

COSA JUZGADA, JURISDICCION Y TUTELA JUDICIAL

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana

SUMARIO: I. FUNCION JURISDICCIONAL E IRREVOCABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES. 1. La parquedad normativa. 2. La falta de criterio en el Tribunal Constitucional. II. LOS DIVERSOS SENTIDOS DE LA "COSA JUZGADA". III. LA FIRMEZA COMO CUALIDAD DE INIMPUGNABLE DE TODAS LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. 1. Sentido de firmeza. 2. Producción de la firmeza. 3. Extensión de la firmeza. IV. AUTONOMIA DE LA EJECUTORIEDAD. V. INEXISTENCIA DE DOS TIPOS DE "COSA JUZGADA". VI. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FIRMEZA. VII. LAS FUNCIONES DE LA COSA JUZGADA. 1. Función negativa. 2. Función positiva. VIII. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE COSA JUZGADA. 1. Sentencias sobre el fondo. 2. Resoluciones procesales. 3. Sentencias de los procesos sumarios. 4. En especial, en el juicio ejecutivo. 5. Resoluciones sobre medidas cautelares. IX. TRATAMIENTO PROCESAL. 1. De la función negativa. 2. De la función positiva. 3. Contradicción entre cosas juzgadas. X. TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA.

I. FUNCION JURISDICCIONAL E IRREVOCABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La cosa juzgada da sentido a todo el proceso de declaración y, aún más en general, explica el mismo significado de la jurisdicción. Con esa expresión, *cosa juzgada*, se designa tradicionalmente el valor específico de la resolución judicial que pone fin al proceso de declaración, la fuerza que

el ordenamiento jurídico concede al resultado de la actividad jurisdiccional declarativa, fuerza que consiste en la subordinación a los resultados del proceso y que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial.

Con palabras a veces diferentes, y aun con los matices propios de cada autor, hoy puede considerarse ya un lugar común definir la jurisdicción con relación a la actuación del derecho objetivo en el caso concreto de modo irrevocable, advirtiendo que esa irrevocabilidad no corresponde a cualquier decisión del Estado, sino exclusivamente a las que provienen de los órganos jurisdiccionales y que son el resultado de un proceso de declaración (1).

Aparece así la relación entre jurisdicción y cosa juzgada o, mejor, entre una de las subfunciones de la jurisdicción, la de juzgar a que se refiere el artículo 117.3 de la Constitución (CE), y la cosa juzgada, pues en la otra subfunción, la de ejecutar lo juzgado a que también se refiere el artículo dicho, no cabe hablar de cosa juzgada, sino de cosa o materia ejecutada.

Aunque sea con referencia sólo al juzgar, es decir, al proceso de declaración, la función jurisdiccional adquiere virtualidad únicamente cuando la actuación del derecho objetivo en el caso concreto se realiza de modo estable. Y a pesar de ello, a pesar de la trascendencia que la cosa juzgada tiene para explicar una de las potestades del Estado, sorprendentemente las referencias a ella en las leyes son más bien escasas y el Tribunal Constitucional no ha llegado a establecer una doctrina clara de conexión entre la misma y la función jurisdiccional.

1. La parquedad normativa

a) En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) se habla de la cosa juzgada solamente en:

1. Artículo 161, 1.ª: En la acumulación de autos y para disponer que puede decretarse la acumulación pedida por una de las partes cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos produzca excepción de cosa juzgada en el otro, y teniendo en cuenta que, aun sin emplear la expresión cosa juzgada, el artículo 161, 2.ª tiene exactamente el mismo contenido (2).

(1) Para la noción de jurisdicción puede verse, MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, pp. 18 y ss., y *Derecho Jurisdiccional*, I, Barcelona, 1994 (con Ortells, Gómez Colomer y Montón), pp. 33 y ss. y 119 y ss.

(2) En lo que sigue no vamos a referirnos más a este artículo 161, por lo que conviene dejar claro ahora que sus reglas 1.ª y 2.ª están diciendo lo mismo con palabras diferentes, esto es, que procede la acumulación de autos cuando entre dos procesos,

2. Artículo 408: Entre las normas comunes a los recursos contra las resoluciones dictadas por los juzgados y los tribunales, se dispone que transcurridos los plazos para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin necesidad de declaración expresa sobre ello. Esta norma es la única dedicada a la llamada cosa juzgada formal y que nosotros denominamos firmeza.

3. Artículo 544, II: La excepción de cosa juzgada, a la que se califica de perentoria, si es la única que se objeta a la demanda en el juicio de mayor cuantía, y si así lo pide el demandado, puede sustanciarse y decidirse por los trámites establecidos para los incidentes. También a esta norma habremos de volver pues tendremos que referirnos al tratamiento procesal de la cosa juzgada.

4. Artículo 1479: Conforme al que las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión.

5. Artículo 1617: Que contiene disposición idéntica a la anterior, si bien referida al juicio de alimentos provisionales (3).

b) En el Código civil (Cc) se encuentran referencias a la cosa juzgada en:

1. Artículo 1251, II: Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión.

2. Artículo 1252: Es el básico sobre la cosa juzgada material y recordemos que, partiendo de la idea de que la cosa juzgada es verdad, dispone que para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurren las identidades que especifica a continuación.

que se están realizando al mismo tiempo, existe identidad de partes y de objetos. Es evidente que, si estas reglas se interpretan en el sentido literal que se desprende de sus palabras, estaríamos ante el absurdo de acumular procesos cuando lo procedente sería alegar en el segundo la excepción de litispendencia para que el mismo no continuara. Ahora bien, las reglas pueden adquirir algún sentido si se las interpreta estimando que la sentencia que se dicte en el primer proceso produciría cosa juzgada en el otro, pero no en su aspecto negativo o excluyente, sino en su faceta positiva o prejudicial. Aparte de que si en el segundo proceso ya precluyó la posibilidad de alegar la litispendencia, la acumulación entre los dos procesos podría ser un medio útil para evitar sentencias contradictorias.

(3) Aun sin emplear la expresión *cosa juzgada* vienen a decir lo mismo que los dos artículos citados en último lugar en el texto, los artículos 1558 (para el procedimiento de apremio en los negocios de comercio), 1649, II (en el interdicto de adquirir la posesión), 1658, III (en los interdictos de retener y recobrar) y 1675 (en el interdicto de obra nueva). Todas estas normas plantean el problema de la cosa juzgada en los juicios sumarios, al que habremos de referirnos después.

3. Artículo 1816: La transacción tiene para las partes, se dice en él, la autoridad de cosa juzgada, y se dice con evidente error, como tendremos ocasión de explicar.

Efectuado este repaso a los normas que se refieren a la cosa juzgada, advertimos que existen dos artículos fundamentales, uno el 408 de la LEC y otro el 1252 del Cc, pero inmediatamente hemos de darnos cuenta que los dos parecen estar refiriéndose a instituciones diferentes que no tienen nada en común, aunque para las dos se emplee la misma expresión de cosa juzgada. Desarrollaremos después que la firmeza es un fenómeno jurídico completamente distinto del de la cosa juzgada, si bien es preciso advertir ya que lo único que no puede olvidarse al referirse a los dos fenómenos conjuntamente es que la firmeza es paso previo y condición para la producción de la cosa juzgada.

Mientras no se haya dictado sentencia firme, si se inicia un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto, en éste segundo no podrá alegarse la excepción de cosa juzgada, sino la de litispendencia, de lo que resulta que entre una y otra excepción existe únicamente una diferencia temporal (STS de 27 de diciembre de 1993, RA 10153) (4).

2. La falta de criterio en el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional en lugar de poner en relación la cosa juzgada con la función jurisdiccional, es decir, con el artículo 117.3 de la CE, se ha visto en buena forma obligado a incardinarla en el artículo 24.1 de la misma, por cuanto ante él los problemas derivados de la cosa juzgada se han planteado por la vía de recursos de amparo. En este sentido, ha reiterado que "una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, aun sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera

(4) Esta es una sentencia muy importante porque, aparte de su doctrina, es uno de los pocos casos en los que realmente, no como mero *obiter dictum*, se aprecia de oficio la función negativa de la cosa juzgada. Como diremos después en la mayoría de los casos en que el Tribunal Supremo ha dicho que la cosa juzgada puede apreciarse de oficio por el juzgador, esa afirmación no tenía utilidad para solucionar el caso concreto sometido a su examen, mientras que en esta sentencia la apreciación de oficio determinó su fallo.

el efecto de la cosa juzgada material —reconocido básicamente en el artículo 1252 del Cc— se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y la seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes” (STC 135/1994, de 9 de mayo, que no hace sino asumir lo dicho en muchas anteriores).

La doctrina constitucional se ha centrado, pues, en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el principio de seguridad jurídica, de modo que no ha advertido que la base de la cosa juzgada material se encuentra en la misma esencia de la jurisdicción, ha mezclado la firmeza con la verdadera cosa juzgada, que es únicamente la material, y ha confundido el derecho a la ejecución de las sentencias y en sus propios términos con la firmeza, de todo lo cual resulta que el Tribunal Constitucional no tiene un criterio definido ni sobre el concepto ni sobre los efectos de la cosa juzgada.

Por poner un ejemplo de esta falta de criterio cabe referirse a las sentencias 121 y 135 de 1994, la primera de 25 de abril y la segunda de 9 de mayo. En la 121 el tribunal, en realidad su Sala 1.^a, al conocer de un recurso de amparo, contra sentencia de tribunal civil que había estimado la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado y que, consiguientemente, no se había pronunciado sobre el fondo del litigio planteado entre las partes, entró a examinar si concurrían las identidades necesarias para apreciar la existencia de cosa juzgada, mientras que en la 135 la misma Sala, y quince días después, declaró que el Tribunal Constitucional no puede revisar el criterio motivado de los tribunales ordinarios sobre la concurrencia de las identidades para estimar la existencia de cosa juzgada, al no ser el recurso de amparo una tercera instancia destinada a revisar la legalidad de las resoluciones judiciales.

II. LOS DIVERSOS SENTIDOS DE LA “COSA JUZGADA”

Posiblemente fuera la experiencia docente la que nos hizo, primero, cuestionar la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material (5) y, luego, fuera la experiencia judicial la que nos llevara al convencimiento de que esa distinción respondía a un error conceptual que se derivaba de la confusión sobre la inatacabilidad de las resoluciones judiciales. Entre una y otra experiencias hemos ido apreciando las graves consecuencias que el error tiene.

(5) Sobre ese cuestionamiento puede verse MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.º, Barcelona, 1989 (con Ortells y Gómez Colomer), pp. 547-52, y ediciones posteriores; pero también antes *El proceso laboral*, II, Barcelona, 1981, pp. 153-8.

En sentido amplio la cosa juzgada es la fuerza que el ordenamiento jurídico concede, no tanto a la sentencia, cuanto al proceso, al resultado del ejercicio de la función jurisdiccional. Esta fuerza consiste en la subordinación a los resultados del proceso, subordinación que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial, de modo que jurisdicción y cosa juzgada están directamente interrelacionadas.

Uno de los elementos fundamentales integradores del concepto de jurisdicción es el de la irrevocabilidad. La jurisdicción actúa el derecho objetivo en el caso concreto de modo irrevocable, pero hay que añadir inmediatamente que esa irrevocabilidad no corresponde a cualquier decisión del Estado, sino únicamente a la que proviene de los órganos jurisdiccionales del mismo, siendo éstos los únicos que resuelven con cosa juzgada (6).

Lo que está en juego cuando se cuestiona la cosa juzgada es nada menos que la esencia de la jurisdicción, por cuanto ésta tiene la última palabra en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. La función jurisdiccional adquiere sentido porque la actuación del derecho se realiza en ella de modo estable. La seguridad jurídica exige que los resultados del proceso no puedan ser atacados. Sea cual fuere el momento en el que se logre el resultado del proceso, y ello dependerá de la conformación legal del mismo, la seguridad de las relaciones jurídicas materiales impone que después de él ese resultado se convierta en inatacable, de modo que lo que antes fue litigioso pasa a ser inmutable e indiscutible.

Partiendo de lo anterior es evidente que la cosa juzgada debe referirse únicamente a las sentencias que resuelven la cuestión de fondo planteada en el proceso por la pretensión del demandante y por la resistencia del demandado, y sin embargo la doctrina viene tradicionalmente hablando de dos clases de cosa juzgada, una formal y otra material, y afirmando que las dos son especies de un instituto general al que llama cosa juzgada (7).

En esa referencia a un instituto general con dos manifestaciones está el error de que advertimos y en el que viene incurriéndose por la doctrina, si bien en descargo de ésta hay que tener en cuenta que está condicionada por las palabras que emplean las leyes, en cuanto la expresión cosa juzgada se usa por éstas con los dos sentidos dichos, como se desprende simplemente comparando lo que disponen el artículo 408 de la LEC y los artículos 544, II, 1479 y 1617 de la misma y el artículo 1252 del Cc.

(6) Si para SERRA, "Jurisdicción", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 50, la nota única diferenciadora de la función jurisdiccional es la irrevocabilidad, para nosotros ésa es una nota junto con otras; y así MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp.18 y ss., y luego *Derecho Jurisdiccional*, I, cit., pp. 119 y ss.

(7) En este sentido, era especialmente rotundo GUASP, *Derecho procesal civil*, I, 2.^a reimpresión de la edición 3.^a, Madrid, 1977, pp. 547 y ss.

Con esa base legal se sostiene por la doctrina que la cosa juzgada formal es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales, en virtud del cual las mismas se convierten en inimpugnables, mientras que la cosa juzgada material es un efecto propio sólo de las sentencias sobre el fondo por el que todos los órganos jurisdiccionales quedan vinculados respecto del contenido de aquéllas. Pero el caso es que con estas simples caracterizaciones hay ya base más que suficiente para concluir que estamos ante dos fenómenos jurídicos diferentes y aun que parte de la doctrina ya lo había intuido (8), aunque en ella el condicionamiento de la tradición era y es tal que no había dado el paso siguiente y no ha llegado a decir claramente que la cosa juzgada única es la llamada material, mientras que la denominada formal no guarda relación con la anterior al tratarse de lo que la propia ley llama en ocasiones firmeza.

III. LA FIRMEZA COMO CUALIDAD DE INIMPUGNABLE DE TODAS LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Para entender lo que viene denominándose cosa juzgada formal es preciso partir de la distinción entre resoluciones definitivas (o impugnables) y resoluciones firmes (o inimpugnables). Esta distinción viene referida en nuestras leyes a las sentencias, principalmente, pero es predicable de todas las resoluciones judiciales.

El artículo 369 de la LEC (y lo mismo cabe decir del artículo 245 de la posterior Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ) distingue entre sentencias definitivas y sentencias firmes, radicando básicamente la distinción en que si contra las primeras cabe algún recurso, no sucede así respecto de las segundas. Con todo, esta distinción no puede limitarse sólo a las sentencias, sino que ha de referirse a todas las resoluciones, y la mejor demostración de ello es el artículo 408 citado de la LEC, que llama cosa juzgada a la inimpugnabilidad o firmeza de las resoluciones.

Esta cosa juzgada, denominada tradicionalmente formal, equivale a la cualidad de inimpugnable que puede tener una resolución, y esa cualidad ha de referirse, naturalmente, al proceso mismo en que la resolución se dictó, con lo que en realidad puede estarse o bien ante el caso de que la resolución es inimpugnable desde el momento mismo en que se dicta, por no conceder la ley recurso alguno contra ella, o bien ante la preclusión de los medios de impugnación por no haberlos utilizado la parte en el

(8) Así por poner dos ejemplos destacados, GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976 (con Herce), pp. 427-8, que acaba refiriendo la cosa juzgada formal a la preclusión de los medios de impugnación; y PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1985, pp. 788 y ss., que la refiere a la firmeza.

momento procesal oportuno. Adviértase, con todo, que a esa cualidad de inimpugnabile suele denominarse en nuestro derecho positivo firmeza, y que ésta es un efecto interno, propio de todas las resoluciones y que se refiere únicamente a las partes.

Resulta así que la denominada cosa juzgada formal equivale, pues, a inimpugnabilidad para las partes de una resolución, y que a ese efecto se lo denomina legalmente firmeza, palabra que creemos mucho más expresiva y mucho menos llamada a equívocos que la tradicional fórmula de cosa juzgada formal.

1. Sentido de la firmeza

La firmeza es, por tanto, un efecto de todas las resoluciones que pueden dictarse en el proceso civil, que se produce en el mismo proceso en el que la resolución se dicta y que afecta únicamente a las partes de ese proceso. Algunas de estas características precisan de mayor desarrollo.

a) En nuestro proceso civil se ha partido de la regla general de que todas las resoluciones pueden y deben adquirir firmeza, como medio para que el proceso avance y pueda llegarse a su final de un modo ordenado. Podría haberse establecido una regla general distinta, posibilitando que el juez, a petición de parte, pudiera reabrir etapas fenecidas, pero se ha optado por la que decimos.

Por poner un ejemplo. Terminada la práctica de la prueba, o transcurrido el plazo para esa práctica, el juzgador ordenará que se unan a los autos las piezas separadas formadas para la prueba de cada una de las partes (artículos 576, 667 y 701 de la LEC), dando por finalizada la etapa probatoria. Si la providencia correspondiente se convierte en firme, no podrá ya practicarse prueba alguna, por cuanto no podrá reabrirse el período de prueba, lo que significa que no tendrán valor las diligencias de prueba que pudieran practicarse fuera del precluido período de prueba (artículo 577) (9).

Este sistema de organizar el proceso puede resultar a la larga antieconómico, pues en nuestro ejemplo puede hacer que sea necesario recibir el pleito a prueba en el recurso de apelación, con base en alguna de las causas del artículo 862 de la LEC, pero es el sistema elegido por el legislador.

(9) Naturalmente, salvadas las excepciones a que se refieren los artículos 506 a 513, para los documentos, y el artículo 579, para la confesión; para estos dos medios de prueba la preclusión se produce con la citación para sentencia; sobre el primer supuesto, *vid.* MONTERO, "Presentación de documentos materiales con la demanda y con la contestación", en *Poder Judicial*, 1990, núm. 17, pp. 58-62, y ahora en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996.

En algún caso podría ser más acorde con la economía procesal que el juez tuviera la facultad de modificar de oficio y en cualquier instante las resoluciones dictadas a lo largo del proceso, o que las partes pudieran impugnarlas también en cualquier momento, se entiende antes de la sentencia, pero el legislador ha optado por lo que ha estimado más conveniente para el normal desarrollo de la actividad procesal.

b) La firmeza es un efecto que se refiere a las partes, no al juez o tribunal que dictó la resolución, por cuanto respecto de éstos entra en juego la invariabilidad de las resoluciones, que es algo distinto. Todas las resoluciones, y no únicamente las sentencias como parece desprenderse del artículo 363,I de la LEC, y no exclusivamente las sentencias y los autos definitivos a los que alude el artículo 267.1 de la LOPJ, se convierten en invariables para los órganos jurisdiccionales desde el momento de la firma, no pudiendo ser ya modificadas de oficio. Esa modificación puede producirse a través de la interposición de los medios de impugnación por las partes, y bien entendido que la declaración de nulidad de actuaciones (regulada en los artículos 238 a 242 de la LOPJ) y la aclaración de sentencias y de autos definitivos (según los artículos 363 de la LEC y 267 de la LOPJ) son algo que no guarda relación con la invariabilidad, y que ésta no es un efecto de la firmeza.

La invariabilidad de las resoluciones para los órganos jurisdiccionales después de la firma de las mismas responde a otra regla general conformadora del proceso, distinta de la de la firmeza. Esa otra regla se basa en la perfección del acto procesal. El acto que es la resolución se entiende "perfecto" desde el momento de su firma por el juez o magistrados del tribunal y, consiguientemente, el legislador establece que al haberse expresado ya la voluntad del o de los titulares de la potestad jurisdiccional, éstos no pueden ya modificar lo que quedó "perfecto". También aquí podría haberse organizado el proceso de modo diferente, pero el caso es que no ha sido así, aunque lo que importa destacar es que firmeza e invariabilidad son dos fenómenos distintos.

Esta distinción no ha sido comprendida por el Tribunal Constitucional que, una y otra vez, hace depender la invariabilidad de las sentencias por los tribunales de la firmeza de las mismas. El supuesto ha llegado con reiteración al Tribunal Constitucional al hilo de la aclaración de las sentencias, con base en el artículo 267 de la LOPJ, declarando aquél que la posibilidad de alterar los términos de las resoluciones, por la vía de la aclaración, supondría "acabar con la noción misma de firmeza" (así, SSTC 16/1991, de 28 de enero, 380/1993, de 20 de diciembre, y 57/1995, de 6 de marzo, por ejemplo) (10).

(10) Especialmente grave es la confusión conceptual que se manifiesta en la STC

c) Hay que insistir en que la firmeza despliega sus efectos sólo en el proceso en el que se dicta la resolución. Es ciertamente paso previo y condición para que una clase de resoluciones, las sentencias, puedan producir el efecto de cosa juzgada material, es decir, para que puedan desplegarse efectos en un proceso posterior, pero se trata de dos "cosas" diferentes, a las que sólo la tradición permite que se las enuncie con la expresión genérica de cosa juzgada, que es preciso luego adjetivar como formal y material.

Por nuestra parte creemos que si los fenómenos son diferentes deberían utilizarse palabras distintas para designarlos y por ello preferimos hablar en un caso de firmeza y en otro de cosa juzgada sin más. Somos conscientes de que en alguna ocasión se ha sostenido que la cosa juzgada formal significa algo diverso de la firmeza y que, por consiguiente, conviene mantener la expresión cosa juzgada formal, pero nos permitimos discrepar de esta opinión (11).

De la Oliva entiende que si la palabra firmeza expresa la imposibilidad de revocar la resolución y de sustituirla por otra distinta, la expresión cosa juzgada formal hace referencia a algo añadido a la firmeza, algo que consiste en que la resolución tiene que ser respetada, en el sentido de que la resolución tiene que ser efectiva, de que se ha de partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso en que se ha dictado, para los sucesivos actos de ese mismo proceso. De esta manera la cosa juzgada formal comprende dos aspectos: uno negativo, de firmeza o inimpugnabilidad, y otro positivo, de obligado respeto del tribunal a lo dispuesto en la resolución, con la necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer diversa o contrariamente a ello.

Por nuestra parte, no creemos que la expresión cosa juzgada formal añada algo a la palabra firmeza, y no lo creemos porque no vemos la manera de distinguir los dos aspectos dichos, negativo y positivo. La firmeza no puede entenderse como petrificación de una situación y olvido de la misma, esto es, no es algo del pasado, sino que por producirse en un proceso en marcha supone consolidación de una situación para el futuro de ese proceso. Si el proceso implica sucesión de actos, la firmeza de una

19/1995, de 24 de enero, pues en ella: 1) se asienta la "inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales" en el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, sin aludir a que el verdadero fundamento de la inmodificabilidad es la noción misma de jurisdicción y el de la invariabilidad la perfección de los actos procesales; y 2) se dice que la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales "definitivas y firmes" (?) no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial, cuando sólo desde la afirmación de la inmodificabilidad adquiere sentido la existencia del derecho.

(11) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1991, pp. 19-20.

resolución intermedia implica que ha precluido una etapa y que el proceso sigue en la siguiente, de modo que no será posible reabrir lo fenecido porque las situaciones jurídicas, conforme se vayan produciendo, devienen inmodificables. Visto el proceso en su conjunto, la firmeza de las resoluciones que en él se van dictando no puede contemplarse como situaciones estancas que se explican sólo en sí mismas, ni la firmeza puede entenderse referida a la forma de la resolución; en el devenir de actos que es un proceso, cada resolución importa por su contenido, y es ese contenido el que resulta inmodificable.

2. Producción de la firmeza

La firmeza de una resolución puede producirse atendiendo a dos órdenes de causas, a las que se refiere el artículo 369,V de la LEC, mientras que los artículos 408 de la misma LEC y 245.3 de la LOPJ aluden sólo a una de ellas:

a) Cuando por la naturaleza de la resolución no quepa contra ella recurso alguno: Naturalmente no es del caso realizar aquí una enumeración exhaustiva de las resoluciones que se encuentran en esta situación, por lo que debemos remitirnos a cada uno de los supuestos en concreto y, especialmente, a los artículos 376 y siguientes de la LEC.

Lo que importa destacar ahora es que, en ocasiones, las resoluciones ordinatorias no son apelables de modo independiente, sino acumulándose todas las posibles apelaciones contra la resolución final de la instancia. Esta situación se venía produciendo de modo especialmente claro en los procedimientos orales, pero está siendo la solución moderna también en los procedimientos escritos, como se desprende del artículo 61 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (para el juicio de cognición) y del artículo 703 de la LEC (para el juicio de menor cuantía).

b) Cuando la resolución haya sido "consentida" por las partes: Partimos aquí de que contra la resolución la ley concede algún recurso, pero también de que la resolución adquiere firmeza porque:

1. Las partes dejan transcurrir los plazos para anunciar, preparar o interponer el recurso sin haberlos utilizado. La STS de 25 de marzo de 1993 (RA 2234), con referencia a un supuesto de acumulación, puso de manifiesto que si uno de los demandados condenado en uno de los procesos acumulados no apeló, para él la sentencia adquirió plena firmeza, con lo que el pronunciamiento específico de la sentencia referido a ese demandado no podía ser modificado por la Audiencia al conocer de la apelación, y para llegar a esa conclusión no era necesario referirse a la prohibición de la *reformatio in peius* como, incorrectamente, hace el Tribunal Supremo pues ese concreto pronunciamiento no es que fuera inmodi-

ficable sólo en perjuicio, sino que era inmodificable en absoluto y para las dos partes.

2. Se produce el desistimiento del recurso interpuesto mediante la declaración de voluntad expresa del recurrente, con los requisitos que se establecen en los artículos 409, 410, 846 a 848 y 1726 de la LEC. Este desistimiento, una vez declarado por el tribunal competente, produce sin más la firmeza de la resolución recurrida.

3. El recurrente incumple algún requisito y el recurso se declara desierto (artículos 840 y 1704) o inadmisibile (artículo 1710.1.^a a 4.^a de la LEC).

La lectura de algunos artículos de la LEC puede producir una impresión manifiestamente falsa; así de los artículos 369,V y 408 pareciera deber deducirse que cuando la ley concede algún recurso la firmeza depende de la voluntad de las partes, en tanto los artículos dichos hablan de "consentida" la resolución. Hoy está fuera de toda duda que la firmeza va unida al hecho objetivo del transcurso de los plazos y es consecuencia de la naturaleza de la resolución como acto jurisdiccional, razón por la que el artículo 408 dice, correctamente, que no es precisa declaración expresa del órgano judicial. El consentimiento de las partes no produce, pues, la firmeza, aunque es cierto que si alguna de las partes recurre ésta no se producirá inmediatamente, sino cuando el recurso sea resuelto.

3. *Extensión de la firmeza*

La firmeza se produce o falta como un todo, en conjunto, no por partes. Cuando una resolución es impugnada únicamente en alguno de los pronunciamientos que contiene, no en la totalidad, las decisiones no impugnadas no se convierten en firmes (12). Con todo, esta regla general, que viene enunciándose de una u otra forma por la doctrina y que es admitida implícitamente por la jurisprudencia, precisa ser matizada, lo que debe hacerse distinguiendo entre:

a) Resoluciones de ordenación del proceso: Normalmente, cada una de estas resoluciones se pronunciará sobre un problema específico aunque en la parte dispositiva se haga un desglose de pronunciamientos los cuales, en realidad, comportarán una única decisión. En este supuesto, es manifiesta la aplicación de la regla general antes dicha. No puede ocurrir lo mismo cuando, existiendo formalmente una única resolución, en ella se contienen decisiones distintas, de modo que el órgano jurisdiccional se

(12) Así, por ejemplo, GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 428; y PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, I, cit., p. 792.

está pronunciando sobre dos o más peticiones de desarrollo del proceso formuladas por las partes, decisiones que pudieron ser el contenido de dos o más resoluciones judiciales y que sólo lo accidental de la marcha del procedimiento ha unido en una resolución; en este caso, si se recurre únicamente de una de las decisiones nada debe impedir la producción de firmeza en la otra u otras.

b) Sentencias: Cuando el procedimiento ha sido envoltura externa de un único proceso, la sentencia se referirá a una única pretensión-resistencia, aunque contenga diversos pronunciamientos parciales; en este caso, en realidad existe una única decisión y de ahí que, aunque se impugne sólo una parte de la resolución, la no producción de la firmeza haya de referirse a la totalidad, no pudiendo producirse de modo parcial.

Por el contrario, cuando en el procedimiento se produce una acumulación de pretensiones, que da origen a una acumulación de procesos (13), la situación es radicalmente distinta, pues entonces la pretensiones pudieron dar origen a procesos separados, con su sentencia propia correspondiente, y el que se hayan acumulado en un único procedimiento y, como efecto, se dicte una única sentencia, que contiene tantas decisiones como pretensiones y procesos, no debe significar unidad de dicha sentencia a la hora de producir la firmeza o de impedirse como consecuencia de su impugnación. Todo radica aquí en entender que la acumulación es un fenómeno en virtud del cual se tramitan y deciden conjuntamente varios procesos, de modo que existe sólo formalmente una sentencia única, pues en realidad existen tantas decisiones judiciales como procesos acumulados.

IV. AUTONOMIA DE LA EJECUTORIEDAD

Aunque en los últimos tiempos pueda registrarse una cierta tendencia a equiparar ejecutoriedad de las resoluciones y firmeza de las mismas, nos parece que entre las dos existen diferencias muy importantes que impiden esa equiparación (14). También aquí para mayor claridad conviene distinguir entre:

(13) MONTERO, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, pp. 219-38; una síntesis de esta concepción en ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.º, Barcelona, 1994 (con Montero y Gómez Colomer), pp. 106-19.

(14) La confusión del Tribunal Constitucional es en este apartado manifiesta en cuanto mezcla firmeza, cosa juzgada y ejecutoriedad de las sentencias, habiendo llegado a decir que cuando en la ejecución se desconoce lo decidido en la sentencia se está vulnerando la cosa juzgada, y así SSTC 89/1990, de 26 de noviembre, y 34/1993, de 8 de febrero.

a) Sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto: Es cierto que normalmente la firmeza abre el camino para la ejecución, pero no puede desconocerse que:

1. Existen sentencias no firmes que son ejecutables provisionalmente (artículos 385, 1722 y 1723 de la LEC), teniendo en cuenta que la ejecución provisional es una verdadera ejecución, que no se diferencia de la definitiva ni en la naturaleza ni en la función, sino únicamente en las razones que han movido al legislador para convertir a la sentencia no firme en título ejecutivo (15).

2. Existen sentencias firmes que no pueden aspirar a una ejecución completa por lo menos durante un cierto tiempo (caso del artículo 787 de la LEC respecto de las sentencias dictadas en rebeldía del demandado).

b) Demás resoluciones: Con relación a estas resoluciones de ordenación del proceso se ha producido la equiparación entre ejecutoriedad y firmeza, a que nos hemos referido más arriba, y es aquí donde hay que resaltar:

1. Respecto de estas resoluciones no cabe hablar de verdadera ejecución, por lo menos en el sentido con que esta palabra suele utilizarse técnicamente; una providencia admitiendo a trámite una demanda no se "ejecuta" sino que, más sencillamente, se lleva a debido efecto, y eso que nos estamos refiriendo a resoluciones de contenido positivo, pues es aún más evidente que las resoluciones de contenido negativo (la no admisión a trámite de la demanda, por seguir con el ejemplo) no pueden "ejecutarse". En esas resoluciones positivas, como es el caso de admitir un medio de prueba o de acordar la práctica de una diligencia para mejor proveer consistente en la confesión de una parte, no se produce una ejecución en sentido estricto; cabrá hablar de que se ejecuta lo ordenado, como equivalente de que se lleva a efecto, pero la palabra ejecución se está empleando aquí en un sentido diferente del que supone la verdadera ejecución procesal.

2. Aun en el caso de que se admitiera que llevar a debido efecto es ejecutar, debería tenerse en cuenta que la firmeza no supone sólo "ejecución" de lo decidido en la resolución sino inimpugnabilidad de lo decidido, imposibilidad de modificarlo en el mismo proceso, lo cual siempre será diferente de la ejecutoriedad.

(15) Sobre la naturaleza jurídica de esta ejecución, puede ser todavía de utilidad, PEREZ GORDO, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1973, aunque es anterior a la reforma de la LEC operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto; después de la reforma, CABAÑOL, *La ejecución provisional en el procedimiento civil*, Barcelona, 1993, pp. 83-101.

V. LA INEXISTENCIA DE DOS TIPOS DE “COSA JUZGADA”

Si hasta aquí hemos conseguido explicar lo que es la firmeza de una resolución, y hemos aclarado sus diferencias con la invariabilidad de las resoluciones para el órgano jurisdiccional y con la ejecutoriedad de las mismas, debemos estar ya en condiciones de hacer evidente algo que hemos adelantado en páginas anteriores: la firmeza y la cosa juzgada (la material, que es la única verdadera cosa juzgada) son dos fenómenos jurídicos tan diferentes que no existe razón alguna que permita englobarlos bajo una única expresión genérica. Las diferencias entre una otra no son marginales, sino que afectan a la misma esencia de las dos instituciones.

a) El primer aspecto que marca esas diferencias atiende a que la firmeza es algo predicable de todas las resoluciones judiciales, que produce sus efectos *ad intra* del proceso en el que se dictan, mientras que la cosa juzgada es efecto exclusivo de las sentencias, produciéndose *ad extra* del proceso que concluye con la sentencia misma. Es por esto por lo que la firmeza puede referirse a todos los posibles contenidos de las muy variadas resoluciones que en un proceso pueden dictarse, mientras que la cosa juzgada se centra en el contenido de la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto. Luego, veremos si las sentencias meramente procesales, o de absolución en la instancia, producen o no cosa juzgada, pero en cualquier caso lo que ahora importa es que esa cosa juzgada se refiere, normalmente, al objeto del proceso que ha sido resuelto.

b) Suele afirmarse, y así De la Oliva, que de la *cosa juzgada* puede hablarse en dos sentidos. Uno de ellos hace referencia al “especial estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones por haber sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso”, y así se habla de “esto es ya cosa juzgada” aludiendo a que una determinada relación jurídica ha quedado definida después de un proceso, razón por la que puede decirse que la cosa juzgada no la produce tanto la sentencia que al final de él se dicta como el proceso mismo en su conjunto.

El segundo de esos sentidos atiende a “ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales y, si se quiere precisar y adelantar más, el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el fondo”, con lo que cuando se dice “hay cosa juzgada” es para “dar a entender que en el mismo proceso o en un proceso posterior se ha de excluir un enjuiciamiento sobre lo mismo ya juzgado o se tiene que partir necesariamente de lo ya juzgado” (16).

Pues bien, si estos son los dos sentidos en que suele utilizarse la expresión *cosa juzgada*, y así lo dice quien en España se ha ocupado última-

(16) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pp. 17 y 19.

mente con mayor profundidad de la misma, las conclusiones a las que debe llegarse, partiendo de esas premisas, son:

1. El sentido primero de la expresión, el relativo al “especial estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones por haber sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso”, no es referible a la cosa juzgada formal, y sí sólo a la material. Ni aun cuando se trata de la sentencia final de un proceso que se pronuncia sobre el fondo del asunto, la firmeza puede entenderse como estado de la relación jurídica definida en la sentencia; la firmeza supone aquí también que la sentencia se ha convertido en inimpugnable para las partes, pero no atiende al estado de la relación jurídica; para la firmeza el contenido de la sentencia firme es indiferente, pues sea cual fuere aquél se producirá igualmente.

2. El sentido segundo, el relativo a los efectos, sí puede referirse a la cosa juzgada formal y a la cosa juzgada material, pero entonces esos efectos son tan radicalmente diversos que pretender incluirlos bajo una única expresión llama más a confusión que a claridad. Si los efectos de la cosa juzgada formal se producen en el mismo proceso en que la resolución se dicta y si los efectos de la cosa juzgada material inciden en un hipotético proceso posterior, parece más defendible desde la lógica que esos distintos efectos se individualicen en el lenguaje con palabras distintas.

VI. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FIRMEZA

La confusión entre firmeza y cosa juzgada ha llevado a sostener que las dos están preordenadas a la seguridad y la paz jurídicas, pero si se atiende bien se comprobará que la firmeza, cuando se trata de las resoluciones de ordenación del proceso, atiende principalmente a una determinada manera de conformar éste y cuando se refiere a la sentencia final responde básicamente a exigencias de la tutela judicial efectiva —que además, ha de prestarse dentro de un plazo razonable— proclamada como derecho en el artículo 24.1 de la CE, mientras que la cosa juzgada material forma parte de la esencia de la jurisdicción.

La firmeza de las resoluciones de ordenación no es algo que venga impuesto por principio político-procesal alguno. El artículo 176 del *Codice di procedura civile* italiano dice que todas las resoluciones del juez instructor, salvo disposición expresa en contrario, adoptarán la forma de auto (*ordinanza*), el artículo 177 añade que, con excepción de los casos que después enumera, “los autos pueden ser siempre modificados o revocados por el juez que los ha pronunciado” y el artículo 178 completa que “las partes, sin necesidad de medios de impugnación, pueden proponer al colegio (es decir, al órgano colegiado de decisión del proceso), cuando la causa es elevada a éste de conformidad con el artículo 189, todas las cues-

tiones resueltas por el juez instructor con auto revocable". Esto presupone que existen otras maneras de organizar el proceso distintas de ir atribuyendo firmeza a las resoluciones de ordenación, otras maneras que no atentan contra la seguridad y la paz jurídicas.

Cuando se trata de la sentencia que pone fin al proceso, la firmeza de la misma puede encuadrarse dentro del derecho de las partes a la tutela judicial efectiva. Como es sabido este derecho comprende aspectos que van desde el deber del órgano judicial de poner en marcha la actividad jurisdiccional hasta el que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto planteado por las partes, y lo que estamos diciendo es que debe incluirse también el que ha de llegar un momento en que exista una decisión final no recurrible que ponga término a la discusión. En este sentido, estamos de acuerdo con la STC 159/1987, de 26 de octubre (a pesar de que confunde firmeza con cosa juzgada material), en cuanto incluye la firmeza en el artículo 24.1 de la CE. Desde otro punto de vista podría incluso decirse que el derecho al "plazo razonable" del artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950, exige que el mismo proceso tenga un fin, a partir del cual no tengan ya las partes la posibilidad de seguir impugnando la resolución final.

El fundamento de la firmeza es, pues, distinto según se trate de las resoluciones de ordenación y de la sentencia que pone fin al proceso. En el primer caso, ese fundamento se encuentra en una decisión del legislador ordinario que ha podido conformar el desarrollo del proceso como ha estimado pertinente, bien entendido que nada impide constitucionalmente que esa conformación sea diferente. En el segundo, el fundamento de la firmeza debe buscarse en la tutela judicial efectiva, por cuanto ésta no existiría si el proceso no tuviera fin, en el sentido de que las partes pudieran ir recurriendo las sentencias sin límite siempre dentro del mismo proceso.

Por el contrario, cuando se trata de la verdadera cosa juzgada lo que está en juego en la misma es la naturaleza de la jurisdicción, dado que los titulares de ésta son los únicos que, dentro del Estado, actúan el derecho objetivo en el caso concreto de modo irrevocable. La cosa juzgada, a pesar de lo que dice el artículo 1251 del Cc, no es una presunción de verdad, sino la fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a la sentencia que decide el proceso de declaración, fuerza que se resuelve en una vinculación jurídica pública que obliga a los órganos jurisdiccionales a no decidir de nuevo lo ya resuelto. Y aquí sí que el fundamento se encuentra en la seguridad y paz jurídicas y, por lo mismo, la cosa juzgada, no es que impida a las partes iniciar un nuevo proceso, sino que impide a los órganos jurisdiccionales volver a conocer de lo que ya han decidido.

El soporte constitucional de la cosa juzgada no debe buscarse tanto en el artículo 24.1, cuanto en el artículo 117.3, pues lo que verdaderamente

importa desde la perspectiva constitucional es que el desconocimiento de la cosa juzgada supondría atacar la base misma de la jurisdicción. El Tribunal Constitucional, dado que ante él se han planteado los problemas propios de la cosa juzgada por la vía del recurso de amparo, se ha visto obligado a decir, y así en la STC 159/1987, de 26 de abril, que el derecho constitucional del artículo 24.1 de la CE "garantiza, en una de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce, pues, si así no fuera, el derecho mismo a la jurisdicción, en todo su complejo contenido, quedaría, sin más, privado de sentido", lo que hace que el desconocimiento de la cosa juzgada en un proceso posterior se estime contrario a ese artículo 24.1, y en este sentido la STC 12/1989, de 25 de enero.

Hay que tener claro, con todo, que mientras la firmeza de la sentencia sí integra y plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva, la cosa juzgada no se explica sólo desde el artículo 24.1, por cuanto éste ha de ponerse en relación con el artículo 117.3. Esto último es lo que no ha comprendido el Tribunal Constitucional. Del desconocimiento de la cosa juzgada como elemento integrante de la jurisdicción puede surgir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, con la especial garantía del recurso de amparo, pero lo importante conceptualmente no es esta vulneración sino aquel desconocimiento.

VII. LAS FUNCIONES DE LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada material, esto es y a partir de ahora, la única cosa juzgada, no la producen todas las resoluciones judiciales sino, en principio y sin perjuicio de lo que después se precisará, únicamente las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto suscitado por las partes. La cosa juzgada parte de la firmeza de esas sentencias y supone la vinculación en otro proceso a la decisión contenida en la sentencia dictada en el primero y anterior, es decir, a la declaración que se produce en ella sobre la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido, por decirlo con palabras de Gómez Orbaneja (17). La eficacia de la cosa juzgada no tiene, pues, carácter interno, sino que es externa; no se refleja en el proceso en el que se produce, sino en otro posible proceso posterior.

Sin referencia a otro proceso posterior, esto es, considerada en sí misma, la cosa juzgada atiende a la situación de la relación jurídica que en su momento fue deducida en el proceso y que queda definitivamente definida. Ahora bien, la cosa juzgada adquiere su completo sentido cuando se

(17) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 429.

pone en relación con un proceso posterior, pues es entonces cuando adquiere virtualidad la vinculación de carácter público en que consiste. Esa vinculación se manifiesta en dos aspectos o funciones.

1. *Función negativa*

Implica la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión. Es el tradicional principio del *non bis in idem* (18).

Teóricamente, esta función negativa debería impedir la iniciación de un nuevo proceso sobre la misma pretensión, pero dado que ello es imposible de modo práctico (pues al juez al que se le presente la demanda del segundo proceso no puede hacer si no admitirla y darle trámite), la consecuencia se reduce a impedir que se dicte decisión sobre el fondo del asunto en ese segundo proceso.

Presentada la demanda en el segundo proceso la fuerza de la cosa juzgada no puede hacer que el juez la inadmita, y ello por la simple razón de que ese juez puede no tener conocimiento en ese momento de la existencia de la cosa juzgada formada en el primer proceso. La admisión de la demanda se impone, por consiguiente. Una vez el proceso en tramitación, la constatación procesal por el juez de la existencia de la cosa juzgada debería conducir a que se concluyera inmediatamente con el proceso, pues en el mismo será ya evidente que no podrá llegarse a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto; ahora bien, esta terminación inmediata del proceso depende de la regulación procedimental del mismo, de modo que el proceso deberá concluirse sin desarrollarlo completamente cuando exista cauce procedimental para ello. En otro caso, la fuerza de la cosa juzgada supondrá únicamente que, llegado el momento de la sentencia, el juez en ella no podrá decir sino que no puede resolver sobre el fondo del asunto (19).

(18) Las SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, y 92/1993, de 15 de marzo, aplicaron correctamente este efecto negativo en dos casos en los que, después de la existencia de sentencia con cosa juzgada, se había iniciado un segundo proceso en el que se pretendía lo mismo que en el primero pero basando la segunda petición en que la jurisprudencia había efectuado un cambio radical. Es sabido que si, en un primer momento, la jurisprudencia declaraba la nulidad de las cláusulas de revisión de la renta, en los contratos de arrendamientos urbanos, cuando esas cláusulas preveían únicamente la modificación al alza, posteriormente se cambió de orientación estimando la validez de esas cláusulas porque no era previsible que el índice de precios al consumo bajara. En las dos sentencias se continúa sin hacer referencia a las relaciones entre cosa juzgada y función jurisdiccional.

(19) Esta función negativa no ha sido siempre comprendida por la jurisprudencia

No está claro el exacto contenido del fallo de la sentencia que estima la existencia de cosa juzgada en su función negativa. En general, puede admitirse que si la sentencia no puede entrar a resolver el tema de fondo, y si no puede hacerlo por una razón procesal, es porque se trata de una sentencia de las llamadas meramente procesales, es decir, de las también denominadas de absolucón en la instancia. Con todo, alguna sentencia del Tribunal Supremo se ha manifestado en contra, si bien nos tememos que sin haber comprendido lo que es una sentencia de absolucón en la instancia (20).

2. *Función positiva*

Aunque tradicionalmente la función negativa ha sido la más estudiada, dado que el artículo 1252 del Cc se refiere a ella, es hoy casi más importante la función positiva, la que atiende a que la cosa juzgada vincula en el segundo proceso a que el juzgador del mismo se atenga a lo ya juzgado cuando tiene que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. En este segundo supuesto, la cosa juzgada no opera como excluyente de una decisión sobre el fondo del asunto, sino que le sirve de base.

En la STS de 20 de mayo de 1992 (RA 4918) se contempla un caso claro de esta función positiva. En el primer proceso de desahucio, en el que se dictó sentencia firme, se desestimó la demanda porque se entendió no vencido el plazo de vigencia de la prórroga contractual, pero se declaró que el arrendamiento lo era de industria sometido a la legislación común, y no a la ley especial de arrendamientos urbanos. Iniciado un segundo proceso poco después, en el que se pretendía el desahucio por expiración del plazo del arrendamiento de industria, el demandado opuso que el arrendamiento lo era de local de negocio, y el TS estimó que no podía llegarse a calificar el contrato de modo distinto a como se hizo

que, en ocasiones, se ha referido a "la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente" (SSTS de 31 de marzo, RA 2315, y de 3 de diciembre de 1993, RA 8571), aunque en otros casos ha entendido correctamente que se trata "de evitar que en éste (segundo proceso) se dicte nueva resolución sobre el mismo objeto litigioso (aunque hubiera de ser coincidente con la ya dictada)" (STS de 16 de marzo de 1992, RA 2188). En efecto, la función negativa no exige que el segundo fallo sea idéntico al primero, sino que excluye la posibilidad misma del fallo segundo.

(20) La STS de 14 de junio de 1994, RA 4819, sostuvo que en el fallo debe simplemente desestimarse la demanda sin añadir la "desafortunada frase" de "absolucón en la instancia", pues la "excepción de cosa juzgada... no produce la absolucón en la instancia", sino "la imposibilidad de volver a resolver lo ya resuelto de modo definitivo y firme en la sentencia anterior".

en el primer proceso, por impedirlo "el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

La función positiva de la cosa juzgada no puede exigir la concurrencia entre los dos procesos de las identidades a que se refiere el artículo 1252 del Cc. Si concurren esas identidades estaremos ante la función negativa y, con ella, ante la imposibilidad de que en el segundo proceso se dicte pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Para que entre en juego la función positiva los objetos de los dos procesos sólo han de ser "parcialmente idénticos" o "conexos". En la STS de 20 de febrero de 1990 (RA 986) se hace referencia a los requisitos que deben concurrir para apreciar la función negativa de la cosa juzgada, con base en el artículo 1252 del Cc, y se añade después que "el efecto positivo que la cosa juzgada busca, esto es, la obligación del juez ulterior de aceptar la decisión del anterior, en cuanto sea conexa con la pretensión ante él ejercitada..."; en esa línea puede verse también la STS de 30 de diciembre de 1986 (RA 7838) y la STSJ Cataluña de 2 de julio de 1990 (RA de 1992, n.º 2.578).

Si la función positiva de la cosa juzgada no busca excluir la posibilidad de una segunda decisión sobre lo ya resuelto en un primer proceso, es evidente que no podrá exigirse la identidad objetiva entre los dos procesos. Firme la identidad subjetiva, que ésta siempre deberá concurrir (21), la función positiva operará cuando lo resuelto en el primer proceso sea prejudicial respecto de lo planteado en el segundo, esto es, cuando la relación jurídica de que se trata en el segundo proceso sea dependiente de la definida en el primero. Se trata, por tanto, de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entre en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, ésta ha sido ya resuelta en un proceso anterior (22).

(21) La STC 182/1994, de 20 de junio, aun con la imprecisión de que venimos hablando, refiere el efecto positivo de la cosa juzgada formada en un proceso contencioso-administrativo a un segundo proceso, éste laboral, en el que se había planteado como cuestión prejudicial lo ya resuelto en aquél primer proceso, sin que existieran entre los dos procesos las identidades subjetivas.

(22) Naturalmente, no pueden confundirse con la cosa juzgada otros efectos que las sentencias firmes pueden producir. Nada tiene que ver con la cosa juzgada la fuerza ejecutiva de las sentencias firmes, ni el que éstas no puedan ser modificadas en la ejecución ni anuladas, a pesar de lo que en contra parece sostener la STC 15/1986, de 31 de enero, en la que se mezclan sin orden muy variados conceptos para llegar a concluir que el juez de la ejecución de la sentencia no puede declarar la nulidad del proceso en el que se dictó la sentencia de cuya ejecución se trataba.

VIII. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE COSA JUZGADA

Si en el desarrollo de este discurso tuviéramos que seguir ahora con la sistemática habitual en el estudio de la cosa juzgada tendríamos que afrontar, a continuación, el examen de las teorías sobre la misma. Sería preciso recordar que la concepción de presunción de verdad, que se asume en los artículos 1251 y 1252 del Cc, con base en la que se hablaba incluso de la "santidad de la cosa juzgada", es hoy manifiestamente inadmisibile, y que el debate se sostiene ahora entre los partidarios de la teoría material y los defensores de la teoría procesal (23), pero es el caso que no parece ésta la ocasión adecuada para afrontar esta cuestión, principal pero no exclusivamente doctrinal. Renunciando, pues, a la exposición de esas teorías, porque para la finalidad que perseguimos de exponer con claridad lo que sea la cosa juzgada y su encuadre constitucional no es necesaria, restan temas de gran importancia práctica que sí es preciso atender, y el primero de ellos es el de qué resoluciones son susceptibles de cosa juzgada.

1. Sentencias sobre el fondo

Estas son las resoluciones a las que está preordenada, en principio, la cosa juzgada, pues respecto de ellas adquieren pleno sentido las dos funciones antes dichas. En efecto, es en los procesos de declaración y en las sentencias que en ellos se dictan en los que tiene virtualidad la referencia a lo ya juzgado, siempre naturalmente que se haya decidido, lo que sólo ocurre cuando la sentencia entra a resolver el fondo del asunto suscitado por las partes. Sólo con referencia a esa sentencia cabrá excluir otra decisión o habrá de decidirse en coherencia con ella. Aunque parezca de perogrullo: sólo puede haber cosa juzgada si se ha juzgado.

a) En alguna ocasión se ha sostenido que las sentencias que recaen en los procesos en que se ejercitaron pretensiones constitutivas no producen cosa juzgada, se dice, porque no la necesitan; si la sentencia crea, modifica o extingue una relación o situación jurídica, ésta no puede ser desconocida en el futuro, de modo que no existe necesidad de la cosa juzgada para explicar el efecto vinculante de esas sentencias constitutivas o su fuerza general de obligar (24).

(23) Pueden verse, con todo, GOMEZ ORBANEJA, *Las teorías de la cosa juzgada*, Madrid, 1932, y un resumen en su *Derecho procesal civil*, I, cit., pp. 429-34; SERRA en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVI, 2.º, comentario al artículo 1252 (dirigidos por Albaladejo), Madrid, 1981, pp. 635-51; y DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pp. 28-34.

(24) En este sentido, PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1969,

Los inconvenientes de esta opinión obligan, con todo, a sostener la producción de cosa juzgada por estas sentencias:

1. Esta opinión podría tener algún sentido respecto de las sentencias que estimaron las pretensiones constitutivas, pero no desde luego respecto de las que fueron desestimatorias, pues estas segundas no producen cambio en la situación jurídica. Ahora bien, incluso partiendo de esta diferenciación la opinión debe rechazarse porque la producción o no de la cosa juzgada no puede depender del contenido estimatorio o desestimatorio de la resolución (*res iudicata... non secundum eventum litis*).

2. En cualquier caso no puede admitirse la opinión porque si las sentencias constitutivas no tuvieran valor de cosa juzgada no podría excluirse un proceso posterior sobre el mismo objeto, con lo que la situación creada por la sentencia estimatoria podría ser modificada en el futuro, aun manteniéndose las identidades objetivas, o bien la situación mantenida en la sentencia desestimatoria podría ser modificada, siempre ante las mismas identidades objetivas.

Por fin, no puede olvidarse que el artículo 1252 del Cc, al referirse a las cuestiones relativas al estado civil de las personas, que es precisamente en donde se producen en mayor medida las pretensiones y las sentencias constitutivas, habla de cosa juzgada y aun con referencia a todos los terceros.

b) No es necesaria más que una simple indicación respecto de los laudos. El artículo 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, dispone que "el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada", de modo que contra él no es posible acudir a un proceso ordinario en el que se pretenda su nulidad por las mismas causas relativas a los contratos; contra el laudo firme sólo cabe "recurso" de revisión, lo mismo que contra las sentencias firmes (25).

c) Alguna explicación mayor requiere la afirmación de que el artículo 1816 del Cc, al decir que "la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada", incurre en un grave error, incluso aunque se refiera esa disposición únicamente a las transacciones judiciales, es decir, a las realizadas pendiente un proceso para terminar con él y aprobadas por el juz-

p. 561, y con más detalle "Cosa juzgada y sentencias constitutivas", en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, p. 538. Con todo, en su última obra importante, *Tratado de derecho procesal civil*, I, 2.^a ed., Pamplona, 1985, p. 790, se replanteó la cuestión para acabar distinguiendo: respecto de las partes sí produce cosa juzgada, pero respecto de los terceros "únicamente despliega los efectos constitutivos propios de su naturaleza".

(25) La STC 288/1993, de 4 de octubre, ha reconocido que la "inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1988, lo que es conforme con la naturaleza del arbitraje (STC 62/1991)".

gador. Estas transacciones producen, sí, el efecto de terminar el proceso, y sin sentencia, y el auto que la asume es título ejecutivo, pero en ellas no se produce cosa juzgada, de modo que:

1. El fundamento de la vinculación de las partes a lo transigido es la autonomía de la voluntad de las mismas, no una inexistente decisión judicial imperativa.

2. Puede ser declarada nula, anulada, rescindida o resuelta por las mismas causas que los contratos, y no por la vía del "recurso" de revisión (26).

3. No puede oponerse como excepción por el cauce del artículo 544.II de la LEC, ni puede apreciarse de oficio.

4. Si se alega en un proceso posterior sirve para determinar el contenido de la sentencia sobre el fondo, no para excluir una decisión sobre ese fondo, lo que supone que no tiene la eficacia negativa de la cosa juzgada.

5. Alegada por el actor para determinar el contenido de la sentencia de fondo, es posible que el demandado discuta su validez y eficacia, y que el juez tenga que negar una u otra en la sentencia (27).

No hay duda, pues, de que la cosa juzgada deben producirla todas las sentencias dictadas en los procesos declarativos plenarios que se pronuncien sobre el fondo del asunto. Tema distinto es, dentro de la sentencia, a qué se extiende la cosa juzgada y qué queda excluido de ella, pero estas preguntas plantean cuestiones que no se estudian aquí, atendidos los límites de este trabajo.

2. Resoluciones procesales

Uno de los temas más controvertidos en torno a la cosa juzgada es el de si producen ésta las resoluciones que ponen fin al proceso sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Generalmente, este debate se refiere a si las sentencias de absolución en la instancia producen o no cosa juzgada, pero estimamos que debe generalizarse por cuanto la resolución que pone fin al proceso no es siempre una sentencia, pudiendo ser un auto, como sucede, por ejemplo, en el juicio de menor cuantía, en el que el artículo 694.4.^a se refiere al auto de sobreseimiento.

(26) La STS de 10 de abril de 1985, RA 1690, por referirnos a una de las últimas pronunciadas en la materia, por un lado admite que no puede impugnarse por la vía de la revisión, pero por otro le atribuye, con evidente error, los efectos positivo y negativo de la cosa, al decir que la *exceptio pacti* bien vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso bien impide una nueva decisión sobre el fondo.

(27) Pueden verse PELAEZ, F. J., *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, 1987, pp. 150-70; y TAPIA, "Transacción y cosa juzgada", en *Revista General del Derecho*, 1990, pp. 49-62.

De entrada conviene distinguir entre contenidos de esas resoluciones. En algún caso una resolución puede poner fin al proceso sin que exista pronunciamiento judicial alguno, como sucede en la caducidad en la primera instancia, en la que el juez se limita a constatar que el proceso ha estado paralizado durante el tiempo previsto legalmente, con lo que en el auto (28) correspondiente no existe propiamente decisión, en cuanto nada ha sido juzgado. En este caso, es obvio que no puede hablarse de cosa juzgada.

En otro casos, que son los más numerosos, la terminación del proceso por auto o por sentencia, sin que exista decisión sobre el fondo del asunto, procede porque el juez considera que falta un presupuesto procesal, con lo que se obstaculiza la posibilidad misma de entrar a conocer del fondo del asunto (29). En los últimos tiempos existe una clara tendencia a permitir (y aun a obligar al juez) la subsanación de los defectos procesales, pero siempre será posible, bien porque el defecto es insubsanable bien porque no se subsanó por la parte, que el proceso deba terminar sin entrar en el fondo del asunto. Naturalmente, el caso más importante al que hay que referirse es el de la sentencia de absolución de la instancia por falta de un presupuesto procesal en sentido estricto.

Tradicionalmente, se venía sosteniendo que sólo la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto puede producir cosa juzgada, con lo que se negaba la misma a las sentencias meramente procesales o de absolución en la instancia (30), de modo que la imposibilidad ulterior de controvertir la resolución se explicaba con referencia a la preclusión. La jurisprudencia parecía inclinarse por esta negativa (y así SSTs de 7 de julio de 1943, RA 854, de 8 de marzo de 1951, RA 610, de 5 de junio de 1956, RA 2692, de 17 de febrero y de 10 de abril de 1984, RA 663 y 1955) y aun se ha

(28) El artículo 413 dice providencia, pero esta palabra se está usando aquí como sinónima de resolución; el artículo 416 alude correctamente a auto.

(29) Estamos empleando en el texto la expresión presupuesto procesal en su sentido más amplio y para simplificar. Con mayor precisión técnica debe tenerse en cuenta que: 1) los presupuestos procesales pueden ser estimados de oficio, mientras que los impedimentos han de ser alegados por las partes; 2) los dos son circunstancias que deben concurrir en el conjunto del proceso, para que en éste pueda llegarse a dictar una resolución sobre el fondo; y 3) los requisitos procesales atienden a actos individualmente considerados y pueden llevar, si faltan, a la ineficacia del mismo, si bien cuando la falta de un requisito se refiere a la demanda la consecuencia puede ser la inadmisión de la misma y, con ella, la no iniciación o la terminación del proceso, según el momento en que se advierta su falta. Tema distinto es el de la subsanación; *vid.* MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, II, 1.º, cit., pp. 182-5.

(30) Para la que fue decisiva la opinión de CHIOVENDA, "Cosa giudicata e competenza", en *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)* II, Milano, 1993, pp. 411-23, estamos citando por una reimpresión actual de los *Saggi* pero el trabajo citado se publicó en 1905; en España *vid.* GUASP, *Derecho procesal civil*, I, cit., pp. 557-8.

pretendido que el artículo 1252 del Cc llega a la misma conclusión cuando refiere la cosa juzgada al "caso resuelto".

Sin embargo, la doctrina más reciente se está inclinando por reconocer eficacia de cosa juzgada a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso (31), lo que no impide la existencia de opiniones bien fundadas en contra (32). Hoy suele sostenerse que las sentencias procesales se pronuncian sólo sobre la falta de un presupuesto procesal y, por tanto, a ello deben limitar la producción de cosa juzgada, de modo que si el presupuesto procesal tampoco concurre en el segundo proceso, es decir, si el defecto no ha sido corregido, la cosa juzgada impedirá un segundo pronunciamiento en ese punto. Naturalmente, si el defecto ha sido corregido, porque podía serlo, nada impide la entrada en el fondo del asunto en el segundo proceso, pero porque en él no podrá alegarse la cosa juzgada en cuanto no concurrirán las identidades objetivas.

El problema radica básicamente en la cuestión de si, dictada una resolución meramente procesal que pone fin a un proceso, es conveniente o no que en un segundo proceso, iniciado en idénticas condiciones que el primero, deba dejarse o no al mismo o a distinto juzgador en libertad de apreciar la falta del presupuesto procesal o si debe estar vinculado por la primera decisión. Hay algunos supuestos en los que la conveniencia de impedir un segundo pronunciamiento se impone, como es el caso de la falta de jurisdicción de los tribunales españoles con base en el artículo 22 de la LOPJ, pero en otros la solución no aparece tan evidente.

Veamos un supuesto límite. En el primer proceso el juez estimó la excepción de la falta de reclamación administrativa previa, considerando que: 1) en ese determinado asunto y atendido quién es el demandado la reclamación previa es necesaria; y 2) el actor no había formulado esa reclamación; contra la resolución de primera instancia se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial y, convengamos hipotéticamente que cabía y se interpuso recurso de casación, que también fue desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando la resolución recurrida. Iniciado un segundo proceso, en el que se mantienen todas las circunstancias del primero ¿debe estar o no el mismo o un segundo juez vinculado por la declaración efectuada por el Tribunal

(31) En España, por ejemplo, SERRA en *Comentarios*, cit., pp. 652 y 655-6, y PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, cit., p. 796; para Italia *vid.* C. FERRI, "Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, pp. 419-41.

(32) Especialmente, DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pp. 39-43, que parece distinguir entre: a) jurisdicción y competencia objetiva: sí deben producir cosa juzgada, por lo menos algunas veces y b) todas las demás presupuestos procesales: no producen cosa juzgada, debiendo mantenerse la "libertad enjuiciadora del segundo tribunal a causa del peculiar carácter del enjuiciamiento sobre esos asuntos".

Supremo en el primer proceso? o ¿puede resolver de modo distinto diciendo, por ejemplo, que en ese asunto y atendido el demandado no es necesaria la reclamación administrativa previa?

Si la respuesta es favorable a la vinculación hay que decir inmediatamente que la misma no puede basarse en la preclusión, como pretendían Chiovenda y Guasp, pues una regla de ordenación de los actos procesales no puede alcanzar eficacia en un proceso distinto, sino que ha de serlo por la existencia de cosa juzgada. Y ésta es nuestra respuesta, que atiende a la seguridad jurídica, que es a la postre el fundamento de la cosa juzgada misma. Lo juzgado en estos casos tiene, ciertamente, naturaleza procesal, no material, pero no se nos alcanza por qué las decisiones con irrevocabilidad han de referirse sólo a los casos en que el pronunciamiento atiende a la actuación del derecho objetivo material. Juicio, esto es, tema decidido, existe en los dos casos.

3. Sentencias de los procesos sumarios

Como hemos apuntado al inicio de estas páginas existe en la LEC una serie de artículos en los cuales:

1. Se dice de modo literal que las sentencias dictadas en determinados procesos “no producirán la excepción de cosa juzgada”, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el proceso ordinario sobre la misma cuestión; sucede así en el artículo 1479, para el juicio ejecutivo, y en el artículo 1617, para el juicio de alimentos provisionales.

2. Aun faltando la referencia expresa a la no producción de cosa juzgada, se dice que, después del proceso correspondiente, queda a salvo a las partes su derecho para hacer, en juicio ordinario, las reclamaciones que les convengan; lo que sucede en los artículos 1558 (para el procedimiento de apremio en los negocios de comercio), 1649,II (en el interdicto de adquirir), 1658,III (para los interdictos de retener y recobrar la posesión) y 1675 (en el interdicto de obra nueva) (33).

Normas como las dichas son el mejor indicio de la existencia de juicios sumarios, entendidos éstos en sentido estricto, esto es, como procesos con limitaciones y como par alternativo de los procesos plenarios. Juicio sumario es igual a juicio con limitaciones de las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba y en ocasiones de los medios de prueba y aun del

(33) Norma de esta índole no existe en la regulación del juicio de desahucio común de la LEC, pero su condición de juicio sumario se afirma con reiteración por la jurisprudencia, y así SSTs de 27 de noviembre y de 14 de diciembre de 1992, RA 9595 y 10405, de 29 de julio de 1993, RA 6395, y de 16 de junio de 1994, RA 5234, por poner unos ejemplos.

“término probatorio”, y, por tanto, de la cognición judicial, de modo que después del mismo es posible acudir a un proceso plenario en el que plantear sin limitaciones el conflicto que separa a las partes (34). Se trata, por tanto, de una justicia provisional, pues después de la misma cabe la posibilidad, no la necesidad, de que las partes acudan a un proceso plenario, es decir, a la justicia definitiva (35).

A pesar de lo anterior nuestros tribunales vienen pronunciándose en un sentido limitador de la posibilidad del proceso plenario posterior, y lo vienen haciendo a base de sostener que en ese proceso plenario posterior no cabe cuestionar lo que se debatió o se pudo debatir en el sumario anterior. Se ha llegado así a una jurisprudencia reiterada conforme a la que en los procesos sumarios, en contra del tenor literal de la LEC, sí se produce cosa juzgada, aunque limitada al objeto posible del mismo. En palabras de la STS de 14 de diciembre de 1992, RA 10405: “La jurisprudencia de esta Sala si bien ha admitido que la cosa juzgada se produce incluso en los juicios sumarios, es sólo respecto de las cuestiones limitadas que en ellos pueden ser juzgadas, lo que no impide un juicio ordinario declarativo posterior sobre aquellas cuestiones que no pueden ser resueltas en el juicio sumario.”

Matizando la opinión expresada en ocasión anterior (36), creemos ahora que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es profundamente errónea, sobre todo porque desnaturaliza lo que son los procesos sumarios como manifestación de la justicia provisional, pero también porque aquélla desconoce que las limitaciones de estos procesos no se reducen a lo alegable por las partes sino que comprenden a veces los medios de prueba a proponer y siempre el plazo para practicarlos. Naturalmente, es posible afirmar que un proceso sumario produce cosa juzgada en el sentido de que excluye otro proceso sumario posterior con la necesarias identidades,

(34) Aunque suele hacerse equivaler proceso sumario a proceso urgente o rápido, y en este sentido por ejemplo el artículo 53.2 de la CE, el concepto técnico de proceso sumario es el que decimos en el texto; *vid.* MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, II, 1.º, cit., pp. 529-30; de FAIREN varios trabajos recogidos en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, y *Temas del Ordenamiento Procesal*, II, Madrid, 1969, y “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, 1979, núm. 89, pp. 222 y ss., con toda la bibliografía.

(35) En otros ordenamientos no existen procesos sumarios porque se acude a una técnica distinta, a la de regular sólo procesos penarios en los que pueden acordarse medidas cautelares, que juegan como instrumentos de esa justicia provisional. En el ordenamiento español sí existen los procesos sumarios, pero no faltan casos de procesos penarios con medidas cautelares que juegan como justicia provisional; éste es el caso de los procesos matrimoniales en los que el juez puede acordar las “medidas provisionales” a las que se refiere el artículo 103 del Cc.

(36) Aludimos, sobre todo, a MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, II, 1, cit., pp. 445-6 y 529-30.

pero lo correcto es considerar que no excluye un proceso plenario posterior, en el que podrá debatirse la "misma cuestión".

4. En especial, en el juicio ejecutivo

Este es, sin duda, el supuesto más importante en el que se ha aplicado la doctrina jurisprudencial anterior sobre los procesos sumarios y es, también, el caso en que el error es más manifiesto. Este error se complica porque aquí se está desconociendo la naturaleza del proceso de ejecución del juicio ejecutivo, al que se atribuye la condición bien de proceso declarativo sumario bien de proceso sumario de ejecución, negándose el tenor literal de la LEC (37) y creándose al menos una categoría procesal que no existe.

Con relación al juicio ejecutivo hay que tener claro que en el mismo existen dos aspectos diferentes; por un lado, hay actividad de ejecución, y por otro puede existir un incidente intercalado en el que se realiza actividad declarativa. Partiendo de esta distinción adviértase:

a) En lo que es propiamente actividad ejecutiva o pronunciamiento sobre ella, esto es y por ejemplo, sobre el pronunciamiento de la sentencia que ordena seguir o no adelante la ejecución, no hay ni siquiera posibilidad de plantear el tema de la sumariedad y de la cosa juzgada porque uno y otro son imposibles. Si la sentencia de remate ordena seguir la ejecución adelante, no cabe luego que en un proceso declarativo y plenario se discuta sobre ese concreto aspecto, dado que en un proceso de esta naturaleza no podrá declararse que no siga la ejecución adelante; de la misma manera, si se dictó sentencia de no remate, no cabe que en un proceso posterior se pretenda y se logre que el tribunal diga que el extinguido proceso de ejecución debe seguir adelante.

a) El ámbito de la sumariedad y de la cosa juzgada puede referirse al contenido del incidente declarativo inserto en la ejecución, pero aun con relación al mismo hay que subdistinguir:

1. Aquellas cuestiones procesales que son exclusivas de un juicio concreto, no podrán discutirse en un proceso plenario posterior; por ejemplo, si en la oposición a la ejecución se alega la excepción de incompetencia y la misma es desestimada, dictándose sentencia de remate, es evidente que el tema de la competencia en el ejecutivo no podrá discutirse en un pro-

(37) Vid. MONTERO, "La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo", en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, 2, pp. 269-305, con toda la bibliografía sobre dicha naturaleza, y ahora en "Ensayos de Derecho Procesal", cit.; y "Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas (Comentario a la STC 110/1993, de 25 de marzo)", en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 2, pp. 283-304.

ceso plenario ordinario que se suscite después; en éste podrá discutirse de la competencia para conocer del mismo, pero no de la competencia para un proceso distinto y anterior.

2. Las cuestiones que se refieren a la existencia y contenido del derecho de crédito son las únicas apropiadas para poder discutirse en un proceso declarativo plenario posterior. En éste no cabrá replantearse los temas procesales propios de la ejecución, como si el título es ejecutivo o no, pero sí lo relativo al crédito, es decir, lo atinente a la relación jurídico material (38).

Partiendo de estas premisas debe tenerse en cuenta que la sentencia de remate o de no remate puede contener dos pronunciamientos: uno relativo a la oposición articulada por el ejecutado y otro atinente a seguir o no adelante la ejecución; este segundo es exclusivamente procesal y de ejecución, no pudiendo volverse a discutir de él, pues no puede ser sumario; el primero es declarativo y sumario y es sobre él respecto del que cabe incoar un proceso plenario posterior, siempre atinente sólo a la relación jurídico material. Hay que distinguir así dos posibilidades:

a) Si no hubo oposición: Sea cual fuere la sentencia que se dicte no podrá hablarse de cosa juzgada, porque esa sentencia se limitará a decir si sigue adelante o no la ejecución. Si el juez dictó sentencia de remate, lo hizo simplemente reexaminando la concurrencia de unos presupuestos procesales específicos (los del artículo 1440 y su remisión), pero no cuestionó la existencia de la relación jurídico material. Si la sentencia fue de no remate, ello pudo deberse sólo a la falta de competencia. Si la sentencia fue de nulidad total, hubo de basarse en el reexamen de los presupuestos procesales específicos (siempre los del artículo 1440 y su remisión), con lo que tampoco se atendió a la relación jurídico material (39). El que en este caso se sostenga que la sentencia produce cosa juzgada sobre lo que pudiendo debatirse no se debatió, equivale a sostener que se juzgó sobre

(38) Aunque el Tribunal Supremo no siempre había entendido de manera correcta esta diferenciación, en algún caso (como el de la STS de 23 de marzo de 1990, RA 1724), respecto del que podrían hacerse algunas matizaciones técnicas, la diferencia está plenamente comprendida.

(39) Cuando no hay oposición la sentencia se pronuncia sólo sobre la concurrencia de los presupuestos procesales específicos del juicio ejecutivo y entonces no cabe que se produzca cosa juzgada respecto de un proceso plenario posterior; en éste no podrá discutirse sobre la concurrencia de los presupuestos procesales en otro proceso y anterior, pero no porque exista o no cosa juzgada, sino por la consideración elemental de que en un proceso no se discute de los problemas procesales de otro proceso. Al no existir oposición no ha existido el incidente declarativo intercalado, no ha habido pronunciamiento sobre excepciones ni sobre causas de nulidad, por lo que no cabrá hablar de cosa juzgada si se inicia un proceso plenario posterior; al no haber excepciones ni causas de nulidad, no ha habido decisión sobre las mismas y, sin decisión, esto es, sin juicio, no puede haber cosa juzgada.

aquello de lo que el juez no pudo tomar conocimiento, pues si no hay oposición el juez no puede cuestionarse problema alguno relativo a la existencia y contenido de la relación jurídica material; esos temas sólo pueden tomarse en cuenta si hay oposición.

b) Si hubo oposición: Ha existido un incidente declarativo sumario y los problemas de la cosa juzgada atienden a que se dictó sentencia de remate, con desestimación de causas de oposición, o sentencia de no remate, con estimación de esas causas, siempre que las mismas se refieran a la relación jurídica material. El incidente declarativo sumario, en que se resuelve la oposición, presupone la existencia de limitaciones, y de lo que se trata es de precisar el alcance de las mismas respecto de la excepción de cosa juzgada en el proceso posterior. Esas limitaciones pueden referirse a:

1. Las causas de oposición: Existen dos clases de estas causas:

1") Las que no son admisibles en el juicio ejecutivo: El artículo 1464, párrafo último, dice que cualquier otra excepción, aparte de las que enumera, se reservará para el juicio ordinario, de modo que en éste cabrá discutir de lo que no pudo discutirse en el ejecutivo; sobre estas causas no puede existir cosa juzgada.

2") Las que pueden oponerse en el juicio ejecutivo: Es aquí donde ha incidido la jurisprudencia del Tribunal Supremo manteniendo que en el proceso plenario posterior no puede debatirse de lo que pudo discutirse en el juicio ejecutivo, incluso aunque el ejecutado no llegara a formular la causa de oposición concreta (así, por ejemplo, STS de 23 de marzo de 1990, RA 1724, y de 24 de noviembre de 1993, RA 9132) y es ésta la doctrina que estimamos errónea y contraria a lo que dispone el artículo 1479, en el que, recordemos, literalmente puede leerse: "Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión" (40).

2. El plazo de la prueba: En el juicio ejecutivo no se limitan los medios de prueba, pero sí se reduce el plazo para proponer y para practicar prueba a diez días (artículo 1469), plazo que además no puede prorrogarse ni suspenderse (artículo 1470, que debe ponerse en relación con el artículo 306), por lo que es posible que una causa de oposición, admisible en el ejecutivo, no pueda probarse. La STC 14/1992, de 10 de febrero, ha estimado que quien no gozó de una oportunidad razonable de defender sus legítimos intereses en el seno del juicio ejecutivo, ha de poder desarro-

(40) La STC 43/1981, de 18 de diciembre, aunque con referencia al proceso ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, afirmó rotundamente la no producción de cosa juzgada material, sin aludir a la limitación de materias en el proceso declarativo ordinario posterior.

llar dicha defensa en el marco del posterior juicio ordinario, por imponerle así el artículo 24 de la CE.

El camino seguido por la jurisprudencia no es sólo contrario a nuestra tradición (41), es que lleva a la desnaturalización total del juicio ejecutivo y, más en concreto, del incidente declarativo intercalado en el mismo que deja de ser sumario, es decir, que ya no atiende a una justicia provisional (42). El Tribunal Supremo ha destruido toda una clase de tutela judicial, la llamada sumaria, y es por eso por lo que en la práctica es muy difícil encontrar un proceso declarativo ordinario posterior a un proceso sumario; la destrucción de la tutela sumaria no se ha hecho sin consecuencias.

5. Resoluciones sobre medidas cautelares

Tampoco podemos hablar aquí de sentencias porque las medidas cautelares no suelen adoptarse por medio de esta resolución, sino normalmente por medio de auto. El que una medida cautelar se adopte en auto (por ejemplo, artículos 1404 y 1428) o se levante o confirme en sentencia (por ejemplo, artículo 1416 y su remisión al 758), no puede ser determinante de que se produzca o no cosa juzgada. Hay que estar a la naturaleza de la resolución, a su contenido, para precisar sus efectos.

El problema se presenta porque las resoluciones de contenido cautelar, por su propia esencia, son variables (43), en tanto deben adecuarse a las modificaciones que se produzcan en sus presupuestos, lo que ha conducido en ocasiones a negar que produzcan cosa juzgada. Sin embargo, es preciso distinguir dos supuestos para delimitar bien el problema:

a) Una cosa es que acordada o denegada por resolución firme una medida cautelar se produzca un cambio en las circunstancias objetivas determinantes de la anterior resolución, supuesto en el que si existe una

(41) Conviene recordar que históricamente el juicio ejecutivo nunca produjo cosa juzgada y en ese sentido MANRESA, el autor principal de la LEC, sostenía que en el proceso ordinario posterior podían suscitarse todas las causas de oposición, se hubieran alegado o no en el ejecutivo, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, V, Madrid, 1891, pp. 563-9

(42) *Vid.* SEIJAS IGLESIAS, *El juicio ejecutivo y el juicio declarativo posterior*, Madrid, 1977.

(43) Para el proceso cautelar en general, pueden verse ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, II, 2.º, Barcelona, 1994 (con Montero, Gómez Colomer y Montón), pp. 255 y ss.; SERRA, "Teoría general de las medidas cautelares", en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos), Barcelona, 1974; y los volúmenes colectivos *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, *Les mesures provisoires en procédure civile* (dirigido por Tarzia), Milano, 1985, y *La tutela cautelare* (dirigido también por Tarzia), Padova, 1990.

nueva petición de que se acuerden o de que se levanten o de que se modifiquen las medidas, no podrá la parte contraria oponer la excepción de cosa juzgada, ni podrá el juez tenerla en cuenta de oficio, pero con base en que la causa de pedir es distinta y, por tanto, que no concurren todas las identidades precisas.

A este supuesto se refiere alguna norma de nuestro derecho positivo, y así el artículo 1893 de la LEC dice que "las anteriores medidas podrán ser modificadas a petición de parte, basada en hechos posteriores". Adviértase que el artículo 90 del Cc, cuando dispone que "las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicial o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias", ya no se refiere a las medidas cautelares o provisionales, sino a las definitivas, aunque no está de más recordar su contenido.

En síntesis, cuando cambia el supuesto de hecho que sirvió de base para dictar una resolución cautelar firme, nada impide que la parte pida la adopción de la medida cautelar antes denegada, el alzamiento de la antes concedida y la modificación de la ya existente (44). Cambiado el supuesto de hecho, no ocurre nada diferente de lo normal respecto de los límites de la cosa juzgada.

b) Supuesto distinto es el de que, existiendo una resolución firme que acuerda o deniega una medida cautelar, y sin que se produzca cambio alguno en las circunstancias, la parte pida bien que se acuerde, bien que se modifique o bien que se levante la medida. Manteniéndose la causa de pedir, la resolución firme anterior ha de desplegar los efectos de la cosa juzgada, y en concreto aquí el negativo, con lo que queda excluida una segunda resolución sobre el mismo asunto (45).

La cosa juzgada a la que aquí nos referimos es la material, y no simplemente la formal, a la que hemos denominado antes firmeza. No se trata de que en el mismo proceso la resolución firme sea inimpugnable para las

(44) Debe tenerse en cuenta que la situación que hemos descrito en el texto es diferente de otros supuestos, como el de que la medida cautelar se extingue por terminación del proceso principal al que sirve, o como el de que se sustituya la medida acordada por fianza, pues en estos dos casos no existe nuevo enjuiciamiento, que sí existe en el del texto; *vid.* ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, II, 2.º, cit., p. 278.

(45) El artículo 127.6.ª de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, dice que "el solicitante podrá reiterar la petición de medidas cautelares siempre que aparezcan hechos nuevos relativos a la infracción u obtuviere pruebas de las que hubiese carecido anteriormente". Esta norma puede significar que se está privando de la eficacia de cosa juzgada a la resolución firme anterior que denegó la medida, pues con su referencia a la aparición de nuevas pruebas está admitiendo que, manteniéndose las circunstancias de hecho, es decir, la causa de pedir, puede reiterarse la petición y el juez ha de realizar un segundo enjuiciamiento.

partes, sino de que la cosa juzgada formada en un proceso cautelar impide un nuevo pronunciamiento en otro proceso cautelar, aunque los dos estén al servicio del mismo proceso principal. Adquiere así mayor virtualidad el que se sostenga que las medidas cautelares se acuerdan en un proceso propio, aunque éste sea instrumental de otro proceso, al que se denomina principal y en el que está debatiéndose la relación jurídica material.

La resolución firme que se pronuncia sobre medidas cautelares sí produce cosa juzgada, y ésta podrá ser tenida en cuenta de oficio por el juez u opuesta por la otra parte, siempre que concurren las identidades normales que marcan los límites de la cosa juzgada. Incluso para su tratamiento procesal deberá estarse a las normas generales a que después aludimos (46). Esta conclusión tiene especial importancia práctica respecto de las medidas cautelares o provisionales del artículo 103 del Cc, las que pueden acordarse pendientes procesos de nulidad, separación o divorcio, pues con relación a ellas son más frecuentes las peticiones de modificación; peticiones sobre las que no ha lugar a efectuar pronunciamiento si no se alegan concretas modificaciones de la situación de hecho existente en el momento en el que se dictó la resolución firme.

IX. TRATAMIENTO PROCESAL

Cuando se cuestiona lo que suele denominarse tratamiento procesal se está en realidad hablando de cómo se suscita y se resuelve en el proceso el tema correspondiente; en nuestro caso de ¿cómo se puede debatir en un proceso de la existencia o no de cosa juzgada formado en otro anterior? La respuesta exige precisar la concepción propia de cada ordenamiento jurídico respecto del reparto de facultades entre el juez y las partes (47) y atender, al mismo tiempo, a las dos funciones de la cosa juzgada.

1. De la función negativa

Si para determinar el tratamiento procesal de esta función de la cosa juzgada hemos de atender a la concepción de la LEC sobre el reparto de

(46) Para dos casos específicos, ORTELLS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pp. 230-47, y CALDERON, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pp. 258-74.

(47) En general, *vid.* MONTERO, "Poderes del juez y poderes de las partes", en *Un Codice tipo di procedura civile per L'America Latina*, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1988, pp. 149-97, y ahora en *Ensayos de Derecho Procesal*, *cit.*

facultades entre el juez y las partes, nuestro problema inicial es hoy la falta de claridad en torno a esa concepción, por cuanto en nuestro ordenamiento procesal no existe ya una única concepción, sino una mezcla derivada de que se han ido introduciendo reformas legales que han desorganizado el conjunto. Tendremos, por tanto, que ir dando pasos en la exposición.

a) El sistema originario de la LEC

En la LEC se partía claramente de un sistema propio, con el que se podía o no estar conforme desde la vertiente científica, pero en el que estaba claro que:

1. La cosa juzgada se concebía como una excepción que tenía que ser opuesta por el demandado para que pudiera ser tomada en consideración por el juez; éste no podía apreciarla de oficio, de modo que la cosa juzgada no era un verdadero presupuesto procesal, sino un impedimento. Así, se deducía, sin duda alguna, de los artículos 544,II, y 1692,5.º; del primero al referirse a la excepción perentoria de cosa juzgada y del segundo al prever como motivo de casación por infracción de ley el ser la sentencia recurrida contraria a la cosa juzgada, siempre que se hubiere alegado esta excepción en el juicio.

2. Salvo en el supuesto del juicio de mayor cuantía la excepción no tenía tratamiento procedimental específico, de modo que: 1) en todos los procesos debía oponerse por el demandado en la contestación de la demanda, de ella se discutía junto con las demás excepciones a lo largo del proceso y se decidía en la sentencia, que era de absolución en la instancia si se estimaba la excepción; y 2) en el juicio de mayor cuantía el artículo 544,II le daba tratamiento especial, pues si en la contestación de la demanda se alegaba como excepción única, y lo pedía el demandado, se sustanciaba y decidía por el procedimiento incidental.

b) La evolución jurisprudencial

Así, estaban las cosas cuando el Tribunal Supremo, que tradicionalmente había venido sosteniendo que la cosa juzgada debía ser opuesta por el demandado para que el juzgador la tuviera en cuenta, empezó a variar de criterio. Aunque se ha pretendido encontrar antecedentes anteriores (en la STS de 27 de octubre de 1944, RA 1178, que como veremos después se refiere al efecto positivo), el cambio empezó a gestarse a finales de los años setenta y durante más de una década asistimos al pronunciamiento

de sentencias con doctrinas claramente contradictorias de las que pueden ponerse ejemplos muy variados (48).

El paso siguiente fue considerar, más o menos confusamente, que si la eficacia negativa de la cosa juzgada necesitaba para su apreciación de la excepción del demandado, la función positiva podía ser tenida en cuenta de oficio. Decimos más o menos confusamente porque uno de los elementos que caracterizan a nuestro Tribunal Supremo, en ésta como en tantas otras materias, es que no forma un cuerpo de doctrina sino que se mueve a impulsos de los diversos ponentes y de las varias composiciones de las Secciones funcionales, con lo que respecto de él es imposible decir que unifica la jurisprudencia (49).

Pareciera, con todo, como si en los últimos años la estimación de oficio de la cosa juzgada en su función negativa estuviera ya consolidada, pues son comunes afirmaciones como ésta: "... en contra de lo afirmado por el juez y no rectificado de modo claro por la Audiencia, la excepción de cosa juzgada sí es acogible de oficio... porque la función jurisdiccional ya se ha desenvuelto plenamente, lo que es significativo de haberse agotado el derecho de acción, extinguiéndolo, de manera que no se debe hacer valer de nuevo y precisamente por no afectar exclusivamente al interés privado es por lo que la excepción debe apreciarse de oficio..." (STS de 2 de junio de 1994, RA 4571) (50). La estimación de oficio se suele basar, además, en el principio de seguridad jurídica (desde la STS de 10 de noviembre de 1978, RA 3507), en que las partes no pueden renunciar a la cosa juzgada por ser de orden público (desde la STS de 27 de mayo de 1980, RA 2722) o en que la cosa juzgada pertenece a la "esfera del derecho público" (STS de 6 de diciembre de 1982, RA 7462). Insistimos en el pareciera porque prácti-

(48) La STS de 3 de julio de 1981, RA 3044, decía que por tratarse de una excepción, y atendido el principio dispositivo, la cosa juzgada no podía tomarse en consideración si no había sido expresamente opuesta por el demandado, mientras que la STS de 6 de diciembre de 1982, RA 7462, sostuvo que siendo notoria la existencia de la cosa juzgada material y atendido que ésta afecta al fin del proceso, a la seguridad jurídica, al prestigio de los tribunales y que pertenece a la esfera del derecho público, la consecuencia es que debe ser apreciada de oficio, sin que sea necesaria su alegación por vía de excepción.

(49) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pp. 110-6, ha evidenciado, con el examen pormenorizado de la STS de 5 de octubre de 1984, RA 4757, la confusión y la contradicción en que se mueve la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(50) Aparte de que la cosa juzgada deba estimarse o no de oficio, los errores y las imprecisiones técnicos de la sentencia transcrita en parte no pueden dejar de llamar la atención, y lo mismo ocurre con las que se citan después en el texto. Sobre todo, cómo puede olvidarse que existe *contradictio in terminis* cuando se dice que una excepción puede apreciarse de oficio, o qué concepto de acción se está manejando cuando se dice que su ejercicio la extingue.

camente todas las afirmaciones las realiza el Tribunal Supremo *obiter dicta* (51).

c) La inexistencia de un sistema único

Descrito en sus líneas esenciales el *mare mágnum* en el que se mueve la jurisprudencia, es necesario cuestionarse ahora qué se desprende de nuestro derecho positivo en la actualidad, atendida sobre todo la reforma operada en la LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que dio nueva redacción a toda la regulación del juicio de menor cuantía y que suprimió la referencia directa a la cosa juzgada entre los motivos del recurso de casación.

El punto de partida tiene que consistir en admitir que la cosa juzgada en su función negativa es un tema procesal, de modo que la declaración de su existencia debe conducir a que el proceso finalice con una resolución meramente procesal o de absolución en la instancia. La cosa juzgada, insistimos la negativa, una vez estimada no determina el contenido de fondo de la sentencia, sino que impide un pronunciamiento sobre el tema de fondo; es decir, la estimación de la excepción no lleva a resolver de una manera determinada, sino que conduce a no resolver. Una vez más: la cosa juzgada es un tema procesal, no un tema de fondo.

1. *Procesos en los que la cosa juzgada opera sólo como excepción.*

En el sistema originario de la LEC la cosa juzgada negativa tiene naturaleza de excepción procesal; no es un presupuesto procesal en sentido estricto, sino un impedimento procesal, en cuanto ha de ser alegado por el demandado para que pueda ser tomada en consideración por el juzgador. Toda la LEC se basa en una concepción del reparto de facultades entre el juez y las partes en la que se prima a éstas. Esto es algo tan indudable que ni siquiera es preciso fundamentar ahora esta afirmación (52), pero sí hay

(51) Las excepciones son tan poco numerosas que cuando se encuentra alguna hay que reseñarla. La estimación de oficio de la cosa juzgada negativa no fue simplemente una afirmación *obiter dictum* en la STS de 27 de diciembre de 1993; en el proceso se había alegado la excepción de litispendencia, pero a lo largo del segundo proceso en el primero se dictó sentencia firme, y lo que el Tribunal Supremo hizo fue cambiar la naturaleza de la "excepción", sosteniendo que si antes debió estimarse la existencia de litispendencia luego tenía que estimar la existencia de cosa juzgada, dado que entre las mismas había una diferencia casi exclusivamente temporal.

(52) Puede verse, sin embargo, MONTERO, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982, pp. 80 y ss. No me resisto a una cita de MANRESA, que fue el autor principal de la LEC: "La mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial", por cuanto ese arbitrio "es incompatible con las instituciones liberales", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, I, Madrid, 1881, p. 10.

que decir que, entre otras consecuencias, produce la de que la cosa juzgada negativa no pueda ser apreciada de oficio.

El sistema de la LEC puede ser incorrecto desde una visión científica procesal que considere que deben ser mayores las facultades del juez a la hora de controlar los óbices procesales, los cuales deberían operar como verdaderos presupuestos. Esta es nuestra opinión, como es la de tantos otros, pero no cabe olvidarse de que las opiniones científicas no pueden servir de pretexto para desconocer lo que la ley ordena (53). En la LEC la regulación de los juicios de mayor cuantía y verbal presupone que la cosa juzgada es siempre una excepción en sentido estricto, en cuanto sólo puede operar si es alegada oportunamente por el demandado (54). Y lo mismo ocurre en el juicio de cognición, pues si bien el Decreto de 21 de noviembre de 1952 aumentó las facultades del juez, en ese aumento no se comprendió la apreciación de oficio de la cosa juzgada. Las soluciones legales son aquí evidentes.

Establecido lo anterior hay que subdistinguir entre dos clases de tratamiento procesal, uno general y otro especial (55). El general es el propio de los procesos de cognición y verbal, en los que la excepción se opondrá en la contestación de la demanda y se resolverá en la sentencia, que será de absolución en la instancia si la estima. El especial es el previsto para el juicio de mayor cuantía en el artículo 544,II, conforme al cual se produce, si el demandado lo pide y si alega como única la excepción de cosa juzgada, un cambio en el procedimiento, que se seguirá por los trámites de los incidentes (56).

(53) Es obvio que una ley promulgada hace más de un siglo, como ocurre con la LEC, ha de ir adecuándose por la jurisprudencia a las aportaciones de la ciencia jurídica, y también lo es que ha de hacérsela servir para solucionar los problemas nuevos que el legislador no previó en su día. Cosa distinta es pretender que la solución a la que llega la ley para un problema viejo que no pierde actualidad, puede ser cambiada por la jurisprudencia con el argumento de que la ley debe ser adecuada a las "nuevas necesidades"; esto es lo que negamos como función de la jurisprudencia.

(54) La alegación de la cosa juzgada por la parte no significa exigir que la misma tenga que realizar fórmulas sacramentales, como usar expresamente la palabra "excepción"; lo que importa es que sea la parte la que ponga de manifiesto que existe una sentencia firme anterior que se ha pronunciado sobre el mismo objeto del segundo proceso o que es prejudicial con relación a ese segundo proceso. En síntesis, lo que importa no es el formalismo de la excepción, sino el que la afirmación del hecho de la existencia de la sentencia anterior es facultad exclusiva de la parte.

(55) A pesar del tiempo transcurrido desde su publicación sigue siendo imprescindible, CARRERAS, "Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho positivo español", en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, pp. 513-67, y después en *Estudios de Derecho Procesal* (con Fenech), Barcelona, 1962, pp. 265-311.

(56) Si al final del procedimiento incidental se estima la excepción la sentencia será de absolución en la instancia, pero si la excepción es desestimada en la misma sentencia deberá resolverse sobre el fondo del asunto. Como sostuvo CARRERAS, *Trata-*

2. *Juicio de menor cuantía.*

La Ley 34/1984, de 6 de agosto, al dar nueva redacción a todos los artículos de la LEC reguladores del juicio de menor cuantía, no se limitó a modificar el procedimiento sino que produjo una variación que afectó incluso al sistema procesal. Resultado de ello es que el nuevo juicio de menor cuantía es como un elemento extraño introducido en el cuerpo de la LEC que quiere alterar incluso la concepción completa de la misma. En lo que ahora nos importa el punto clave está en la interpretación de unas frases del artículo 693.3.^a

Entre las finalidades de la innomimada comparecencia, que se introduce como principal novedad en este juicio, se cuenta la de "salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o *se aprecie de oficio por el juez*", añadiéndose en la regla 4.^a, I, del mismo artículo 693 que si la falta es insubsanable "se dará por terminado el acto y en el mismo día o al siguiente se dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo del mismo". El problema radica en el sentido que deba darse a la frase que hemos destacado en cursiva, en cuanto la misma podría entenderse que viene a decir que el juez apreciará de oficio lo que ya podía antes conforme al sistema general de la LEC, o bien cabe concluir que la misma supone un aumento de las facultades-deberes del juez, el cual debe controlar de oficio todos los presupuestos y requisitos procesales.

Si se llega a la conclusión de que en la nueva regulación del juicio de menor cuantía el juez puede-debe controlar de oficio los presupuestos procesales, habrá que ser coherente y admitir que ese control ha de referirse también a la cosa juzgada en su función negativa, pues la misma ha de operar en el segundo proceso como un tema procesal, no como un tema de fondo. Si el juez tiene el control de los presupuestos procesales, ese control se tiene que extender a todos ellos, incluida la cosa juzgada dada la naturaleza procesal de ésta.

El paso siguiente consiste en tener en cuenta que los temas procesales no deben quedar incluidos en el principio dispositivo, entendido éste en su verdadero sentido. Este principio supone, principalmente, que es el actor el que inicia el proceso y el que fija su objeto, esto es, atiende al fondo del asunto, pero el principio, reducido a sus justos límites, no afecta a la conformación del proceso mismo. Con o sin cosa juzgada las partes pueden disponer del contenido de su relación jurídica material, pero con o sin principio

miento procesal, cit., pp. 301 y ss. y 309 y ss. de los *Estudios*, cit., el artículo 544, II supone un cambio de procedimiento al final del cual no se resuelve sólo sobre la excepción, sino que si ésta es desestimada debe resolverse sobre el fondo del asunto; no se trata, pues, de un verdadero incidente intercalado en el procedimiento del juicio de mayor cuantía, sino de un cambio procedimental completo.

dispositivo las partes no pueden conformar el desarrollo de la relación jurídica procesal. El juez no puede pronunciarse sino sobre lo pedido por el actor y atendidas las excepciones materiales opuestas por el demandado, pero las partes no pueden determinar cuándo procede una resolución de absolución en la instancia porque no concurre un presupuesto procesal.

En síntesis, en el juicio de menor cuantía la cosa juzgada en su función negativa, atendido que es un presupuesto procesal, puede ser controlada de oficio por el juez, y el momento oportuno para ello es el de la comparecencia, según el artículo 693.3.^a; si en ese momento no puede efectuarse el control, en la sentencia existe una segunda oportunidad, según el artículo 702; en los dos casos, estimada la cosa juzgada, deberá dictarse una resolución meramente procesal, esto es, auto de sobreseimiento en el primero y sentencia de absolución de la instancia en el segundo (57).

2. De la función positiva

Si hay alguna cosa clara en el tratamiento procesal de la función positiva de la cosa juzgada es que la misma no puede operar en el segundo proceso por vía de excepción. Tal conclusión se evidencia con sólo tener en cuenta que:

1. Puede ser alegada tanto por el actor como por el demandado, pues a cualquiera de los dos puede interesarle que el juez del segundo proceso quede vinculado por lo juzgado en el primero.

2. Sirve, no para excluir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el segundo proceso, sino para determinar el contenido de ese pronunciamiento sobre el fondo (58).

(57) Tema distinto es el de cómo puede tener conocimiento el juez de la existencia de una sentencia firme anterior que ya juzgó sobre el asunto que nuevamente se plantea ante él. Excluida la ciencia privada del juez, por razones obvias, sólo caben dos caminos: 1) porque sean las propias partes las que en sus alegaciones hagan referencia a la sentencia firme anterior, aunque el demandado no plantee en forma la excepción (un caso puede verse en la STS de 10 de noviembre de 1978, RA 3507) y 2) porque dicha sentencia firme sea notoria en su existencia, con lo que entramos en el tema de la notoriedad, que nada impide que sea incluso de la llamada judicial o en el tribunal. Es decir, la apreciación de oficio queda condicionada, primero, a otros principios y reglas procesales y, luego, a la realidad, entendida ésta como posibilidad efectiva de que el juzgador tome conocimiento de un hecho no alegado por las partes. Lo que el control de oficio no podrá significar, en modo alguno, es que el juzgador queda facultado para aportar hechos al proceso.

(58) El que sea evidente que no se trata de una excepción, ni en sentido estricto ni en términos generales, no ha impedido que la STS de 20 de mayo de 1992, RA 4918, por poner un ejemplo, con referencia expresa al "efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada" hable de la "estimación de la excepción de cosa juzgada".

Si la función positiva de la cosa juzgada sirve para determinar el sentido de la sentencia sobre el fondo del asunto, presupone ello que la existencia y contenido de aquélla serán alegados por el actor como hecho constitutivo de su pretensión y por el demandado como defensa material, no procesal; en el primer caso, para obtener una sentencia condenatoria, y en el segundo para que la misma sea absolutoria. A pesar de que la función positiva de la cosa juzgada operará en el segundo proceso como causa de pedir, es decir, como parte del supuesto fáctico de la consecuencia jurídica pedida, la jurisprudencia, con mayor rotundidad y desde antes en el tiempo, ha venido sosteniendo que esta cosa juzgada puede ser apreciada de oficio.

Dicho lo anterior pudiera parecer que estamos ante la contradicción entre el principio de aportación de parte y la apreciación de oficio de la cosa juzgada en su función positiva. Si la aportación de parte supone que son estas las que deben aportar los hechos al proceso, no teniendo el juzgador esa facultad, podría pensarse que, dado que la cosa juzgada opera aquí como un hecho, el juez no podría tenerla en cuenta de oficio, a riesgo de convertirlo en aportador de hechos. A pesar de la apariencia este razonamiento descansa en una base falsa, porque el tener en cuenta de oficio no es lo mismo que aportar hechos al proceso.

En la mayoría de los casos en que el Tribunal Supremo ha sostenido la apreciación de oficio de la cosa juzgada positiva lo ha hecho con claros *obiter dicta*, que en nada servían para resolver el caso concreto sometido a su consideración. De las sentencias que suelen citarse como sostenedoras de que el Tribunal Supremo ha admitido la apreciación de oficio de la cosa juzgada positiva (59), nos atrevemos a decir que sólo en una de ellas, en la STS de 27 de octubre de 1944, RA 1178, se hace aplicación de esta doctrina a un caso concreto que se resuelve con base en ella; en todas las demás la declaración general es mero *obiter dictum*.

A pesar del escaso fundamento jurisprudencial real de la tesis de la apreciación de oficio, ésta es correcta y no se opone al principio de aportación de parte si se distingue entre: 1. Afirmación por la parte de la existencia de una sentencia firme anterior como elemento del supuesto fáctico base de la consecuencia jurídica que pide, y 2. Alegación expresa por la parte de la fuerza vinculante de la cosa juzgada producida en esa senten-

(59) De esas sentencias son fundamentalmente las siguientes: de 27 de octubre de 1944, RA 1178; de 12 de junio de 1957, RA 2520; de 3 de febrero de 1961, RA 313; de 6 de octubre de 1965, RA 4986; de 1 de julio de 1966, RA 3663; de 17 de diciembre de 1971, RA 4760; de 10 de octubre de 1978, RA 3507; de 11 de noviembre de 1981, RA 4505; de 6 de diciembre de 1982, RA 7462; de 5 de octubre de 1984, RA 4757; de 9 de mayo de 1988, RA 4047; y de 5 de julio de 1989, RA 5398; a ellas se recurre una y otra vez por el Tribunal Supremo para decir que la apreciación de oficio de la cosa juzgada en su función positiva es jurisprudencia consolidada.

cia. Si la parte ha hecho la afirmación primera, no es necesario que realice la alegación segunda, de modo que la pretendida apreciación de oficio de la función positiva de la cosa juzgada se reduce a que el juzgador puede dar una determinada calificación jurídica al hecho afirmado por la parte, sin necesitarse de que esa calificación haya sido propuesta por la parte en alguno de sus escritos de alegación.

Desde esta perspectiva se entiende el recurso a la "notoriedad" que hace la jurisprudencia. La TSJ de Cataluña de 2 de julio de 1990 (RA 2578 de 1992), recogiendo anteriores del Tribunal Supremo, dice que el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada no precisa ser alegado por las partes sino que puede ser apreciado de oficio cuando es notoria su existencia, pero si acudimos al caso concreto resuelto en la sentencia nos encontramos con que en ella se dice que fue el propio actor el que hizo mención en su demanda de la existencia de la sentencia firme anterior, con lo que la "notoriedad" radica en que la parte había afirmado el hecho aunque no alegara expresamente el efecto positivo de la cosa juzgada.

3. Contradicción entre cosas juzgadas

A pesar de que normalmente corresponderá al interés de una de las partes la afirmación del hecho de una sentencia firme anterior y la alegación de la fuerza vinculante de la cosa juzgada, y aun a pesar de las apreciaciones de oficio, más o menos efectivas, de la cosa juzgada por el juez, no es imposible que lleguen a existir entre las mismas partes dos sentencias firmes con eficacia de cosa juzgada y que entre estas últimas exista completa contradicción. Tan no es imposible que se ha producido por lo menos una vez, que nosotros sepamos, en el caso resuelto por la STS de 6 de diciembre de 1982, RA 7462 (60).

(60) En el caso en cuestión existieron tres procesos: 1) Una tercería de dominio, que en realidad acumuló una verdadera pretensión reivindicatoria (vid. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980; y MONTERO, "Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral", en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996, pp. 555-7), en la que siendo demandante Anselmo V. y demandado el ejecutado Francisco P., se dictó sentencia el 16 de enero de 1965 que, por causas ajenas al actor, adquirió firmeza el 23 de enero de 1969, y en la que se declaró la propiedad del actor sobre una casa determinada; 2) un juicio de menor cuantía en el que Dolores C. T., heredera única de Anselmo V., demandó a los herederos de Francisco P. ejercitando pretensión reivindicatoria sobre la misma casa, pretensión que fue desestimada en la sentencia de primera instancia de 6 de marzo de 1969, la que, a su vez, fue confirmada por la sentencia de la Audiencia de 20 de abril de 1970; y 3) otro juicio de menor cuantía en el que Dolores C. T. volvió a demandar a los mismos herederos de Francisco P., también ejercitando pretensión reivindicatoria y siempre sobre la misma casa, que fue desestimada en la sentencia de primera instancia de 21 de septiembre de

Ante la existencia de dos sentencias firmes, con plenos efectos de cosa juzgada las dos, pero contradictorias entre sí, el remedio no puede ser acudir al “recurso” de revisión porque el artículo 1796 de la LEC no prevé este supuesto como motivo del mismo —a diferencia de lo que ocurre en el artículo 954.1.º de la LECRIM para la revisión penal—, por lo que sólo cabe acudir a un tercer proceso ordinario en el que el juzgador tendrá que optar entre:

1. Hacer prevalecer la sentencia firme, y su cosa juzgada, dictada en segundo lugar en el tiempo, que es la solución a la que llegó la Audiencia en el caso antes dicho. El argumento a utilizar sería aquí que si el actor, a pesar de la cosa juzgada, inició un segundo proceso es porque renunció a la cosa juzgada, si le era favorable, y si el demandado no opuso la excepción de cosa juzgada es porque renunció a ella, en el caso de que le fuera favorable.

2. Dar prevalencia a la sentencia firme dictada primero en el tiempo, que es a la solución a la que llega la STS de 1982 citada, estimando el recurso y revocando la recurrida, con argumentación no muy clara pero que alude a que en el segundo proceso la cosa juzgada debió apreciarse de oficio al ser notoria su existencia.

Con el fallo del Tribunal Supremo estamos conformes, pero no con la fundamentación, pues la razón determinante de dar preferencia a la primera sentencia debió atender a que si en ella se produjo cosa juzgada la irrevocabilidad que supone la misma se desconocería si se diera preferencia a la segunda. Si la cosa juzgada se resuelve en la vinculación en otro proceso a lo decidido en uno primero, el no reconocer prevalencia a la primera sentencia significaría negar la existencia misma de la cosa juzgada (61).

X. TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA

Lo que sea la cosa juzgada y sus efectos desde la perspectiva constitucional se ha visto oscurecida porque el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre la misma al hilo de los recursos de amparo, en los que se citaba como vulnerado el artículo 24.1 de la CE. Esto, y la falta de un concepto claro de jurisdicción, ha supuesto mezclar cuestiones muy diferentes, como se pone de manifiesto por ejemplo en la STC 135/1994, de 9 de mayo, que citábamos al inicio de estas páginas y que es necesario recordar aquí, en cuanto que dice que “una de las proyecciones del derecho a la

1978, por considerar el juez que existía cosa juzgada material, sentencia que fue confirmada por la de la Audiencia de 3 de julio de 1980; contra esta última sentencia se interpuso el recurso de casación que se resuelve en la sentencia del Tribunal Supremo que citamos en el texto.

(61) En este sentido, SERRA en *Comentarios*, cit., p. 704.

tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas”.

Se están así mezclando conceptos tan diferentes que para dar alguna claridad es necesario tener en cuenta, por lo menos:

a) La firmeza cuando se refiere a las resoluciones de ordenación del proceso, atiende a una determinada manera de conformar al mismo para la que el legislador ordinario no tiene límite constitucional alguno. Esta firmeza no se basa en la seguridad y paz jurídicas y su desconocimiento en el caso concreto no implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que su ámbito quedaría reducido a la legalidad ordinaria.

b) La firmeza cuando se refiere a la sentencia final del proceso puede encuadrarse dentro del derecho de las partes a la tutela judicial efectiva, por cuanto el proceso tiene que tener un final, de modo que no se prolongue indefinidamente el momento en el que se obtenga esa tutela.

c) La invariabilidad de las resoluciones judiciales para el órgano jurisdiccional desde el momento de la firma, no tiene relación ni con la firmeza ni con la cosa juzgada. Todas las resoluciones son invariables para el órgano jurisdiccional desde su firma (y no sólo las sentencias como parece desprenderse del artículo 363,I de la LEC, y no exclusivamente las sentencias y los autos definitivos, a los que alude el artículo 267.1 de la LOPJ), pero el fundamento se encuentra en que el acto que es la resolución queda “perfecto” desde la firma, no pudiendo ya variarse de oficio.

El Tribunal Constitucional ha estimado que la alteración de los términos de una resolución por la vía de la aclaración de sentencias del artículo 267 de la LOPJ supondría “acabar con la noción misma de firmeza” (así SSTC 16/1991, de 28 de enero, 380/1993, de 20 de diciembre y 57/1995, de 6 de marzo, por ejemplo), con lo que está confundiendo firmeza, que es un efecto que se refiere a las partes, con invariabilidad, que es algo atinente al órgano jurisdiccional. Y más grave fue el caso de la STC 19/1995, de 24 de enero, que refirió la invariabilidad a la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, aparte de hablar de resoluciones “definitivas y firmes”.

d) La ejecutoriedad de las sentencias no es un efecto propio ni de la firmeza (62) ni de la cosa juzgada (63), y ello a pesar de que las SSTC

(62) Debe recordarse que existen sentencias no firmes que son ejecutables (todas respecto de las que es posible la ejecución provisional) y sentencias firmes que son ejecutables sólo limitadamente (las dictadas en rebeldía), aparte de que las sentencias no de condena producen firmeza y en ellas no cabe ejecución

(63) La existencia de una sentencia con cosa juzgada no presupone sin más la ejecución, dada la existencia de sentencias que no son al mismo tiempo título ejecutivo,

89/1990, de 26 de noviembre, y 34/1993, de 8 de febrero, llegaran a decir que cuando en la ejecución se desconoce lo decidido en la sentencia se está vulnerando la cosa juzgada.

e) Por fin, la cosa juzgada encuentra su fundamento en la seguridad y paz jurídicas y su base constitucional en el artículo 117.3. La cosa juzgada hace a la esencia misma de la jurisdicción, de modo que ésta no se ejercita si no se produce aquélla. Aunque la irrevocabilidad de las decisiones judiciales no sea la única nota caracterizadora de la jurisdicción (64), sí es nota esencial junto con otras, de modo que sin ella la misma jurisdicción carecería de sentido (65).

La STC 19/1995, de 24 de enero, es por lo mismo especialmente incorrecta en cuanto sostiene que la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial, pues conceptualmente la realidad es exactamente la contraria. La cosa juzgada es consecuencia esencial de la jurisdicción y la protección constitucional de aquélla se basa en la noción que de ésta tiene el artículo 117.3, sin perjuicio de que por la vía del recurso de amparo deban ponerse en relación los artículos 24.1 y 117.3.

El derecho a la tutela judicial efectiva con referencia a la cosa juzgada, adquiere sentido sólo porque ésta es propia de la jurisdicción. Una cosa es que el Tribunal Constitucional se haya visto forzado a estudiar la cosa juzgada con relación al artículo 24.1, como consecuencia de que el derecho reconocido en éste tenga acceso al recurso de amparo, y otra que la cosa juzgada adquiera virtualidad desde el derecho a la tutela judicial. La confusión es aquí inadmisibles.

El fundamento de la cosa juzgada no es el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva, pues éste por sí mismo no impediría la posibilidad de que en un segundo proceso se volviera a debatir lo ya resuelto en el primero, ni que en el segundo se resolviera la misma cuestión. El fundamento de la cosa juzgada se corresponde con la idea de que los órganos jurisdiccionales son los únicos dentro del Estado que resuelven de modo irrevocable, y ello porque son los únicos que deciden en asuntos respecto de los que ellos son ajenos. A partir de esa constatación puede acudir a la seguridad jurídica para explicar la razón de ser de esa irrevocabilidad.

como es el caso de las sentencias meramente declarativas y de las sentencias constitutivas; aparte de que todas las sentencias absolutorias producen cosa juzgada y de ellas no cabe ejecución.

(64) Como pretende SERRA, "Jurisdicción", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 50.

(65) *Vid.* MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, I, cit., pp. 160-2.

