

**DISCURSO DE CONTESTACION
AL DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE
DÑA. ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ,
POR PARTE DEL ACADÉMICO
EXCMO. SR. D. FRANCISCO MUÑOZ**

El encargo de contestar el discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares de la doctora Isabel Tapia, catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Balear, me produce gran satisfacción.

Me la produce, porque me concede la oportunidad de contribuir de manera visible a dar la bienvenida a la Academia a una extraordinaria jurista, muy querida para mí en el plano personal, y de talla y prestigio científicos destacados y ampliamente reconocidos.

Isabel Tapia y yo somos amigos desde hace muchos años. Esta amistad, sin embargo, no enturbia ni condiciona –estoy seguro– el juicio que me merece su valía jurídica. Antes al contrario, las múltiples conversaciones a que nos ha llevado el trato estrecho, y la lectura –a veces en primicia– de algunos de sus numerosos trabajos, tarea en la que siempre está empeñada, me han proporcionado ocasión óptima de calibrar a fondo la envergadura de sus conocimientos en el campo del Derecho Procesal, la solidez de sus herramientas conceptuales, la claridad de su pensamiento y la coherencia de sus conclusiones. En la discusión sobre este o aquel tema jurídico concreto nuestros puntos de vista no siempre han coincidido, como es natural. Sin embargo, inclusive en los raros casos en que las opiniones de la nueva académica no han logrado convencerme, jamás he encontrado en sus argumentaciones quiebras lógicas, saltos ni lagunas en el desenvolvimiento de sus premisas, lo que bien dice del rigor de su mente y de su honestidad intelectual.

Isabel Tapia reúne además la infrecuente cualidad de exponer su

pensamiento con una transparencia y una elegancia gratificantes para el lector o el oyente. Su disertación sobre una institución procesal compleja y conflictiva como la cosa juzgada es muestra cumplida de lo que afirmo. La cita reiterada de las opiniones de un autor determinado constituye signo palpable de que, en el terreno de su especialidad, ese autor ha adquirido el rango, anhelado por tantos y, sin embargo, tan esquivo, de “autoridad” en la materia. Pues bien, basta con ojear las obras, tratados doctrinales y comentarios propios de la procesalística para toparse con constantes referencias a “Tapia Fernández”, y para percatarse de la profusión con que sus propuestas y argumentos se reproducen e invocan, especialmente en cuanto se relaciona con el objeto del proceso, uno de sus temas predilectos de estudio. En el campo del Derecho Procesal, Isabel Tapia ocupa lugar puntero. El hecho nada tiene de extraño ni en absoluto sorprende a quien haya seguido su trayectoria con algún detenimiento.

Si de la altura de la labor investigadora, publicista y de conferenciante –dentro de España y también fuera– de Isabel Tapia creo hablar con conocimiento directo de causa, de la otra faceta de su actividad profesional, la docente, no he sido testigo presencial. Pero sí puedo dejar constancia, si se admite mi testimonio de referencia, del respeto y cariño que profesan a la profesora Tapia cuantos licenciados por la Facultad de Derecho de Universidad Balear han sido alumnos suyos. Me consta este extremo porque los licenciados jóvenes a quienes he preguntado por su experiencia universitaria siempre incluyen a Isabel Tapia en el selecto y reducidísimo grupo de profesores que logran ganarse el aprecio y la confianza de ese tribunal severo y riguroso que conforma el alumnado. Saber, y hacer ese saber asequible a otros son, a mi parecer, las cualidades que definen al auténtico enseñante. Imagino que para quien vive y siente de verdad la docencia no existe recompensa íntima mayor que percibir en los que fueron sus discentes el cálido clima de admiración y respeto que se reserva al profesor que concita esas dos virtudes, no siempre de la mano, por desgracia.

Mi contacto con Isabel Tapia se inició en época ya muy lejana; a raíz de su nombramiento como magistrado suplente de la antigua Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, de la que yo era miembro. Presidía entonces la Sala el inolvidable Julio Llovet, con quien Isabel mantuvo, –y sonreirá al recordarlo–, un famoso enfrentamiento a cuenta de una condena en costas, voto particular incluido, que el Tribunal Supremo zanjó dando la razón de modo rotundo a la osada discrepante. Al asunto no le faltó repercusión en los círculos enterados. ¡Una recién llegada, magistrada suplente para mayor agravio, contradiciendo al veterano Presidente de Sala!. Pero, al margen de ese, por lo demás, puntual y aislado desacuerdo

técnico, Isabel Tapia, en su tarea de juzgadora colegiada, tuvo ocasión de comprobar cuanto yo apreciaba día a día: la gran calidad de la figura de Julio Llovet, modelo de magistrado cabal, serio e íntegro, que aunaba grandes conocimientos jurídicos, enriquecidos por una larga experiencia, con un marcado sentido común y acusada sensibilidad humana, y en cuya actuación jurisdiccional, sobre todo, jamás se pudo descubrir otra pauta de conducta que una intachable rectitud.

Rectitud en su triple vertiente: respeto estricto a los hechos que aparecen racionalmente probados, sin manipularlos para acomodarlos al prejuicio; profunda lealtad a la norma, aunque no guste, procurando interpretarla y aplicarla con arreglo a su finalidad intrínseca y al resto de los mecanismos legales de hermenéutica; y, finalmente, decidir con sujeción rigurosa a los instrumentos propios del derecho, con la certeza y valentía que otorga el convencimiento de lo justo, y sin tolerar influencia externa alguna, acepción de personas ni doblegarse ante el peso o la atracción de factores metajurídicos. La vocación de materializar la rectitud así entendida constituye, a mi modo de ver, el rasgo moral básico que cualifica la función de juzgar. Ese afán de probidad es, quizás, el ejemplo profesional más indeleble que guardo de Julio Llovet. El mismo afán que ha sido el alma de la dilatada y callada dedicación jurisdiccional de otros compañeros con quienes he tenido la fortuna de compartir labores judiciales.

La referencia a la rectitud como presupuesto y exigencia cardinales de la tarea de enjuiciar nos lleva de la mano al meollo del tema del discurso. *In medias res*. La Dra. Tapia ha señalado que la cosa juzgada no es un efecto inherente, connatural, a la sentencia del juez; que, usando palabras de CHIOVENDA, el reexamen indefinido de la controversia parece más conforme con la justicia; y que son razones de oportunidad política, de utilidad social, las que aconsejan tratar a la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto. Otros autores, como LÓPEZ-FRAGOSO, consideran que el fundamento de la cosa juzgada material es consustancial a la propia naturaleza de la jurisdicción y, con ella, del propio proceso, pues la potestad de juzgar, titularidad exclusiva de los jueces y tribunales de acuerdo con el art. 117.3 de la CE, perdería su efectividad si las partes pudieran volver a pretender, y los tribunales volver a decidir, sobre un asunto ya juzgado en un proceso finalizado mediante sentencia firme. Entiéndase como se entienda, en la cosa juzgada siempre late, siquiera potencialmente, la tensión entre justicia y seguridad jurídica. La esencia de la institución radica en la intangibilidad de lo resuelto en firme; intangibilidad de que se inviste con abstracción del acierto o desacierto de la decisión de fondo, y que sólo desaparece mediante el ejercicio con éxito de las acciones procesales rescisorias —el recurso de revisión y la rescisión de la sentencia firme a

instancias del demandado rebelde— y en la actualidad, también a través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones que previene el art. 241 de la LOPJ. Fuera de estos supuestos tasados la eficacia de lo resuelto prevalece. El art. 487.3 de la LEC cuida de establecer en esta línea, a propósito del recurso de casación en la modalidad de interés casacional, que “los pronunciamientos de la sentencia que se dicten en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado”. La cosa juzgada surge, pues, eficaz y se impone a los afectados, aunque provenga de una resolución expresamente calificada de errónea. Lo juzgado deviene inmutable, aunque sea injusto. Esta situación paradójica, en que el derecho protege la seguridad antes que la efectividad de la norma que el mismo derecho crea, sólo resulta socialmente asumible en la medida en que exista una confianza ciudadana generalizada en el ejercicio limpio y honesto del poder jurisdiccional, aceptando que éste sufre su inevitable cuota de equivocaciones como actividad humana que es y, por ende, falible. Si esa confianza se debilita, si se instala la sospecha sobre la imparcialidad y recto proceder de los juzgadores, si herrumbre tal se acumula sobre la imagen de la justicia, el sistema jurídico y político se degrada en su conjunto, pierde crédito y corre riesgo de saltar por los aires. Es grave responsabilidad de todos evitar que esto suceda. E incluyo aquí a quienes, abusando de la resonancia que proporcionan ciertas plataformas, sustituyen el análisis razonado y medido como método de crítica de las resoluciones judiciales de que discrepan por la burda descalificación denigratoria del juzgador que las dicta.

La LEC 2000 regula la cosa juzgada material en términos considerablemente más perfectos que la anterior. Esto resulta innegable, como lo es también que dicha Ley ha traído una mejora importantísima a la ordenación del proceso hasta el punto que hoy, al cabo de casi cinco años de su entrada en vigor, sus resultados pueden calificarse, globalmente, de éxito.

La LEC, empero, carga también con su ración de fracasos. El mayor, posiblemente, el sistema dual de recursos extraordinarios, infracción procesal y casación, que no se ha puesto en práctica en su plenitud ni creo que lo haga nunca. Ni cuando se pudo hubo voluntad política de impulsarlo ni, menos aún, esa voluntad existe ahora. No lo lamento, porque siempre tuve recelos de una configuración de esos remedios impugnativos que presupone una distinción diáfana entre cuestiones procesales y sustantivas y la posibilidad de enjuiciar unas y otras por separado que pienso ilusorias. La actual situación de la casación deviene, con todo, más y más insostenible. El Tribunal Supremo, poco proclive de sí a la nueva normativa, se encuentra saturado de asuntos y, en circunstancias de acelerada producción

legislativa, se muestra incapaz de proporcionar respuestas casacionales con prontitud, continuidad y univocidad.

La casación necesita reformarse con urgencia. Esto es evidente. El problema es cómo y hacia dónde. Se habla de residenciar el recurso en los Tribunales Superiores de Justicia y dejar al Tribunal Supremo para unificar doctrina. A nadie se le oculta que el proyecto no responde a motivaciones de técnica jurídica sino de redistribución territorial del poder político. La organización judicial, no obstante, es campo delicado que soporta mal los parches y la improvisación. La reforma debería por ello llevarse a cabo sin precipitaciones y con concepciones meditadas y bien perfiladas. ¿Cuál ha de ser el contenido del nuevo recurso?. ¿Qué función se le asigna?. ¿Debe prevalecer la tutela del interés de las partes o el *ius constitutionis*?. ¿Cuál, el valor jurisprudencial que corresponde a las sentencias que dicten los Tribunales Superiores?. ¿Con qué alcance y de qué manera se articula la intervención unificadora del Tribunal Supremo?. Desde luego, no creo prudente introducir a disposición de los litigantes un cuarto grado en el orden jurisdiccional civil que incremente los costes económicos del proceso y que retarde la solución definitiva de la controversia. La seguridad jurídica, el bien social que aporta la cosa juzgada, cuanto más tardía menos utilidad rinde. Pero, por esto mismo y al tiempo, me parece imperdonable que, en el actual panorama de atraso crónico, se continúe despilfarrando la potencialidad resolutoria de unas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, la de Baleares incluida, cuya actividad jurisdiccional en el orden civil apenas si traspasa el umbral de su nombre.

En la legislación derogada por la LEC 2000, las deficiencias con que la cosa juzgada material se hallaba disciplinada saltaban a la vista. Era una disciplina desubicada, fragmentaria y obsoleta. El nuevo art. 222, por el contrario, aborda la institución de forma clara, completa y sistemática. Define su concepto, detalla sus distintos elementos componentes, diferencia su doble virtualidad, negativa y positiva, procura delimitar la extensión objetiva y subjetiva de sus efectos y fija con exactitud dónde llegan los límites temporales de su eficacia.

Hay más avances en la regulación de la cosa juzgada dispersos en otros lugares del articulado de la LEC. De singular relieve resulta la incidencia que proyecta sobre la cosa juzgada la nueva regla en materia de preclusión de causas de pedir que establece el art. 400.2. En virtud de la misma, lo juzgado cubre en adelante todos los posibles hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que se basa lo que el actor solicitó, y no sólo los efectivamente invocados. El *petitum* provoca un efecto de cierre, de manera que la decisión judicial que resuelve la controversia absorbe todas las causas de pedir, las alegadas y las alegables. Es una medida sanísima, que celebro. Restará

importancia y simplificará la eterna discusión doctrinal acerca de qué sea la *causa petendi*, y, en el plano práctico, reducirá notablemente el lamentable fenómeno de encadenamiento de litigios entre los mismos litigantes, agotador para ellos y para los órganos judiciales. Claro que, en contrapartida, exigirá del abogado un cuidado exquisito al construir la demanda. La nueva regla sancionará con dureza las redactadas a la ligera, pues no deja margen para subsanar con un segundo pleito las imprevisiones y desaciertos con que se planteó el primero.

Existe también otra mejora que conviene destacar: la figura de la prejudicialidad civil que prevé el art. 43. El precepto dispone que cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. La fuerza de lo juzgado por la sentencia que resuelve esta última queda de este modo garantizada y, con ella, se evita la desarmonía entre los distintos pronunciamientos jurisdiccionales.

La normación de la cosa juzgada en la LEC vigente no carece, pese a todo, de puntos dificultosos. Uno de ellos atañe a su tratamiento procesal y, más concretamente, a la posibilidad de que se aprecie por los tribunales *ex officio*, esto es, sin previa alegación de parte.

La LEC de 1881 daba a la cosa juzgada material consideración de excepción perentoria, si bien con la particularidad de que, en el juicio de mayor cuantía, el art. 544 permitía que se sustanciara y decidiera por anticipado, como si fuera una excepción dilatoria. En todo caso, le atribuía naturaleza de verdadera excepción, de manera que su acogida dependía de la iniciativa de la parte. En la jurisprudencia, empero, se fue abriendo paso poco a poco la idea de que la cosa juzgada podía e inclusive debía estimarse de oficio: primero, sólo en su vertiente negativa o excluyente; luego, también en la vertiente positiva o prejudicial. Esta doctrina jurisprudencial terminó consolidándose, luego de algunas vacilaciones, en la década de los noventa.

Entiendo que este criterio favorable al control de oficio de la cosa juzgada debe mantenerse con la nueva LEC. El legislador no lo dispone expresamente, a diferencia de lo que preceptúa, por ejemplo, el art. 9 respecto de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. Quizás hubiera sido aconsejable que lo hiciera, habida cuenta de que en el proceso civil impera el principio de justicia rogada, con arreglo al cual, según lo formula el art. 216, los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las

aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. No obstante, el deber judicial de respetar la cosa juzgada, actuando inclusive de oficio, parece inferirse de la dicción imperativa que emplea el art. 222. En su efecto negativo, la cosa juzgada “excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso”. Y, en lo tocante al efecto positivo, “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada...vinculará al tribunal de un proceso posterior”. La apreciación de oficio es, por lo demás, la solución correcta. En el aspecto excluyente, la ausencia de cosa juzgada entraña, según opinión común, presupuesto procesal objetivo de carácter negativo, no un mero óbice. En el prejudicial, la cosa juzgada constituye la ley que rige el caso concreto; de ahí que el juzgador tenga vedado fallar inobservándola.

Si la sentencia causante de cosa juzgada obra incorporada a las actuaciones, el juez habrá de tener en cuenta esta última por más que ninguno de los litigantes la haga valer. El problema se suscita cuando la sentencia no figura en autos pero el juez sabe de su existencia. No es un supuesto de laboratorio. Yo lo he vivido. La torpeza humana es infinita, no se olvide.

En el juicio ordinario la situación puede encontrar salida con ayuda del art. 421.3, precepto que faculta al juez para que ordene las actuaciones oportunas cuando para decidir sobre la litispendencia o la cosa juzgada fuere necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho. El art. 429.1 le autoriza asimismo a señalar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Ambas normas están previstas en sede de audiencia previa, pero el remedio puede trasladarse sin violencia al juicio verbal. Aun así, si estas vías pueden solventar la cuestión para la cosa juzgada excluyente, no la solucionan tanto para la faceta prejudicial. Nótese que ni la acumulación de procesos ni la suspensión del curso de los autos pueden decretarse de oficio por el tribunal sino sólo a solicitud de parte.

La profesora Tapia ha prestado atención en su discurso a otros aspectos conflictivos que ocasiona la cosa juzgada. Aludiré a algunos.

En cuanto a si las resoluciones que deciden cuestiones procesales quedan investidas de cosa juzgada material, comparto de lleno la opinión de que, con la ley actual, esas resoluciones no surten efectos fuera del proceso en que recaen. La cosa juzgada dimana, exclusivamente, de sentencias, no de autos, y por lo general esas resoluciones adoptarán esta última forma: auto de sobreseimiento en la audiencia previa y el auto similar que debe dictarse en el juicio verbal en idénticas circunstancias al amparo del art. 443.3. Y si la resolución consiste en una sentencia, no hay efecto de cosa juzgada porque

las únicas sentencias que lo llevan consigo son las que se pronuncian sobre el fondo de la pretensión que integra el objeto litigioso.

Ahora bien, la posibilidad de que una misma cuestión procesal pueda ser resuelta de manera dispar en dos procesos distintos, posibilidad que, por el contrario, se elimina respecto de las de carácter sustantivo, obliga a diferenciar con nitidez unas y otras. La distinción no plantea dificultades en muchos casos, aquellos que conciernen directamente a la regularidad del procedimiento. Pero hay algunos supuestos inciertos y que se prestan a polémica ante la ausencia de un criterio seguro que defina el fenómeno de lo específico procesal. Una pauta que permita delimitar con seguridad, entre toda la multiplicidad de elementos que confluyen en el proceso, qué pertenece a la relación jurídico procesal y qué forma parte de la relación jurídica sustantiva que en el proceso se debate. Pongo por ejemplo la legitimación. Un sector doctrinal, que a veces ha encontrado respaldo en la jurisprudencia, sostiene que se trata de elemento procesal, de modo que su ausencia da lugar a sentencia absolutoria en la instancia y que, como tal, no produce cosa juzgada. No creo, sin embargo, que esta sea la opción que escoge la LEC. El listado del art. 416 no menciona la legitimación entre las circunstancias susceptibles de impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, aunque hay que reconocer que esa relación legal es abierta y *ad exemplum*. Por mi lado pienso, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, el autor que ha analizado el tema de forma más convincente para mi gusto, que la legitimación pertenece a la materia de fondo, aunque, ciertamente, sea la primera que debe afrontarse en la secuencia lógica de cuestiones examinables. Si esta postura se acepta, lo que se juzgue sobre la legitimación deviene inatacable en futuros litigios, conclusión que no cabrá, en cambio, desde la visión opuesta.

Ocurre también que existen extremos de indiscutible naturaleza procesal pero que se hallan directamente condicionados por normas materiales. Determinar la competencia *ratione materiae* del orden jurisdiccional a que corresponde el conocimiento de un asunto requiere, no pocas veces, calificar la relación sustantiva existente entre las partes. El problema se suscita con alguna frecuencia a propósito de las relaciones contractuales de servicio. Si el contrato es de trabajo, compete a los tribunales del orden social resolver los conflictos que provoque. De otra manera, la competencia incumbe a los tribunales del orden civil. Cuando el contrato se extingue, la parte prestadora del servicio tiende a entablar demanda ante la jurisdicción social sosteniendo que reviste naturaleza laboral, de régimen más favorable a sus intereses, mientras que el receptor de los servicios y remunerador suele defender el carácter civil o mercantil del vínculo. Cuando prospera esta última tesis, esto es, que no existe contrato

de trabajo, los tribunales sociales declaran su incompetencia para conocer del pleito y remiten al actor ante la jurisdicción civil. Esta solución meramente procesal nunca me ha parecido ortodoxa y me inclino porque, en estos casos, debe dictarse sentencia absolutoria de fondo por inexistencia del hecho constitutivo primordial de la demanda de despido, cual es que haya una relación de trabajo. De todos modos, la sentencia que declara la incompetencia debería surtir efecto de cosa juzgada, pese a su evidente condición procesal, en lo atinente a la calificación de la relación contractual de servicios de suerte que vede el planteamiento ante la jurisdicción social de nuevos litigios –reclamación de retribuciones, por ejemplo– que tengan origen en la misma relación. No creo aceptable otra alternativa, puesto que la declaración de incompetencia se basa, en puridad, en una apreciación de fondo. Claro está que el efecto de cosa juzgada de esa sentencia opera sólo en la esfera de los tribunales sociales. No vincula a los de órdenes distintos, y si surge discrepancia entre distintas jurisdicciones acerca de la verdadera entidad del contrato la disputa habrá de dilucidarse a través del conflicto de competencia pertinente. La exclusión del efecto de cosa juzgada de las sentencias de contenido procesal entiendo por ello que debe matizarse y admitir excepciones.

También sugiere alguna reflexión la carencia de cosa juzgada de las sentencias de fondo que cierran los procesos sumarios. La norma –clásica, hay que reconocerlo– que hoy recoge el art. 447 adolece de tintes equívocos y, en algún caso, no la encuentro justificada.

La noción de sumariedad aplicada al proceso denota, no tanto la rapidez del procedimiento, cuanto la limitación de los medios de defensa y prueba utilizables por las partes. De ahí que se niegue carácter definitivo a la sentencia que lo pone fin. La rapidez en la tramitación y la resolución es, más bien, la consecuencia que se espera conlleve la *cognitio* limitada que caracteriza la sumariedad. El juicio verbal, cauce procesal a través del cual las pretensiones de tipo sumario se ventilan en la LEC, está fuera de duda, empero, que proporciona garantías plenas de que la controversia puede discutirse en su seno sin cortapisas, en toda su dimensión. La razón de la sumariedad, por tanto, ha de buscarse en otro sitio.

Algunas pretensiones sumarias lo son en función del especial fundamento de la tutela que el actor pretende. Se trata de pretensiones que tienen un fundamento inseguro y provisional, distinto y de menor valía que el fundamento de la pretensión ordinaria, motivo por el cual la protección que ofrecen al interés del demandante también ha de ser provisoria. Así ocurre en las acciones de tutela sumaria de la posesión, los antiguos interdictos. Estas acciones amparan el mero hecho de la posesión con la finalidad de preservar la paz social frente a los actos de justicia privada y, al tiempo, la

funcionalidad del proceso como instrumento de solución de conflictos. Su base la constituye la condición fáctica de poseedor, abstracción hecha del título de posesión que éste ostente o de que incluso cuente con alguno. La existencia de título posesorio no es materia de los procesos interdictales ni se debate en ellos el eventual *ius possidendi* del reclamante. Estos son extremos que conciernen a la pretensión de tutela ordinaria. Lo que se juzga en aquéllos son, pues, objetos distintos de lo que decide la sentencia que conoce de esta otra. Por consiguiente, afirmar que la sentencia dictada en el proceso posesorio sumario no produce efectos de cosa juzgada resulta inexacto, de un lado, e innecesario, por otro. Inexacto, porque esa sentencia produce cosa juzgada respecto del objeto que ha enjuiciado, esto es, la pretensión de tutela sumaria, so pena de admitir que los litigantes pueden reproducir esa misma pretensión hasta el infinito. E innecesario, en razón de que la sentencia, al no pronunciarse sobre el derecho definitivo a poseer, malamente puede obstaculizar, excluir o siquiera condicionar la ulterior pretensión en que ese derecho se postule.

Algo similar cabe observar en relación con las acciones que pretenden la efectividad de los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o perturbación. Estas acciones actúan la eficacia especial de que la ley dota a la inscripción registral y no se fundan en el derecho real mismo, cuya existencia, validez y subsistencia en absoluto prejuzgan.

Detengámonos también un momento en la pretensión de desahucio de fincas arrendadas que se funda en el impago de rentas. La LEC de 1881 no consentía en esta clase de juicios de desahucio otra prueba del pago que la confesión judicial o el documento o recibo en que constara haberse verificado. Tal restricción probatoria explicaba que la sentencia careciera de efectos de cosa juzgada, de manera que la cuestión litigiosa podía examinarse más tarde con la amplitud con que antes no era factible. El art. 444.1 de la LEC vigente establece que frente a la demanda de desahucio por impago de rentas o cantidades asimiladas “sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación”. Mas, si las alegaciones defensivas de fondo quedan reducidas a las dichas, la LEC no pone cortapisas a los medios para probarlas. Esto implica que, para probar el pago o las circunstancias relativas a la enervación, el demandado puede emplear todo tipo de pruebas, y no sólo, como antaño, la confesión y los documentos. Puede, incluso, oponer la compensación bajo idénticos condicionantes a los aplicables con carácter general en el juicio verbal. El art. 438.2 no prohíbe invocarla, a diferencia de lo que sucede con la reconvencción, que el numeral primero del mismo precepto declara inadmisibles en los juicios verbales que

finalicen con sentencia sin efecto de cosa juzgada.

Así las cosas, tiene sentido dejar abierta la posibilidad de que en juicio posterior se analicen y resuelvan cuantas alegaciones no pudo aducir el demandado frente a la pretensión de desahucio. Pero encuentro que no tiene ninguno que en otro proceso –que ha de sustanciarse igualmente por los trámites del juicio verbal– se vuelva a discutir la certeza del pago o la procedencia de la enervación en idénticas condiciones de contradicción y ausencia de restricción de pruebas a las en que tales extremos fueron debatidos y judicialmente resueltos. En conclusión: la sentencia que se pronuncia sobre la acción de desahucio por impago de rentas debería dejar definitiva e irrevocablemente juzgado cuanto al pago y la procedencia de la enervación atañe. La prescripción del art. 827.3 de la LEC relativa al juicio cambiario, a tenor de la cual la sentencia firme que se dicte en este juicio “producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente”, debería generalizarse, en mi opinión, a todos los juicios que hoy se catalogan de sumarios; esto es, conforme la jurisprudencia venía entendiendo –con menos razón que la que existe ahora– bajo el imperio de la LEC antigua.

Como se ve y la profesora Tapia ha mostrado extensamente en su discurso con brillantez, la institución de la cosa juzgada genera diversas incógnitas, y no siempre se logra acuerdo sobre la forma de dilucidarlas. Mi intervención en este acto enfila ya su tramo final. No quiero terminar, con todo, sin unos comentarios breves sobre tres cuestiones que me parecen de interés.

La primera se refiere al supuesto de que fallen los mecanismos de seguridad y sobrevengan dos sentencias contradictorias e incompatibles revestidas de fuerza de cosa juzgada. El choque entre ambas debe solventarse, en la lógica del sistema, a favor de la primera que ganó firmeza en el tiempo. *Prior tempore, potior iure*. Es la tesis que defendía la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero que no sigue la Sala Cuarta, de lo Social, la cual, puesta en la situación, opta por reconocer prevalencia a la sentencia más correcta en derecho; postura que, para mi asombro, la STC 3/1994, de 17 de enero, ratifica, abriendo de esta suerte un resquicio peligroso que conduce a desvirtuar la esencia misma de la cosa juzgada.

Delimitar, de otra parte, qué elementos de la sentencia adquieren fuerza de cosa juzgada y cuáles no, es punto crucial y, sin embargo, particularmente vidrioso. Hoy existe consenso en que la cosa juzgada incluye algo más que el fallo estricto, es decir, las concretas declaraciones

que formula la parte dispositiva de la resolución judicial. Mas si el fallo no es lo único que pasa en cosa juzgada, sí debe servir, en mi opinión, de pauta que permita deslindar con alguna certeza el ámbito de lo irremediabilmente juzgado. El fallo no nace del aire. El estimatorio de la demanda afirma, siquiera en forma implícita, la existencia de todos los hechos constitutivos de la pretensión y la ausencia de hechos obstativos. El desestimatorio de fondo responde a la falta de algún componente constitutivo de la acción o a la concurrencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. Por ello que la cosa juzgada, al proteger la integridad e intangibilidad del fallo, debe proteger también todos los elementos en que éste se sustenta en la medida en que, si alguno hubiera variado, el fallo habría tenido que ser distinto por necesidad. En definitiva, se trata del mismo canon delimitador del contenido del objeto de recurso que se acuña en la frase inveterada y unánimemente respetada de que el recurso se da contra el fallo y no contra los fundamentos; en otras palabras, que no ha lugar al recurso que no se traduce en alguna modificación de la parte dispositiva de la sentencia. Si la extensión de la cosa juzgada se ampliara más allá, habría que ampliar, paralelamente, la extensión de la materia recurrible. No lo encuentro prudente ni racional, entre otros motivos porque con ello se obligaría al tribunal que conoce del recurso a realizar, a efectos de apreciar la existencia del interés que legitima la acción impugnativa, un juicio prospectivo de lo que entra o no en cosa juzgada que a él no le corresponde efectuar y sí sólo al tribunal del posterior proceso.

El alcance de la cosa juzgada frente a terceros no litigantes constituye, por último, otro extremo de respuesta incierta. Ese alcance nunca debe producirse con menoscabo del derecho fundamental de defensa de los interesados, y me congratulo en este sentido de que la LEC haya suprimido la añeja extensión de los efectos de la cosa juzgada a los sujetos ligados por vínculos de solidaridad que, como sostuve cuando ingresé años ha en esta Academia, causaba indefensión a los afectados. Por tal motivo, y aun reconociendo lo inestético de la solución, me sumo a la propuesta de la Dra. Tapia de que lo juzgado surta efectos ante tercero en cuanto le favorece, mas no cuando le perjudica. Surte efectos ante tercero, se sobreentiende, en los casos taxativos en que la ley establece esa extensión. Y he aquí donde las vicisitudes que han rodeado la publicación oficial de la LEC han provocado un problema gratuito cuyas consecuencias futuras están por ver.

En la versión originaria del texto legal que apareció en los ejemplares del BOE correspondientes al 7 y al 8 de enero de 2000, el art. 222.3 remitía la determinación de los sujetos no litigantes susceptibles de ser afectados por la cosa juzgada a las disposiciones del art. 10. El BOE de 14 de abril

siguiente insertó, sin embargo, una corrección de errores en virtud de la cual la remisión al art. 10 se trasladó al art. 11. El cambio resulta de gran trascendencia, pues deja fuera del ámbito subjetivo de la cosa juzgada los supuestos de legitimación extraordinaria, pese a que la doctrina y la jurisprudencia admiten de manera unánime que la decisión judicial obtenida por el sustituto ha de vincular al sustituido. Isabel Tapia ha calificado esta corrección de “incorrecta”. Yo voy más lejos y me cuestiono su validez misma. Invito a quien sienta curiosidad por el tema a que consulte el texto final que aprobó el Pleno del Senado en su sesión de 2 de diciembre de 1999. Ese texto es, en este punto, exactamente igual al que había recibido del Congreso el 5 de octubre anterior y que éste había aprobado de su parte el 23 de septiembre. En él, el art. 222.3 se remite al art. 10. El texto del Senado fue, a su vez, el que aprobó el Pleno del Congreso en sesión de 16 de diciembre de 1999, y el que publica como Proyecto de Ley aprobado definitivamente el Boletín Oficial de las Cortes Generales, VI Legislatura, Serie A, núm. 147-17, de 29 de diciembre de 1999. En resumen, el Proyecto salió del Congreso hacia el Senado con la remisión del art. 222.3 al art. 10, y del Senado regresó al Congreso con ella intacta. Lo que aprobaron, pues, las Cortes Generales fue que los sujetos no litigantes a quienes afecta la cosa juzgada son los que prevé el art. 10.

El art. 19 del RD 1229/2001, de 8 de noviembre, que aprueba el estatuto del organismo autónomo Boletín Oficial del Estado –información que extraigo del trabajo del catedrático de la UIB, JOSE ÁNGEL TORRES LANA, “La publicación *on line* de la norma jurídica”– preceptúa, en orden a la corrección de errores y erratas en la publicación oficial, que los errores padecidos en el texto remitido para su publicación se salvarán del modo siguiente: a) Los meros errores u omisiones materiales que no alteren el sentido de las disposiciones se salvarán a instancia de los organismos respectivos instando la reproducción total o parcial del texto con las debidas correcciones; b) Cuando los errores u omisiones impliquen alteración del contenido o sentido de la norma, deberán salvarse mediante disposición del mismo rango. Si la redacción inserta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en calidad de Proyecto de Ley aprobado definitivamente y la primera que apareció en el BOE coinciden milimétricamente en este particular, ¿dónde está el error material de transcripción que rectificó de plano la corrección de 14 de abril?. ¿No ha habido aquí una alteración del contenido de la norma, sólo factible mediante otra disposición del mismo rango, es decir, de otra ley?. El asunto tiene enjundia y el misterio debería aclararse. No es de recibo que las disposiciones normativas que aprueba el poder legislativo se modifiquen por mano anónima, y me llama la atención que nadie –que yo sepa– haya reparado en este hecho y que tan extrañísima corrección de errores se haya aceptado mansamente.

Acabo. El discurso de la profesora Tapia ha puesto de relieve las diversas incertidumbres que envuelven el concepto de cosa juzgada material y su traducción práctica, algunas postizas, como hemos visto. La aplicación de la cosa juzgada, en todo caso, debe ser estricta, a mi juicio, de modo que las dudas fundadas sobre su apreciación se solucionen en su contra. La justicia del caso no debe sacrificarse en pro de la seguridad y la armonía de las resoluciones judiciales más allá de lo imprescindible.

Muchas gracias.