta autora defiende que “pueden darse casos en los que realmente no cabe otra posibilidad que diferir la liquidación de la deuda para un momento posterior”. *Notas sobre las sentencias...*, opus cit., pág. 18. Se trataría “de casos muy variados, perfectamente constatables en la práctica y que, lejos de suponer abusos, reflejan las dificultades que en muchas ocasiones entraña llegar a cuantificar la condena pretendida, lo que dota de pleno sentido la posibilidad de solucionar los problemas de liquidación en un momento posterior.” Divide estos casos en:

A) Aquellos en los que “sea difícil cuantificar con exactitud los daños causados, por ejemplo, en concepto de daños morales, ambientales o patrimoniales (piénsese, sin ir más lejos, en las dificultades para cuantificar las indemnizaciones en el caso del incendio del edificio Windsor), de modo que obligar al actor a realizar dicha cuantificación podría rayar la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso”.

B) Aquellos casos en “que, una vez cuantificados [¿declarada su existencia?], sea difícil probar el alcance real de los mismos, lo que pondría en riesgo la posición del actor, que podría ver rechazada parte de su pretensión condenatoria y, con ello, verse en la necesidad, en su caso, de tener que afrontar el pago de una elevada cantidad en concepto de costas de acuerdo con el criterio del vencimiento parcial o, incluso, de la aplicación del principio de temeridad (art. 394.2 LEC)”. Ídem, págs. 18 *in fine* y 19.

Esta misma autora vuelve sobre esta cuestión posteriormente, proponiendo el siguiente ejemplo: “imaginemos un supuesto de impago de unas mercancías perecederas que ha provocado un perjuicio patrimonial al vendedor y la pérdida de unos contratos importantes para su empresa (lucro cesante). Si la sentencia condena al pago de cantidad líquida (abono de la mercancía) y al pago de cantidad ilíquida (por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del lucro cesante), la resolución será ejecutiva sólo por lo que respecta al pago del precio, mientras que la cantidad adeudada en concepto de indemnización por el lucro cesante deberá liquidarse posteriormente.” Ídem, págs. 24 y 25. De hecho, FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma algo más adelante que se ha de tratar “de un supuesto extraordinario, limitado a las ocasiones en las que la determinación de la cuantía plantea especiales dificultades, pues, de otro modo, se estaría impidiendo la tutela jurisdiccional de las mismas. Así, quedan fuera de la excepción prevista en el art. 219.3 –y, por tanto, no podrán ser ilíquidas- las sentencias de condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios cuando puedan fijarse, al menos, las bases para su liquidación. Es lo que sucede, por ejemplo, con las indemnizaciones por daños corporales y morales provocados con ocasión del uso y circulación de vehículos a motor, sometidas a unos baremos que se actualizan anualmente. En materia de daños y perjuicios la posibilidad de iliquidez se reduce, pues, a supuestos como daños morales (piénsese, por ejemplo, en los daños provocados por vulneración del derecho al honor), daños ambientales por emisiones contaminantes o daños patrimoniales difícilmente cuantificables y no sometidos a baremación alguna (como sucede con algunos supuestos de cuantificación del lucro cesante).” Ídem, pág. 25.

varias opiniones vertidas por otros destacados juristas, cita la de DE LA OLIVA, quien aboga por el valor en sí mismo de la simple “declaración de la responsabilidad y del deber de satisfacerla”¹⁵¹⁹, pronunciándose en parecido sentido MONTERO AROCA¹⁵²⁰, abogando MARRA por su “indiscutible agilidad y rapidez procedimental”¹⁵²¹, y añadiendo finalmente la citada autora “entre otros los relativos a las costas dada una más que probable estimación parcial (art. 394.2).”

Ahora bien, en mi opinión, ninguno de los anteriores motivos legitima la subsistencia de una figura como la sentencia con reserva. Algunos de ellos coliden con la finalidad para la que fue ideada, significativamente todos los que la entienden como una opción discrecional del actor¹⁵²². Otros le atribuyen una utilidad que no le corresponde, confundiéndola con la condena de futuro¹⁵²³, o con la condena condicional como sucede

¹⁵¹⁸ Esta autora (que explicita su “sorpresa” ante el dictado del art. 219.3 LEC) comenta expresamente que, a pesar de la dificultad de “la búsqueda de su justificación”, la misma “no es inexistente.” *Tutela civil declarativa...*, opus cit., pág. 405.

¹⁵¹⁹ Concretamente sostiene que la condena con reserva puede ser útil si “consideran preferible y más ventajosa una negociación para la cuantificación, ulterior a la declaración de la responsabilidad y del deber de satisfacerla, que la prueba de importes dinerarios concretos en el primer proceso” pudiendo también adecuarse al caso en que el interés del litigante radique “en que se declare judicialmente que se le debe, sin importarle, o importándole poco, cuánto.” Ídem, pág. 406, citando a De la Oliva, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-Picazo, Vegas y Banacloche, págs. 389-390.

¹⁵²⁰ Concretamente considera que “lo debatido” puede ser únicamente la “existencia del negocio jurídico” en cuyo caso se podría “formular una demanda meramente declarativa relativa a la existencia, contenido o interpretación del negocio, sin pretender condena alguna.” Ídem, pag. 406. Cita a Montero, *Derecho Jurisdiccional*, II, con Gómez Colomer, Montón y Barona, pág. 346.

¹⁵²¹ En este caso en relación con “la condena genérica italiana”, y quien sostiene concretamente que “su admisión en el sistema legislativo en vigor constituye un explícito reconocimiento –y corrección añadiríamos- de una *praxis* jurisprudencial formada hace largo tiempo. Esta *praxis* tiene su razón de ser en las efectivas ventajas que se pueden derivar, entre ellas una indiscutible agilidad y rapidez procedimental” Ídem, pág. 407. La cita a Marra es a *La sentenza civile di mero accertamento e la condanna generica al risarcimento dei danni*, pág. 404.

¹⁵²² Entre ellos es recurrente la cuestión relacionada con la condena en costas, que ha sido y es uno de los usos más claramente abusivos de la sentencia con reserva pues, para evitar los riesgos relacionados con ella, se somete al demandado necesariamente a dos juicios (si se vence en el primero) sin correr los riesgos del que, cumpliendo con la finalidad de la norma, intenta obtener una condena completa en el primero de ellos. Sin duda éste ha sido uno de los usos fraudulentos de la sentencia con reserva que la ha hecho odiosa a los ojos del legislador.

¹⁵²³ Así sucede en el caso de ARIAS LOZANO, pues en relación a los supuestos que menciona cabe objetar, por un lado, que “los supuestos de prestaciones periódicas” que menciona este autor son precisamente uno de los casos paradigmáticos de la condena a (o de) futuro pues, aunque ARIAS LOZANO expresamente afirma que se ha de diferenciar entre sentencia con reserva y condena de futuro (pues el supuesto de la sentencia con reserva “tampoco puede tratarse de hechos nuevos, acaecidos *con posterioridad* a la sentencia” ídem, pág. 11154; la cursiva se ha respetado del original consultado), lo cierto es que eso es precisamente lo que sucede en este tipo de prestaciones, como recoge explícitamente el actual art. 220.1 LEC, al establecer que: *Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.* O dicho de otra manera, el supuesto que

cuando se deja pendiente la efectividad del fallo al cumplimiento de una circunstancia incierta. En los más, se parte de esa supuesta *indudable imposibilidad cuantificadora*, de esa *falta de capacidad* del actor en plantearla, en donde se confunde lo **complejo** con lo *imposible* pues, si fuera realmente imposible el cuantificar lo que se debe, sería también inviable el fijarlo en la correspondiente condena. Cuestión diferente es que, en el momento de acreditar su alcance, se permita una mayor flexibilidad en la exhaustividad requerida¹⁵²⁴ y una superior discrecionalidad valorativa del órgano jurisdiccional, pues al derecho procesal corresponde el ofrecer mecanismos que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente cuando lo controvertido presente complejidad.

En mi opinión, hay algo de pensamiento mágico en esa voluntad de atribuir al segundo proceso de liquidación mayores garantías en la fijación del *quantum* que a aquél en que se dictó la sentencia con reserva, pues el mero transcurso del tiempo sólo acaba retrasando la completa resolución del conflicto. Si bien se mira, la mayoría de los anteriores motivos sí avalarían el ejercicio de una acción de mera-declaración, pero nunca la existencia de una condena con reserva. De esta forma, ninguno de los anteriores casos justifica la subsistencia de este último tipo de sentencias, debiéndose abogar (como implícitamente hacen algunos de los anteriores autores) por una sustitución, en estos casos, de la tutela de condena con reserva por otra de mera-declaración.

La **jurisprudencia** relativa a esta materia se ha ido analizando en el marco de los diversos institutos abordados en los anteriores capítulos de esta obra. En el presente epílogo se enfocará, con lo extraído de cada uno de ellos, una única resolución la cual, por su relevancia, puede servir de sinopsis de la visión crítica que pretendo verter sobre ella. La anunciada resolución es la **STS de 16/01/2012 (Sala 1ª)**¹⁵²⁵, en parte ya comentada con anterioridad y probablemente la más importante de las dictadas en este ámbito, al haber sido adoptada por el pleno de la Sala y al remitirse a ella otras

propone explícitamente este autor como objeto de una sentencia con reserva resulta ser el caso paradigmático de la sentencia de futuro.

¹⁵²⁴ Vid. el apartado 4.6 de esta misma obra, sobre carga de la prueba.

¹⁵²⁵ Dictada en resolución del rec. 460/2008, y de la que fue ponente Corbal Fernández, Jesús, nº de sentencia 993/2011, LA LEY 6163/2012.

posteriores¹⁵²⁶. A lo que ahora interesa, cabe resaltar (como relata el antecedente de hecho primero de la misma)¹⁵²⁷ que el proceso declarativo se inició mediante una demanda de juicio ordinario, en la que se acumularon diversas acciones, entre ellas la petición de condena solidaria de las codemandadas a indemnizar *por los perjuicios económicos causados al infringir sus derecho de autor en la cuantía fijada en el hecho 9.9.4 y en el fundamento jurídico 6 o, subsidiariamente, a aquella cuantía que resulte de la base consistente en la remuneración de mercado que hubiera percibido Training Park S.L. de haber autorizado la explotación de las obras referidas a nivel mundial*. Dicha demanda fue desestimada por el Juez de lo Mercantil en su sentencia, interponiéndose por las actoras contra la misma el correspondiente recurso de apelación.

En resolución de este recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) dictó sentencia¹⁵²⁸ en la que estimó parcialmente aquél, y en el que (entre otros pronunciamientos) condenaba a tres de las codemandadas a indemnizar a una de

¹⁵²⁶ De hecho, en ella que se realiza un verdadero resumen de la jurisprudencia del TS hasta ese momento dictada, estableciendo la doctrina que va a seguir el Alto Tribunal en varios puntos relevantes, especialmente en lo atinente a la posibilidad de remitir o no la liquidación a la ejecución de la sentencia.

¹⁵²⁷ Concretamente con la siguiente dicción: *1.- El procurador D. Federico Barba Sopena, en nombre y representación de las entidades Noves Arts, S.L. y Training Park, S.L., interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera de lo Mercantil Número Tres de Barcelona, siendo parte demandada las entidades Ifigenia Plus, S.L., Telefónica Data España S.A.U., Telefónica Datacorp S.A., Fundación Telefónica y Telefónica de España, S.A.; alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y terminó suplicando al Juzgado dictara en su día Sentencia por la que se condenara a las entidades mercantiles IFIGENIA PLUS S.L., TELEFÓNICA DATA ESPAÑA S.A.U., TELEFONICA DATACORP S.A. (anteriormente TELEFONICA DATA S.A.), FUNDACIÓN TELEFONICA y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. y se declarara: [...]. 10) Que se condene a las demandadas Telefónica Datacorp S.A. y a Telefónica Data España S.A.U. a indemnizar solidariamente a Training Park S.L. por los perjuicios económicos causados al infringir sus derecho de autor en la cuantía fijada en el hecho 9.9.4 y en el fundamento jurídico 6 o, subsidiariamente, a aquella cuantía que resulte de la base consistente en la remuneración de mercado que hubiera percibido Training Park S.L. de haber autorizado la explotación de las obras referidas a nivel mundial. 11) Que se condene a las codemandadas Fundación Telefónica y Telefónica de España S.A.U. a indemnizar solidariamente a Training Park S.L. por los perjuicios económicos causados al infringir los derechos de autor a las cuantías fijadas en el hecho 9.9.4 y el fundamento jurídico 6, o, subsidiariamente, aquella otra cuantía que resulte de la base consistente en la remuneración de mercado que hubiera percibido Training Park S.L. de haber autorizado la explotación de las obras referidas a nivel mundial. [...].*

7.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de lo Mercantil Número Tres de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 21 de julio de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por la representación de las mercantiles NOVES ARTS, S.L., y TRAINING PARK S.L. se absuelve a las entidades mercantiles IFIGENIA PLUS, S.L., TELEFONICA DATA ESPAÑA S.A.U., TELEFONICA DATACORP, S.A. (anteriormente TELEFONICA DATA S.A.), FUNDACION TELEFONICA y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. de lo pretendido de contrario con expresa condena en costas a la parte demandante."

¹⁵²⁸ Concretamente es la sentencia de 7/11/2007, dictada en resolución del rec. 107/2006, y de la que fue ponente Sancho Gargallo, Ignacio, LA LEY 357137/2007.

las actoras *en la forma prevista en el fundamento jurídico DECIMO PRIMERO*¹⁵²⁹. Es en este fundamento de derecho décimo primero, en el que el tribunal resuelve sobre la cuantificación de la correspondiente indemnización¹⁵³⁰, iniciando su exposición afirmando que: *No le falta razón al actor cuando denuncia en su demanda que como consecuencia de la puesta a disposición del público de los manuales [...], se han vaciado de contenido los derechos patrimoniales de TRAINING PARK respecto de dichas obras, [...]. De esta forma, una vez constatada la infracción y el perjuicio sufrido por la actora, la dificultad radica en la valoración del daño ocasionado, pasando seguidamente a relacionar cómo efectúa ésta última la actora*¹⁵³¹, con la cual *la Sala no está de acuerdo*, explicitando los motivos de ese desacuerdo¹⁵³² y la forma correcta de realizar esa valoración¹⁵³³. Como consecuencia de esta variación judicial de

¹⁵²⁹ Como es de ver en su antecedente de hecho segundo, que es del siguiente tenor: *Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de las entidades Noves Arts, S.L. y Training Park, S.L., la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictó Sentencia con fecha 7 de noviembre de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación de NOVES ARTS, S.L. y TRAINING PARK, 5 L contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, 21 de julio de 2005, cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; que modificamos en el sentido de: [...]. 5º Condenar a las demandadas TELEFONICA DATA ESPAÑA SAU, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A y FUNDACION TELEFONICA a indemnizar a TRAINING PARK, S.L. en la forma prevista en el fundamento jurídico DECIMO PRIMERO. [...].*

¹⁵³⁰ Por otro lado, en su FD primero explica cuál es la concreta petición de los actores, al relatar que: [...]. *En su demanda, los actores además de solicitar la declaración de la infracción de sus derechos de propiedad intelectual y el cese de estas conductas, pedían una indemnización de los daños y perjuicios sufridos que identifica conforme con el art. 140 TRLPI con la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, en este caso una licencia voluntaria que abarcara la cesión de los derechos sobre aquellas obras para que pudiera tener acceso a ellas cualquiera, que provisionalmente cifraba en 1.153.901 euros. [...]. Mientras que en su FD décimo recoge cuál es el correspondiente marco legal: [...]. Por otra parte, los arts. 138 y 139 TRLPI conceden a la titular de los derechos de propiedad intelectual infringidos el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos.*

¹⁵³¹ Relacionando concretamente que: *Conforme al art. 140 TRLPI, la actora opta por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, en este caso se entiende que es aquella explotación en exclusiva que supusiera poder poner a disposición de cualquiera los referidos manuales no sólo en España sino en cualquier lugar del mundo en que alguien pueda interesar tales manuales en castellano.*

Para calcular el valor de la licencia anual, propone en su demanda acudir a dos parámetros: a) el acceso real que ha habido a los manuales, lo que no se ha podido saber porque para ello se precisaba acceder a las páginas Web y ello no ha sido posible; y b) un cálculo aproximado, sobre la base de los usuarios o clientes suscritos a los sitios Web infractores, que es por el que finalmente opta el perito de la actora Sr. Recolons en su informe aportado como documento nº 55 de la demanda (ff. 328 y ss.).

¹⁵³² Sosteniendo concretamente en que *se basa en las visitas que de forma estimativa han recibido cada una de las cuatro Webs, lo que caso de constatarse que se ajustan razonablemente a la realidad serviría para conocer el perjuicio sufrido por la actora por lo que ha dejado de obtener, esto es, por las personas que han recabado gratuitamente los manuales y, consiguientemente, han dejado de demandarlos de la actora, pero el método propuesto y, sobre todo los parámetros de los que parte el perito de la actora, no sirven para conocer el valor de una licencia que supusiera la cesión de la totalidad de los derechos de explotación económica de la obra a finales del año 2000, en que comienza la infracción.*

¹⁵³³ Al aseverar que: *Para ello interesaría conocer el valor de los programas afectados por la actividad infractora de los demandados, a finales del año 2000, lo que además requiere tener en cuenta la obsolescencia de los programas de ordenador a los que se refieren los manuales, pues se trata de*

los parámetros utilizados ordena que *en ejecución de sentencia, y sobre la base de la contabilidad de la actora, un perito deberá realizar este cálculo respecto de los manuales [...], para lo que en aquellos casos en que se hubieren licenciado estos manuales junto con otros, hacer un cálculo proporcional de lo que le correspondería a los manuales afectados por la infracción, siendo la cantidad que resulte el valor estimativo de los derechos de explotación sobre estas obras en diciembre de 2000, que sería el precio de una licencia en exclusiva que conllevara un agotamiento de dichos derechos. Esta cantidad será la indemnización que deberá abonar TELEFONICA DATA ESPAÑA SAU.*

Y también en ejecución de sentencia, sobre la base de la contabilidad de la actora, el perito deberá realizar el mismo cálculo respecto de los manuales [...], siendo la cifra resultante el valor estimativo de los derechos de explotación sobre estas obras en diciembre de 2000, que sería el precio de una licencia que conllevara un agotamiento de dichos derechos. Esta cantidad será la indemnización que deberán abonar solidariamente TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A y FUNDACION TELEFONICA.

Esta sentencia de la Audiencia fue aclarada en este extremo¹⁵³⁴, complementándose posteriormente esta aclaración¹⁵³⁵. Frente a la sentencia de la Audiencia se interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación por las tres condenadas, arguyéndose con relación al primero de ellos diversos motivos, entre los

versiones de los años 97 y 98, que, es dominio público, ya por aquella época estaban siendo superados por las nuevas versiones. No cabe negar valor económico a los manuales, pues los usuarios no sustituyen las versiones de los programas conforme aparecen las nuevas, pero este fenómeno lógicamente debe afectar a la valoración de las obras.

Es por ello que para el cálculo del valor de los derechos de explotación de las obras afectadas por la infracción, a finales del año 2000, deberíamos partir, en primer lugar, de la consideración de que ese momento sería el culminante en la explotación de los manuales, debiendo declinar en los años sucesivos, en un 20% anual, hasta amortizarse al cabo de cinco años; para a continuación, sobre la base de lo que en aquel año 2000 habría facturado el actor por la licencia de los manuales afectados por la infracción, calcular el valor de que tenían por entonces dichos manuales sumando: el 80% de aquella facturación, que se correspondería con la del año 2001; más el 60% también de la originaria facturación, que se correspondería con la del año 2002; más el 40% de aquella facturación originaria, que se correspondería con la del año 2003; más el 20% de aquella facturación originaria, que se correspondería con la del años 2004. En total el valor de estos derechos se correspondería con el 200% de lo que por ellos hubiera facturado la actora en el año 2000.

¹⁵³⁴ Cfr. antecedente de hecho tercero, precisándose que respecto al cálculo para fijar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios se atenderá a la documentación contable de la demandante TRAINING PARK S.L. según las precisiones del propio perito, el cual tiene que reunir la condición de experto contable, pudiendo ser un economista o auditor de cuentas. El perito deberá serlo de designación judicial.

¹⁵³⁵ Cfr. antecedente de hecho tercero, aclarándose en el sentido de entender incluida la contabilidad de la codemandante NOVES ARTS S.L., dentro de la que habrá de ser revisada por el perito judicial.

que se encontraban la infracción de los arts. 216 a 219 y arts. 712 y ss. LEC¹⁵³⁶. Una vez se tuvieron por interpuestos los antedichos recursos (antecedente quinto) y recepcionadas las actuaciones por la Sala 1ª TS (antecedente sexto), fueron admitidos los mismos (excepto en alguno de sus motivos, antecedente séptimo). Frente a dichos recursos las actoras presentaron diferentes escritos de oposición (antecedente octavo), señalándose día para la correspondiente votación y fallo, señalamiento que se suspendió, acordándose “someterlo al conocimiento del Pleno de la Sala” (antecedente noveno).

Entrando ya en los fundamentos de derecho de la referida STS, cabe observar que, aún siendo tres las partes recurrentes, las mismas formularon sus recursos extraordinarios

¹⁵³⁶ Como se expone en su antecedente de hecho cuarto de la mentada STS, que es del siguiente tenor: 1.- Por el Procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de Fundación Telefónica, se interpuso ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación respecto la sentencia dictada en grado de apelación de fecha 7 de noviembre de 2007, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO.-** Se alega infracción de los arts. 217.1 y 2 de la LEC, relativos a la carga de la prueba. **SEGUNDO.-** Se denuncia infracción de los arts. 218.1 y 216 de la LEC. **TERCERO.-** Se alega infracción del art. 218.2 de la LEC. **CUARTO.-** Se denuncia infracción de los arts. 219.1 y 2 de la LEC. **QUINTO.-** Subsidiariamente, se alega infracción de los arts. 712 y ss de la LEC, relativos al procedimiento de liquidación de daños en ejecución forzosa. **SEXTO.-** Se denuncia infracción del art. 398 en relación con el art. 394 de la LEC. **SEPTIMO.-** Se alega infracción del art. 24.1 de la Constitución. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: UNICO.-** Se alega infracción de los arts. 138 y 140 de la LPI en relación con el art. 1902 del Código Civil.

2.- Por el Procurador D. Francisco Manjarín Albert, en nombre y representación de la entidad Telefónica de España, S.A., se interpuso ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación respecto la sentencia dictada en grado de apelación de fecha 7 de noviembre de 2007, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO.-** Se alega infracción de los arts. 217.1 y 2 en relación con el art. 10 de la LEC, extendiéndose la vulneración al art. 316.1 en relación con el art. 217.2 de la LEC, acusándose vulneración del art. 24 de la Constitución. **SEGUNDO.-** Se denuncia violación del art. 219.2 de la LEC en relación con los arts. 216 y 218.1 de la LEC, así como los arts. 209.4 y 217.2 en relación con el art. 219.2 de la LEC. **TERCERO.-** Se alega infracción del art. 218.2 de la LEC y art. 24.1 de la Constitución. **CUARTO.-** Se alega infracción del art. 24 de la Constitución y de los arts. 218.1 y 712 y siguientes de la LEC. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: UNICO.-** Se alega infracción del art. 1902 del Código Civil.

3.- Por el Procurador D. Francisco Lucas Rubio Ortega, en nombre y representación de la entidad Telefónica Data España, S.A.U., se interpuso ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación respecto la sentencia dictada en grado de apelación de fecha 7 de noviembre de 2007, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO.-** Subapartado primero.- Se alega infracción del art. 218.2 de la LEC, en relación con los arts. 24 y 120.3 de la Constitución. Subapartado segundo.- Se denuncia infracción de los arts. 209.4 y 219.1 y 2 de la LEC. Subapartado tercero.- Se alega infracción de los arts. 216, 217.1 y 2 y 218.1 de la LEC. Subapartado cuarto.- Se alega infracción de los arts. 712 a 715 de la LEC. Subapartado quinto.- Se alega vulneración del art. 398 en relación con el art. 394 de la LEC. **SEGUNDO.-** Se alega violación de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de la indefensión, recogidos en el art. 24 de la Constitución. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: UNICO.-** Se denuncia violación de los arts. 138 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, considerándose infringidas las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 y 17 de julio de 2000.

por infracción procesal por motivos similares. A lo que ahora interesa, se alegó por las recurrentes la infracción (entre otros) del **art. 217 LEC** en relación con la carga de la prueba, así como también con respecto a la valoración de la misma¹⁵³⁷. Sobre la carga de la prueba entendió el TS que en este caso: *No nos hallamos ante un caso de falta de prueba, sino de que la sentencia recurrida mantiene un criterio para valorar el "quantum" diferente, estableciendo además las pautas que ha de seguir el perito para la cuantificación. Basta observar el párrafo tercero del fundamento decimoprimer de la resolución de la Audiencia para apreciar que la disconformidad de la misma con la pericial practicada es con el método, y sobre todo los parámetros, de que parte para la valoración, y tal aspecto no es propiamente fáctico, y por ello queda fuera de la carga de la prueba. Otra cosa es que los datos necesarios para la cuantificación -con arreglo a las pautas- hayan de concretarse por el perito (FD 18º)*¹⁵³⁸.

¹⁵³⁷ Como se expone en su fundamento de derecho segundo, de la siguiente forma: *En el primer motivo se denuncia, al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, infracción de los artículos 217.1 y 2, referidos a la carga de la prueba en relación con el artículo 10, ambos de la LEC, del artículo 10 LEC que se refiere a la condición de parte procesal legítima, y del artículo 316.1 relacionado con el art. 217.2, también de la LEC, referentes a la prueba y a la carga. Y al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC se acusa vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE .*

El motivo se desestima por las razones siguientes: [...].

e) Finalmente, por lo que respecta a la valoración de la prueba la misma es función que corresponde a los Tribunales que conocen en instancia, lo que no ocurre con el Tribunal Supremo cuando resuelve recursos extraordinarios en los que no tiene función de tercera instancia. Lo que la parte pretende en el motivo es que este Tribunal entre a valorar todas y cada una de las pruebas en orden a obtener una convicción distinta de la que mantiene la Audiencia Provincial, pero tal pretensión resulta estéril porque le está vedada a esta Sala por la propia naturaleza y función del recurso de que se trata, pues, como se ha venido reiterando, el art. 469.1 LEC, cuyos ordinales constituyen "numerus clausus", no contiene un motivo que permita impugnar la valoración probatoria, sin que quepa forzar el ámbito del ordinal 2º porque las normas de valoración probatoria, ni por regulación legal, ni por su propia naturaleza, tienen la condición de normas reguladoras de la sentencia, que son precisamente a las que se refiere el referido número 2º del art. 469.1, además que, de aceptar la posibilidad de una nueva valoración probatoria, dado el sistema de apreciación libre (salvo excepciones) que rige en nuestro derecho, prácticamente se convertiría al recurso extraordinario en una tercera instancia, algo insostenible desde todos los puntos de vista (conceptual, económico y práctico).

[...]. Y esta Sala 1ª en sintonía total con la doctrina del Tribunal Constitucional, y en relación con la valoración de la prueba, ha admitido la denuncia de la valoración efectuada en la sentencia recurrida cuando siendo decisiva para el fallo incurra en error patente, en arbitrariedad, o en irracionalidad. El primer supuesto se refiere a los errores fácticos palmarios, el segundo al mero voluntarismo, o a la falta absoluta de razones formales o materiales, y el tercero a la falta manifiesta de coherencia lógica. En el caso se alega que hay errores, e interpretación ilógica o irrazonable, pero tales vicios que afectan de modo grave a la tutela judicial no son meras hipótesis, ni se pueden fundamentar en un mero juicio crítico interesado, sino que deben basarse en datos de apreciación objetiva, razonados y que resulten plenamente justificados. Ello no ocurre cuando lo único que se deduce es la intención de que el Tribunal valore de nuevo las pruebas para que sustituya la apreciación de la resolución recurrida por otra favorable a la parte recurrente.

Por todo ello, el motivo decae.

¹⁵³⁸ Concretamente en dicho FDº 18º se dice que: *En el primer motivo del recurso -Cuarto, 1), según la ordenación de la recurrente- se alega infracción del art. 217.1 y 2 LEC sobre la carga de la prueba.*

También se arguyó la infracción del **art. 219 LEC** en relación los arts. 216 y 218 LEC y de los arts. 209.4º y 217 LEC¹⁵³⁹, en conexión con el primero de los citados¹⁵⁴⁰. El TS resuelve este motivo (FD 3º), deslindando las diversas cuestiones. En primer lugar aborda la referente a los que denomina (siguiendo la terminología legal) **principios de congruencia (art. 218 LEC) y de rogación (art. 216 LEC)**, considerando que: *No se comparte la tesis del motivo de que los principios de congruencia (218.1 LEC) y de rogación (216) sujetan al juzgador de tal modo que, ante la cuantificación de una indemnización, no le queda otra alternativa que aceptar, total o parcialmente, el planteamiento de la demanda o rechazarlo, sin que pueda sustituir las bases o pautas del cálculo del valor. Lo que no cabe es alterar el sistema legal indemnizatorio pedido, ni rebasar la cuantía solicitada en la demanda, pero, acreditada la realidad del daño, el Tribunal puede señalar las bases o pautas que estime más correctas para la cuantificación. Es cierto que, en ocasiones éstas vienen dadas por la ley, y en otras por la propia doctrina jurisprudencial, pero generalmente no cabe cerrar la apreciación a la circunstancia de que hubieran sido invocadas. Mal se puede alegar incongruencia o falta de contradicción cuando se trata de aspectos propios de las máximas de experiencia, de los juicios de valor, de la naturaleza de las cosas, que no dan lugar a efecto sorpresivo de indefensión.*¹⁵⁴¹

El planteamiento se refiere a la indemnización de daños y perjuicios y se resume en que si la prueba pericial aportada por las actoras "no sirve para conocer el valor de una licencia", el hecho constitutivo referido a la regalía hipotética quedó improbadado y, como consecuencia, debe desestimarse la pretensión indemnizatoria.

El motivo se desestima porque el supuesto del litigio es distinto del que contempla el motivo. No nos hallamos ante un caso de falta de prueba, sino de que la sentencia recurrida mantiene un criterio para valorar el "quantum" diferente, estableciendo además las pautas que ha de seguir el perito para la cuantificación. Basta observar el párrafo tercero del fundamento decimoprimer de la resolución de la Audiencia para apreciar que la disconformidad de la misma con la pericial practicada es con el método, y sobre todo los parámetros, de que parte para la valoración, y tal aspecto no es propiamente fáctico, y por ello queda fuera de la carga de la prueba. Otra cosa es que los datos necesarios para la cuantificación -con arreglo a las pautas- hayan de concretarse por el perito.

¹⁵³⁹ Con relación a la infracción de este artículo se limita a decir en su FD 3º que: *Finalmente, por lo que atañe a la denuncia de infracción del art. 217.2 LEC, la misma no concurre porque no se dan sus presupuestos legales, ya que la prueba pericial acordada no viene determinada por una falta de prueba sino por las nuevas pautas de liquidación acordadas.*

¹⁵⁴⁰ Concretamente se recoge de esta forma al inicio del FD 3º de la referida sentencia: *En el motivo segundo, al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, se denuncia vulneración del art. 219.2 en relación con los arts. 216 y 218.1 LEC y de los arts. 209.4º y 217.2 LEC, directamente relacionados con el 219 citado. [...].*

¹⁵⁴¹ Ahonda sobre estas cuestiones en su FD duodécimo, en los siguientes términos: *En el motivo tercero - 1º. iii) del recurso- se alega infracción de los arts. 216, 217.1 y 2 y 218.1 LEC por vulneración por la Sentencia de los principios de justicia rogada, carga de la prueba y congruencia. Se combate el criterio establecido en la Sentencia recurrida para el cálculo de la indemnización. Se afirma que el juzgador "a quo" pudo acoger el método de cálculo propuesto en la demanda, o*

En segundo lugar fija la interpretación a seguir de los **arts. 209.4º y 219 LEC**, instituyendo cómo y cuándo se puede diferir la cuantificación de lo debido al proceso de ejecución. En este sentido el TS, apoyándose en la **Exposición de Motivos de la LEC** cuando ésta dice que la sentencia con reserva *se procura restringir a los casos en que sea imprescindible*, entiende que *el contenido de dichos preceptos debe ser matizado*, no debiéndose *identificar de modo absoluto* [esa **imprescindibilidad**¹⁵⁴² y, por tanto, la posibilidad de remitir la liquidación a la ejecución] *con los supuestos de sencilla*

rechazarlo, y en este caso absolver a las demandadas, pero en modo alguno establecer otro nuevo, porque con tal decisión contradice los principios de justicia rogada, congruencia y contradicción.

El motivo confunde el criterio legal de indemnización con el criterio de fijación de cuantía. Cuando hay varios criterios legales de indemnización y la parte opta por uno de ellos cabría discutir si hay incongruencia en el caso de que el Tribunal aplique otro diferente. Pero otra cosa ocurre con las pautas para fijar las bases y cuantía de la indemnización. Forman parte de la naturaleza de las cosas, y dependen de circunstancias específicas de cada asunto, con frecuencia sujetas a contingencias producidas en el decurso de propio proceso, y por ende, no siempre previsibles "ab initio". En tal aspecto no cabe menoscabar la facultad del Tribunal para, en sintonía con las particularidades de cada supuesto, ajustar las bases de fijación del "quantum" indemnizatorio a la singularidad del resultado procesal. Entenderlo de otro modo iría contra la función de los Tribunales y el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene carácter bilateral.

Por otra parte, además, mal puede resultar afectado el principio de contradicción si la parte pudo impugnar la apreciación judicial ante este Tribunal y puede objetar el contenido del dictamen pericial en la ejecución (art. 715 LEC).

Y también relaciona esta misma posición en su FD 19º, al exponer que: *En el segundo motivo se denuncia infracción de los artículos 218.1 y 216 de la LEC (principios de congruencia y de justicia rogada).*

Se alega incongruencia "extra petita" con base en que rechazado el método de valoración propuesto por la parte actora, o considerado, al menos, inadecuado o irrazonable, no es admisible que el Tribunal fije un método alternativo de cuantificación del valor de la regalía hipotética, lo que resulta sorprendente porque no ha podido ser combatido por las demandadas alegando lo que a su derecho conviniera respecto a dicho método.

El motivo se desestima.

La fijación de unos parámetros distintos para la valoración -ponderación- cuantitativa de los daños y perjuicios, dentro del criterio legal seleccionado por la parte (regalía hipotética), no supone incongruencia "extra petita" porque no se da cosa distinta, ni resulta alterada la "causa petendi" en sus perspectivas fáctica y jurídica.

Cuando la ley no establece las pautas para cuantificar el daño, el Tribunal no está sujeto a las que señalen las partes, y puede tomar en cuenta todas las que se acomoden a la justa determinación del mismo, en relación con el caso y la naturaleza de las cosas, sin que puedan considerarse sorprendidas dado que forman parte del raciocinio humano.

Otra cosa diferente sucede cuando la parte interesada por pasividad, desidia o negligencia, no hace ningún esfuerzo para fijar las bases y la cuantía, pero ello no ocurre aquí, en que, simplemente, el Tribunal estima más adecuado y justo para el resarcimiento un criterio valorativo diferente.

Por ello, el motivo decae.

¹⁵⁴² En el FD undécimo, en resolución del motivo segundo de la segunda de las recurrentes (en el que se alegaba la infracción de los artículos 209.4º y 219.1 y 2 LEC por omisión en la sentencia del deber de cuantificar en la misma los daños, su importe, o las bases para su cálculo), el TS expone con nitidez el porqué se causa esa *imprescindibilidad* al afirmar que: *"Al señalar la Audiencia nuevas pautas para el cálculo de la indemnización, y ser necesario un informe pericial, el criterio de remitir para ejecución de sentencia resulta "imprescindible", no hay complejidad alguna, y no se crea a las partes ningún tipo de indefensión.*

operación aritmética. Considera el TS que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, en el que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo. Ahora bien, “matiza” la literalidad de la ley argumentando que un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵⁴³ en los casos en que, por causas ajenas a los justiciables, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Interpretado así el sistema, instaura su doctrina sobre el diferimiento de la liquidación a un segundo declarativo o a los incidentes de ejecución, basándose en la inaceptabilidad del mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Como criterio orientador para hacer lo uno o lo otro (y aparte la imprescindibilidad ya

¹⁵⁴³ Precisamente este derecho fundamental también se alega como infringido en algunos motivos del recurso, resaltando en alguna ocasión durante su resolución el TS el carácter bilateral del mismo, como en el FD° 14°: *En el motivo sexto -2° del recurso- [ya hemos señalado que el quinto -1°, ap. V) del recurso- no fue admitido] se acusa vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, recogidos en el art. 24 de la Constitución.*

El motivo debe desestimarse en los mismos términos breves y sencillos en que está formulado. No se ha producido ninguna infracción de los principios constitucionales, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter bilateral, y la indefensión no es una mera hipótesis sino que tiene que fundamentarse razonadamente cómo y cuándo se ha producido, lo que aquí no sucede.”

Y sobre esta cuestión se vuelve en su FD 23°: En el motivo séptimo (el sexto fue admitido) -rubricado como fundamento quinto en el recurso extraordinario por infracción procesal- se aduce infracción del art. 24 CE.

En el motivo, al amparo del ordinal 4° del art. 469.1 LEC (LA LEY 58/2000), se combate la forma de fijar las bases de la indemnización que considera sorpresivas, en cuando no pudieron combatirse, y que, cuando menos, son discutibles.

El motivo debe desestimarse.

Aunque sustancialmente el tema ya recibió respuesta en otros fundamentos, sin que quepa desconocer, dada la similitud de los motivos, la unidad argumentativa de la sentencia, procede, sin embargo, añadir otras consideraciones en la misma línea de lo expuesto. Y es que, en la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal (aparte del máximo solicitado) solo está vinculado por los criterios legales -sistema, concepto y pautas previstas en la norma-, de modo que, si la parte opta por uno de los criterios legales (en el caso, el de regalía hipotética), el Tribunal no puede conceder indemnización por otro, salvo ejercicio alternativo o subsidiario. Pero cosa distinta sucede cuando se trata de cuantificar la indemnización, en cuyo aspecto el ámbito jurisdiccional del Tribunal se extiende a la ponderación de todos aquellos factores -determinantes de parámetros, pautas o bases-, alegados o no por las partes, que sea preciso tomar en cuenta para acomodar la decisión a las circunstancias específicas del supuesto enjuiciado. Nos hallamos en el campo de los juicios de valor, máximas de experiencia humana -culturales, económicas o jurídicas-, percepciones sensoriales, impresiones derivadas del modo de ser de las cosas, respecto de las que existe una amplia libertad de juicio por parte de los Tribunales, dentro de la racionalidad. No hay diferimiento al dictamen pericial; el cual no se refiere a los parámetros o pautas, sino a los datos para su operatividad. No hay peligro de "sorpresividad" porque se trata de factores previsibles por el intelecto humano en relación con el asunto de que se trata. Y no hay riesgo de irracionalidad en la decisión, porque la arbitrariedad o irrazonabilidad judicial son impugnables mediante el recurso extraordinario, o en su caso el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, con base en el art. 24.1 CE.

comentada), establece el criterio de *la mayor o menor complejidad* que implique esa liquidación¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴⁴ Concretamente el TS expone lo anterior con las siguientes palabras: *Se le reprocha a la Sentencia recurrida que, al diferir la cuantificación al proceso de ejecución, infringe el art. 209.4º LEC, en cuanto dispone que "también determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 219 de esta Ley", y asimismo el art. 219 LEC, que prohíbe las sentencias con reserva de liquidación, y solo admite la remisión a ejecución cuando la liquidación consista en una sencilla operación aritmética. Sin embargo, el contenido de dichos preceptos debe ser matizado. El propio art. 210.4º se refiere a "en su caso" y en cuanto a la disposición sobre sentencias con reserva de liquidación (ex art. 219) ya dice la E. de M. de la LEC "que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible", lo que no cabe identificar de modo absoluto con los supuestos de sencilla operación aritmética.*

Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7, 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo "in re ipsa"), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarativo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación, no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrearía la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada, retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la doctrina denominada de la "estimación sustancial", y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia. Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste -tiempo y gastos- y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011, 663) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior (SS. 10 de febrero de 2009, 49; 2 de marzo de 2009, 95; 9 de diciembre de 2010, 777; 23 de diciembre de 2010, 879; 11 de octubre de 2011, 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución (SS. 15 de julio de 2009; 16 de noviembre de 2009, 752; 17 de junio de 2010, 370; 20 de octubre de 2010, 606; 21 de octubre de 2010, 608; 3 de noviembre de 2010, 661; 26 de noviembre de 2010, 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011, 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010, 739. En el caso, la

Interpretado así el sistema entra inevitablemente en juego el bloque normativo de los arts. 712 y ss. LEC, por lo que no puede extrañar que, las diferentes recurrentes, también consideren infringidos estos preceptos. El TS, en este caso, en el que *se deduce que el Juez de la ejecución habría de designar de oficio un perito (previsión conforme al art. 715 LEC) y, una vez emitido el dictamen, la propia remisión a la ejecución exige, de conformidad con el art. 715 "in fine", señalar la vista oral del juicio verbal* considera seguidamente que: *No se trata de crear un procedimiento "ad hoc", no se desconoce el principio de contradicción, y en absoluto se ataca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*¹⁵⁴⁵

Ahora bien, el mismo TS advierte que es *un tema discutible el relativo a la cuantificación del daño en las diversas perspectivas planteadas y por ello acuerda no*

sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC) no supone ninguna indefensión.

¹⁵⁴⁵ Esta cuestión la aborda concretamente en su DF 5º, de la siguiente forma: *En el motivo cuarto, al amparo de los ordinales segundo y cuarto, del art. 469.1 LEC se denuncia infracción, en el enunciado del art. 24 CE, y en el cuerpo de los arts. 218.1 y 712 y ss. LEC.*

El motivo carece de fundamento, y debe desestimarse.

Podrá discutirse si la decisión de la sentencia recurrida de diferir la cuestión de la fijación de la indemnización de daños y perjuicios a ejecución de sentencia es o no conforme al art. 219 LEC, pero en modo alguno cabe reprocharle falta de claridad y de precisión, o arbitrariedad, ni conculcación del principio de contradicción. Del contenido del fallo, complementado por el auto de aclaración, se deduce que el Juez de la ejecución habría de designar de oficio un perito (previsión conforme al art. 715 LEC) y, una vez emitido el dictamen, la propia remisión a la ejecución exige, de conformidad con el art. 715 "in fine", señalar la vista oral del juicio verbal. No se trata de crear un procedimiento "ad hoc", no se desconoce el principio de contradicción, y en absoluto se ataca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Amplía esta argumentación en el FD 13º: En el motivo cuarto -1º, IV) del recurso- se alega infracción de los arts. 712 a 715 LEC.

El motivo carece de consistencia.

La sentencia recurrida no crea ningún procedimiento "ad hoc" que prescinda del procedimiento establecido en la LEC, como lo revela que explícitamente se remite a ejecución. Otra cosa es que disponga que se nombre un perito judicial. La decisión viene determinada por la falta de acuerdo de las partes. Si lo hubiere, mejor; no sería necesario ni el perito, ni la ejecución. La previsión "de oficio" la recoge el art. 715 LEC, y con ello nada se menoscaban las facultades del juez de la ejecución, toda vez que es él quien designará al perito, y conocerá del procedimiento sobre su dictamen.

Y también en su FD 22º: En el motivo quinto -Cuarto, 5) del recurso- se acusa subsidiariamente respecto de la infracción anterior, vulneración de los arts. 712 y siguientes de la LEC (procedimiento de liquidación de daños en ejecución forzosa).

El motivo se desestima porque la designación judicial del perito y la observancia del art. 715 LEC, que establece un procedimiento de dictamen del perito y de vista oral (conforme a los trámites previstos para los juicios verbales), en la cual las partes podrán formular las alegaciones oportunas, respeta de forma exquisita los principios de contradicción y defensa, sin que exista asomo de indefensión. Y sin que obste que el perito haya de ser de designación judicial pues tal previsión la contiene el propio art. 715 LEC para el juez de la ejecución, y puede ordenarla el Tribunal, sin que por ello padezca el principio de legalidad procesal.

*hacer especial imposición en las costas procesales causadas.*¹⁵⁴⁶ Finalmente, y en consonancia con lo que expone en los anteriores fundamentos de derecho, el TS falla desestimando los tres recursos extraordinarios por infracción procesal.

De lo anteriormente descrito se advierte como, rápidamente, el TS centra su atención sobre la nuclear cuestión de la *imposibilidad* de determinación en sede declarativa el *quantum* debido, único presupuesto que legitima el dictado de una sentencia con reserva, entrando en juego las principales materias objeto del presente estudio (principios de aportación de parte, de carga de la prueba y dispositivo, posibilidad de diferir la liquidación a la ejecución, etc.) por lo que, para racionalizar este comentario, procederé a atender separadamente a cada una de ellas.

A) En cuanto a la cuestión de la *imprescindibilidad* de la utilización de la sentencia con reserva recuérdese que, en el presente caso, en la demanda se solicitaba una condena a indemnizar los perjuicios causados por la infracción de derechos de autor¹⁵⁴⁷, habiendo optado la actora por la remuneración que habría percibido si hubiera autorizado la

¹⁵⁴⁶ Así lo expone en su FD 6º: *La desestimación de todos los motivos conlleva la del recurso extraordinario por infracción procesal, y al ser un tema discutible el relativo a la cuantificación del daño en las diversas perspectivas planteadas, el Tribunal, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 394.1 LEC, al que se remite el art. 398.1 LEC, acuerda no hacer especial imposición en las costas procesales causadas. Y de conformidad con lo establecido en la Disp. Final 16ª.1, 6ª LEC procede pasar a examinar el recurso de casación.*”

En el mismo sentido se pronuncia el TS en sus FD 15º y 24º para con respecto a las otras dos recurrentes.

¹⁵⁴⁷ En virtud con lo prescrito en el arts. 138 a 140 TRLPI. Concretamente el **artículo 140** del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, lleva por rúbrica justamente: *Indemnización*, y su contenido es el siguiente:

1. *La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.*

2. *La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:*

a) *Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.*

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) *La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.*

3. *La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.*

explotación de los mismos, fijando una cuantía líquida (cifrada provisionalmente en 1.153.901 euros) o, de forma subsidiaria, la cuantía que resultara *de la base consistente en la remuneración de mercado que hubiera percibido Training Park S.L. de haber autorizado la explotación de las obras referidas a nivel mundial*. Para esa cuantificación la actora propuso dos *parámetros*¹⁵⁴⁸, mostrándose la Audiencia disconforme con los mismos al considerar necesario *conocer el valor de los programas afectados por la actividad infractora de los demandados, a finales del año 2000 momento éste que sería el culminante en la explotación de los manuales, debiendo declinar en los años sucesivos, en un 20% anual, hasta amortizarse al cabo de cinco años; para a continuación, sobre la base de lo que en aquel año 2000 habría facturado el actor por la licencia de los manuales afectados por la infracción, calcular el valor de que tenían por entonces dichos manuales*. Para poder conocer los anteriores datos opta por acordar que *en ejecución de sentencia, y sobre la base de la contabilidad de la actora, un perito deberá realizar este cálculo, perito que deberá serlo de designación judicial*.

Ante esta situación, lo primero que hace el TS es recalcar la importancia de esa *imprescindibilidad*, la cual engarza precisamente con la literalidad de la propia Exposición de Motivos de la LEC, radicando en el presente caso aquella en el hecho de *señalar la Audiencia nuevas pautas para el cálculo de la indemnización, y ser necesario un informe pericial*, de lo que deriva que *el criterio de remitir para ejecución de sentencia resulta "imprescindible"*. Ahora bien, obsérvese como el mismo Alto Tribunal entiende que la LEC del 2000 lo que busca es que la cuantificación se lleve a cabo *dentro del proceso de declaración*, habilitándose únicamente la reserva para los supuestos en que *por causas ajenas a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso*. Por tanto, en este caso, esa *causa ajena* no es otra que las *nuevas pautas para el cálculo de la indemnización* fijadas en segunda instancia por la AP. O dicho de otro modo, es el propio órgano jurisdiccional sentenciador el que provoca esa *imprescindibilidad* al considerar que todo el enfoque hasta el momento dado a la cuestión de la cuantificación es erróneo, hallándose en ese momento ya sin instrumentos procesales para proceder a la cuantificación en sede declarativa. Esta

¹⁵⁴⁸ Consistentes en:

- 1.- El del *acceso real* que se hizo de su obra y cuyo conocimiento *no ha sido posible*.
- 2.- El *cálculo aproximado, sobre la base de los usuarios o clientes suscritos a los sitios Web infractores, que es por el que finalmente opta el perito de la actora*.

impotencia procesal la refleja nítidamente el mismo TS al aseverar que *lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación.*¹⁵⁴⁹

En mi opinión, la anterior doctrina presenta dos puntos débiles. El primero lo explicita el propio TS al afirmar que, con la nueva regulación, *se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado* pues, si algo se desprende del estudio hasta ahora realizado es que la sentencia con reserva es, en sí misma, una figura “incorrecta” que sólo ha sobrevivido por la insuficiente articulación en nuestro ordenamiento de la tutela de mera declaración. El segundo es un error de carácter lógico, que ya denunció con gran solidez CALAMANDREI, y que consiste en considerar como dos cosas distintas lo que en realidad son dos enfoques diferentes de una misma cuestión. De esta forma sostiene el Alto Tribunal (manteniendo el relato forjado bajo la ALEC) que *la realidad o existencia del daño siempre se debían acreditar durante el declarativo pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrea la desestimación de la pretensión correspondiente.* Por el contrario, *podía suceder que las bases o la cuantificación, no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia.* Ahora bien, es obvio que, cuando se ejerce una pretensión de condena, la existencia de un débito y su cuantificación son elementos que se hallan inextricablemente entrelazados, por lo que es evidente que esa *imposibilidad* de acreditar el *quantum*, una vez constatada su existencia, nunca revestirá un carácter ontológico, sino que se deberá a otro tipo de causas entre las cuales destaca la falta de instrumentos procesales idóneos (o la inadecuada utilización de los mismos) para ello.

Sin pretender alargarme demasiado en esta cuestión, se advierte diáfananamente en el caso examinado esa defectuosa técnica procesal que he acabado de denunciar. Cuando

¹⁵⁴⁹ De lo anterior cabe resaltar una característica que, en mi opinión, es intrínseca a la sentencia con reserva, consistente en que la *imposibilidad* de cuantificar y, por tanto, la *imprescindibilidad* de este tipo de sentencias se deviene de la propia concepción y articulación del proceso, y no de cuestiones ajenas al mismo. O dicho de otra manera, la sentencia con reserva es una figura que intenta servir de “sanadora” de un sistema procesal técnicamente defectuoso. Defectuoso, en mi opinión, no solamente en sus preceptos, sino también en la forma de interpretarlos y de aplicarlos. El mismo TS resalta la *oscuridad* del sistema instaurado por *el legislador procesal del 2000*, reconociendo que el mismo lo que pretende es *evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas.*

analicé el tratamiento procesal de la sentencia con reserva hablé de lo que (tomando en préstamo la famosa expresión de CARNELUTTI) denominé la “formación progresiva de la pretensión” y que consiste en defender que una acción de carácter dinerario, en lo concerniente a su cuantificación, se puede concretar, modificar y fijar a lo largo de cualquier fase y momento del proceso de declaración e, incluso, al inicio del proceso de ejecución. Este modo de proceder plantea serias dudas sobre la eficacia del sistema instaurado en la LEC del 2000 en el que algunas normas, después de ser “matizadas” por la doctrina jurisprudencial, parecen más mandatos programáticos que jurídicos. De esta forma, se ponen en duda diversos instrumentos, como las diligencias preliminares¹⁵⁵⁰, dejándose como norma meramente orientativa la recogida en el art. 219.1 LEC¹⁵⁵¹. De hecho, al no precisarse en este extremo el *objeto del proceso en la demanda* las partes, y el tribunal, lo pueden alterar durante todo el decurso del proceso, entendiéndose la cuestión de la cuantificación a modo de “alegación permanentemente complementaria”, sin nunca infringirse la prohibición de *mutatio libelli* del art. 412 LEC¹⁵⁵².

Ante esta especie de *lasseiz faire laissez passer*, la LEC otorga unas mínimas facultades de dirección material al órgano jurisdiccional¹⁵⁵³ que, unidas a los preceptos reguladores de los medios probatorios, conforman un sistema defectuoso incapaz de impedir que, al final de todo el proceso de declaración, se pueda formalmente (que no ontológicamente) garantizar el poder cuantificar lo debido. O dicho de otra manera, la

¹⁵⁵⁰ Que deberían servir para poder preparar debidamente un caso como el presente, pues para algo el art. 256.1.7º LEC prevé expresamente la posibilidad de solicitar, a través de ellas, las correspondientes diligencias dirigidas a obtener, por ejemplo: *Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías*. Diligencias que, en caso de negativa a realizarse una vez acordadas, comportan serias consecuencias; v. gr., el art. 261.5ª LEC prevé que: *Tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6.º, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Igualmente ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7.º y 8.º del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos*.

¹⁵⁵¹ Que no acaba ni de casar con el art. 253 LEC ni de complementarse con el art. 399.1 LEC, y que no goza de protección ninguna por parte del art. 403 LEC.

¹⁵⁵² Recuérdesse que en un momento ya relativamente avanzado como es la audiencia previa, la LEC aún prescribe que *el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones* (art. 424.2 LEC) evidenciando la falta de control real que tiene el órgano jurisdiccional sobre esa *claridad y precisión* en relación con lo que se pide que se habría de predicar de la demanda (art. 399.1 LEC).

¹⁵⁵³ Cfr. arts. 426.6, 429. 1. 2º y 3º LEC y art. 435.2 LEC.

imprescindibilidad de la sentencia con reserva se basa en un sistema procesal que, además de presentar fisuras, se interpreta y aplica agravándolas. Buen ejemplo de ello es la presente sentencia en la que, como ha quedado demostrado, es el propio órgano jurisdiccional el que acaba por hacer efectivamente *imprescindible* el recurso a la sentencia con reserva. De hecho obsérvese que, si al final de todo el proceso de declaración el órgano jurisdiccional aún puede cambiar *ex officio* los parámetros de cuantificación e incluso remitir (dependiendo de su complejidad) su concreta cuantificación a la ejecución, la sentencia con reserva será, siempre que el Tribunal así lo considere, *imprescindible*. De esta forma, es el propio curso de las actuaciones el que acaba oscureciendo el planteamiento de la controversia, siendo lógico, ante la inseguridad de esta estructura, el abogar porque las partes acaben llegando a un acuerdo transaccional sobre el respectivo *quantum*.

B) La anterior crítica sería incomprensible sin atender al papel que juegan, en este escenario, los **principios dispositivo** y de **aportación de parte**. El TS hace referencia a ellos al hablar, respectivamente, del principio de congruencia¹⁵⁵⁴ (art. 218 LEC) y de rogación (art. 216 LEC). Como ya se diera con la ALEC, sucede en la práctica que los mismos se tamizan en esta materia por sus contrarios (de oficialidad y de investigación oficial). Ello se advierte en numerosos momentos en la citada sentencia al afirmar el TS, por ejemplo, que *el Tribunal puede señalar las bases o pautas que estime más correctas para la cuantificación*; al diferenciar entre *criterio legal de indemnización* y *criterio de fijación de cuantía*; al considerar que *cuando la ley no establece las pautas para cuantificar el daño, el Tribunal no está sujeto a las que señalen las partes, y puede tomar en cuenta todas las que se acomoden a la justa determinación del mismo, en relación con el caso y la naturaleza de las cosas*, etc. A pesar de ello, el TS considera que los citados principios no se conculcan al afirmar que en estos casos *no se da cosa distinta, ni resulta alterada la "causa petendi" en sus perspectivas fáctica y jurídica*, pues se está ante cuestiones *que forman parte del raciocinio humano*, en las que *simplemente, el Tribunal estima más adecuado y justo para el resarcimiento un criterio valorativo diferente*; siendo *aspectos propios de las máximas de experiencia, de los juicios de valor, de la naturaleza de las cosas, que dependen de circunstancias*

¹⁵⁵⁴ Que en puridad no es más que una de las manifestaciones del principio dispositivo.

específicas de cada asunto, con frecuencia sujetas a contingencias producidas en el decurso de propio proceso, y por ende, no siempre previsibles "ab initio". Por ello, no cabe menoscabar la facultad del Tribunal para, en sintonía con las particularidades de cada supuesto, ajustar las bases de fijación del "quantum" indemnizatorio a la singularidad del resultado procesal. Entenderlo de otro modo iría contra la función de los Tribunales y el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene carácter bilateral, existiendo esta materia una amplia libertad de juicio por parte de los Tribunales, dentro de la racionalidad.

La anterior síntesis muestra las dificultades que el Alto Tribunal tiene para fundamentar su discurso, que levanta, en mi opinión, sobre una *racionalidad* predicable más de un sujeto trascendental Kantiano, y a la que llegarían *motu proprio* los Tribunales, que resultante de un correcto debate procesal fundamentado en la dialéctica establecida entre las partes a partir de las alegaciones y pruebas que ellas mismas vertieran en el proceso. Ahora bien, si lo anterior es discutible, lo que es innegable es que, en el caso estudiado, la Audiencia Provincial (al fijar un nuevo criterio de cuantificación) varía lo que se pide, pues la cuantía que resultará al aplicar su criterio será diferente de la que se obtendría siguiendo lo propuesto por la parte actora y, por tanto, de la discutida en el proceso. El TS considera que, a pesar de ello, no se cae en incongruencia, pues los únicos límites son los fijados por el respeto a los criterios legales indemnizatorios y por la cuantía máxima solicitada por la actora¹⁵⁵⁵. Ahora bien, en ocasiones, ni existen los primeros ni se fija la segunda.

En mi opinión, con esta doctrina se pone en riesgo la manifestación del principio dispositivo consistente en la delimitación del objeto del proceso por las partes, y pierde sentido hablar (en estos casos) de congruencia en la sentencia, pues dicha congruencia se predica en relación a aquél objeto. En realidad, en estos supuestos, la materia no se delimita exclusivamente por las partes sino por el órgano jurisdiccional, que lleva a cabo una verdadera función instructora en búsqueda del criterio cuantificador que más se ajuste, *en justicia*, al caso planteado. Este depauperado alcance del principio

¹⁵⁵⁵ Utilizando las propias palabras del TS: “en la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal (aparte del máximo solicitado) solo está vinculado por los criterios legales -sistema, concepto y pautas previstas en la norma-, de modo que, si la parte opta por uno de los criterios legales (en el caso, el de regalía hipotética), el Tribunal no puede conceder indemnización por otro, salvo ejercicio alternativo o subsidiario.”

dispositivo evita una posible infracción del principio de aportación de parte¹⁵⁵⁶ pues, aunque el órgano jurisdiccional acuerde de oficio el nombramiento de un perito judicial, no lo hace por considerar inadecuada la prueba propuesta por la actora, sino con la finalidad de poder hacer prevalecer el criterio de cálculo que, sin debate procesal, ha decidido como más racional y acertado¹⁵⁵⁷. Y obsérvese que, al estar las anteriores “facultades” del tribunal desligadas de la voluntad de las partes, podría darse incluso el caso que éste variara un criterio cuantificador sobre el que no hubiera controversia entre ellas, pues el órgano jurisdiccional ya no sólo se encargaría de aplicar a los hechos probados el derecho (*da mihi factum, dabo tibi ius*), sino también esa *racionalidad* que, al parecer, es consustancial a *la función de los Tribunales*.

C) Desde mi punto de vista, lo más sorprendente de la mencionada doctrina del TS es el hecho de habilitar el **diferimiento a la ejecución** de la correspondiente **liquidación**. Recuérdese que este aplazamiento lo defiende el TS dentro del marco antes comentado de la *imprescindibilidad* que existe, en ocasiones, de dictar una sentencia con reserva. Para evitar que en estos casos se deje *sin el derecho a la indemnización* afectando *al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión*, articula un sistema en el que en unas ocasiones se remitirá la cuantificación a un declarativo posterior, mientras que en otras se enviará al *incidente de ejecución*, estableciendo como *criterio orientador para dirimir una u otra remisión* el de *la mayor o menor complejidad* de esa liquidación. Ahora bien, el primer obstáculo con que se encuentra el TS al defender esta estructura es la literalidad de los arts. 209.4ª y 219.3 LEC que difícilmente pueden explicitar de forma más clara la prohibición de realizar semejante postergación. Para superar tamaña dificultad, el TS acude exclusivamente a una interpretación sistemática (art. 3.1 CC)¹⁵⁵⁸ y, dentro de todo el sistema, parece asentar su doctrina únicamente sobre la Exposición de Motivos de la LEC, y sobre el art. 24 CE¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁶ Aunque fácilmente se podría vulnerar si se atienden las siguientes palabras del mismo TS, en las que se obvia la máxima *secundum allegata et probata partium*, al aseverar que *cosa distinta sucede cuando se trata de cuantificar la indemnización, en cuyo aspecto el ámbito jurisdiccional del Tribunal se extiende a la ponderación de todos aquellos factores -determinantes de parámetros, pautas o bases-, alegados o no por las partes, que sea preciso tomar en cuenta para acomodar la decisión a las circunstancias específicas del supuesto enjuiciado.*

¹⁵⁵⁷ En este sentido el TS sostiene que: *No hay diferimiento al dictamen pericial; el cual no se refiere a los parámetros o pautas, sino a los datos para su operatividad.*

¹⁵⁵⁸ Ello se constata si se tiene en cuenta que el sentido literal de la norma es contrario a lo sostenido por el TS, y que no parece lógico sostener que ha cambiado sustancialmente *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas* con respecto al momento de su aprobación (apenas ha pasado una década),

Interpretado así el sistema, entra inevitablemente en juego el bloque normativo de los arts. 712 y ss. LEC. En este ámbito, considera el TS que el acudir a estos procedimientos no comporta la creación de *un procedimiento "ad hoc"* ni tampoco *se desconoce el principio de contradicción, y en absoluto se ataca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, ahondando en esta línea en diversas ocasiones¹⁵⁶⁰. Ahora bien, en mi opinión, el diferimiento de la liquidación a estos incidentes presenta diversos problemas:

1.- Al remitir la liquidación a la ejecución la primera cuestión que surge es si se ha de despachar ésta, o si se crea una especie de situación “intermedia” previa a su despacho. En principio la ubicación sistemática de los arts. 712 y ss. LEC¹⁵⁶¹ indicaría la necesidad del despacho previo de aquella, al estar ideados como incidentes de la misma. Ahora bien, en estos casos la pretensión es dineraria, por lo que la ejecución que correspondería sería la contenida en el Título IV del mismo Libro III, estableciéndose en los arts. 571 y 572 LEC la necesidad de un título líquido que aún no se ha obtenido. A estos problemas técnicos se añade el que el despachar la ejecución en estos casos impedirá, obviamente, el cumplimiento voluntario de la sentencia, eliminándose *de facto* el plazo de espera que marca el art. 548 LEC. Si por el contrario se opta por realizar el incidente antes de despachar la ejecución el problema que surge es el del marco en el que se está ventilando el incidente, pues la LEC sólo distingue entre

apareciendo además *los antecedentes históricos y legislativos* como contrarios a esta remisión, y también en igual sentido el *espíritu y finalidad* de esas normas. De hecho, el mismol TS quien reconoce *que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, en el que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo.*

¹⁵⁵⁹ El recurso al art. 24 LEC, en sus facetas de derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de la indefensión, se utiliza en el presente caso (y en muchos otros) como un arma de doble filo, tanto por las partes como por el propio TS. Por otra parte, el carácter bilateral de ese derecho a la tutela judicial efectiva se resalta en diversas ocasiones por el TS, pero siempre en apoyo de las pretensiones de la parte actora.

¹⁵⁶⁰ V. gr. cuando sostiene que *la designación judicial del perito y la observancia del art. 715 LEC, que establece un procedimiento de dictamen del perito y de vista oral (conforme a los trámites previstos para los juicios verbales), en la cual las partes podrán formular las alegaciones oportunas, respeta de forma exquisita los principios de contradicción y defensa, sin que exista asomo de indefensión. Y sin que obste que el perito haya de ser de designación judicial pues tal previsión la contiene el propio art. 715 LEC para el juez de la ejecución, y puede ordenarla el Tribunal, sin que por ello padezca el principio de legalidad procesal, y cuando afirma que: Por otra parte, además, mal puede resultar afectado el principio de contradicción si la parte pudo impugnar la apreciación judicial ante este Tribunal y puede objetar el contenido del dictamen pericial en la ejecución (art. 715 LEC).*

¹⁵⁶¹ Recuérdese que se incardinan dentro de la ejecución (Libro III) no dineraria (Título V) cerrando el bloque normativo referente a ésta última (Capítulo IV).

procesos declarativo, ejecutivo y cautelar. No siendo esta problemática de naturaleza cautelar, y siendo la sentencia ya firme (y concluso el proceso de declaración), parecería que la única vía practicable consistiría en considerarlos como procesos liquidatorios de lo accesorio (como pasa, v. gr., con la tasación de las respectivas costas), pero eso es frontalmente contrario a la naturaleza de lo que se está liquidando que no es otra cosa que lo peticionado de forma principal.

2.- Desde esta concepción parece desconocerse el ámbito de aplicación de los arts. 712 y ss. LEC, pues el primero de estos preceptos establece que se acudirá a ellos *siempre que, conforme a esta Ley, deba determinarse...*, es decir, en principio su aplicabilidad está limitada por una llamada expresa de la Ley, no dejándose la misma a la discrecionalidad de los tribunales.

3.- Se burla la obligatoriedad de fijar una cantidad concreta que, para poder acudir a sus arts. 712 y ss., también prescribe la LEC. Recuérdesse que en el caso analizado se remite directamente la Audiencia al art. 715 LEC. Ahora bien, este precepto se enmarca dentro de un continuo procedimental al que precede una petición de liquidación con *una relación detallada* de los correspondientes daños y perjuicios, *con su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos* (art. 713.1 LEC). Obviamente, la sentencia que se remite al citado art. 715 LEC en ningún momento realizó esa valoración, sino que acude directamente a dicho artículo para poder operativizarla.

4.- Se elimina el matiz transaccional de los arts. 712 y ss. LEC. En el mismo continuo señalado en el apartado anterior, se da la posibilidad al deudor de conformarse *con la relación de los daños y perjuicios y su importe* (art. 714.1 LEC). En el caso analizado se sigue ignorando ese importe y se da por hecha la oposición *motivada* a la *valoración en dinero* de la misma (art. 715 LEC).

5.- Se altera el sentido de la competencia funcional. Como se ha analizado anteriormente, la fijación de la cuantía en nuestro ordenamiento se integra de forma progresiva, de tal forma que la liquidación que no se efectúa en primera instancia puede ser llevada a cabo posteriormente por la correspondiente Audiencia o, incluso, por el

TS¹⁵⁶². Ello, en principio, se encuentra avalado por la competencia funcional en base a la cual, la “racionalidad superior” de los diferentes órganos que van conociendo del asunto permiten justificar la modificación de lo acordado. Ahora bien, remitiéndose al art. 715 LEC se rompe con esa cadena “ascendente”, pues ahora “retorna” el asunto al *Tribunal que dictó la orden general de ejecución* (en el presente caso al Juzgado Mercantil).

6.- Se altera el cauce legal. Acudiendo al art. 715 LEC *se sustanciará la liquidación de daños y perjuicios por los trámites establecidos para los juicios verbales en los artículos 441 y siguientes*, iniciándose *de facto* un segundo declarativo que será siempre el verbal con independencia de la cuantía solicitada. Por tanto, no remitiendo (como marca el art. 219.3 LEC) a un segundo declarativo, se alteran las normas que marcan cuándo se debe acudir al juicio ordinario y cuando al verbal en virtud del criterio jurisprudencial de la “complejidad” de la correspondiente cuantificación. Además, en el caso analizado, se sustrae al órgano jurisdiccional la facultad de nombrar un perito judicial¹⁵⁶³, ya que se le ordena el hacerlo.

7.- En principio se altera el régimen de recursos si se opta por remitir el asunto a la ejecución o a un segundo declarativo ya que, frente al auto que determine la correspondiente cuantía cabe apelación (art. 716.2º LEC)¹⁵⁶⁴, y frente al que se dicte resolviendo la misma no cabría el correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 LEC). Ello es ilógico si se tiene en cuenta que se está, en estos casos, completando una sentencia¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶² Incluso por primera vez, si anteriormente habían sido desestimadas la correspondiente demanda y recurso de apelación.

¹⁵⁶³ En este aspecto el precepto prescribe la posibilidad del *Tribunal que dictó la orden general de ejecución, mediante providencia, a instancia de parte o de oficio, si lo considera necesario, de nombrar un perito que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero.*

¹⁵⁶⁴ En cuanto a este régimen de recursos valga apuntar que, el mentado recurso de apelación que se articula en el artículo 716 LEC (sin efecto suspensivo) no cabe en vía laboral. En este punto resulta interesante la jurisprudencia que aporta MARTÍN VALVERDE, ANTONIO, sobre este tema. Este autor afirma que, entorno a los artículos 189.2, 294.2 y 302 LPL, se ha ido forjando jurisprudencia en el sentido de que la Sala de lo Social del TS considera que cabe recurso de suplicación (y posterior por tanto de unificación de doctrina) o casación ordinaria cuando en sede de ejecución aparezcan “ingredientes cognitivos”. En esta línea aparece en primer lugar la STS de 2 de marzo de 1994, seguida de otras como la STS de 24 de febrero de 1997, de 15 de febrero de 1999 o de 21 de septiembre de 1999, puntualizando la de 23 de septiembre de 1999 que el artículo 302 LPL impide esta posibilidad para el caso de la ejecución provisional. C.G.P.J., *La ejecución laboral*, opus cit., *La ejecución de las sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia: una primera aproximación*, págs. 446 a 449.

¹⁵⁶⁵ Insisto en que, en mi opinión, esta dinámica parte del error de considerar que la cuantificación es algo accesorio en relación con lo principal (la declaración de la existencia del crédito), cuando en realidad es

D) El problema de la **valoración de la prueba** en este ámbito radica en el hecho de que su control por el TS está extremadamente limitado. Reiteradamente el TS ha comentado que esta valoración *es función que corresponde a los Tribunales que conocen en instancia, lo que no ocurre con el Tribunal Supremo cuando resuelve recursos extraordinarios en los que no tiene función de tercera instancia*, admitiendo en estos casos únicamente *la denuncia de la valoración efectuada en la sentencia recurrida cuando siendo decisiva para el fallo incurra en error patente, en arbitrariedad, o en irracionalidad*. En cuanto a la infracción de la **carga de la prueba** (art. 217 LEC) también ha repetido reiteradamente el TS que no se puede confundir con la actividad de su valoración. En el supuesto analizado explicita que: *No nos hallamos ante un caso de falta de prueba, sino de que la sentencia recurrida mantiene un criterio para valorar el "quantum" diferente; de este modo, la disconformidad de la misma [Audiencia] con la pericial practicada es con el método, y sobre todo los parámetros, de que parte para la valoración, y tal aspecto no es propiamente fáctico, y por ello queda fuera de la carga de la prueba, es decir, que la prueba pericial acordada no viene determinada por una falta de prueba sino por las nuevas pautas de liquidación acordadas*. Con lo cual, en mi opinión, difícilmente se puede hablar de prueba pericial, sino de auxilio pericial.

Llegados a este punto, el paciente lector puede juzgar como demasiado severas las consecuencias que se podrían derivar de lo argumentado en el presente epílogo y, en consecuencia, considerar necesaria la actual doctrina del TS, pues sería injusto que la demandante se quedase sin derecho a percibir cantidad alguna por el mero hecho de errar en la elección del criterio de valoración. Ahora bien, obsérvese que lo anterior sólo sucedería si se concibiera esta cuestión de manera maximalista, sin apreciación de soluciones intermedias. Si bien se mira, lo que realmente sucede en casos como el analizado no es que la actora deje de proponer una forma de valoración lógica, a partir de la cual se pueda tener por fehacientemente acreditada un determinada cuantía, sino que lo que supuestamente no consigue es hallar el criterio “óptimo”, que sí descubre el órgano jurisdiccional, el cual ya no actúa aquí como “perito en derecho” (pues no se trata de una cuestión integrada dentro de los límites del *iurit novit curia*) sino como

parte integrante de eso principal. Se trata, por tanto, de un fenómeno de integración de una sentencia, no de la liquidación de algo accesorio de lo principal.

valedor de una “racionalidad superior” que, en mi opinión, se irroga injustificadamente. Pero entiéndaseme bien; que el Tribunal pueda actuar *ex officio* no es algo descabellado, y de hecho así se articuló históricamente en las anteriores Leyes de Enjuiciamiento Civil (v. gr. art. 340 ALEC) y así se permite en otros ordenamientos más “intervencionistas” (v. gr. el alemán, § 287 ZPO¹⁵⁶⁶), siendo siempre conveniente realizar esa investigación oficial con anterioridad al dictado de la sentencia para evitar, cuanto menos, innecesarias dilaciones. Ahora bien, en mi opinión, la elección por una u otra opción es competencia exclusiva del Legislador, radicando precisamente el nudo gordiano de esta materia en la actual coexistencia de dos sistemas claramente diferenciados: el que ideó la *mens legislatoris* y el que se está construyendo por el TS, quien parece considerar que la rigidez de los arts. 209.4ª y 219 LEC los convierte, como diría REICHEL¹⁵⁶⁷, en “leyes apóstatas”.

Por ello, sin entrar a valorar cuáles son los límites ideales entre las facultades de las partes y del órgano jurisdiccional, y si se conviene que la LEC del 2000 ha potenciado en este ámbito los principios dispositivo y de aportación de parte, dejando en manos de éstas la responsabilidad y las facultades para fijar el *quantum* de lo debido, cabe constatar lo inadecuado de la mencionada doctrina del TS la cual, por contravenir la estructura establecida en la LEC, introduce una notable dosis de inseguridad jurídica en el sistema. Por ello, por ser mucho peor el supuesto remedio que la enfermedad, opino que, bajo la actual regulación, los Tribunales deberían limitarse a decidir en base a los

¹⁵⁶⁶ Concretamente, este § 287 ZPO establece en su **primer apartado** que: *En caso de que sea controvertido entre las partes si un daño se ha producido y cuán elevado es o a cuánto ascienden los intereses devengados, entonces el tribunal decide considerando todas las circunstancias, de acuerdo con el libre convencimiento. Si y cómo debe ordenarse una prueba requerida o una pericial mediante un perito decretada de oficio es decisión del tribunal, de acuerdo con su discreción. El tribunal puede tomar declaración a quien ofrece la prueba sobre los daños o los intereses; rigen en lo que corresponda las disposiciones del § 452 apartado 1. Oración 1, y los apartados 2 a 4.* Texto obtenido de la traducción realizada por ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS y PÉREZ RAGONE, ÁLVARO J., del *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2006. Vid. el apartado 4.6 de este estudio, sobre carga de la prueba.

¹⁵⁶⁷ Quien afirmó que: “La ley sólo es medio para el fin, pero su fin es el orden jurídico. Así pues, el juez sólo es, por eso, el servidor de la ley, porque por el servicio que presta a este medio debe servir al fin del mismo, esto es al Derecho. Por consiguiente, si en un caso particular se opone la ley al pensamiento y al fin del Derecho, se pone a debate a éstos precisamente, y puede ser ordenado entonces que al postulado del pensamiento jurídico, que se halla sobre la ley, se le otorgue mayor fuerza que a la exigencia sin voluntad de la ley apóstata [...] puede esto acontecer muy bien cuando la ley se opone a las inexorables exigencias de la moralidad social. *Pues lo supremo en el mundo es lo bueno.* Cooperar a su realización, poner nuestra vida a su servicio, es toda nuestra tarea; también lo es la del juez.” HANS REICHEL, *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del derecho y aplicación del último*, Madrid, Editorial Reus, S. A., 2003, traducción directa del alemán por EMILIO MIÑANA VILLAGRASA, pág. 146; la cursiva se ha respetado del original consultado. Obra que, por otra parte, contiene un interesante estudio de la evolución histórica de este ámbito del derecho.

criterios valorativos propuestos, discutidos, y sobre los que habrán articulado sus medios de prueba las partes en el proceso, no siendo de recibo el que los órganos jurisdiccionales sustituyan, *motu proprio*, el “relato” de éstas pues, a mi entender, dicha atribución les ha sido negada en la actual normativa.

CONCLUSIONES

I. Desde el siglo XIII conceptos como *frutos*, *intereses* o *rentas* aparecen claramente distinguidos del objeto principal del juicio, teniendo por ello un *tratamiento procesal diferenciado* debido a su *carácter accesorio*. Asimismo, la legislación Alfonsina ya estableció que lo decidido en la sentencia debía ser *cierto, e derechurero*, pues debía zanjarse completamente la controversia permitiendo, llegado el caso, la ejecución forzosa de lo resuelto. Aún así, se generalizaron en el foro una serie de prácticas en extremo ineficientes, entre las cuales se encontraba la de diferir *la liquidación de lo accesorio*, ocasionándose con ello nuevos pleitos que terminaban encareciendo más el juicio que lo que en él se ventilaba. Esta fue la causa de una nueva y específica normativa que, recogida en la Nueva Recopilación de 1567, ordenó taxativamente fijar la cuantía de eso accesorio en la sentencia. Este mandato, dirigido primordialmente a los órganos judiciales, también compelmaba a la actora a confeccionar su demanda de forma clara y precisa, bajo riesgo de incurrir en un *defecto en el modo de proponerla*, apreciable de oficio por el juez, y cuya consecuencia era el de *repelerla* hasta que fuera subsanada.

II. La anterior normativa permaneció sustancialmente inalterada a través de su recepción en la Novísima Recopilación. El cambio de sistema fue anunciado con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 que, en su art. 93, alumbró la sentencia con reserva en el ámbito de los negocios de comercio, instaurando (conjuntamente con sus arts. 91 y 92) una estructura cuasi omnicomprendiva del fenómeno sentenciador que se reproducirá, con algunos matices, hasta nuestros días. Siguiendo a aquella, la LEC de 1855 condensó en sus arts. 61 y 62 el espíritu de las antiguas leyes y reguló, en su art. 63 y en forma de cascada, los tres tipos ya clásicos de sentencias líquida, liquidable y con reserva. De esta forma, y como respuesta a una extensa práctica forense que no se avenía a la idea de que todo podía ser siempre perfectamente delimitado en una única resolución, se pasó a permitir el dictado de una sentencia ilíquida cuando resultara imposible fijar, en el momento de dictarla, el *quantum* debido.

III. En un principio, la sentencia con reserva se ideó para diferir la liquidación de lo accesorio, limitándose por ello su alcance a una serie de conceptos muy específicos (*frutos*, *intereses*, *daños* o *perjuicios*), lo que permitió a la doctrina del momento

engarzar el novedoso art. 63 LEC 1855 con la regulación anterior. En la teleología de este tipo de sentencias latía el objetivo de delimitar en qué supuestos se podía conseguir una rápida liquidación del crédito accesorio, y en cuáles se debía sólo declarar su existencia dejando la concreción de su cuantía para un segundo declarativo en el que lo accesorio se tornaba en principal. La mayor crítica a esta regulación se centrará en esa remisión de la cuantificación a un segundo proceso de declaración, por lo que, en la LEC de 1881, se permitió relegarla a unos incidentes declarativos en sede ejecutiva. Este novedoso mecanismo, ideado para agilizar y abaratar la concreción de lo debido, fue utilizado de manera abusiva, propiciando el debate, en la ejecución, de cuestiones que deberían haber sido discutidas y resueltas en la correspondiente sentencia, duplicándose las actuaciones.

IV. La tramitación parlamentaria del art. 219 LEC se caracterizó por la falta de crítica en su elaboración, lo que se patentiza tanto en el silencio que sobre el mismo guardaron los correspondientes Informe del Consejo General del Poder Judicial y Dictamen del Consejo de Estado, como en la falta de su discusión en sede parlamentaria, en donde no sufrió ni una sola enmienda. Aún así, el precepto fue modificado durante ese *iter*, pasando de prever la sentencia con reserva para *la reclamación de daños y perjuicios, frutos, rentas y utilidades o productos de cualquier clase* cuando además la misma *fuere accesoria*, a admitirla cuando se solicitara *la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada*, ampliando extraordinariamente el supuesto de hecho de la norma, y desplazando su aplicabilidad de lo accesorio a lo principal.

V. La relación de casos que establece el artículo 219.1 LEC configura un *numerus apertus* en el que se incluye, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, el de los *daños y perjuicios*. De los explicitados en dicho precepto, tanto los *frutos*, como las *rentas*, como las *utilidades* y los *productos* son conceptos que correlacionan en torno a un mismo núcleo semántico al que he denominado *rendimiento*, al ser bienes que provienen de la explotación de otros bienes de carácter productivo. Este hecho los diferencia del *dinero*, que puede provenir de orígenes diversos. La inclusión de este último vocablo ha ensanchado el supuesto de hecho de la norma a cualquier pretensión pecuniaria, y es consecuencia de la voluntad de proscribir la tutela de mera declaración

en este ámbito. El redactado del supuesto de hecho se puede calificar como anacrónico, equiparándose, en la práctica, al de *deuda pecuniaria*. Por otro parte, la prohibición del art. 219.1 LEC no afecta a los laudos arbitrales, ya que la LA ha estructurado un sistema basado en la libre configuración de la sumisión, de la controversia, al arbitraje.

VI. Las sentencias en las que se fijan unas bases para su liquidación se caracterizan por definirse a partir del *concepto jurídicamente indeterminado* “bases”. Dependiendo del significado que se le dé, se estará ante una sentencia de carácter líquido o ilíquido, que requerirá o no de un auténtico juicio para su determinación; por ello, el actual art. 219 LEC intenta delimitar al máximo la interpretación de este término. Su fundamento radica en la falta de conocimiento, al dictarse la sentencia, de algún elemento que, siendo necesario para la liquidación, podrá ser posteriormente obtenido con suficiente certeza, con lo que la liquidación debería realizarse previamente al despacho de la ejecución, para posibilitar el cumplimiento voluntario de la condena, y garantizar la necesaria liquidez del título ejecutivo. Por ello, no se acaba de comprender la remisión a la ejecución que efectúa el art. 219.2 LEC, en la que, además, no se dice ni cómo, ni cuándo, ni de qué forma se ha de hacer.

VII. La fórmula: *E sí + Q no (x no prueba) = sentencia con reserva*, representa la *finalidad* para la que fue ideada esta figura, la cual intentaba evitar, en estos casos, el dictado de una resolución absolutoria. Por tanto, esta técnica escinde en dos partes una única pretensión de condena, determinándose primero si existe un débito para, después, fijar su cuantía, siendo ello discutible desde un punto de vista lógico, al estribar en la cuantificación de un débito la constatación de su propia existencia. Al anterior fin se han añadido otros que cabe calificar de *espurios*, en el sentido de no buscados por el Legislador. De entre todos ellos destacó, bajo la vigencia de la ALEC, el poder acudir celéricamente al proceso de ejecución, lo que facilitó graves abusos que se han intentado paliar con la LEC del 2000, la cual prohíbe de forma explícita el uso de los incidentes de los arts. 712 a 720 LEC para completar las sentencias ilíquidas. Ahora bien, al anular de esta forma ese acceso “rápido” a la ejecución, ha eliminando el principal argumento pragmático que sustentaba su subsistencia.

VIII. La *naturaleza jurídica* de una institución no deja de ser más que su clasificación como especie dentro de un género. En el caso de la sentencia con reserva esa

“especiación” se ha solido realizar partiendo de la distinción entre los diversos tipos de tutelas de declaración, habiéndose debatido si se las debía considerar como de condena o de mera declaración. La primera dificultad que aflora al examinar la anterior controversia es la relacionada con la vetustez de esta figura, originada en un período en el que aún no se reconocía como tal la tutela simplemente declarativa. Lo anterior obliga a un análisis diacrónico, el cual revela su inextricablemente ensamblaje con el reino de *lo accesorio*, al idearse a modo de artefacto agilizador de la resolución del correspondiente conflicto mediante el cual, la celérica decisión sobre lo principal no se vería obstaculizada por la ya no indispensable liquidación de lo secundario. Ahora bien, muy tempranamente se aplicó este instrumento también para solventar eso principal, reservándose ahora para el segundo juicio su cuantificación, como si *lo accesorio* no fuera ya lo que se debía liquidar, sino *la liquidación misma*. De esta forma, y al negarse la autonomía de la tutela meramente declarativa, la sentencia con reserva acabará jugando un papel exclusivamente prejudicial, *hipertrofiándose* con ella *la tutela de condena*.

IX. Desde GUASP, la doctrina española ha empezado a poner en duda la naturaleza condenatoria de la sentencia con reserva, al no concretarse en ella una prestación que posibilite su cumplimiento voluntario por el deudor. Aún así, muchos autores han mantenido la visión tradicional, apoyándose en que la acción ejercitada es de condena, y en que la sentencia con reserva fija los elementos esenciales de lo debido, siendo la ulterior cuantificación un pronunciamiento sin suficiente trascendencia como para transmutar su naturaleza. El art. 219 LEC ha suministrado nuevas razones a ambos bandos. Por un lado, al volver a diferir la cuantificación a un segundo declarativo, resalta la importancia de la función liquidadora; de otro, denominándolas como de condena y explicitando la tradicional prohibición de la tutela de mera declaración en el ámbito de lo pecuniario patentiza que, en la mente del Legislador, se las sigue conceptuando como de condena. Ahora bien, en realidad, la sentencia con reserva se limita a recoger el *prius logico* de simple declaración que contiene toda acción de condena con lo que, siendo una tutela escindida, que aboca necesariamente a un segundo juicio, acaba *funcionando*, en la práctica, como una resolución meramente declarativa.

X. La anterior problemática también se puede analizar desde un punto de vista comparado. Así, en el *ordenamiento italiano*, encontramos la *condanna generica ai danni*, institución de origen jurisprudencial y sobre cuya naturaleza jurídica también se ha cernido un interesante debate, aunque CALAMANDREI ya desveló que fue la circunstancia de que con su dictado se pudiera inscribir la correspondiente hipoteca judicial la que obligó a denominarlas de condena, pues sólo las de este tipo permitían aquella inscripción. A partir del CPC de 1940 (art. 278) se las ha reconocido legalmente, predicándose de ellas dos de las tres características asignadas a las sentencias de condena: la de constituir título para la inscripción de la hipoteca judicial y la modificación que se opera en el cómputo de la prescripción; mientras que carecerían de la propiedad de ser un título ejecutivo. En cuanto al *derecho alemán*, el instituto que más se asemeja a nuestra sentencia con reserva es la *Grundurteil* (§ 304), resolución incidental de carácter interlocutorio, de indubitada naturaleza meramente declarativa. Aún siendo de este tipo, posee la notable peculiaridad de que es recurrible de forma independiente de la sentencia definitiva (sobre el monto), por lo que se aconseja no iniciar los trámites para la cuantificación de lo debido hasta que gane firmeza lo en ella decidido.

XI. De la anterior sinopsis de derecho comparado se infiere que, en los tres ordenamientos, se ha obrado la división entre el juicio sobre el *an* y el juicio sobre el *quantum debeatur*. Ahora bien, mientras que la *Grundurteil* se configura como una resolución de naturaleza simplemente declarativa, en Italia y en España ese mismo tipo de pronunciamiento se conforma como de condena. Y ello se hace, en ambos casos, por *motivos espurios*. En el italiano, para poder acceder a la inscripción de la hipoteca judicial; en el español, para no sancionar la falta de actividad probatoria con la absolución de la pretensión; *hipertrofiándose* en ambos ordenamientos la tutela de condena, al extenderse a supuestos que no le son propios.

XII. Para el análisis de la *especialidad y/o excepcionalidad* de las normas reguladoras de este tipo de sentencias se ha de partir de dos normas regulares y comunes que provienen ya de las antiguas leyes. La primera de ellas prohibía, en general, la tutela de mera declaración; la segunda exigía la exhaustividad (liquidez) de las sentencias. Ambas normas continúan vigentes en la LEC del 2000 (arts. 219.1 y 218 LEC) aunque con el trascendental matiz de que, la interdicción de la tutela de mera declaración ha

pasado a conceptuarse ahora como una regla también excepcional (art. 5 LEC), por lo que se deberá ceñir exclusivamente al ámbito de lo pecuniario. Frente a ambas normas, el art. 219.3 LEC se articula como una norma de carácter *excepcional*, pero con la particularidad de acabar reconectando (a modo de excepción de la excepción) con cierto reconocimiento de la tutela de simple declaración en el ámbito de lo dinerario. Precisamente, la subsistencia de este tipo de sentencias es la máxima expresión de la proscripción de la autonomía de lo meramente declarativo en este ámbito, en donde se acaba prefiriendo una tutela de condena incompleta antes que una de simple declaración.

XIII. Desde el punto de vista de su *liquidez*, se distingue la sentencia con reserva de las normadas en los arts. 220 y 221 LEC, siendo la regla general la necesidad de aquella y su excepción la contenida en el art. 219.3 LEC. A diferencia de las sentencias con reserva, las *condenas de futuro* no se caracterizan por su iliquidez, sino por la no exigibilidad de lo debido en el momento de ser dictadas, al faltar el vencimiento de la correspondiente deuda. De hecho, la condena de futuro es la única especie admitida en nuestro ordenamiento del género *sentencia condicional*, entendiéndose por tales aquellas que, condenando, someten su ejecutividad a un acontecimiento futuro (e incierto) no previsto en la Ley. Por su parte, en la sentencia dictada en *procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios* tampoco se excepcionan los mandatos del art. 219 LEC, pues su objeto es autónomo respecto al de éste, con lo que ni habilita en su ámbito la tutela de mera declaración en lo dinerario, ni permite el diferir ninguna liquidación para la ejecución. Interpretados sistemáticamente, el incidente declarativo del art. 519 LEC se debe limitar a la determinación individual de los beneficiarios, a la que seguiría (por razones de economía procesal) la liquidación de las correspondientes cantidades en el marco, a la sumo, de las *simples operaciones aritméticas* del art. 219.2 LEC.

XIV. La importancia de la interrelación entre la sentencia con reserva y el *principio de justicia rogada* se debe a la teleología de este tipo de sentencias, basada en la supuesta *imposibilidad de probar el quantum* de un débito cuya existencia ya ha sido acreditada. Históricamente, para evitar esa imposibilidad, se atribuyeron importantes facultades de investigación al órgano jurisdiccional, subyaciendo en el sistema la permisión de una

cierta *formación progresiva de la pretensión* que se manifestaba en un *diferente alcance* de aquel principio en la acreditación de la existencia del débito frente a la determinación de su cuantía. Con la LEC del 2000 se ha *fortalecido* el principio de justicia rogada, dejándose exclusivamente en manos de la parte interesada la aportación de la prueba sobre el *quantum*, y reduciéndose sustancialmente las atribuciones que otorgan al Juez las actuales diligencias finales, que no resultan compensadas por las nuevas facultades del art. 429 LEC. Ahora bien, la innegable dificultad de probar en algunos casos con detalle ese *quantum*, ha sido abordada por diversos ordenamientos a través de diferentes técnicas relacionadas con la *carga* de la *prueba*, bien a través de la disminución de sus estándares (§ 287 ZPO), o bien variándola una vez se ha acreditado en el primer juicio la verosimilitud (*verosimiglianza*) de lo debido. La finalidad de este *dimorfismo* probatorio es la de conseguir resolver en un único proceso de declaración la controversia, garantizando asimismo al actor su derecho a la tutela judicial efectiva.

XV. La interrelación entre sentencia con reserva y *congruencia* ha sido tan estrecha, como próximos los artículos que han regulado aquélla y ésta. Durante la vigencia de la ALEC, la jurisprudencia consideró que no se infringía dicha congruencia si se liquidaba una condena solicitada de forma ilíquida y viceversa, estableciendo como único límite infranqueable el que se diera más de lo pedido. Por su parte, la doctrina abordó mayoritariamente esta cuestión desde la *incongruencia omisiva*, aunque hubo quienes opinaron que se trataba más bien de un *mandato imperativo* dirigido directamente al órgano jurisdiccional el cual, ante una pretensión de condena dineraria, estaba obligado a liquidarla tan pronto como ello fuera posible, independientemente de la voluntad de las partes. Con la LEC del 2000 ese mandato ya no sólo se dirige al órgano jurisdiccional sino también a la parte actora (art. 219.1 LEC), a la que prohíbe con carácter general tanto el ejercicio de una pretensión de condena ilíquida, como de una acción dineraria de mera declaración. De esta forma, se limita el principio dispositivo estándose, por tanto, ante una cuestión relativa a los límites que el ordenamiento fija a la autonomía volitiva de los justiciables.

XVI. Bajo la vigencia de la LEC de 1881, la dicción de su artículo 385 suscitó el debate de si cabía o no la *ejecución provisional* de la sentencia con reserva. La discusión se centró en torno a la *cuestión de la reparabilidad* de los daños que se pudieran ocasionar por su despacho. En la actualidad este debate sigue vigente, aunque la admisibilidad de

esa ejecución provisional es difícilmente sostenible con sólo advertir que en este tipo de sentencias falta un *pronunciamento de condena* que sea ejecutable (art. 527.3 LEC). Se trata, por tanto, de una cuestión vinculada a su naturaleza jurídica, y al hecho de que la liquidez se configure como un presupuesto de la ejecución dineraria, al exigir la Ley que el título ejecutivo sea líquido para su despacho.

XVII. La relación entre sentencia con reserva y *tutela cautelar* no ha sido una materia a la que la doctrina española haya prestado especial atención, realizándose bajo la LEC de 1881 la conexión entre ambas figuras a través de su art. 923. Esta falta de interés contrasta con la relevancia que esta temática tiene en Italia, en donde se ha llegado a defender la naturaleza eminentemente cautelar de la *condanna generica ai danni*. Actualmente, en nuestro ordenamiento, esta cuestión se deber abordar a partir de los presupuestos y requisitos que se predicán, en este campo, de la tutela meramente declarativa.

XVIII. El actual artículo 219 LEC se puede *infringir* ejercitando una acción de mera declaración en lugar de una de condena; impetrando ésta última sin cumplimentar los requisitos de cuantificación o fijación de las correspondientes bases; o no acreditando la imposibilidad de determinar lo anterior. La última de estas infracciones está relacionada con la probática judicial y con el *interés* en el ejercicio de una acción de condena con reserva que, si falta, debería dar lugar a una absolución *de fondo*. Los otros dos tipos de infracciones son supuestos en los que *falta la accionabilidad*, debiendo ser tratados, por razones prácticas, como óbices procesales que impedirán la prosecución del proceso. Encauzados como *defectos legales en el modo de proponer la demanda*, su falta de subsanación comportará el sobreseimiento de la causa, pudiendo ser puestos de relieve tanto por el demandado en su contestación, como *de oficio* por el órgano jurisdiccional.

XIX. La mayoría de los autores opinan que las anteriores infracciones *no* pueden ser examinadas ni resueltas *in limine litis*, sino que necesariamente serán abordadas en la audiencia previa. Ahora bien, la LEC prescribe que *el actor expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda*, explicitando que *si, tras apreciarse de oficio por el Secretario que la cuantía fijada es incorrecta, no existieren en aquélla elementos fácticos suficientes para calcularla correctamente, no se dará curso a los*

autos hasta que el actor no subsane el defecto de que se trate, otorgándose para la subsanación un plazo de diez días, *pasados los cuales el Tribunal resolverá lo que proceda* (arts. 253.1 y 254.4 LEC), lo que comportará el archivo definitivo de la demanda si ésta no es enmendada; carga general de cuantificación que se debería entender agravada en los supuestos del art. 219.1 LEC, pues en ellos se ha de establecer *exactamente* el importe o fijar *claramente* las bases para su liquidación. En principio nada impide utilizar este cauce para subsanar aquella infracción, aunque no se haya ideado esta herramienta específicamente para ello.

XX. Literalmente, el art. 219.3 LEC permite la acción de condena con reserva *cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada*. Esta extraña configuración del precepto ha llevado a numerosos autores a considerar que ese *exclusivamente*, por incomprensible, ha de ser obviado, aunque el TS ha sostenido en alguna ocasión que este adverbio sólo limita pretender una condena con reserva de forma eventual. Interpretación ésta última que se debería deslindar del supuesto de acumulación, a una pretensión de tipo no dinerario, de la acción indemnizatoria para el caso de su incumplimiento ya que aquí, y a pesar de establecerse una relación de subsidiariedad entre ambas acciones, no se hace uso del mecanismo de la acumulación eventual, al solicitarse la estimación *simultánea* de ambas. En realidad, estas acciones están acumuladas *de forma condicional*, pues se condena a condición de que se deje de hacer algo, ocasionando el dictado de una sentencia también condicional que infringiría lo dispuesto en el art. 218 LEC. Por ello, lo correcto sería desestimar la acción subsidiaria, al resultar más que dudosa la existencia de un interés legítimo en que se condene de forma futura más allá de los casos establecidos en el art. 220 LEC e, incluso, que el tribunal tenga facultades para ello.

XXI. Coincido con la mayor parte de la doctrina en considerar que, con la actual normativa, la falta de cuantificación es un defecto que se puede llegar a subsanar en la *audiencia previa*, y opino que, para el caso de que no se subsanare, se debería acordar el sobreseimiento de la causa. Ahora bien, cabe constatar que el Tribunal Supremo, en el marco de esa *formación progresiva de la pretensión* que parece animar parte de su jurisprudencia y a la que, en alguna ocasión, ha denominado metafóricamente como *biología de la pretensión procesal*, ha admitido que la fijación de la correspondiente cuantía se realice tanto en el trámite del art. 426 LEC, como en sede de conclusiones, en

lo que puede considerarse como un exacerbamiento del derecho a la acción frente al derecho de defensa del demandado, quien difícilmente podrá combatir con todas las garantías una parte esencial de la pretensión del actor.

XXII. Existen también dudas sobre el tratamiento procesal aplicable cuando el actor no pruebe la cuantía de lo debido, pudiendo hacerlo, aunque desde antiguo se ha postulado la aplicación de la máxima *actore non probante, reus est absolvendus*. De esta forma, la posibilidad de dictar una sentencia con reserva quedaría limitada a la existencia de alguna razón que *haya imposibilitado* esa cuantificación. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha ido atemperando progresivamente las consecuencias de esa falta de cuantificación, elaborando el criterio de la *complejidad* a partir del cual, se considera que es facultad del tribunal el poder de diferir de oficio, y en aras a garantizar el derecho de defensa del actor, la cuestión de la determinación de la cuantía a un segundo proceso.

XXIII. Bajo la vigencia de la LEC de 1881 se suscitó el debate de si eran *recurribles en casación* las sentencias con reserva, entendiendo el TS que el motivo que habitualmente lo habilitaba era el del *error en la apreciación de las pruebas*. La Ley 34/1984 modificó esos motivos, pasándose a considerar que era el de la *infracción de normas reguladoras de la sentencia*, el que permitía acceder a la casación en estos casos. Lo anterior pone en solfa la dificultad ya advertida desde antiguo referente a la naturaleza de las normas que regulan este tipo de sentencias, pudiéndose considerar como *normas procesales materiales*. De hecho, la fijación del *quantum* debido suele implicar la aplicación de *conceptos jurídicos de medida*, cuyo amplio margen de valoración los convierte en prácticamente *incasacionables*. Con la LEC del 2000, el cauce habitual para acudir al TS será el del recurso extraordinario por infracción procesal, a través del art. 469.1.2º LEC, que recoge la citada *infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia*, aunque también es imaginable el poder alegar la infracción del 3º de sus motivos, relativo a la *infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso...* Asimismo, sigue siendo muy relevante la problemática referente al control de la valoración de la prueba, especialmente de la pericial, con lo que se vuelve a engarzar con el primero de los motivos citados, es decir, el examen de su valoración al amparo del artículo 469.1.4º LEC.

XXIV. Durante la vigencia de la LEC de 1881 se permitió *reservar la liquidación para la fase de ejecución* de la correspondiente sentencia, configurándose jurisprudencialmente ese diferimiento como una *facultad discrecional de los jueces y tribunales de instancia*, y cuyo único límite cuantitativo era el de la suma pretendida. Actualmente, el art. 219.3 LEC prohíbe expresamente *que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución* lo que, unido a la desconexión de esta figura de los procesos incidentales normados en los arts. 712 y ss. LEC, evidencia el surgimiento de un nuevo sistema en el que el *quantum* se ha de fijar, inexcusablemente, en un proceso de declaración.

XXV. Ahora bien, como sucediera con todas las legislaciones desde la Alfonsina, el sistema ideado en la *mens legislatoris* se quiebra al aplicarse en la práctica. En este sentido, el Tribunal Supremo ha ido elaborando el criterio de la *complejidad* de la liquidación como elemento dirimente para valorar la corrección de la posposición de aquélla a la ejecución. Para llegar a esta regla, ha tenido que *matizar* el contenido de los arts. 209.4º y 219 LEC, reinterpretándolos a partir de su propia Exposición de Motivos, y sosteniendo que un excesivo rigor en este punto puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que, por causas ajenas a los justiciables, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Partiendo de esta imposibilidad, considera inaceptable el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación, siendo lo único discutible el si es preferible remitir la cuestión a un proceso declarativo posterior o, excepcionalmente, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución, entrando aquí en juego el mencionado criterio de la complejidad.

XXVI. La subsistencia de la sentencia con reserva sólo se comprende concibiéndola como un *instrumento imprescindible* ante la necesidad, en ciertas ocasiones, de presentar una demanda ilíquida lo que, a su vez, se asienta en la supuesta *imposibilidad de probar* el *quantum* de lo debido aún debiéndose acreditar su existencia. Esta ideación conforma un *postulado frágil*, como corroboran la falta de percepción de esa imposibilidad en las antiguas leyes, el desconocimiento de la misma en otros ordenamientos de nuestro entorno, y su proscripción en nuestro proceso laboral. Aún así, ello no significa que el citado postulado no posea una enorme fuerza en la práctica, pues es obvio que, en el momento de dictar sentencia, puede resultar efectivamente

inviabile esa cuantificación. Pero esa incapacidad no radica en la *realidad de las cosas*, sino que es consecuencia de una *articulación defectuosa* del conjunto del sistema.

XXVII. Esa *deficiente estructura* parte de la tradicional depauperación, en este ámbito, de los principios dispositivo y de aportación de parte. Frente a ello, el Legislador del 2000 buscó que, desde la misma génesis del proceso, se fijase *con claridad y precisión lo que se pida*, manteniéndose para tal fin las diligencias preliminares, pues es carga del actor el fijar en su demanda la parte del *thema decidendum* y del *thema probandum* que le corresponde. De hecho, en lo referente al primer *thema*, difícilmente es imaginable una demanda más imprecisa que aquella que no fija ni las bases de lo pretendido. A pesar de ello, y de la contundencia del art. 219.1 LEC, no se previó la posibilidad de inadmitir la demanda por la iliquidez de la pretensión. Es más, consagrando la aceptación de cierta formación progresiva de la pretensión, llega a prescribirse que, ya en la audiencia previa, *el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones*.

XXVIII. La lógica paradójica que imbuye al art. 219 LEC, que prohíbe y permite al mismo tiempo presentar una demanda ilíquida, ha provocado un fenómeno de *sustitución* jurisprudencial de la mayoría de sus conceptos, laminándose con ello los principios dispositivo y de aportación de parte, al propugnar el TS, como facultad del órgano jurisdiccional, la de señalar las bases o pautas que estime más correctas para la cuantificación, sin que generalmente se pueda cerrar la apreciación a la circunstancia de que hubieran sido invocadas, pues se trata de aspectos propios de las máximas de experiencia, de los juicios de valor, de la naturaleza de las cosas, que no dan lugar a efecto sorpresivo de indefensión. De esta forma, se debilita la carga de la prueba que corresponde a cada parte, al considerarse los parámetros para valorar la cuantía debida como un aspecto que no es propiamente fáctico, y por ello queda fuera de esa carga. Con esta interpretación, el Alto Tribunal consagra nuevamente la *formación progresiva de la pretensión dineraria*, cuya cuantificación se podrá llevar a cabo a lo largo de cualquier fase del proceso declarativo e, incluso, en el de ejecución.

XXIX. Con la anterior doctrina, el Alto Tribunal colide frontalmente con la estructura ideada por el Legislador, viéndose compelido a *crear un verdadero procedimiento ad*

hoc para poder articular el diferimiento de la liquidación a la ejecución. Creación que (aún negándola expresamente) justifica por la falta del *instrumento procesal idóneo para la cuantificación*. Para ello, el TS acude a los incidentes de los arts. 712 y ss. LEC, a pesar de la prohibición expresa de los arts. 209.4ª y 219.3 LEC y de la falta de previsión de esta remisión en el ámbito objetivo de aquéllos. Esta *creación* jurisprudencial se injerta pésimamente en el ordenamiento procesal vigente, lo que evidencia la propia incardinación de los arts. 712 y ss. LEC en el seno de una ejecución no dineraria, en contradicción con la pretensión dineraria (aunque ilíquida) que se pretende a través de ellos liquidar. Entre sus consecuencias destacan las de impedir el cumplimiento voluntario de la sentencia, eliminar el cariz transaccional de los anteriores incidentes, alterar el sentido de la competencia funcional al retornar el asunto a primera instancia sin haberse resuelto una parte esencial de lo principal, iniciarse *de facto* un segundo declarativo que será siempre el verbal burlándose las normas que delimitan el procedimiento a seguir, y la alteración del régimen de los recursos, al vetarse el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal.

XXX. El *mito* de la *imposibilidad* de probar la cuantía de lo adeudado ha hecho aparecer a la sentencia con reserva como una figura eficiente cuando, en realidad, tanto su génesis como su posterior desarrollo se han basado en la *impotencia procesal*. Para desenmascararla y desterrarla definitivamente del sistema se precisa ir perfeccionando varios de sus componentes. En este sentido, si se sigue optando por fortalecer los principios dispositivo y de aportación de parte, sería conveniente una normativa congruente, que sancione desde el inicio del proceso la iliquidez de lo solicitado, y que abogue porque *la racionalidad* sobre estas cuestiones no quede exclusivamente en manos de los tribunales. En este sentido, no es plausible que éstos, *ex officio* y sin audiencia previa de las partes, puedan variar los parámetros por aquéllas propuestos y debatidos pues, mientras ello se permita, la sentencia con reserva seguirá siendo *imprescindible*, ya que esa *imposibilidad* se ocasionará siempre que, cualquier órgano jurisdiccional, conclusas ya las posibilidades de alegación y prueba, decida que se ha de modificar el cómo efectuar la cuantificación. En definitiva, se ha de *cambiar de paradigma*, y arrumbar el postulado de que *que cuantificar lo debido puede resultar imposible*, y para ello es necesario que el art. 219 LEC sea reformado y clarifique definitivamente las perplejidades expuestas.

RESOLUCIONES CONSULTADAS

Resoluciones del Tribunal Constitucional.

STC de 29/06/1983 (RTC 58/1983), Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Díez-Picazo y Ponce de León.

STC de 07/06/1984 (RTC 67/1984), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

STC de 17/12/1985 (RTC 176/1985), Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Latorre Segura.

STC de 28/10/1987 (RTC 167/1987), Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

STC de 08/04/1991 (RTC 71/1991), Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

STC de 17/10/1991 (RTC 195/1991), Ponente: Excmo. Sr. D. Luís López Guerra.

STC de 30/11/1992 (RTC 210/1992), Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

STC de 18/01/1993 (RTC 20/1993), Ponente: Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer.

STC de 22/06/1993 (RTC 206/1993), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende.

STC de 28/11/1994 (RTC 322/1994), Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

STC de 08/05/1995 (RTC 65/195), Ponente: Excmo. Sr. D. José Gabaldón López.

STC de 06/07/1995 (RTC 112/95), Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra.

Resoluciones del Tribunal Supremo.

En relación a la **Jurisprudencia anterior a 1881**, se han consultado los siguientes diarios, revistas y colecciones:

- *El Derecho Moderno, revista de jurisprudencia y administracion* (hasta que fue sucedida en 1853 por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia): Tomo VII (de 1849) en relación al comentario de las dos SSTSJ de 27/11/1849.

- La *Gaceta de Madrid* ha sido consultada para todo el periodo desde 1838, reproduciéndose partes de los siguientes números: 4042 (de 8/10/1845) en relación STSJ de 6/10/1845; 4107 (de 12/12/1845) en relación a la STSJ de 6/12/1845; 4748 (de

14/09/1847) en relación STSJ de 11/09/1847; 4906 (de 19/02/1848) en relación STSJ de 14/02/1848; 5075 (de 5/08/1848) en relación STSJ de 1/08/1848; 5092 (de 22/08/1848) en relación STSJ de 16/08/1848; 5601 (de 30/11/1849) en relación a las dos SSTSJ de 27/11/1849; 6395 (de 05/01/1852) en relación STSJ de 23/12/1851; 6555 (de 3/06/1852) en relación STSJ de 28/05/1852; 6707 (de 2/11/1852) en relación STSJ de 25/10/1852; 122 (de 2/05/1853) en relación STSJ de 26/04/1853; 291 (de 18/10/1853) en relación STSJ de 12/10/1853; 1409 (de 12/11/1856) en relación STSJ de 6/11/1856; 11 (de 11/01/1858) en relación STSJ de 4/01/1858, de la que fue ponente el Ministro D. Fernando Calderon y Collantes; 187 (de 6/07/1858) en relación STSJ de 30/06/1858, de la que fue ponente el Ministro D. Jorge Gisbert; 59 (de 28/02/1867) en relación a la STSJ de 25/02/1867, de la que fue ponente el Ministro D. Hilario de Igón; 363 (de 28/12/1868) en relación STSJ de 18/12/1868, de la que fue ponente el Ministro D. José María Cáceres.

- En relación a *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* los siguientes tomos de su: *Jurisprudencia Civil*:

- . (*Segunda época.*) *Colección completa de las decisiones sobre competencias y de las sentencias en recursos de nulidad, casación é injusticia notoria, dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, publicada por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, **tomo IV**, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, á cargo de Julián Morales, 1860, en relación a las sentencias comprendidas entre septiembre de 1858 y septiembre de 1859, y más concretamente respecto a la núm. 120 (Sentencia de 20 de junio de 1859; Ponente: el Ministro D. Antero de Echarrri).

- . *Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en recursos de nulidad, casación é injusticia notoria, y en materia de competencias, desde la organización de aquellos en 1838 hasta el día*, publicada por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, **tomo VII**, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, á cargo de Julián Morales, 1862, en relación a las sentencias comprendidas entre diciembre de 1861 y diciembre de 1862, y más concretamente respecto a la núm. 309 (Sentencia de 18 de diciembre de 1862; Ponente: el Ministro D. Pedro Gomez de Hermosa); **tomo VIII**, 1863, con respecto a las sentencias comprendidas entre diciembre de 1862 a diciembre de 1863, y más concretamente respecto a la núm. 157 (Sentencia de 19 de junio de 1863; Ponente: el Ministro D. Gabriel Ceruelo de Velasco); **tomo X**, 1864, en relación a las sentencias comprendidas en el segundo semestre de 1864, y más concretamente respecto a la núm. 401 (Sentencia

de 24 de diciembre de 1864; Ponente: el Ministro D. Eduardo Elío); **tomo XXIII**, 1871, en relación a las sentencias comprendidas en el primer semestre de 1871.

- En relación a la *Revista peninsular y ultramarina de legislación, jurisprudencia y administración pública*, los siguientes tomos de su: *Jurisprudencia Civil. Colección de las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, dictadas en recursos de nulidad, de casación y de injusticia notoria, y en cuestiones de competencia, desde 1.º de enero de 1866*, por la redacción de La Justicia, revista peninsular y ultramarina de legislación, jurisprudencia y administración pública, (continuación de El Faro Nacional), publicada bajo la dirección de D. Francisco Pareja de Alarcón, **tomo I**, Madrid, Establecimiento tipográfico de Roldán, 1866, en relación con las dictadas entre enero y mayo de 1866, y más concretamente con respecto a las sentencias núm. 143 (Sentencia de 9 de abril de 1866; Ponente: el ministro D. Gabriel Ceruelo de Velasco) y núm. 149 (Sentencia de 12 de abril de 1866; Ponente: D. Gregorio Juez Sarmiento), y **tomo II**, en relación a las sentencias dictada en el segundo semestre de 1866, y más concretamente con respecto a la núm. 280 (Sentencia de 27 de junio de 1866; Ponente: el ministro D. Tomás Huet y Allier).

- En *Colección Legislativa de España*, los siguientes tomos y ediciones:

- (*Continuación de la colección de decretos.*), Edición oficial, Tomo LXXI, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1857, para las dictadas durante el primer trimestre de 1857.

- *Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Año de 1861*, Edición oficial, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, y en concreto para la núm. 279 (Sentencia de 29 de noviembre de 1861; Ponente: el Ministro D. Juan María Biec); y *Primer semestre de 1868*, ídem, 1869, para las dictadas en el señalado semestre, y más concretamente para la núm. 177 (Sentencia de 24 de junio de 1868; Ponente: el Ministro D. Gregorio Juez Sarmiento).

Otras resoluciones anteriores a 1939.

STS (1ª) de 25/04/1860, STS (1ª) de 22/06/1866, STS (1ª) de 18/12/1866, STS (1ª) de 17/11/1868, STS (1ª) de 12/10/1877, STS (1ª) de 11/03/1882, STS (1ª) de 25/05/1882, STS (1ª) de 01/10/1883, STS (1ª) de 10/06/1884, STS (1ª) de 12/01/1886, ATS (1ª) de 07/06/1886, STS (1ª) de 04/01/1887, STS (1ª) de 14/12/1887, STS (1ª) de 20/04/1888,

STS (1ª) de 08/02/1890, STS (1ª) de 21/06/1893, STS (1ª) de 31/01/1896, STS (1ª) de 05/03/1896, STS (1ª) de 12/12/1896, STS (1ª) de 21/12/1896, STS (1ª) de 26/05/1897, STS (1ª) de 13/11/1897, STS (1ª) de 06/03/1900, STS (1ª) de 23/11/1900, STS (1ª) de 23/12/1902, STS (1ª) de 21/11/1903, STS (1ª) de 19/11/1905, STS (1ª) de 26/10/1906, STS (1ª) de 29/04/1907, STS (1ª) de 14/06/1907, STS (1ª) de 12/02/1908, STS (1ª) de 04/01/1909, STS (1ª) de 15/01/1909, STS (1ª) de 20/01/1909, STS (1ª) de 28/01/1909, STS (1ª) de 13/10/1909, STS (1ª) de 13/05/1913, STS (1ª) de 31/12/1913, STS (1ª) de 07/12/1914, STS (1ª) de 12/06/1916, STS (1ª) de 17/10/1918, ATS (1ª) de 23/11/1920, STS (1ª) de 28/06/1922, STS (1ª) de 17/01/1923, STS (1ª) de 27/05/1924, STS (1ª) de 01/03/1926, ATS (1ª) de 25/04/1928, STS (1ª) de 08/10/1928 y STS (1ª) de 04/04/1936.

Resoluciones posteriores a 1939.

STS (1ª) de 18/10/1941 (RJ 1941/1084).

STS (1ª) de 22/09/1944 (RJ 1944/1004).

STS (1ª) de 04/06/1947 (RJ 1947/767).

STS (1ª) de 30/06/1955 (RJ 1955/2316), Ponente: Excmo. Sr. D. Acacio Charrín y Martín Veña.

STS (1ª) de 17/10/1955 (RJ 1955/3075), Ponente: Excmo. Sr. D. Manrique Mariscal de Gante y de Gante.

STS (1ª) de 29/10/1955 (RJ 1955/3089), Ponente: Excmo. Sr. D. Acacio Charrín y Martín Veña.

STS (1ª) de 23/12/1955 (RJ 1955/3642), Ponente: Excmo. Sr. D. Acacio Charrín y Martín Veña.

STS (1ª) de 06/11/1961 (RJ 1961/3640), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyre Varela.

STS (1ª) de 03/10/1974 (RJ 1974/3648), Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Gallardo Ros.

STS (1ª) de 07/12/1974 (RJ 1974/4561), Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

STS (1ª) de 29/10/1981 (RJ 1981/4005), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 20/02/1988 (RJ 1988/1116), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 14/07/1988 (RJ 1988/5531), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre Bernardo.

STS (1ª) de 31/10/1988 (RJ 1988/7606), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

STS (1ª) de 10/04/1990 (RJ 1990/3236), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 27/04/1990 (LA LEY 483-1/1990), Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 22/02/1991 (RJ 1991/1018), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.

STS (1ª) de 08/03/1991 (RJ 1991/1330), Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González Elipe.

STS (1ª) de 07/05/1991 (RJ 1991/2378), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 10/06/1991 (RJ 1991/3093), Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STS (1ª) de 18/11/1991 (RJ 1991/6376), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.

STS (1ª) de 29/02/1992 (RJ 1992/1662), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (1ª) de 05/03/1992 (RJ 1992/1860), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 21/04/1992 (RJ 1992/3351), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 18/02/1993 (RJ 1993/726), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (4ª) de 02/03/1994 (RJ 1994/2046), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio García-Murga Vázquez.

STS (1ª) de 20/06/1994 (RJ 1994/4768), Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 28/07/1995 (RJ 1995/4481), Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 18/11/1996 (RJ 1996/6457), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (4ª) de 24/02/1997 (RJ 1997/1280), Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

STS (1ª) de 18/07/1997 (RJ 1997/5158), Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 10/02/1998 (RJ 1998/845), Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 02/07/1998 (RJ 1998/4434), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (4ª) de 15/02/1999 (RJ 1999/2595), Ponente: Excmo. Sr. D. Bartolomé Ríos Salmerón.

STS (4ª) de 21/09/1999 (RJ 1999/5680), Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

STS (1ª) de 18/10/1999 (RJ 1999/6428), Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 17/07/2000 (RJ 2000/5922), Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) nº 785/2001 de 31/07/2001, recurso nº 1746/1996 (LA LEY 153588/2001), Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) nº 601/2003, de 19/06/2003, recurso nº 3100/1997 (LA LEY 108336/2003), Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) nº 216/2004, de 12/03/2004, recurso nº 2420/1995 (LA LEY 12339/2004), Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) nº 49/2009 de 10/02/2009, rec. nº 2012/2005 (LA LEY 2639/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) nº 306/2009 de 18/05/2009, rec. nº 725/2004 (LA LEY 67168/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) nº 621/2009 de 7/10/2009, rec. nº 1207/2005 (LA LEY 191960/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) nº 600/2009 de 7/10/2009, rec. nº 2188/2004 (LA LEY 191965/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) nº 822/2009 de 18/12/2009, rec. nº 879/2005 (LA LEY 254304/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. José Seijas Quintana.

STS (1ª) nº 382/2010 de 17/06/2010, rec. nº 820/2006 (LA LEY 86144/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. José Ferrándiz Gabriel.

STS (1ª) nº 370/2010 de 17/06/2010, rec. nº 141/2006 (LA LEY 93456/2010) Ponente: Excmo. Sr. Dª. Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) nº 647/2010 de 13/10/2010, rec. nº 146/2007 (LA LEY 181848/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) nº 606/2010 de 20/10/2010, rec. nº 994/2006 (LA LEY 188010/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) nº 889/2010 de 12/01/2011, rec. nº 1580/2007 (LA LEY 1553/2011) Ponente:
Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) nº 142/2011 de 4/03/2011, rec. nº 206/2008 (LA LEY 4430/2011) Ponente:
Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) nº 159/2011 de 10/03/2011, rec. nº 1998/2007 (LA LEY 4437/2011) Ponente:
Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

STS (1ª) nº 663/2011 de 11/10/2011, rec. nº 1285/2008 (LA LEY 189958/2011)
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) nº 817/2011 de 7/11/2011, rec. nº 951/2009 (LA LEY 239650/2011) Ponente:
Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) nº 801/2011 de 18/11/2011, rec. nº 74/2008 (LA LEY 241441/2011) Ponente:
Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

STS (1ª) nº 601/2011 de 19/12/2011, rec. nº 718/2009 (LA LEY 273112/2011) Ponente:
Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) nº 993/2011 de 16/01/2012, rec. nº 460/2008 (LA LEY 6163/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) nº 16/2012 de 26/01/2012, rec. nº 268/2009 (LA LEY 2377/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. José Ferrándiz Gabriel.

STS (1ª) nº 65/2012 de 9/02/2012, rec. nº 1708/2008 (LA LEY 12841/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) nº 131/2012 de 21/03/2012, rec. nº 72/2009 (LA LEY 29288/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. Francisco Arroyo Fiestas.

STS (1ª) nº 423/2012 de 28/06/2012, rec. nº 198/2008 (LA LEY 138124/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (3ª, Sección 5ª) de 5/10/2012, rec. nº 608/2011 (LA LEY 154039/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. María del Pilar Teso Gamella.

STS (1ª) nº 541/2012 de 24/10/2012, rec. nº 1807/2008 (LA LEY 180642/2012)
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

STS (4ª) de 5/11/2012, rec. nº 390/2012 (LA LEY 181271/2012) Ponente: Excmo. Sr.
D. José Manuel López García de la Serrana.

STS (1ª) nº 662/2012 de 12/11/2012, rec. nº 618/2010 (LA LEY 185311/2012) Ponente:
Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

STS (1ª) nº 690/2012 de 21/11/2012, rec. nº 658/2010 (LA LEY 237164/2012) Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

STS (1ª) nº 709/2012 de 30/11/2012, rec. nº 401/2010 (LA LEY 191173/2012) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) nº 809/2012 de 14/01/2013, rec. nº 1266/2010 (LA LEY 1983/2013) Ponente: Excmo. Sr. D. José Ferrándiz Gabriel.

STS (1ª) nº 360/2013 de 24/05/2013, rec. nº 311/2011 (LA LEY 55095/2013) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Arroyo Fiestas.

Resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) nº 2635/2002, de 27/03/2002, recurso nº 7033/2001 (LA LEY 64670/2002), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) nº 19/2012, de 28/06/2012, recurso nº 16/2012 (LA LEY 203766/2012), Ponente: Ilmo. Sr. José Antonio Alvarez Caperochipi.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) nº 53/2012, de 10/09/2012, recurso nº 74/2009 (LA LEY 157301/2012), Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Ramos Rubio.

Resoluciones del Tribunal de Marca Comunitaria.

Sentencia del Tribunal de Marca Comunitaria nº 20/2009, de 16/01/2009, recurso nº 19/2008 (LA LEY 5483/2009), Ponente: Ilmo. Sr. Enrique García-Chamón Cervera.

Resoluciones de Audiencias Provinciales.

SAP de Córdoba (2ª) nº 52/2001 de 15/03/2001, recurso nº 394/2000 (LA LEY 58449/2001), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Puebla Povedano.

AAP de Madrid (13ª) de 10/05/2002, recurso nº 167/2002 (LA LEY 90019/2002), Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico.

SAP de Cantabria (4ª) nº 351/2002 de 17/10/2002, recurso nº 697/201 (LA LEY 170381/2002), Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus.

SAP de Cuenca nº 10/2003 de 16/01/2003, recurso nº 301/2002 (LA LEY 8870/2003), Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Muñoz Hernández.

SAP de Teruel nº 53/2003 de 14/03/2003, recurso nº 25/2002 (LA LEY 51378/2003), Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Teresa Rivera Blasco.

SAP de Alicante (7^a) nº 274/2003, de 26/05/2003, recurso nº 103/2003 (LA LEY 93355/2003), Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Gil Muñoz.

SAP de Valladolid (3^a) nº 212/2003, de 16/06/2003, recurso nº 225/2003 (LA LEY 106465/2003), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid.

SAP de Zamora nº 177/2003 de 24/06/2003, recurso nº 217/2003 (LA LEY 111109/2003), Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo.

SAP de Badajoz (3^a) nº 371/2003 de 24/06/2003, recurso nº 269/2003 (LA LEY 111396/2003), Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Moreno Montero.

SAP de Asturias (6^a) nº 4/2004 de 12/01/2004, recurso nº 513/2003 (LA LEY 6183/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

SAP de Málaga (4^a) nº 67/2004 de 30/01/2004, recurso nº 474/2003 (LA LEY 26178/2004), Ponente: Ilma. Sra. D^a. María José Torres Cuellar.

SAP de Ávila nº 239/2004 de 23/02/2004, recurso nº 60/2004 (LA LEY 46236/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Pando Echevarría.

SAP de Valladolid (3^a) nº 62/2004 de 27/02/2004, recurso nº 340/2003 (LA LEY 51275/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román.

SAP de Barcelona (12^a) nº 186/2004 de 25/03/2004, recurso nº 1/2004 (LA LEY 73549/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

SAP de Barcelona (1^a) de 19/04/2004, recurso nº 795/2003 (LA LEY 9105/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez.

SAP de Valladolid (3^a) nº 333/2004 de 27/10/2004, recurso nº 337/2004 (LA LEY 224115/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román.

SAP de La Rioja nº 364/2004 de 30/12/2004, recurso nº 255/2004 (LA LEY 275001/2004), Ponente: Ilma. Sra. D^a. María del Carmen Araujo García.

SAP de Valencia (9^a) nº 34/2005 de 26/01/2005, recurso nº 800/2004 (LA LEY 20690/2005), Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo María Caruana Font de Mora.

SAP de Cantabria (2^a) nº 206/2005 de 25/04/2005, recurso nº 250/2004 (LA LEY 1354/2005), Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortúa.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (3^a) nº 232/2005 de 29/04/2005, recurso nº 900/2004 (LA LEY 96305/2005), Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Luisa Santos Sánchez.

SAP de León (1ª) nº 184/2005 de 30/06/2005, recurso nº 25/2005 (LA LEY 147884/2005), Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada.

SAP de Albacete (1ª) nº 188/2005 de 01/09/2005, recurso nº 122/2005 (LA LEY 169833/2005), Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Mateos Rodríguez.

SAP de Asturias (6ª) nº 302/2005 de 19/09/2005, recurso nº 314/2005 (LA LEY 180077/2005), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

SAP de Badajoz (2ª) nº 9/2006 de 16/01/2006, recurso nº 839/2005 (LA LEY 4619/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado.

SAP de Málaga (4ª) nº 97/2006, de 23/02/2006, recurso nº 371/205 (LA LEY 71984/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Torres Vela.

AAP de Zamora nº 8/2006 de 27/02/2006, recurso nº 35/2006 (LA LEY 20065/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón.

SAP de Palencia nº 87/2006 de 13/03/2006, recurso nº 319/2005 (LA LEY 52206/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández.

SAP de Sevilla (5ª) nº 311/2006 de 26/06/2006, recurso nº 3284/2006 (LA LEY 192287/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talavero.

SAP de Asturias (4ª) nº 310/2006 de 19/09/2006, recurso nº 263/2006 (LA LEY 137182/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller.

SAP de Pontevedra (1ª) nº 496/2006 de 26/09/2006, recurso nº 464/2006 (LA LEY 143512/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Valdés Garrido.

SAP de Barcelona (13ª) nº 652/2006 de 14/11/2006, recurso nº 822/2005 (LA LEY 231933/2006), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Utrillas Carbonell.

SAP de Guadalajara nº 269/2006 de 21/12/2006, recurso nº 311/2006 (LA LEY 239159/2006), Ponente: Ilma. Sra. Dª. Concepción Espejel Jorquera.

SAP de La Rioja nº 1/2007 de 05/01/2007, recurso nº 120/2006 (LA LEY 3603/2007), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Santisteban Ruiz.

SAP de Madrid (21ª) nº 425/2007 de 17/07/2007, recurso nº 577/2005 (LA LEY 169558/2007), Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripio Olazábal.

SAP de Jaén (3ª) nº 178/2007 de 19/07/2007, recurso nº 164/2007 (LA LEY 194937/2007), Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Lourdes Molina Romero.

SAP de Cantabria (2ª) nº 553/2007 de 02/10/2007, recurso nº 334/2007 (LA LEY 162180/2007), Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortúa.

SAP de Madrid (20ª) nº 545/2007 de 05/10/2007, recurso nº 598/2006 (LA LEY 201223/2007), Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Salcedo Gener.

SAP de Barcelona (15ª) de 07/11/2007, recurso nº 107/2006 (LA LEY 357137/2007),
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

Resoluciones de Juzgados.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Barcelona de 15/09/2008, proc. 467/2007
(LA LEY 124225/2008), Magistrado: Ilmo. Sr. José María Ribelles Arellano.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Cádiz de 21/12/2011, proc. 480/2011
(LA LEY 299476/2011), Magistrada: Ilma. Sra. María del Pilar Sebastián Benito.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Responsabilidad civil. ¿Es posible desdoblar las acciones civiles de reclamación por responsabilidad extracontractual para reclamar primero la mera declaración de éste y más tarde la ejecución del título judicial de condena en su caso?*, en *El Derecho*. Grupo Francis Lefebvre, Tribuna, Foro Legal, Coordinador: Vicente Magro Servet, 03/11/2010.

ABEL LLUCH, XAVIER, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2005.

ABEL LLUCH, XAVIER y PICÓ I JUNOY, JOAN (coordinadores), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2003. De esta obra se han consultado los trabajos de:

- MARRERO FRANCÉS, IGNACIO; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MERCEDES; RODRÍGUEZ ANTÚNEZ, DANIEL y ROS SAMPEDRO, MIREIA DE, *Capítulo segundo: Análisis del art. 429.I II y III LEC*, páginas 41 a 67.

ABEL LLUCH, XAVIER y PICÓ I JUNOY, JOAN (directores) y RÍOS LÓPEZ, YOLANDA (coordinadora), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2006. De esta obra se han consultado los trabajos de:

- RÍOS LÓPEZ, YOLANDA: *La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos*, páginas 127 a 177.

- CHICO FERNÁNDEZ, TANIA: *La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del artículo 429.1,II de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, páginas 243 a 279.

ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE, y P. RIVES Y MARTÍ, FRANCISCO DE, *El Derecho Judicial Español*, tomo II, Madrid, editorial Reus (S.A.), 1923.

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil I. Introducción y parte general. Decimosexta edición. Puesta al día de la legislación y jurisprudencia*. Madrid, EDISOFER, S.L., 2004.

ALCARAZ Y CASTRO, ISIDORO, *Breve instrucción del método, y práctica de los quatro juicios, civil ordinario, sumario de particion, executivo, y general de concurso de acreedores*, quarta edicion, Madrid, en la Imprenta de la Viuda, e Hijo de Marin, 1794.

ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Tomo I, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, 1998.

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ y TOMÉ PAULE, JOSÉ, *Instituciones de derecho procesal*, tomo primero, proceso civil, 1, Madrid, Editorial Trivium, S.A., 1993.

ALONSO ROMERO, MARÍA PAZ, *El solemne orden de los juicios: la lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, núm. 5, 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho y proceso), páginas 23-54.

ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-J.; RODRÍGUEZ TIRADO, ANA y SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ L., *Derecho Procesal Civil I*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicions, 2007.

ANDRIOLI, VIRGILIO, *Cinquant'anni di dialoghi con la giurisprudenza 1931-1981*, I, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

ANTONIO CASTRO, MANUEL, *Prontuario de practica forense*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1834.

ARAGONESES ALONSO, PEDRO, *Sentencias Congruentes. Pretensión, Oposición, Fallo*, Madrid, Aguilar, S.A. de Ediciones, 1957.

ARAGONESES ALONSO, PEDRO y GISBERT POMATA, MARTA, *La apelación en los procesos civiles*, Madrid, Thomson Civitas, Civitas Ediciones, S.L., 2003.

ARAGONESES MARTINEZ, SARA, *Las <<Astreintes>>*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1985.

ARIAS LOZANO, DAVID, *La llamada <<condena con reserva>>. Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista General de Derecho, año LII-núm. 625-626-oct. Novbre. 1996, páginas 11141 a 11172.

ARMENGOT VILAPLANA, ALICIA, *El requisito de la liquidez de la deuda para poder acceder a la ejecución forzosa: la determinación del saldo por operaciones en cuenta y el ámbito de aplicación del art. 574 LEC*, en Tribunales de Justicia, número 11, noviembre de 2003, págs. 1 a 20.

ARMENTA DEU, TERESA, *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Quinta edición, Madrid, Marcial Pons, 2010.

ARMENTA DEU, TERESA y GARCIA ALBERO, JORDI (actualizadores de la presente edición) y OROMÍ VALL-LLOVERA, SUSANA (resúmenes, actividades, glosarios, bibliografía y tratamiento didáctico), *Dret processal I*, segunda edición, Material docente de la UOC, Barcelona, Eureca Media, S.L., 2010.

ASSO Y DEL RIO, IGNACIO JORDAN DE y MANUÉL Y RODRIGUEZ, MIGUÉL DE, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, edición cuarta, Madrid, Imprenta de Andres de Sotos, 1786. También se han consultado las enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por Joaquin Maria Palacios, séptima edición (primera ilustrada), tomos primero y segundo, Madrid, Imprenta de don Tomás Alban, 1806.

AUTOR DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, EL, *El libro de los jueces, abogados, escribanos y procuradores*, Barcelona, Imprenta de José Torner, 1845.

AYALA AULESTIA, MANUEL FERNANDEZ DE, *Practica y formylario de la Real Chancilleria de Valladolid*, reimpressa y enmendada por don Joseph de Lvyando, Zaragoza, por Francisco Revilla, 1733.

AZEUEDO, ALPHONSO DE, *Commentariorvm ivris sivilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, tomvs primvs, Salmantica, Excudebat Ioannes Ferdinandus, 1583.

BANACLOCHE PALAO, JULIO, *Consulta 5 (Acción meramente declarativa)*, en Tribunales de Justicia, n.º 4, abril 2000, pág. 475.

BANACLOCHE PALAO, JULIO; GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO; GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO y VALLINES GARCÍA, ENRIQUE, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la ley de enjuiciamiento civil*; consultadas primera edición, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., Thomson, Civitas, 2005 y segunda edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., Civitas, Thomson Reuters, 2009.

BARONA VILAR, SILVIA, *Tutela civil y penal de la publicidad*, València, Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.

BELLI, CLAUDIO (al cuidado de), *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, Giuffrè Editore, 2007. De esta obra se ha consultado el trabajo de:

- CARRATTA, ANTONIO: *Effetti del giudicato e tutela collettiva*, págs. 100 a 134.

BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Estudios de Derecho Procesal 7 (Director: Manuel Ortells Ramos), Granada, Editorial Comares, S.L., 1998.

BENITO FRAILE, EMILIO JAVIER DE, *Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* 1 (1988), Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, páginas 135 a 159, (resumen de tesis doctoral).

BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont, volúmenes I y II, traducción del francés (de la obra *Traité des preuves judiciaires* de 1823) por Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BERNI Y CATALÀ, JOSEPH, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de las Leyes Recopiladas, Autos Acordados, Autores Españoles, y practica moderna*, Partida III, Valencia, por los Herederos de Geronimo Conejos, 1759.

BIBLIOTECA JUDICIAL, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Reformada, para las Islas de Cuba y Puerto-Rico*, Tomo Primero, Madrid, Establecimiento Tipográfico de P. Nuñez, 1885.

BONET NAVARRO, ANGEL, *Los recursos en el proceso civil*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2000.

BOTICARIO GALAVÍS, MARÍA LUISA, *Resoluciones susceptibles de ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2010.

BROCÁ, GUILLERMO M^a DE, *Manual de Formularios ajustados a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2^a edición, Barcelona, Imprenta de la Renaixensa, Puerta Ferrisa, 18, Bajos, 1877. También se han consulado las siguientes ediciones:

- *Manual de Formularios ajustados á las leyes de Enjuiciamiento civil y demás de igual índole*, novena edición, Barcelona, Librería de Agustín Bosch, 1913.

- *Manual de Formularios ajustados a la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones legales de carácter procesal*, undécima edición adicionada según las disposiciones vigentes por el Dr. D. Mariano Rubió Tudurí, Tomo I, Barcelona, Librería Bosch, 1926.

BUFFA, FRANCESCO, *Manuale pratico del proceso del lavoro*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2009.

CABALLOL ANGELATS, LLUÍS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, José María Bosch editor, S.A., 1993.

CACHON CADENAS, MANUEL, *Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional*, en Justicia 2004, nº 3-4, págs. 7 a 141.

CALAMANDREI, PIERO, *Studi sul proceso civile, Volume terzo*, Padua, CEDAM, 1934.

CALDERON, EULOGIO MARIA, *Explicacion Metódica de las acciones é interdictos del Derecho Civil*, Toledo, Imprenta de J. de Cea, 1839.

CALDERÓN CUADRADO, MARIA PÍA, *Jurisprudencia. § 345. Rumorti, S.A. TS 1.ª S 843/1999, de 18 octubre. Deudas pecuniarias, acción meramente declarativa y sentencia de condena*, en Tribunales de Justicia, núm. 8/9, agosto/septiembre 2000, págs. 1007 a 1010.

- *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, *Ejecución de condenas de dar*, Barcelona, José Maria Bosch, 2001.

CÁRDENAS, FRANCISCO DE, *El Derecho Moderno, revista de jurisprudencia y administracion*, tomo VII, Madrid, Establecimiento tipográfico de D. Ramon Rodriguez de Rivera, Editor, 1849.

CAPPONI, BRUNO (a su cuidado), *L'esecuzione processuale indiretta*, IPSOA, 2011.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil. II*, traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Eurpoa-América, 1989 (obra traducida: *Istituzioni del proceso civile italiano, quinta edizione emendata e aggiornata, volumen segundo*, publicado por Soc. ed. Del "Foro Italiano", Roma, 1956).

- *Sistema de derecho procesal civil, I Introducción y función del proceso civil*, (contiene Apéndice del Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940) y IV Procedimiento de conocimiento, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, adiciones de derecho español por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944.

CARRAMOLINO, JUAN MARTIN, *Método actual de la sustanciacion civil y criminal en la jurisdiccion real ordinaria*, cuaderno I.º, Madrid, Imprenta del Colegio de Sordomudos, 1839.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL (Director), *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, segunda edición, Madrid, editorial Tecnos, 2004.

- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español común y foral, Tomo I Vol. II*, decimoquinta edición, revisada y puesta al día por ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA, Madrid, Reus, S.A., 2007.
- CATALÀ COMAS, CHANTAL, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Barcelona, J. M. Bosch, 1998.
- CELSO, HUGO DE, *Las leyes de todos los reynos de Castilla: abreuiadas y reduzidas en forma de Repertorio decicio por la orden del A.B.C.*, Impresa en Valladolid por maestre Nicolas Tyerri, 1538.
- CENDON, PAOLO (bajo su cuidado), *Commentario al código civile. Artt. 2907 – 1969. Tutela giurisdizionale. Esecuzione forzata. Prescrizione e decadenza*, Giuffrè Editore, 2008.
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFENSA SOCIALE, *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Fondazione Centro Internazionale su diritto società e economia Courmayeur, Giuffrè Editore, 2011.
- CHIOVENDA, J., *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1977.
- *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I, Traducción española de la tercera edición italiana prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1922.
- CHORNET, JUAN RAMÓN, *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, dentro de la obra: *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Escuela Judicial, CGPJ, estudios de derecho judicial, 31, Madrid, 2000, páginas 397 a 505.
- COBARRUVIAS OROZCO, SEBASTIAN, *Tesoro de la Lengua Castellana, o Española*, Madrid, por Luis Sanchez, impressor del Rey N.S., 1611.
- COBO PLANA, JUAN JOSÉ, *La sentencia civil. Forma, Contenido, Motivación, Plazo, Forma, Aclaración, Congruencia, Iura Novit Curia, Reformatio in Peius, Condena al Pago de Intereses, Imposición de costas. JURISPRUDENCIA PRÁCTICA*, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 1995.
- *Las excepciones dilatorias y perentorias en el proceso civil*, 2ª edición. Revisada y ampliada, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 1995.
- *Doctrina de los Tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, 2ª edición, Madrid, DIJUSA Editorial, S.L., 2003.

COLMEIRO, MANUEL, *Cortes de los Antiguos Reinos de Leon y de Castilla*, parte segunda, Madrid, Establecimiento tipográfico de los sucesores de Rivadeneyra, impresores de la Real Casa, 1884.

CONDE DE LA CAÑADA, EL, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, tercera edición, tomo primero, Madrid, Imprenta de la compañía general de impresores y librereros del reino, 1845.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Excepciones procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, junio 1994, Madrid, 1995, Director: Antonio Salas Carceller. Dentro de esta obra se ha consultado el siguiente trabajo:

- PUYOL MONTERO, FRANCISCO JAVIER: *La excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda. La inadecuación del procedimiento*, páginas 125 a 239.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *Los procesos declarativos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, Director: Manuel Ortells Ramos. Dentro de esta obra se ha consultado el siguiente trabajo:

- PEREDA GÁMEZ, JAVIER: *La sentencia: pronunciamiento [sic] principales y régimen de la condena en costas*, páginas 233 a 317.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución laboral*, Manuales de Formación Continuada, 23, Madrid, 2004. Dentro de esta obra se han consultado los siguientes trabajos:

- MONTOYA MELGAR, ALFREDO: *Cuestiones generales de la ejecución definitiva de las sentencias (arts. 235 a 245 LPL)*, páginas 13 a 62.
- MARTÍN VALVERDE, ANTONIO: *La ejecución de las sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia: una primera aproximación*, páginas 413 a 449.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial, 53, Madrid, 2004. De esta obra se han consultado los siguientes trabajos:

- CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL: *La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial*, páginas 477 a 497.
- MARTÍN CONTRERAS, LUIS: *Las costas procesales y la ejecución forzosa*, páginas 439 a 477.
- MONTERO AROCA, JUAN: *Problemas generales de la ejecución forzosa*, páginas 25 a 85.

- ORTELLS RAMOS, MANUEL: *La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, páginas 261 a 345.
- PEREDA GÁMEZ, FRANCISCO JAVIER: *La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (la mal llamada ejecución forzosa “específica”)*, páginas 345 a 405.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, XII-2006, LEDESMA IBÁÑEZ, PILAR y ZUBIRI DE SALINAS, FERNANDO (directores). De esta obra se ha consultado el siguiente trabajo:

- ERICE MARTÍNEZ, ESTHER, *Iniciativa del tribunal en la prueba pericial*, páginas 193 a 219.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario*, Cuadernos de Derecho Judicial, II-2008, Madrid, 2009. Dentro de esta obra se han consultado los siguientes trabajos:

- GIL NOGUERAS, LUIS ALBERTO: *Las alegaciones en la audiencia previa e intervención judicial*, páginas 209 a 249.

- D. DIEGO, MANUEL: *Juicio ordinario. Audiencia previa. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. Art. 429 Ley de Enjuiciamiento Civil*, páginas 275 a 317.

CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios*, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, vol. 8, Palma de Mallorca, 1984, págs. 41 a 64.

- *Proceso Civil de Declaración*, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 1996.

- *El Proceso de Ejecución*, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., A Thomson Company, 2002.

CORDÓN MORENO, FAUSTINO, ARMENTA DEU, TERESA, MUERZA ESPARZA, JULIO J., TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Arts. 1 a 516, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, SA, 2001.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN; GIMENO SENDRA, VICENTE y MORENO CATENA, VÍCTOR, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 3ª edición, Madrid, Editorial COLEX, 2000.

CUFFARO, VINCENZO (bajo su cuidado), BARBA, ANGELO y BARENGHI, ANDREA (coordinadores), *Codice del consumo*, 3ª edición, Giuffrè Editore, 2012.

D. J. de V., *Compendio de la legislación y jurisprudencia española*, (publicado en Madrid en 1839) México, Reimpreso por José Mariano Lara, 1851.

DAMIÁN MORENO, JUAN, *Introducción al sistema judicial español*, 2ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1980.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO y VEGAS TORRES, JAIME, *Curso de derecho procesal civil II. Parte especial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, VEGAS TORRES, JAIME, y BANACLOCHE PALAO, JULIO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Primera edición, Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 2001.

DE LA OLIVA, ANDRÉS y FERNÁNDEZ, MIGUEL ANGEL, *Lecciones de derecho procesal III*, Hospitalet de Llobregat, Barcelona, ROMAGRAF, S.A., 1983.

- *Derecho Procesal Civil II*, cuarta edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1997.

DE PADURA BALLESTEROS, MARÍA TERESA, *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Madrid, MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A.U., 1998.

- *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Su régimen en la LEC I/2000*, Tirant monografías, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

DESCONOCIDO, *Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527 – 1567)*, Ejemplar núm. 597. Edición facsímil numerada de 1.500 ejemplares, Valladolid, Editorial Lex Nova, S.A., 1987.

- *Recopilación de las leyes destos Reynos*, Ejemplar núm. 713. Edición facsímil numerada de 1.000 ejemplares, volumen I, Valladolid, Editorial Lex Nova, S.A., 1982.

DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Editorial COMARES, 1996.

DÍAZ FUENTES, ANTONIO, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2004.

DÍEZ-PICAZO, I., *Jurisprudencia § 126. IMASA. TS 1.ª S 667/1997, de 18 julio. § 126.- Acciones meramente declarativas. Condena de futuro*, en *Tribunales de Justicia*, n.º 3, marzo 1998, págs. 354 a 358.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, quinta edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson, Civitas, 2008.

EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS MUNICIPALES, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881*, séptima edición, Madrid, Administración: calle de don Pedro, núm. I, 1894.

ELIZONDO, FRANCISCO ANTONIO DE, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, Tomo cuarto, Madrid, por D. Joachín Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. con privilegio, 1784.

ESCRICHE, JOAQUIN, *Elementos del Derecho Español*, tercera edición, París, Librería de D. Vicente Salvá, 1840.

ESCUADERO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Historia del Derecho*, 6ª edición, Madrid, 1990.

EVANGELISTA, STEFANOMARIA y LANNELLI, DOMENICO, *Manuale di procedura civile*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1988.

FÁBREGA Y CORTÉS, MAGÍN, *Apuntes de Procedimientos judiciales*, Barcelona, Sociedad Anónima La Neotipia, 1907.

- *Apuntes de Práctica Forense (procesal segundo curso), Tomados de las explicaciones dadas por el Catedrático de la asignatura en la Universidad de Barcelona.*

- *Lecciones de Práctica Forense (segundo curso de procedimientos judiciales)*, segunda edición, Barcelona, Imprenta La Neotipia, 1921.

FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR, *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

FAZZALARI, ELIO, *Istituzioni di diritto processuale*, VI edizione, Padova, CEDAM, 1992.

- *Lezioni di diritto processuale civile I*, Padova, CEDAM, 1995.

FEBRERO, JOSEPH, *Librería de escribanos, é instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*. Parte primera dividida en tres tomos, tomo tercero, Madrid, en la imprenta de Antonio Pérez de Soto, 1775.

- *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de Jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos*, tomo tercero, publicada por Mariano Galvan Rivera, México, Impreso por Santiago Perez, entre 1850 y 1852.

FENECH, MIGUEL, *Derecho Procesal Civil: introducción, procedimientos ordinarios de declaración y de ejecución*, Madrid, AGESA, 1980.

- *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, Volumen II, Artículos 72 al 459, Madrid, Aguilar, S.A. de Ediciones, 1956.

FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Procesal Civil III*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1997.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Iurgium, 2001.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFÀ SOLER, JOSÉ MARIA; VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO: coordinadores, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo I. Artículo 1 al 280, Barcelona, Iurgium editores, primera reimpresión, febrero 2001.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFÀ SOLER, JOSÉ MARIA; VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO: coordinadores, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Artículos 556 al 827, Barcelona, Iurgium editores, primera reimpresión, febrero 2001.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL, RIFÁ SOLER, JOSÉ MARIA y VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho procesal práctico*, tomo IV, Madrid, editorial centro de estudios Ramón Areces, S.A., 1992.

FERNANDEZ DE MESA, THOMAS MANUEL, *Arte histórica, y legal*, Valencia, Imprenta de la Viuda de Geronimo Conejos, 1747.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *Notas sobre las sentencias con reserva de liquidación*, en *Práctica de Tribunales*, Año III, Número 26, Abril 2006, páginas 17 a 29.

FERRER, JOAQUIN, *El causídico, tratado teórico-practico del arte de procurador á pleitos*, Gerona, Imprenta de Paciano Torres, 1848.

FLORES PRADA, IGNACIO, *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

FONT SERRA, EDUARDO, *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2000.

- FRAGA IRIBARNE, MANUEL, *La acción meramente declarativa*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951.
- FRANZONI, MASSIMO, *Il danno risarcibile*, 2ª edición, Giuffrè Editore, 2010.
- GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA PRIMERA (Letradas Gabinete Técnico TS ALICIA GONZÁLEZ TIMOTEO, ALICIA Y LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, ANTONIA), *Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera. Cuestiones procesales LEC 2000*.
- GANDASEGUI APARICIO, MARÍA JOSÉ, *Los pleitos civiles en Castilla. 1700-1835: estudio del funcionamiento de la administración de justicia castellana en el marco de los pleitos privados*, tomo IV, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, 1998, [Recurso electrónico, 2003].
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ y BUITRÓN RAMÍREZ, GUADALUPE, *La prueba civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., y CASERO LINARES, L., *El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002.
- GARCÍA VILA, MÓNICA, *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, S.L., 2005.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO M^a, *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 1999.
- GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA, *El Objeto de la Prueba en el Proceso Civil*, Barcelona, Cedecs Editorial, S.L., 1997.
- GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid, LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., 2000.
- *Jurisprudencia § 533. Emiliano E. I. c. Eusebio Emilio F. D. y Martina M. F. AP Burgos S 29 octubre 2001. § 533. Sobre la posibilidad de obtener una condena de futuro en un proceso de deshaucio por impago de rentas*, en *Tribunales de Justicia*, número 12, diciembre 2002, pags. 77 a 82.
- GERARDO DIANA, ANTONIO, *I provvedimenti del giudice civile*, Wolters Kluwer Italia, 2009.
- GÉRICA, FELIX JOSEF DE, *Repaso judicial*, Madrid, Viuda de Barco Lopez, 1807.
- GIMENO SENDRA, VICENTE (Director); ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA; GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS; y

MARTÍN DE LA LEONA, JOSÉ MARÍA, *Los Recursos en el Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

GIMENO SENDRA, VICENTE (Director); ASECIO MELLADO, JOSÉ MARIA, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, TOMÁS, ORTELLS RAMOS, MANUEL y PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Proceso civil práctico*. VIII-1. Artículos 634 a 720. El procedimiento de apremio. Ejecución no dineraria, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2001.

- *Proceso civil práctico*. III-1. Artículos 206 a 240. Los actos procesales (II), Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010-2011.

GIUGGIOLI, PIER FILIPPO, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Wolters Kluwer Italia, 2008.

GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil Alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, editorial Labor, S.A., 1936.

GOMEZ DE LA SERNA, PEDRO, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislacion, 1857.

GOMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBAN, JUAN MANUEL, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, tomo I, Madrid, Librería de Don Angel Calleja, 1848. También ha sido consultada la tercera edición del tomo I, corregida y aumentada por los autores, Madrid, librería de Sanchez, 1861.

GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, FERNANDO, *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor*, 6ª edición ampliada y puesta al día conforme a L.O. 10/95 y L. 30/95 con la colaboración de José Pérez Curiel, Oviedo, Editorial FORUM, S.A., 1998.

GOMEZ Y NEGRO, LUCAS, *Elementos de práctica forense con un formulario arreglado a ellos a los que precede un discurso como preliminar y plan de la obra, sobre el arte de litigar, y otro apéndice (...)*, cuarta edición, corregida y adicionada por su editor, Valladolid: Imprenta de Don Julián Pastor, 1838.

GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS MARÍA, *Jurisprudencia § 411. Gerardo D.G. y D. y D. César W. A. c. D. Alcides L. C., TS 1.ª S 17 julio 2000, § 411. Sentencia de condena con reserva: deber de congruencia del tribunal y otras cuestiones procesales*, en *Tribunales de Justicia* números 8-9, agosto-septiembre 2001, págs. 75 a 79.

GRANADOS ROMERA, M^a. ISABEL, *La sentencia colectiva*, Colección Práctica de Derecho Social, Granada, editorial COMARES, 2000.

GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo Primero, Madrid, Editor: M. Aguilar, 1943.

GUASP, JAIME y ARAGONESES, PEDRO, *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. *Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, Madrid, Thomson, Civitas, Civitas Ediciones, S.L., 6^a edición, 2003. También se ha consultado la 7^a edición, cuyo tomo I lleva por título: *Introducción y parte general*, también Thomson, Civitas, pero Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2005.

GUASP, JAIME y ARAGONESES, PEDRO, *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. *Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, Thomson, Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., 7^a edición, 2006.

GUTIERREZ, JOSÉ MARCOS, *Librería de escribanos, abogados y jueces, que compuso don José Febrero*, parte segunda, tomo cuarto, séptima edición, Madrid, Imprenta de don Fermin Villalpando, 1829.

GUTIERREZ-CAÑAS GUTIERREZ, DEMETRIO, *Ensayo sobre la Filosofía del procedimiento judicial, la técnica y la moral en el foro*, tomo I, Valladolid, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, 1900.

GUTIERREZ DE ESCOBAR, JOSÉ, *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidencias*, escrito en el año de 1782 y reimpresso, corregido y aumentado por unos abogados del Ecuador, Quito, Imprenta de Alvarado, por Juan Pablo Sanz, 1842.

HANS REICHEL, *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del derecho y aplicación del último*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2003, (traducción directa del alemán por EMILIO MIÑANA VILLAGRASA).

HENKE, HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Traducción y presentación de Tomás A. Banzhaf (título original: *Die Tatfrage – Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, publicado por Duncker & Humblot, Berlín, 1966), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

HERBELLA DE PUGA, BERNARDO, *Derecho práctico, i Estilos de la Real Audiencia de Galicia*, Santiago, Imprenta de Ignacio Aguayo, 1768.

HERNANDEZ DE LA RUA, VICENTE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Madrid, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, 1856.

HEVIA BOLAÑOS, JUAN DE, *Curia filípica*, primero y segundo tomo, nueva impresión, Madrid, por Pedro Marin, 1776.

HIDALGO, SANTOS, *Manual de Práctica Forense, contiene cuantos formularios pueden considerarse indispensables en la parte civil y criminal, arreglados a la legislación vigente, 2ª edición, corregida y aumentada*, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Calvario, núm. 18, 1865.

HIDALGO, SANTOS y BLANCO, BALDOMERO, *Colección de formularios arreglados a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Primera Parte. Contiene los escritos, autos y demás diligencias necesarias para los negocios concernientes a la jurisdicción contenciosa en primera instancia, y las advertencias indispensables para la tramitación de los mismos*, 2ª edición, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Factor, núm. 9, 1856.

JAUMAR Y CARRERA, JOAQUIN, *Práctica forense arreglada á las leyes y decretos vigentes y al estilo de los tribunales españoles de ambos emisferios*, Barcelona, Imprenta de J. Boet y compañía, 1840.

JUAN Y COLOM, JOSEPH, *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial: utilísima también para procuradores y litigantes; donde sucintamente se explica Lo ritual, y forma de proceder en las Causas civiles y criminales, así en la teórica como en la práctica, fundada sobre las leyes reales, y estilo de tribunales ordinarios*. Tomo primero. Duodécima impresión, con licencia: en Madrid en la oficina de Don Benito Cano, 1799.

KISCH, W., *Elementos de derecho procesal civil*, traducción de la cuarta edición alemana y adiciones de derecho español por L. Prieto Castro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

LA RIPA, JUAN FRANCISCO, *Ilustracion a los quatro processos forales de Aragon: orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y reglas para decidir conforme à la naturaleza de cada uno*, Zaragoza, en la Imprenta de Francisco Moreno, 1764.

LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO, *Procedimiento de liquidación del artículo 712 de la LEC*, en *Práctica de Tribunales*, Año III, Número 26, Abril 2006, páginas 6 a 16.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS y PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al derecho*, tercera edición, Madrid, DYKINSON, 2002.

LAFUENTE TORRALBA, ALBERTO JOSÉ, *La Oposición a la Ejecución*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., 2006.

- LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la codificación española, 2, procedimiento civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.
- LASTRES, FRANCISCO, *Procedimientos Civiles y Criminales*, quinta edición, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1877.
- LEIBLE, STEFAN, *Proceso civil alemán*, Medellín-Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, Biblioteca Jurídica Diké, 1999.
- LIPARI, NICOLÒ y RESCIGNO, PIETRO (directores), y ZOPPINI, ANDREA (coordinador), *Diritto Civile*, volumen IV: *Attuazione e tutela dei diritti, II: L'attuazione dei diritti*, Giuffrè Editore, 2009.
- LOPEZ, GREGORIO (glosador), *Las Siete Partidas del muy noble Rey Don Alfonso el Sabio*, Madrid, Compañía general de impresores y libreros del reino, 1843-1844.
- LOPEZ CLAROS, PEDRO, *Diccionario Teorico-practico del Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la V. de Dominguez, 1856.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, JAVIER, *Los Recursos Extraordinarios por Infracción Procesal y de Casación*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, Editorial Aranzadi, S.A., 2004.
- LÓPEZ SIMÓ, FRANCISCO, *Disposiciones generales sobre la prueba*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2001.
- LÓPEZ SIMÓ, FRANCISCO; CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO y GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, *Las Condenas de Futuro. (Su régimen en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2001.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA y SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUIN, *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 1994.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO M.^a; RUIZ JIMÉNEZ, RAMÓN y ALVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, editorial DYKINSON, 1991.
- LUISO, FRANCESCO PAOLO, *Diritto processuale civile, II: Il processo di cognizione*, sexta edición, Giuffrè Editore, 2011.
- MAGRO SERVET, VICENTE, *Presupuestos procesales del derecho a recurrir en casos especiales*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2005.

- *El procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios*, en *Práctica de Tribunales*, Año III, Número 26, Abril 2006, páginas 33 a 37.

MALUQUER DEL TIRRELL, JOSÉ, *Recopilación de los artículos del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 en cuanto se refieren al procedimiento criminal de la Real Jurisdicción Ordinaria*, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y C^a. Pasaje Escudillers, número 4, 1867.

MANDRIOLI, CRISANTO, *Diritto processuale civile II*, sedicesima edizione, Torino, G. Giappichelli editore, 2004.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880 con los formularios correspondientes a todos los juicios*. De esta obra se han consultado las cuarta y quinta ediciones de RIVES Y MARTÍ, FRANCISCO DE P., tomo II, Madrid, Editorial Reus (S.A.), de 1919 y 1929 respectivamente.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA, MIQUEL, IGNACIO y REUS, JOSÉ, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la revista de Legislación y Jurisprudencia, 1856.

MARTINEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Biblioteca de los Juzgados de Paz, segunda parte, diccionario manual de derecho civil*, Madrid, Imprenta de A. Peñuelas, 1867.

MARTINEZ MARINA, FRANCISCO, *Ensayo historico-critico sobre la legislacion y principales cuerpos legales de los Reinos de Leon y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, segunda edición corregida y aumentada por su autor, tomo II, Madrid, Imprenta de D. E. Aguado, 1834.

MATIENZO, IOANNE, *Dialogvs Relatoris et Advocati Pintiani Senatvs*, Pintiae, Ex Officina Ludouici Sanchez, 1604.

MENCHINI, SERGIO, *La nuova diciplina dell'arbitrato*, Wolters Kluwer Italia, 2010.

MÉNDEZ, ROSA M., *El procedimiento declarativo del automóvil*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2006.

MILLAN, CARLOS, *La incongruencia civil*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1983.

MIRA ROS, CORAZÓN (preparó edición), *La Nueva y la Derogada Ley de Enjuiciamiento Civil Comparadas*, Madrid, Editorial EDIJUS, S.L., 2000.

MODESTO BLANCO, CÁRLOS, *Exámen critico filosófico sobre la ley de enjuiciamiento civil*, Artículo III, en *La Justicia*, Revista de Jurisprudencia, de Legislacion, de Tribunales, de Administracion, de Instrucción Pública, de Economia

Política, de Notariado y de Estadística Criminal, año I, 27 de diciembre de 1855, número 11.

MONATERI, PIER GIUSEPPE y COSTANTINI, CRISTINA, *Trattato di diritto civile - La parte generale del diritto civile*. Vol. V: *La prescrizione*, Wolters Kluwer Italia, 2009.

MONTERO AROCA, JUAN, *Ensayos de derecho procesal*, Barcelona, José María Bosch editor, S.A., 1996.

- *El juicio verbal de tráfico*, Valencia, tirant lo blanch, 1999.

- *La Prueba en el Proceso Civil*, quinta edición, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., 2007.

MONTERO AROCA, JUAN, FLORS MATÍES, JOSÉ, *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo II, València, Tirant lo Blanch, 2004.

- *Tratado de recursos en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

- *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 14ª edición, València, Tirant lo blanch, 2005.

MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Barcelona, José María Bosch editor, S.A., 1994.

MONTEROSSO Y ALVARADO, GABRIEL DE, *Practica Ciuil, y Criminal, e Instruction de Scriuanos*, Impresso en Valladolid por Fernandez de Cordoua, 1563.

MORCILLO MORENO, JUANA, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del drecho administrativo*, Las Rozas (Madrid), LA LEY, 2007.

MORÓN PALOMINO, MANUEL, *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

- *La nueva casación civil*, Madrid, Editorial COLEX, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, LLUÍS, *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991)*, Barcelona, José M.ª Bosch editor, S.A., 1992.

- *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2001.

NIEVA FENOLL, JORGE, *El recurso de casación civil*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 2003.

NOUGUÉS SECALL, MARIANO, *Tratado de práctica forense novísima*, Madrid, publicado por la redacción de El Faro Nacional, Revista de jurisprudencia de administración, de tribunales y de instrucción pública, Imprenta de M. Sanz y Gomez, Valverde, 23. Pral., 1856. De esta misma obra también se ha consultado su tomo segundo, con idéntica referencia que el anterior.

OLIVET, CARL-THEODOR, *Juristische Arbeitstechnik in der Zivilstation*, 4ª edición, C.F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2010.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

- *Iura novit curia*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

- *Introducción al Derecho procesal*, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2007.

OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, *El recurso de apelación en el proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002.

- § 474. D.^a Leonor R. L. y otro c. D.^a María Elena F. R. y otro TS 1.^a S 30 noviembre 2000. § 474. La llamada <<absolución en la instancia>>, en *Tribunales de Justicia*, número 4, abril 2002, págs. 67 a 70.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*; de esta obra se han consultado la 2ª edición, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2001 y la 6ª edición, Thomson, Editorial Aranzadi, S.A., 2005.

ORTIZ ARCE, DAVID, *Procedimientos judiciales: obra ajustada al Programa de Oposiciones a Notarías determinadas*, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1924.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, MANUEL, *Biblioteca de Escribanos, o Tratado General Teórico-Práctico para la Instrucción de estos funcionarios*, 3ª edición aumentada, Tomos I y II, Madrid, Imprenta de la viuda Jordán e hijos, 1844.

- *Elementos de Práctica Forense*, Tomo I, Granada, Imprenta y librería de Sanz, 1841.

- *Elementos de Práctica Forense*, Segunda edición, Tomos I y II, Madrid, Imprenta de la viuda de Jordán e Hijos, 1843.

- *Biblioteca Judicial, Parte Legislativa, que contiene la legislación no recopilada relativa a la Administración de Justicia*, Tomo I, Madrid, imprenta de D. Santiago Saunaque, 1848.

- *Biblioteca judicial, o Novísima Legislación no recopilada, relativa a la Administración de Justicia. 2ª edición, considerablemente aumentada con toda la*

legislación novísima publicada hasta el año de 1854, Tomo II, Madrid, Imprenta de la calle de S. Vicente baja, a cargo de José Rodríguez, 1854.

- *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, Tomos I y II, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Calvario, núm. 18, 1869.

- *Práctica General Forense, tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, Tres tomos, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, calle del Factor, núm. 9, 1856. En relación a esta obra también se ha consultado la cuarta edición, de su tomo I, de 1861.

ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO, *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, Granada, Editorial Comares, 1992.

PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO; PEREZ HERNANDEZ, MANUEL y BRAVO MURILLO, JUAN, *Boletín de Jurisprudencia y legislación*, tomo I, Madrid, Imprenta de D. Tomas Jordan, 1836.

PALACIOS Y HERRANZ, QUINTÍN y MIGUEL Y ROMERO, MAURO, *Tratado de Procedimientos Judiciales*, segunda edición, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez y Valladolid, Tipografía de Andrés Martín Sánchez, 1925.

PANTOJA, JOSÉ MARÍA, *Repertorio de la jurisprudencia civil española*, primer apéndice 1867-1868, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, á cargo de Julian Morales, 1869.

PANZANI, LUCIANO (director), *Formulario commentato del proceso civile*, segunda edición, Torino, UTET Giuridica, 2011.

PARDEY, FRANK, *Berechnung von Personenschäden*, 4ª edición totalmente revisada y ampliada, C. F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2010.

PARDO IRANZO, VIRGINIA, *La ejecución sustitutiva de la específica en la LEC/2000*, en *Tribunales de Justicia/Abril 2002*.

PASO Y DELGADO, NICOLÁS DE, *Novísimo manual de práctica forense*, Granada, Imprenta de D. Paulino Ventura y Sabatel, 1870.

PERALES CANDELA, MANUEL, *Formularios*, en *Práctica de Tribunales*, Número 26, Abril 2006, páginas 60 a 65.

PÉREZ DEL BLANCO, GILBERTO, *La ejecución dineraria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, León, Ediciones Universidad, 2001.

PICÓ I JUNOY, JOAN (Director), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2002, consultándose de la misma el trabajo de:

- FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^a, *Las acciones de responsabilidad civil en el nuevo proceso civil*, págs. 105 y ss.

PLAZA, MANUEL DE LA, *La casación civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

- *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

POMBO, LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Trivium, 1999.

PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 1989.

- *La acción declarativa. (Un estudio de historia, doctrina y legislación procesales)*. Madrid, Editorial Reus, S.A., 1932.

PROTO PISANI, ANDREA, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta edizione, Napoli, Jovene editore, 2002.

PUCHOL FERRER, RAMON, *Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal*, Valencia, Imprenta á c. de Cárlos Verdejo, Almirante 3, 1877.

PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA, *Jurisprudencia § 463. Francisco H. H. c. Antonio N. Z. y otros TS 1.ª S 11 noviembre 2000 § 463. La importancia de la subsanación del defecto legal en el modo de proponer la demanda*, en *Tribunales de Justicia*, número 3, marzo 2002, págs. 78 a 82.

RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, traducida por José Medina Echavarría, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2007.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Tomo II, Barcelona, Atelier. Libros jurídicos, 2008.

RAMOS ROMEU, FRANCISCO, *Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006.

RAMS ALBESA, JOAQUÍN (Coordinador), *Comentarios al Código Civil III Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2001.

REGUERA Y VALDELOMAR, JUAN DE LA, *Extracto de la Novísima Recopilación. Anotado con las leyes y Reales disposiciones posteriores*, segunda edición, Tomos segundo y cuarto, comprendiendo respectivamente los libros 4º, 5º, 6º y 10º, 11º y 12º, Barcelona, imprenta de D. Ramón Martín Indar, 1848. También se ha consultado el tomo cuarto de la edición de 1845.

REUS, EMILIO (Director), *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, Concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de D. Emilio Reus y precedida de una Introducción crítica por el Excmo. Sr. D. Eugenio Montero Ríos*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1881.

REVILLA GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *El juicio verbal por daños en la circulación de vehículos a motor*, 2ª edición, Valencia, tirant lo blanch, 1999.

REYES MONTERREAL, JOSE MARIA, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, tercera edición, Madrid, Gráficas Menor, 1958.

RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA, RICHARD GONZÁEZ, MANUEL y RIAÑO BRUN, IÑAKI, *Derecho procesal civil*, Volumen II, 10 Colección pro libertate, Pamplona, Gobierno de Navarra, 2006.

RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA, *Los distintos procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudio sistemático*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.

RIVES Y MARTÍ, FRANCISCO DE P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 con los formularios correspondientes a todos los juicios por D. José María Manresa y Navarro*, cuarta edición aumentada con la jurisprudencia posterior y arreglada a los últimos textos y disposiciones legales que derogan y modifican algunos de los preceptos de dicha ley, tomo II, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1919. De esta obra también se ha consultado la quinta edición de 1929.

ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO (Director-coordinador), *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, Madrid, tecnos, 2008.

ROBLES POZO, JOSÉ, *Derecho Procesal de España (Primera Parte), La Ley y la Jurisprudencia vigentes del Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1888.

ROCCO, ALFREDO, *La sentencia civil*, Pamplona (Navarra), Anacleto ediciones y libros, S.L., 2006.

- *La sentencia civil. La interpretación de las Leyes Procesales*, México, D.F., Editorial STYLO, sin fecha (consta en el inicio del libro que se realizó en 1906).

RODRIGUEZ, JUAN MARÍA, *Instituciones practicas, ó curso elemental completo de practica forense*, tomo primero, Sevilla, Imprenta de el Sevillano, 1842.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, CESÁREO, *La sentencia*, Barcelona, BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1974.

ROGNONI, VIRGINIO, *Condanna generica e provvisionale ai danni*, Milán, Dott. A. Giuffrè, editor, 1961.

ROSENBERG, LEO, *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Angela Romera Vera (de la 5ª edición de la obra: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951), supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin, Tomos I y II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, § 565. *Miguel Luis E. C. c. Francisco R. A. F. A. TS 1.ª S 3 abril 2002 § 565. Fijación de daños y perjuicios acordada en ejecución definitiva, y no en ejecución provisional*, en *Tribunales de Justicia*, número 6, Junio 2003, páginas 39 a 46.

RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL y MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA LUISA (Coordinadores), *Conceptos básicos de derecho civil*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2007.

SAINZ DE ANDINO, PEDRO, *El pensamiento administrativo de P. Sainz de Andino 1829-1848*, Introducción y notas de José M.ª García Madaria, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

SÁNCER PELEGRINA, JOSÉ ANTONIO, *Procedimiento de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Tribunales de Justicia* / Marzo 2003.

SALA, JUAN, *Ilustracion del derecho real de España*, reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo, y del patrio, tomo IV, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833.

SAMMARTANO MAURO, RUBINO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Wolters Kluwer Italia, 2010.

SASSANI, BRUNO, *Lezioni di diritto Processuale Civile*, Nápoles, Edizione 2006 per l'Università "G. D'Annunzio", 2006.

SATTA, SALVATORE, *Diritto processuale civile*, novena edición revisada y ampliada por CARMINE PUNZI, Padua, CEDAM, 1981.

SAUSSURE, FERDINAND DE, *Curso de lingüística general*, traducción, prólogo y notas de Amado Alonso, séptima edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1969.

SCHÜTZE, ROLF A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar*, volumen 2, Walter de Gruyter, 2007.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, José María Bosch editor, 2001.

SIDRO Y SURGA, JOSÉ, *La Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada con sujeción a las bases establecidas en la Ley de 21 de junio de 1880, y publicada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881. Concordada con sus precedentes y, anotada con numerosas disposiciones prácticas, y las reglas de jurisprudencia que le son aplicables, según sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, con el fin de hacer fácil su ejecución y cumplimiento a todos los funcionarios del poder judicial*, Madrid, Imprenta de J. Cruzado, Peñón, 7.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coordinador): *Comentario del Código Civil. Libro II. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones. Art. 333 al 608*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2000.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO; PÉREZ LÓPEZ, EDUARDO y ORTÉU CEBRIÁN, FERNANDO, *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002.

SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUÍN, *El control de los hechos por el Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 1997.

SOLÉ RIERA, JAUME, *El Recurso de Apelación Civil*, 2ª Edición (Revisada y actualizada), Barcelona, J. M. Bosch editor, 1998.

SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ (Coordinador); CENIZO GARDUÑO, SANTIAGO; FERNÁNDEZ ROZADO, MANUEL; HOLGADO ESTEBAN, JUAN; PANISELLO MARTÍNEZ, JUAN Y PUIG BLANES, FRANCISCO DE PAULA, *Práctica del Proceso Civil. Volumen Tercero: La ejecución forzosa. Procesos especiales*, 1ª edición, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2005.

SUAREZ DE PAZ, GONZALO, *Praxis ecclesiasticae, et saecularis cum actionum formulis, et actis processuum hispano sermone compositis*, tomo tres, edición recentísima de D. Antonio Iosepho Álvarez de Abreu, Valencia, *Sumptibus* Francisci Lopez, Iosephi Antonij Pimentel, *Matirensium Bibliopolarum*, 1731.

SYLVESTRE MARTINEZ, MANUEL, *Librería de Jueces*, tomo sexto, Madrid, Imprenta de Blas Román, 1774.

TABOADA ROCA, MANUEL, *Los requisitos de procedibilidad en la casación civil española*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1980.

TAPIA, EUGENIO DE, *Manual de práctica forense*, cuarta edición, Madrid, Imprenta de los hijos de doña Catalina Piñuela, 1832.

- *Elementos de Jurisprudencia mercantil*, nueva edición, tomo segundo, Valencia, Libreria de D. Idelfonso Mompìe de Montagudo, 1838.

- *Febrero novísimamente redactado, con las variaciones y mejoras espresadas en el prospecto, que sirve de prólogo á la obra*, tomo V, Madrid, Libreria de los Sres. Viuda de Calleja e Hijos, 1845. También se ha consultado el tomo VI de igual referencia pero de 1846.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *Las condenas no pecuniarias: (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.

TARZIA, GIUSEPPE, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cuarta edición, Giuffrè Editore, 2009.

VACCARELLA, ROMANO y GIORGETTI, MARIACARLA, (bajo su cuidado) LOCATELLI, FRANCESCA (con su colaboración), *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Redazione Giuridica: Torino, UTET GIURIDICA, 2007.

VALERO Y GARCÍA, ANTONIO, *Manual teórico y verdadero práctico para la sustanciacion y tramitacion de los procedimientos civiles con arreglo á la ley de enjuiciamiento civil vigente*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Estrada, Diaz y Lopez, 1866.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.^a edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1991.

VELÁZQUEZ MARTÍN, M^a ÁNGELES, *La ejecución provisional en el proceso civil. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Librería-Editorial Dykinson, 2003.

VERLANGA HUERTA, FERMIN, *Jurisprudencia popular*, segunda edición, Madrid, Librería del editor D. J. D. de los Rios, 1840.

- *Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos de menor cuantía comprende el procedimiento correspondiente a los demás negocios de la jurisdicción ordinaria*, tomo I, Madrid, Librería de Rios, 1841.

VICENTE Y CARAVANTES, JOSÉ DE, *Nuevo manual de práctica forense*, Madrid, Imprenta de Omaña, 1842.

- *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento*, tomo segundo, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, editores, 1856.

VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, ALONSO DE, *Instrucción política y práctica iudicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno. Utilíssima para los Gobernadores y Corregidores, y otros jueces ordinarios, y de comissió: y para los Abogados, escriuanos, procuradores, y litigates*, Madrid, por Luis Sanchez, 1612.

VILLA-REAL MOLINA, RICARDO y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *Diccionario de términos jurídicos*, Granada, COMARES, S.L., 1999.

VIZCAINO PEREZ, VICENTE, *Compendio de derecho público y comun de España, ó de las Leyes de las Siete Partidas colocado en orden natural*, tomo III, Madrid, por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1784.

WACH, ADOLF, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, traducción de Ernesto Krotoschin, (Breviarios de Derecho, colección dirigida por Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

- *La pretensión de declaración*, traducción del alemán por Juan M. Semon de la edición separada del trabajo *Der Feststellungsanspruch* publicada por la editorial Duncker y Humblot en 1889, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

ZEISS, WALTER y SCHREIBER, KLAUS: *Zivilprozessrecht*, 10ª edición, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003.

ZIMMERMANN, WALTER, *Klage, Gutachten und Urteil*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2007.