

La cosa juzgada, la preclusión y la subsanación del título ejecutivo extrajudicial en los procedimientos de ejecución

*Res iudicata, the termination and
correction of extrajudicial enforcement
instruments in enforcement
proceedings*

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN: El trabajo que se presenta trata de aclarar una cuestión controvertida en la doctrina procesalista referente a si el ejecutante de un título judicial al que se le haya denegado la primera ejecución por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título, tiene la opción de presentar un sucesivo segundo procedimiento de ejecución con el título subsanado.

En su contenido, se muestran las bases por las que defendemos que dicho ejecutante podrá optar por un procedimiento declarativo posterior, pero eso no le priva de optar por un nuevo procedimiento ejecutivo si ya ha subsanado el defecto.

Para alcanzar esta convicción hemos analizado, además de los principios sustantivos, el concepto de preclusión y cosa juzgada en la LEC, si existe

diferencia entre los defectos formales y los procesales, y la separación: del régimen de ejecución de los títulos judiciales y de los extrajudiciales, de las distintas fases por las que transcurre la ejecución y de los defectos subsanables e insubsanables.

ABSTRACT: This report tries to clarify a controversial issue in the proceduralist doctrine as to whether the executant of a judicial title, to whom the first execution has been denied due to lack of funds and legal requirements or title irregularities, has the option to submit a successive second execution procedure with the title corrected.

In the content of the report, we show the bases by which we defend that said executant may opt for a subsequent declarative procedure, but that does not deprive him of opting for a new executive procedure if he has already remedied the error.

In order to reach this conviction, in addition to analyzing the substantive principles, we have also analyzed the concept of estoppel and res judicata in the LEC, whether there is a difference between formal and procedural defects, and separation: both the enforcement regime of judicial titles as well as extrajudicial separation, of the different phases by which the execution takes place and of the defects that can be corrected and insurable.

PALABRAS CLAVE: Cosa juzgada. Preclusión. Subsanación. Título ejecutivo extrajudicial.

KEY WORDS: *Res iudicata. Termination. Correction. Extrajudicial enforcement instruments.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUBSANACIÓN EN EL MISMO PROCEDIMIENTO.—III. LA SUBSANACIÓN MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE UN SEGUNDO PROCEDIMIENTO EJECUTIVO CON EL MISMO TÍTULO NO JUDICIAL.—IV. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3.—V. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEC.—VI. EL OBJETO DE REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3 LEC. LA PRECLUSIÓN.—VII. LA PRECLUSIÓN.—VIII. LA SINTONÍA DEL ARTÍCULO 552.3 CON EL ARTÍCULO 561 DE LA LEC.—IX. LA COSA JUZGADA.—X. LA INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 447, 551, 552.3, 559 Y 207 LEC SI NO SE PERMITIERAN DOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS CON LOS MISMOS TÍTULOS EXTRAJUDICIALES.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que la Exposición de Motivos de la LEC/2000 se complazca de su regulación sobre la ejecución forzosa, calificándola como *clara, unitaria y completa*, lo cierto es que no es un dechado de perfección.

La Exposición de Motivos presenta, como si fuera un acierto, la sustancial unidad de la ejecución forzosa, para luego reconocer que no se deben impedir las particularidades en función del carácter judicial o no judicial del título. Lo cierto es que la determinación del legislador, en unos casos, de aglutinar en los mismos preceptos todo tipo de ejecuciones (de títulos judiciales y extrajudiciales) para aplicarles los mismos efectos y, en otros, para distinguirlos, arroja confusión, cuando no contradicción.

Como después veremos, el legislador debió ser más explícito a la hora de implantar las diferentes consecuencias que se producen, según haya existido un proceso anterior y con título judicial o se trate de una ejecución de título contractual; también debió precisar si las resoluciones judiciales, denegando el despacho de ejecución en el umbral del procedimiento, son subsanables y si producen los efectos de la cosa juzgada y con qué intensidad y según qué título.

La LEC, al trasladar a la fase de oposición a la ejecución las posibilidades de contradicción, no deja muy claros los efectos sobre la preclusión y la cosa juzgada de las resoluciones judiciales denegando la ejecución decididas *a limine litis* por el juzgador.

Este trabajo va fundamentalmente dirigido a precisar si, después de haber presentado un primer procedimiento ejecutivo con un título no judicial y de que no se admitiera despachar ejecución por falta de presupuestos o requisitos formales y procesales, es posible presentar un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título una vez subsanado lo que obligará a preguntarnos sobre la cosa juzgada, la preclusión y la subsanación en la ejecución forzosa. Adelantando las conclusiones, en contra de una parte importante de la doctrina procesalista, respaldaré la necesidad de que los juzgadores permitan subsanar errores formales (falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos, irregularidades del título o defectos procesales) del título ejecutivo no judicial (escrituras, pólizas mercantiles) en el mismo procedimiento y, en último término, presentando un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título subsanado después de que se haya denegado la ejecución en el primer procedimiento ejecutivo.

Esta última posibilidad parece contradecirse en el artículo 552-3 de la LEC que dispone:

«Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a este la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución».

La difícil comprensión de este apartado 3 del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su contradicción con lo dispuesto en el artículo 561, ha suscitado en los foros jurídicos muchas dudas, clamando por una respuesta segura sobre los efectos de la preclusión, la cosa juzgada y sobre si necesariamente, quien fue ejecutante en un primer procedimiento de ejecución fallido, puede interponer otro sucesivamente o ha de interponer necesariamente el procedimiento declarativo que indica el artículo (aunque el precepto 552.3 se refiera al-*sic-* procedimiento ordinario).

Trasladando a la práctica la cuestión anterior, supongamos que viene precedida por otra situación también dudosa, como que el tribunal del primer procedimiento ejecutivo haya denegado el despacho de ejecución no por defectos procesales, sino por motivos formales del título no judicial (por ejemplo la falta de la Diligencia Notarial manifestando que no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo). La pregunta que debemos hacernos es si los defectos formales del título son distintos o pertenecen a otra categoría distinta a los defectos procesales. Pregunta que no es retórica sino que ya se ha planteado en la práctica judicial.

Antes de nada, lo lógico es que ese Tribunal requiera y permita la subsanación incorporando la Diligencia notarial subsanada. Sin embargo, como la práctica es tozuda, algún juzgador ha considerado que no es subsanable porque al no tratarse— el del título— de un defecto procesal, con base en que el artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla la posibilidad de subsanar defectos del título, sino solamente defectos procesales (*ি*). El acreedor ha intentado la subsanación de la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título no judicial y el Tribunal la rechazó por no considerar esos defectos del título como un defecto procesal¹, sino formal.

Al complejo escenario anterior, ha venido a sumarse la improvisada modificación del artículo 552.1 para adaptarlo a la justicia comunitaria sobre cláusulas abusivas. Anteriormente a la introducción del análisis judicial del título para determinar si contiene cláusulas abusivas (por Ley 8/2013 de 26 de junio), el juzgador únicamente debía analizar y controlar los requisitos externos, formales y procesales del título y no procedía que analizara de oficio la validez o nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato mercantil y denegar inicialmente el despacho de ejecución por cuestiones de fondo, ajenas al control de los requisitos formales y procesales a que se refiere el artículo 551 LEC/2000². Por eso, antes de esta modificación, se separaban los defectos procesales y los de fondo y podían entenderse mejor los preceptos que vamos a examinar.

Todas estas circunstancias vienen generando algunos desarreglos e interpretaciones inconsistentes, desconsideradas con las diferencias existentes entre los efectos de los procedimientos sumarios y los procedimientos plenarios y mas grave aún, contrarias a los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. LA SUBSANACIÓN EN EL MISMO PROCEDIMIENTO

Analizando estas cuestiones por orden de su trascendencia procesal, comenzamos analizando las posibilidades de subsanación de los defectos formales del título y de los procesales en el mismo procedimiento ejecutivo donde se localicen.

Aunque somos partidarios de que los defectos formales y procesales puedan subsanarse en el mismo procedimiento, para su estudio, debemos separar las distintas fases de la ejecución. Sobre todo porque, de la lectura de la LEC en la primera fase despachando o no ejecución, no se dice nada de la subsanación (arts. 551 y 552 LEC).

Sobre la subsanación de defectos procesales en los procedimientos de ejecución solo se habla en el artículo 559 de la LEC perteneciente a la segunda fase contradictoria, disponiendo que:

2. Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre estos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.

Cuando el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.

Ante este texto, se ha planteado la primera duda que ya anunciamos (relacionada con las cuestiones que se analizan en este trabajo, aunque no afecta a sus conclusiones), sobre si el apartado 2 del artículo 559 incluye también la subsanación por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título (a que se refiere el art. 552.1 de la LEC), o solo permite la subsanación de defectos procesales³.

La respuesta se encuentra en los mismos preceptos citados (551, 552, 553-1) en los que se regula la posibilidad de que el juzgador no despache la ejecución tanto por los defectos procesales, como por las irregularidades formales en el título⁴, aunque no se contemple la subsanación. De modo que, aunque los artículos 559 y 231 solo permitan subsanar *defectos procesales*, los formales también han de poder subsanarse.

Como se sabe, después de presentada la demanda ejecutiva, la ejecución transcurre por una fase de admisión o denegación del despacho de la ejecución que, superada, se entra en una fase de contradicción entre las partes.

Aunque no se contemple la subsanación en la fase de admisión a trámite regulada en los artículos 551.1 y 552.1 de la LEC esta debe permitirse en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.3 de la LOPJ:

Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

Pese a ello, la duda sigue suscitándose en la práctica procesal que parece no mantener el mismo criterio en las distintas fases procesales de la ejecución provocando cierta inseguridad.

III. LA SUBSANACIÓN MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE UN SEGUNDO PROCEDIMIENTO EJECUTIVO CON EL MISMO TÍTULO NO JUDICIAL

Como luego abordaremos, una parte muy relevante de la doctrina procesalista ha entendido que, con la redacción del artículo 552.3 de la LEC, la única forma de subsanar un defecto formal del título o procesal por el que se haya inadmitido la primera ejecución es presentando un procedimiento declarativo posterior. Para este sector doctrinal, si el juzgador se niega a subsanar, el trámite de subsanación para dicha fase de inicio solo se encuentra regulada en el artículo 552.3 que obligaría a presentar un procedimiento declarativo. Como analizaremos, estos autores no se dan cuenta de que este artículo se refiere a títulos judiciales y que es solamente útil para que el acreedor pueda hacer valer sus derechos sustantivos *contenidos en la sentencia o resolución firme de un procedimiento declarativo anterior, en que se hubiese fundado la demanda de ejecución.*

El precepto ni tan siquiera menciona las irregularidades formales de títulos no judiciales cuya regulación se encuentra en el apartado 1 del mismo artículo 552.

Esta opinión doctrinal puede ser utilizada por el ejecutado para combatir los intentos de subsanación descubiertos *a limine litis* por el juzgador. Tal como se estructura la subsanación en la LEC, argumentarán que no es posible hasta la fase de contradicción entre las partes. También podrán argumentar que como el artículo 559 de la LEC permite la subsanación de defectos procesales no cabrá la subsanación de los defectos formales del título no judicial.

Esta inseguridad permitirá que el ejecutado pueda defender que el artículo 552 LEC estáemplazado en la fase anterior referida a la decisión judicial

sobre el despacho de ejecución en la cual no se dice nada sobre la subsanación del título.

Esta falta de espacio en la ley otorgando la posibilidad de subsanar defectos formales en el inicio del procedimiento solo es explicable si se da por sobreentendido el principio de subsanación recogido en el artículo 11 de la LOPJ. La escasa redacción de los preceptos sobre ejecución no obedece más que a la consideración de la ejecución forzosa como un procedimiento sumario (por la limitación de alegaciones), en el que se limitan las causas de oposición, pero no puede excluir la subsanación.

Esta limitación de defensa en la primera fase para subsanar defectos formales, lejos de constituir una limitación de subsanación, constituye el primer antecedente lógico de que los procedimientos ejecutivos con base en un título no judicial, precisamente por ser más sumarios, puedan subsanarse en un procedimiento ejecutivo posterior con la admisión de la segunda demanda ejecutiva basada en título no judicial rechazado anteriormente por algún defecto.

Ello enlaza con el efecto de la cosa juzgada en nuestro Ordenamiento jurídico que solo lo producen las sentencias de fondo dictadas en juicios plenarios, no las dictadas en juicios sumarios de cognición limitada⁵.

Así lo reconoce la Exposición de Motivos cuando expresa sobre las causas de oposición a la ejecución de los títulos no judiciales: *Se trata, como es fácil advertir, de un elenco de causas de oposición más nutrido que el permitido en la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales, pero no tan amplio que convierta la oposición a la ejecución en una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva. Porque esta Ley entiende los títulos ejecutivos extrajudiciales, no como un tercer género entre las sentencias y los documentos que solo sirven como medios de prueba, sino como genuinos títulos ejecutivos, esto es, instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa.*

Más claro aún es el artículo 222 de la LEC que no recoge ni menciona los defectos formales cuando describe el contenido de la cosa juzgada⁶, reduciéndolo a las pretensiones materiales o causa de pedir.

Es importante advertir que estamos hablando de la falta de efectos de cosa juzgada y de la preclusión de las resoluciones sobre los defectos formales del título y que debemos diferenciar de las cuestiones de fondo o materiales. Estas —aunque no todas— pueden ser tratadas posteriormente en la fase de contradicción, incluso más tarde, pero imperativamente ya en un procedimiento declarativo (art. 564 LEC).

A esta subsanación de cuestiones de fondo se refiere el artículo 552.3 de la LEC. Solo estas estarán precluidas para tratar en un nuevo procedimiento ejecutivo, debiendo tratarse en un procedimiento declarativo posterior, salvo que tengan la consideración de cosa juzgada.

Del texto de la Ley, hasta que el Tribunal de Justicia obligó al legislador español a introducir la cuestión de fondo de analizar las cláusulas abusivas, se observa que la fase de denegación del despacho de la ejecución solo procedía en los casos en que existían defectos formales en la relación negocial (551, 552 LEC). Los efectos impeditivos de fondo, por otros hechos jurídicos y circunstancias, los reserva la ley para la fase de contradicción entre las partes que se formaliza por medio de la oposición del ejecutado.

Existe por consiguiente un régimen diferente para cada clase de título y para cada clase de irregularidad. También se debe mantener un régimen diferente para cada fase entendiendo que el juzgador no puede *a limine litis* dejar de despachar la ejecución por razones de fondo, exceptuándose la valoración de las cláusulas abusivas que inoportunamente ha venido a cambiar el esquema lógico primigenio de la LEC del año 2000. Curiosamente, el análisis de las cuestiones de forma se producía en dos fases distintas: A *limine litis* por el Tribunal quien decide si concurren los presupuestos y requisitos procesales, si el título adolece de alguna irregularidad formal (regulada en el arts. 551.1 y 552.3 de la LEC) y en la fase contradictoria por la parte demandada (art. 559 de la LEC). Las de fondo, salvando el análisis de las cláusulas abusivas, se conocen en la fase contradictoria entre las partes.

Como el artículo 552.3 se refiere a la defensa de derechos de fondo del acreedor derivados de un título judicial no parece adecuado haberlo incluido en la fase dedicada a analizar si se admite o no el despacho de ejecución *a limine litis*, por más que de forma irreflexiva se haya introducido la existencia de cláusulas abusivas en el título extrajudicial por la Ley 1/2013.

De la lectura de dichos preceptos no cabe más interpretación del artículo 552.3 de la LEC que referido a las cuestiones de fondo (derechos del acreedor) que puede valorar el juzgador (552.3) o alegar la ejecutada primero en la fase de contradicción entre las partes, invocadas por el deudor por medio de la oposición y posteriormente conocerlos en un procedimiento declarativo (en coincidencia con el art. 564 LEC). Esta facultad del artículo 552.3 de la LEC, sería una réplica del procedimiento declarativo que corresponde al deudor en el artículo 564, sobre los hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición.

El artículo 552.3 se refiere a las sentencias y resoluciones firmes porque es lógico que en las ejecuciones de los títulos judiciales, terminada esta fase de contradicción con la resolución firme que proceda (y con las restricciones que contempla para ella la LEC), el ejecutante pueda acudir al procedimiento declarativo que corresponda, salvo que exista cosa juzgada.

Para no dejar desprotegido al acreedor, el artículo 552.3 regula una posibilidad de que el ejecutante pueda acudir a un procedimiento declarativo ordinario para hacer valer sus derechos de fondo— Hasta que no se incluyó la posibilidad del juzgador de denegar la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas era lógico que la impugnación del título extrajudicial estuviera recogida en el ámbito

de la fase de contradicción, como lo está el artículo 564 LEC para el deudor. Como ahora se ha incluido la apreciación por el tribunal de alguna cláusula abusiva en el título no judicial (552.1) la separación existente se ha distorsionado.

Que el juzgador deniegue *a limine litis* despachar ejecución de un título no judicial por motivos de fondo en la fase inicial (pese a que ahora se pueda producir con relación a las cláusulas abusivas), no parece el sistema más adecuado. Y no lo es por lo que arrastra de lentitud, porque el ejecutado antes de la Ley 1/2013 siempre tenía la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo posterior sin ver mermado su derecho de defensa y porque, si el título es finalmente nulo por abusivo, el deudor tendrá que devolver el dinero prestado.

Por eso, la posibilidad que ofrece el legislador cuando sitúa el artículo 552.3 en el umbral de la ejecución, antes de la fase de contradicción, no puede extenderse más que a los supuestos que regula el recién introducido de la existencia de cláusulas abusivas.

El acreedor sí sufriría indefensión si la Audiencia confirma la denegación del despacho de ejecución dictada por el juzgador de Primera Instancia con base en un defecto formal y no se le permitiese subsanar en el mismo procedimiento o presentando un segundo procedimiento ejecutivo con el título subsanado. Obligarle a iniciar un procedimiento declarativo cuando solo se le ha permitido impugnar la oposición en la fase contradictoria no solo parece excesivo⁷ (art. 560 de la LEC), sino contrario a la posibilidad que otorga el artículo 562 de la LEC a todas las partes que intervienen en la ejecución.

Prueba de que puede subsanar los defectos formales en el propio procedimiento la constituye el artículo 562 de la LEC que permite al ejecutante denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución por medio del recurso de reposición, o mediante la presentación de un escrito o presentando incidente de nulidad de actuaciones. El precepto que es aplicable a todo el curso de la ejecución se refiere a defectos procesales en los que deben incluirse la subsanación formal del título.

Por tanto, no es de recibo la posición de los tribunales que pretendieran negar la subsanación de los defectos procesales en el mismo procedimiento por considerarse distintos a los defectos formales del título. Dicha subsanación será posible en aplicación del artículo 562 aplicable a todo el curso de la ejecución y del 559 de la LEC.

Como se advierte, la redacción de la LEC no es muy clara cuando ubica el artículo 552 en la fase anterior en la que el juzgador examina si admite el despacho de ejecución refiriéndose a las cuestiones de fondo del acreedor y en la que no se dice nada sobre la subsanación del título. Subsanación que sí se permite en el artículo 559 de la LEC en la fase de contradicción de las partes, en sintonía con el 231 del mismo texto legal.

Para ir tomando posiciones debe apuntarse que, pese a que la LEC huye del doctrinalismo, no deja dudas sobre la consideración de la ejecución forzosa

como un procedimiento sumario (por la limitación de alegaciones), en el que se limitan las causas de oposición. Pero donde la LEC establece mayores grados de sumariedad es en el inicio de la ejecución de títulos no judiciales cuando no se despacha ejecución por un defecto formal.

Todo lo que acaba de decirse tiene relación con el objeto principal de este análisis sobre que el acreedor pueda, si se le ha denegado el despachado de ejecución por el juzgador a *limine litis*, presentar un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título no judicial una vez subsanado, debido a que se trata de una cuestión formal a la que, como explicaré, no puede estar incluida en el artículo 552.3. No ocurre lo mismo con las cuestiones de fondo o materiales, que pueden ser tratadas posteriormente en la fase de contradicción con limitación de excepciones, y después en un procedimiento declarativo si no han constituido ya cosa juzgada.

Como veremos, en nuestro Ordenamiento jurídico el efecto de la cosa juzgada solo lo producen las sentencias de fondo dictadas en juicios plenarios, no las dictadas en juicios sumarios de cognición limitada⁸.

La Exposición de Motivos expuesta es indudable y más claro aún es el artículo 222 de la LEC que no recoge ni menciona los defectos formales cuando describe el contenido de la cosa juzgada⁹, reduciéndolo a las pretensiones materiales o causa de pedir.

IV. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3

La redacción del artículo 552.3 de la LEC, su interpretación aislada (al margen de lo dispuesto en el apartado 1 del propio precepto), la discordante regulación de la cosa juzgada y de la preclusión, la regulación conjunta de las ejecuciones de títulos judiciales y extrajudiciales en la nueva LEC, y su improvisada modificación para adaptarla a la justicia comunitaria sobre cláusulas abusivas¹⁰, ha confundido a algunos ilustres procesalistas, docentes y magistrados que han denegado una segunda ejecución tras haber sido denegada la primera por defectos formales del título no judicial.

La *quaestio iuris* es determinar si la LEC prohíbe, en todos los casos, dos procedimientos ejecutivos sucesivos con el mismo título no judicial.

Un análisis pausado de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LEC, la separación del régimen de ejecución de los títulos judiciales y de los extrajudiciales, de las distintas fases por las que transcurre la ejecución, de la diferencia de los defectos formales, de los procesales y de las cuestiones sustantivas que se puedan suscitar, de los defectos subsanables e insubsanables y la alusión en su texto a *sentencias y resoluciones firmes*, en las que el acreedor hace valer sus derechos contenidos en la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución, nos ha de llevar a la conclusión de que el

ejecutante tiene la opción de presentar un sucesivo segundo procedimiento de ejecución si se le ha denegado la primera ejecución por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título no judicial.

Desde luego, el acreedor podrá optar por un procedimiento declarativo posterior, pero eso no le priva de optar por un nuevo procedimiento ejecutivo.

Entre los autores más significativos contrarios a esta interpretación se encuentra DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, I.¹¹, que se limita a manifestar que la decisión del tribunal denegando la ejecución es recurrible en apelación por el ejecutante, en todo caso, aunque, si así lo desea, puede intentar también la reposición previa. Cuando al ejecutante se le deniegue definitivamente, por un auto firme, el despacho de ejecución, la única vía judicial que le queda libre es la de intentar un proceso de declaración en que reclame el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, cuando el título sea judicial, hay que tener en cuenta que en el segundo proceso declarativo se podrá apreciar la cosa juzgada si pretende reclamar lo mismo que se decidió anteriormente.

También MONTERO AROCA, J.¹² entiende que «Si falta algún presupuesto procesal o se ha incumplido algún requisito procesal, el tribunal dictará auto denegando el despacho de la ejecución. Dicho auto es susceptible de reposición facultativa, pues contra el mismo cabe apelación directa. Si el auto se convierte en firme, el acreedor no podrá intentar de nuevo que se despache la ejecución con el mismo título, pudiendo acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda, sin perjuicio de la posible cosa juzgada cuando se trate de sentencia o de resolución firme (art. 552 LEC)».

CARRERAS MARAÑA, J.M.¹³ también deduce que «Si el Auto es confirmado y deviene firme, goza del valor de cosa juzgada, en el sentido de que no puede volver a plantearse el despacho de ejecución por el mismo título. En consecuencia, el acreedor deberá acudir al juicio declarativo que corresponda para obtener la satisfacción de su pretensión. Ello supone que si el título es contractual no habrá objeción alguna y en el juicio declarativo correspondiente se determinará la eficacia del título, si bien no como título con fuerza ejecutiva, sino como título que fundamenta la acción declarativa. Ahora bien, si el título ejecutivo es una sentencia o resolución judicial (art. 517.2.1^a y 3^a LEC) habrá que verificar si el inicio del nuevo proceso puede estar afectado por la excepción de cosa juzgada, formal (art. 207.3 LEC) o material (art. 222 LEC)».

GARBERÍ LLOBREGAT¹⁴ ha realizado una interpretación indescifrabla del artículo 552.3 LEC confundiendo lo que es la cosa juzgada formal (207 LEC) y material (222 LEC), y concluyendo, como principal efecto negativo o excluyente, la imposibilidad de volver a entablar una demanda ejecutiva en las mismas condiciones tanto de los títulos que denomina (con los criterios de la LEC de 1881) títulos de ejecución en sentido estricto (sentencias firmes de condena, resoluciones judiciales equiparadas, y laudos arbitrales), como de los

títulos que califica como títulos de ejecutivos tradicionales (recogidos ahora en los núms. 4.^º a 7.^º del art. 517.2 de la nueva LEC).

GARBERÍ LLOBREGAT añade que, si se trata de un título extrajudicial y el defecto es subsanable podrá presentar un procedimiento declarativo si lo hace dentro del plazo de caducidad de la acción. Si el título es judicial y la irregularidad material o procesal insubsanable, el acreedor no dispondrá de ninguna vía procesal para obtener la satisfacción del derecho que afirme ostentar. Si es subsanable podrá reclamar dicho derecho por los cauces de un proceso declarativo siempre, que como preconiza el artículo 552.3, al mismo no obste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firmes en que se hubiese fundado la demanda de ejecución.

FLORS MARÍES, J.¹⁵, expone que «*Una vez firme el auto que deniega el despacho de ejecución se agota con dicho pronunciamiento la posibilidad de ejercitar la pretensión ejecutiva, y el acreedor ya solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a ello la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiera fundado la demanda ejecutiva. Esta previsión, que es consecuencia de los efectos derivados de la firmeza de la resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 207.3 LEC, (...).*

Esta errónea interpretación de lo que quiere decir el artículo 552.3 de la LEC contradice la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada material pero sobre todo aniquila toda la estructura de la ejecución regulada en la LEC.

Las opiniones de los autores citados no son defendibles ni siquiera ateniéndose a la deficiente redacción del artículo 552.3 LEC. La única explicación que cabe en estas suposiciones es que, en su mayoría, se han hecho sin pensar en la posibilidad de presentar nueva demanda ejecutiva basada en los títulos ejecutivos no judiciales (tradicionales) una vez subsanados, cuando el primer despacho de ejecución ha sido rechazado por *defectos formales*. Creo que estos autores se han obsesionado con la imposibilidad de presentar un nuevo procedimiento ejecutivo en los supuestos de títulos judiciales en los que se hayan resuelto cuestiones sustantivas y se han olvidado de los defectos formales.

Solo una lectura superficial y aislada del artículo 552.3 LEC puede llevar a concluir que, cuando el ejecutante ya ha utilizado el título extrajudicial, en un procedimiento de ejecución anterior, no puede volver a utilizarse en un segundo procedimiento de ejecución.

Para contradecir esas opiniones deben tenerse en cuenta muchas circunstancias de las que hemos apuntado que están resueltas en el propio artículo 552 y globalmente en la Exposición de Motivos y otros preceptos de la LEC. Entre otras: la extensión de la cosa juzgada y la preclusión en la LEC, si se trata de títulos judiciales o extrajudiciales, si la denegación se basa en defectos formales, procesales o en fallos que afecten a los derechos sustantivos del acreedor, si son subsanables o no.

A continuación examinaremos cómo aquella interpretación no encaja en la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada y la preclusión, pero tampoco en lo que realmente quiere precisar el artículo 552.3 de la LEC¹⁶.

Las opiniones doctrinales opuestas felizmente no son aplicadas por la mayoría de los juzgados en los casos en que no se ha despachado la primera ejecución por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título. La prueba es que apenas existen sentencias de las Audiencias a favor de denegar la ejecución por interponer el acreedor un nuevo procedimiento ejecutivo de título extrajudicial por causa de haber sido utilizado anteriormente por razones formales.

Ante la oscuridad de la LEC sobre admitir un nuevo procedimiento ejecutivo de título extrajudicial después de haberse denegado la ejecución del primero por motivos formales, el fundamento principal debemos encontrarlo en la línea interpretativa constante del Tribunal Constitucional que desde la Sentencia 110/1995, de 7 de febrero se proyecta sobre una vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a favor del derecho de acceso a la jurisdicción y que, en las causas de inadmisión de demanda ejecutiva, entiende que «*el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello*». El Alto Tribunal prohíbe, en el acceso a la jurisdicción, la arbitrariedad, la irrazonabilidad o el error patente, y muy especialmente aquellas decisiones de inadmisión —o de no pronunciamiento sobre el fondo— que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión —o no pronunciamiento sobre el fondo— preservan y los intereses que sacrifican.

En base a este criterio es lógico que excepcionalmente algunos juzgados decidan denegar nuevamente el despacho de ejecución solicitado y, en consecuencia, no admitir la nueva demanda ejecutiva presentada, si a la parte ejecutante se le requirió mediante Diligencia de Ordenación en el primer procedimiento para subsanar el defecto sin que la parte hubiera dado cumplimiento¹⁷. Lo mismo que cuando la ejecución instada haya sido denegada con anterioridad por un auto que no fue recurrido por el ejecutante y que devino por ello firme¹⁸.

Sin embargo, esta doctrina no puede ser aplicable cuando el Tribunal ni ha querido ni ha permitido a la parte subsanar el defecto, después de haber agotado todos los recursos posibles. Probablemente porque haya considerado una irregularidad en el título no subsanable.

Basta que algún tribunal haya interpretado o pueda interpretar el artículo 552.3 erróneamente con apoyo en la doctrina anterior, para que pueda producirse un cuantioso y en algún caso descomunal perjuicio.

Este es el caso del Auto núm. 296/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre en el que se rechaza el segundo procedimiento ejecutivo

porque se presenta nuevamente el título que ya se acompañaba en el primer procedimiento ejecutivo donde se establece que¹⁹ para que se pueda presentar una nueva ejecución en el que se pretende la ejecución del título consistente en seguro de afianzamiento de las cantidades anticipadas para la compraventa de viviendas, en concreto respecto del contrato suscrito en fecha de 17 de mayo de 2007. Sobre el mismo título ya se pretendió por el ejecutante una anterior ejecución que fue denegada al no reunir el título esgrimido el requisito de la justificación o acreditación de la falta de entrega de la vivienda dentro del plazo estipulado, y todo ello de conformidad con lo establecido en la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968, 1335), según consta en el Auto dictado en fecha del 20 de abril de 2010 (folio 117). En el actual procedimiento, la parte ejecutante esgrime el mismo título acompañando ahora certificado del Ayuntamiento de Ocaña que determina la falta de solicitud de licencia de primera ocupación por la entidad constructora afianzada, y la falta de emisión de la misma, viiniendo así a subsanar la omisión del primer procedimiento, subsanación que no cabe en modo alguno dentro de la vía ejecutiva por imperativo del artículo 552.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que necesariamente remite al acreedor una vez denegado el despacho de ejecución, al proceso ordinario correspondiente. No se trata por tanto del planteamiento de la excepción de cosa juzgada en sentido formal, sino del agotamiento de una vía especial con remisión ulterior a la ordinaria, y ello con la finalidad evidente de evitar ejecuciones sucesivas en función de la complementación o adecuación, también sucesiva, de títulos a los que inicialmente se les deniega el despacho de ejecución. Lo expuesto debe conducir por tanto a la estimación del recurso formulado, y de la oposición en su día planteada. Se declara que, por aplicación del artículo 552.3 LEC, no cabe en modo alguno subsanar defectos anteriores que determinaron la desestimación de la anterior ejecución con una nueva vía ejecutiva, pues el uso del primer ejecutivo «supone el agotamiento de una vía especial con remisión ulterior a la ordinaria, y ello con la finalidad evidente de evitar ejecuciones sucesivas en función de la complementación o adecuación, también sucesiva, de títulos a los que inicialmente se le deniega el despacho de ejecución»:

Entre los supuestos de rechazo, lógicamente, habrá que incluir los casos en que se deniega ejecución cuando se presenta el segundo procedimiento de ejecución con el título no judicial sin subsanar²⁰.

Para evitar incluso casos aislados como el anterior, parece oportuno explicar las muchas razones por las que el apartado 3 del artículo 552 LEC no puede interpretarse en el sentido que ha quedado expuesto en los supuestos de denegación de ejecución de vicios formales o de falta de requisitos o irregularidades de un título extrajudicial subsanable. En estos casos podrá presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo con el título subsanado, sin perjuicio de que pueda optar también por el procedimiento declarativo con el mismo título (siempre que la cuestión no constituya cosa juzgada).

Pese a ello, aunque excepcionalmente hemos encontrado algunas sentencias rechazando el segundo procedimiento ejecutivo, resulta que el rechazo en los casos concretos de esas sentencias también puede ser utilizado en apoyo de nuestra tesis.

Citamos así alguna sentencia que, aunque parezcan contradecir nuestro estudio, también confirman la posibilidad de utilizar en dos juicios consecutivos el mismo título. Este es el caso de la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a) núm. 979-2001 de 3 de diciembre (*JUR* 2002, 108975)²¹ que se pronunció sobre un caso, en el que el ejecutante pretendió subsanar los defectos cometidos en la liquidación de un anterior ejecutivo que fue declarado nulo, presentando otro juicio ejecutivo con una nueva liquidación eliminando los intereses moratorios en lugar de un declarativo. La Sala entendió que *la entidad actora-apelante, intentó en el segundo juicio ejecutivo reproducir la acción ejecutiva fundada de póliza de préstamo, introduciendo en el nuevo debate otra liquidación del saldo deudor con eliminación de los intereses moratorios, y pretendiendo la subsanación del defecto de que adolecía la anterior y que provocó la declaración de nulidad del precedente juicio ejecutivo por iliquidez de la deuda reclamada. La sentencia impugnada apreció la excepción de cosa juzgada opuesta por los ejecutados. «Sin embargo, lo que resulta improcedente a todas luces es que, tras un primer juicio ejecutivo en el que recae sentencia declarando la nulidad del mismo, vuelva reiterativamente a plantearse no ya un proceso declarativo y plenario, sino una nueva demanda también ejecutiva, de la misma naturaleza sumaria y privilegiada, concurriendo identidad de sujetos, objeto y “causa petendi”, en la que incluso se silencia la nulidad del juicio ejecutivo anterior, y con alteración de la liquidación precedente, olvidando, de otra parte, que la nueva liquidación, como certeramente indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de julio de 1996, no es un hecho nuevo y diferente sino otra nueva prueba sobre el mismo hecho, y de otra parte, que la actuación jurisdiccional no puede convertirse en un mecanismo de subsanación de sucesivos defectos apreciados en sentencias adversas recaídas en procesos precedentes, de suerte que la utilización de un juicio privilegiado nunca puede estar en función de la depuración de deficiencias detectadas en otros anteriores».*

Esta Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a) núm. 979-2001 de 3 de diciembre y la Sentencia que cita de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de julio de 1996, aunque parezca que impiden un posterior juicio con el mismo título ejecutivo ya subsanado, en realidad vienen a confirmar lo contrario.

Estas sentencias como todas las que admiten con regularidad un segundo procedimiento de ejecución a las que no se da especial publicidad, corroboran varias cuestiones que interesa señalar en apoyo de lo que luego se dirá:

- a) Las indicadas sentencias comienzan por homologar la jurisprudencia interpretativa del artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de

1881 permitiendo que, tras el precedente juicio ejecutivo —privilegiado y expeditivo, especial y sumario—, pueda establecerse ulterior juicio (ejecutivo u ordinario) sobre la misma cuestión, pero con ciertas restricciones ya que no pueden volver a discutirse excepciones y motivos de nulidad que pudieron y debieron oponerse en el seno de aquel (SSTS de 28 de febrero de 1998 y 28 de febrero de 2001), de manera que la excepción de cosa juzgada opera respecto de las cuestiones que pudieran ser alegadas y discutidas en el anterior juicio especial y sumario.

- b) Aseguran que en el procedimiento declarativo regulado en el artículo 564 de la nueva LEC puedan conocerse todas las acciones y excepciones que no pudieron invocarse en los procedimientos ejecutivos anteriores, independientemente del tiempo en que se hayan producido.
- c) En las citadas sentencias se trataba de procedimientos ejecutivos anteriores que se habían declarado nulos.
- d) No permiten volver a conocer en el segundo procedimiento hechos (en concreto un nuevo importe de la deuda liquidada distinta a la presentada anteriormente) que no sean nuevos, entendiendo que la nueva liquidación, no es un hecho nuevo y diferente sino otra nueva prueba sobre el mismo hecho.
- e) Ratifican que sí se puede volver a conocer en el segundo procedimiento derechos que no hayan podido conocerse en el primer procedimiento porque no se hubiere cumplido un requisito formal como el que se deriva a favor de los títulos ejecutivos subsanados para ejercitarse nuevamente la acción ejecutiva.

Volvamos al caso del tribunal que, de forma aislada²², ha considerado, por aplicación del artículo 559 de la LEC, que no tiene el mismo tratamiento un defecto procesal que un defecto formal del título y en base a ello entendió que la denegación del despacho de ejecución de una escritura de préstamo, porque la Diligencia Notarial no se había expedido con la manifestación del escribano de que *no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo*, es un defecto del título, y por tanto no subsanable con arreglo al artículo 559 de la LEC.

Evidentemente el acreedor, subsanó la Diligencia Notarial e inició un nuevo procedimiento ejecutivo, planteándose ante la Sección Sexta de la Audiencia de Sevilla la cuestión objeto de este trabajo, que se resuelve por Auto núm. 20/17 de veintiseis de enero de dos mil diecisiete que en su FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO dice: *Se invoca infracción de los artículos 551, 552.3, 559 y 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por permitir dos procedimientos ejecutivos sobre los mismos títulos. El motivo no puede acogerse. En efecto, con anterioridad, y en base al mismo préstamo hipotecario, se había instado procedimiento de ejecución dineraria que dio lugar a la ejecución 304/2012 en el Juzgado 11 de Sevilla, desestimada tanto en la primera instancia como en*

sede de apelación por este mismo Tribunal, con base en que el título presentado, por defectos formales insubsanables en tal ejecución, carecía de fuerza ejecutiva. Mas, ello no ha impedido que se pudiese volver a presentar nueva demanda de ejecución aportando un título que si tiene fuerza ejecutiva, porque ya no presenta los defectos del anterior; se trata de un nuevo título a virtud de la nueva diligencia extendida por el Notario, y aunque deriva de un mismo préstamo hipotecario y se reclama la misma cantidad, no existe el peligro de doble ejecución, que trata de conjurar la exigencia de la expedición de copia con fuerza ejecutiva, puesto que se certifica la no expedición anterior de otra con igual carácter.

Se considera que el título con la Diligencia Notarial subsanada es un hecho nuevo consistente en que ahora reúne los requisitos para ser ejecutivo y antes no. El nuevo título subsanado no es un hecho sino que configura un nuevo derecho.

No obstante, para evitar incluso casos aislados como los anteriores, parece oportuno explicar las muchas razones por las que el apartado 3 del artículo 552 LEC no puede interpretarse en el sentido que ha quedado expuesto en los supuestos de denegación de ejecución de vicios formales, de falta de requisitos o irregularidades de un título extrajudicial subsanable. En estos casos, insistimos, podrá presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo con el título subsanado, sin perjuicio de que pueda optar también por el procedimiento declarativo con el mismo título (siempre que la cuestión no constituya cosa juzgada). Como venimos aclarando el objetivo de este trabajo es analizar las contradicciones a que nos llevaría la teoría contraria y los artículos esenciales en los que se basa la ejecución civil en España que confirman la posibilidad de presentar dos procedimientos ejecutivos sucesivos con el mismo título no judicial una vez subsanado el defecto formal del que adolecía en el primer procedimiento.

Hay doctrina que ha entendido la mecánica de la ejecución regulada en la LEC como confirma María Luisa SEGOVIANO cuando manifiesta que *No parece razonable que se entienda que el tribunal pueda denegar el despacho de ejecución por falta de algún presupuesto, (como la irregularidad formal del título) y que, con posterioridad, el acreedor no pueda solicitar de nuevo la ejecución, una vez presentada la demanda ejecutiva en forma de nuevo. Ello solo puede admitirse si se parte de la posibilidad de subsanación de la demanda ejecutiva defectuosa, previo requerimiento del tribunal y de que el acreedor no la haya subsanado en plazo concedido²³.*

Evidentemente, la única resolución procesal que produciría cosa juzgada se daría, si se pretendiese iniciar otro proceso ejecutivo manteniéndose inalteradas las circunstancias del anterior. En el ejemplo expuesto, sucedería si se volviese a presentar la escritura de préstamo sin la diligencia notarial que se incorporó posteriormente.

A continuación desarrollo las razones incuestionables expuestas en las que baso esta tesis consistente en que nuestra LEC no prohíbe presentar un segundo procedimiento ejecutivo cuando el ejecutivo anterior ha sido rechazado por el juzgador por un defecto formal (falta de presupuestos, requisitos o por irregularidades del título).

V. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEC

La cuestión, desde un punto de vista general viene resuelta en la Exposición de Motivos de la LEC cuando razona que: *Por otra parte, dado que la oposición a la ejecución solo se abre por causas tasadas, la Ley dispone expresamente que el auto por el que la oposición se resuelva circunscribe sus efectos al proceso de ejecución. Si se piensa en procesos declarativos ulteriores a la ejecución forzosa, es obvio que si esta se ha despachado en virtud de sentencia, habrá de operar la fuerza que a esta quepa atribuir.*

Como vemos la Exposición de Motivos aunque se refiera a la fase de oposición, no excluye el rechazo de la ejecución a *limine litis*.

Esta frase de la Exposición de Motivos conecta con lo dispuesto en el artículo 552.3 de la LEC porque ambos textos se refieren solo a la ejecución despachada por sentencia y no incluye a los defectos formales de los títulos contractuales al inicio del procedimiento de ejecución.

Pero para que no haya dudas sobre los efectos de la cosa juzgada formal en los Autos o sentencias que impiden que se despache ejecución por defectos formales y la aplicación de la cosa juzgada material a los pronunciamientos sobre el fondo es más clarificador el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos: *En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, rehuyendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos.*

Evidentemente también el artículo 552.3 se refiere a sentencias sobre cuestiones de fondo.

VI. EL OBJETO DE REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3 LEC. LA PRECLUSIÓN

De lo expresado se deduce (*contrario sensu*) que el apartado 3 del artículo 552 de la LEC no prohíbe presentar un segundo procedimiento ejecutivo

cuando el ejecutivo anterior ha sido rechazado por el juzgador en el umbral de la ejecución por un defecto formal del título no judicial (falta de presupuestos, requisitos o por irregularidades del título).

Como queda dicho, el artículo 552.3 se refiere solo a resoluciones y sentencias, por lo que no hace referencia alguna a los procedimientos ejecutivos fundamentados en títulos contractuales.

El citado párrafo, regula una cuestión diferente a la citada prohibición imaginada por los autores citados. En realidad lo que ordena son los efectos de la preclusión y cosa juzgada en los procedimientos de ejecución de títulos judiciales y solo en los supuestos de denegación fundamentada y concerniente a derechos sustantivos del acreedor (causa de pedir), tratados en la sentencia que se ejecuta. Solo en la ejecución de una resolución judicial, se puede plantear la necesidad de acudir al procedimiento declarativo del artículo 552.3 si no han sido resueltos en el procedimiento anterior. A él se refiere BLANDINO GARRIDO, M.A.²⁴ cuando manifiesta para la cuestión de fondo relativa a las cláusulas abusivas, que «*El auto que deniega el despacho de la ejecución, una vez adquirida la firmeza, producirá la preclusión definitiva del proceso de ejecución (art. 552.3 LEC)*».

Efectivamente la cuestión de fondo relativa al análisis de las cláusulas abusivas es la única que impedirá iniciar un segundo ejecutivo. Pero no lo impedirán el resto de causas de fondo, ni las formales que puedan subsanarse.

Lo que quiere expresar el artículo 552.3, como ya recogía el artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, es que el efecto de cosa juzgada se produce respecto de todas aquellas cuestiones materiales o sustantivas que han podido ser plenamente debatidas en el anterior (Ejecutivo o Declarativo) con independencia de si han sido o no suscitadas²⁵.

El artículo 552.3 trata de delimitar la preclusión y cosa juzgada de las cuestiones materiales o de fondo que ya han sido tratadas o que se han podido tratar en el procedimiento declarativo de donde proceden. Habrá otras que puedan haber ocurrido después de la sentencia o resolución judicial o que no pudieron tratarse que podrán abordarse en un procedimiento declarativo anterior. La clave para entender el artículo 552.3 de la LEC se establece en la Exposición de Motivos de la LEC cuando trata las causas de oposición en los procedimientos de ejecución de títulos judicial y manifiesta que *solo se regulan unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración, como si la ejecución de una sentencia firme pudiera consistir en operaciones automáticas y resultase racional prescindir de todo cuanto haya podido ocurrir entre el momento en que se dictó la sentencia y adquirió firmeza y el momento en que se inste la ejecución*.

Lo que resultaría absurdo es que el ejecutante tuviera que ir a arreglar un defecto formal al procedimiento declarativo.

En efecto, esas pocas causas de fondo constituyen cosa juzgada para un procedimiento declarativo posterior, pero hay otras causas de fondo que son

anteriores a la sentencia del declarativo que se ejecuta y que probablemente no se hayan podido tratar, las cuales pueden conocerse en un procedimiento declarativo posterior.

En lo único que cambia la nueva LEC es que, ahora, aquellas cuestiones tratadas por el acreedor, o que pudo hacer valer en el procedimiento de ejecución, que afecten a sus derechos sustantivos, pueden ser conocidas nuevamente en el procedimiento declarativo posterior si no pudieron tratarse. Las que no pudieron ser vistas no constituyen cosa juzgada.

El artículo 552.3 no regula la excepción de cosa juzgada atendiendo a un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título que el primero, sino que solo regula las excepciones de la cosa juzgada y la preclusión en un procedimiento declarativo posterior a un primer procedimiento de ejecución de título judicial (resoluciones y sentencias como refiere literalmente el precepto).

Los autores contrarios a nuestra tesis no advierten las distintas fases de la ejecución, ni que la LEC separa los efectos de la ejecución de los títulos judiciales de la de los títulos extrajudiciales, así como el tratamiento de los defectos subsanables y no subsanables del título.

Aunque, en algunos casos, la LEC los trate en los mismos preceptos, como ocurre en el artículo 552, cada uno tiene su régimen

La nueva LEC no ha olvidado la sumariedad como característica especial de los procedimientos de ejecución de los títulos no judiciales. No comprende la misma sumariedad la ejecución de una sentencia firme que haya concluido un procedimiento declarativo anterior (552.3 donde ya se han debatido, o hayan podido debatirse, los distintos derechos de ambas partes), que la ejecución de una póliza o escritura pública (551.1), en la que el juzgador no haya despachado ejecución por un defecto que el juzgador considere insubsanable. Sumariedad que se refleja en toda su estructura como se observa en la limitación de las causas de oposición, por más que la LEC las regule conjuntamente en varios preceptos.

Como acaba de ser expuesto, los autores citados, cuando concluyen que el artículo 552.3 incluye todas las causas de denegación del despacho de ejecución, no perciben que ese apartado se refiere exclusivamente a sentencias sobre los derechos sustantivos del acreedor que pueden plantearse como cosa juzgada. No pueden existir cuestiones formales porque se trata de una sentencia o resolución procesal firme que ha resuelto cuestiones de fondo, mientras que en las sentencias o Autos donde se deniega la ejecución por razones formales o procesales no existe la cosa juzgada. El artículo 552.3 no está vedando la posibilidad de presentar un nuevo procedimiento ejecutivo cuando su resolución no constituye cosa juzgada. Y no constituye nunca cosa juzgada la denegación de la ejecución por falta de presupuestos, requisitos o por irregularidades del título si se pueden subsanar.

En conclusión, la doctrina indicada confunde también las distintas causas de denegación de la ejecución. El apartado 3 del precepto lo único que trata (como

toda la regulación de la ejecución en la LEC) es de aligerar el procedimiento de ejecución de una serie de excepciones que pueden relentizar su desarrollo.

En ningún caso pretende limitar los derechos del acreedor al que permite acudir al procedimiento declarativo para tratar de aquellas cuestiones de fondo que no pudo tratar en el procedimiento declarativo anterior y en la ejecución de su sentencia y en el caso de los defectos formales en los títulos contractuales nada le impide acudir a un nuevo procedimiento ejecutivo.

Y así como para un primer procedimiento ejecutivo los artículos 556 y 557 de la LEC limitan las excepciones que puede plantear el deudor, remitiéndole para las que se le prohíbe plantear al procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC, lo mismo hace el artículo 552.3 para las cuestiones sustantivas que no hayan precluido para el acreedor en las actuaciones procesales anteriores.

La confusión viene motivada, como se ha dicho, por la regulación conjunta de todo tipo de ejecuciones (de títulos judiciales y extrajudiciales) y de una incomprendición de la separación de sus consecuencias en los distintos preceptos. El legislador ha tratado de distinguir en el mismo precepto 552 los distintos títulos de ejecución sin mucho éxito, pero en una interpretación sistemática es muy evidente y evita de forma inmediata toda tergiversación, la separación de la ejecución de los títulos judiciales (552.1) de la de los títulos extrajudiciales (552.3), como de los defectos procesales (subsanables y no subsanables), y la de los defectos formales en el título (552.1) y con los que afectan a derechos sustantivos (552.3), cada una con su distinto régimen.

Las diferencias además se perciben con una interpretación sistemática y reflexiva de toda la ejecución donde se diferencian los distintos actos procesales, quien tiene la potestad de decidirlos y hacerlos valer, si concurren defectos procesales o irregularidades del título y su posible subsanación o se limitan derechos sustantivos y si están sometidos al mismo régimen de impugnación.

Quienes se muestran contrarios a la permanencia de la ejecutividad del título extrajudicial en el segundo procedimiento, hacen una lectura aislada del precepto 552.3, prescindiendo de una exégesis de lo que el mismo precepto dispone en el párrafo 1. Y es que no se puede entender el párrafo 3 del artículo 552.3 sin advertir el párrafo 1 del mismo artículo 552 que regula otros títulos y otras causas de denegación de la ejecución. Tampoco se puede prescindir de otros preceptos del mismo texto legal a los que necesariamente hay que acudir.

Debido a esta separación, quien lea aisladamente el párrafo 3 sin relacionarlo con lo dispuesto en el párrafo 1, puede llegar a interpretar erróneamente que, tanto la denegación de ejecución (por decidir el juzgador que no concurren en los títulos extrajudiciales los requisitos formales²⁶⁾, como la posibilidad de que el acreedor pueda hacer valer sus derechos, son la misma cosa y están sometidas al mismo régimen.

La nueva LEC no ha variado en su intención con relación a lo que la anterior venía regulando en los artículos 919 y siguientes²⁷⁾, en la cual nunca se hizo una

interpretación en el sentido de no poder presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo con el mismo título si este se ha subsanado. En este caso no hay identidad en la causa de pedir porque en el primer procedimiento faltaba un requisito formal necesario para dar fuerza ejecutiva al título y en la nueva ejecución no.

El título contractual que se presenta nuevamente subsanado no es ni una sentencia ni una resolución judicial por lo que no puede producir cosa juzgada. Para que opere la excepción de la cosa juzgada, en el proceso anterior debieron agotarse las cuestiones del caso. Y es evidente que en el nuevo juicio ejecutivo el ejecutante si quiere que prospere su demanda ha de presentar el título con el defecto formal subsanado²⁸. Por tanto en los dos pleitos la cosa que se discute y la causa de pedir no es la misma al carecer en el primero de los requisitos necesarios para la ejecución que son cumplidos en la segunda demanda ejecutiva.

En verdad puede decirse que la acción ejecutiva nunca se ha planteado cuando en el primer procedimiento no reunía los requisitos legales necesarios.

En el supuesto de falta de requisitos se trata de una cosa juzgada formal o defecto propio y exclusivo del pleito en que se comete, que no puede trascender ni tiene repercusión en los demás, siendo por tanto subsanable en cualquier otro²⁹.

La sentencia que resuelve sobre la inexistencia de uno de los llamados presupuestos procesales, implica cosa juzgada formal y, aunque parezca paradójico produce un efecto de cosa juzgada material, por lo menos en sentido positivo, en cuanto el fallo declaratorio de que existe un defecto procesal vincula a todo otro Juez ante el que quisiera reproducir la demanda sin haber subsanado el título³⁰. Pero no le vincula cuando ahora se presenta subsanado con todos los requisitos legales.

Los defectos procesales, en realidad, siguen constituyendo cosa juzgada formal (art. 207 de la LEC), por tanto vinculan solo en el juicio donde se ha denegado la ejecución³¹. Lo mismo que sucede con los defectos del título no judicial que, si se subsanan, podrán presentarse en juicios venideros si el defecto se ha subsanado.

Desde luego no puede haber duda a la hora de iniciar un segundo procedimiento de ejecución cuando el Tribunal no ha permitido subsanarlo en el procedimiento ejecutivo anterior. Subsanación que ha de permitirse en los casos de defectos procesales como en los casos de defectos en el título, si ello es posible.

En efecto, hay muchas sentencias que aprecian correctamente la excepción de cosa juzgada de una primera sentencia firme alcanzada en un procedimiento declarativo y desestiman la segunda demanda en ejercicio de acciones declarativas anteriores o ejecutivas basadas en un título judicial. La diferencia con los defectos formales o irregularidades de un título extrajudicial es que la ejecución de títulos judiciales, procede de un procedimiento declarativo anterior³² terminado en sentencia. Donde aquellas, se habrán discutido cuestiones de fondo distintas a un mero rechazo del juzgador *a limine litis* de la ejecución por falta de presupuestos o requisitos del título (que es lo que regula el art. 552.1 LEC).

Por eso es lógico que las cuestiones de fondo de los procedimientos declarativos en los que se ejecuta la sentencia constituyan cosa juzgada. Pero no sucede lo mismo con defectos formales de títulos no judiciales

VII. LA PRECLUSIÓN

El artículo 552.3 está en sintonía con lo dispuesto en el artículo 400 LEC sobre la preclusión de las cuestiones de fondo o sustantivas que establece:

Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Y continua diciendo el mencionado precepto que «de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».

Obsérvese que ni siquiera el artículo 400 de la LEC en su interpretación más estricta sobre la preclusión impide la subsanación de defectos formales, al referirse solo a las pretensiones materiales (causa de pedir) que se pueden aducir en el primer procedimiento

Se prohíbe que la causa de pedir sea la misma en ambos procesos. La causa de pedir consiste en el hecho jurídico o título (en sentido material) que sirve de base al derecho reclamado y no en la acción ejercitada. Nunca consiste en un defecto formal, sea procesal, sea del título. Y la identidad en la causa de pedir se da en aquellos supuestos en que se produce una perfecta similitud en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción, estando integrada la causa de pedir por el conjunto de hechos esenciales para el efecto jurídico pretendido por el actor.

El artículo 400 impide que los hechos esenciales, las circunstancias fácticas que determinan la obligación de los demandados (la causa de pedir), no pueden ser las mismas en el pleito anterior resuelto por sentencia firme y en el proceso posterior.

Las cuestiones probatorias sobre el derecho sustantivo del acreedor, que pudieron hacerse en el anterior pleito, no se pueden enmendar en el nuevo juicio. Cuando se habla de hechos, razones o fundamentos que sustenten una causa de pedir se hace referencia a los que afectan a los derechos sustantivos, los cuales pudieron aportarse y debieron acreditarse en el pleito anterior. No es admisible reservar su alegación para un proceso ulterior (552.3). Pero eso no sucede cuando el juzgador ha denegado despachar una ejecución de un título extrajudicial por falta de requisitos formales o defectos procesales (art. 552.1 LEC).

El artículo 400 LEC no se refiere en ningún caso a las cuestiones formales.

En el ejemplo de la denegación de ejecución, porque el Notario no hubiera expedido la Diligencia de que no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo, evidentemente se trataba de una cuestión sumaria, un defecto extrínseco, con que lo lógico es que el acreedor, si presenta un nuevo procedimiento ejecutivo aporte el mismo título con dicho presupuesto subsanado. El acreedor nada puede hacer frente a la definitiva decisión del juzgador denegándole la ejecución en el primer procedimiento si no le permite subsanar. Por ejemplo porque piense que los presupuestos del título no son subsanables por que el juzgador piense (como vimos) que no son defectos procesales. Pero nada le impide plantear un nuevo procedimiento ejecutivo con el mismo título, subsanada la Diligencia Notarial.

El artículo 400 LEC, lejos de contradecir el artículo 552 LEC confirma su redacción.

La cosa juzgada nunca puede vincularse con un defecto formal extrínseco porque no resuelve definitivamente sobre el fondo. El deudor no deja de deber la prestación al acreedor porque el tribunal haya denegado la ejecución³³, ni el acreedor pierde la acción ejecutiva que aún no ha podido ejercitar plenamente.

La cosa juzgada, pues, parte de la sentencia firme que ha resuelto definitivamente sobre el fondo y tiene como efecto vincular en otro proceso lo resuelto por aquella³⁴. Pero es que en el primer procedimiento no se pudo resolver nada sobre la acción ejecutiva de título contractual porque le faltaba los requisitos.

Téngase en cuenta que, incluso en los casos en que se deniegue el despacho de ejecución de título judicial, el acreedor podrá hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente, pero condicionado siempre a la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución (art. 552, 3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 962 de la LEC anterior).

En el caso de que se rechace la ejecución por faltar presupuestos o requisitos del título no judicial en el procedimiento ejecutivo, la presentación de un nuevo procedimiento ejecutivo no infringe el principio «*non bis in idem*», que es en el que se basa el principio de la cosa juzgada material y por el cual se obliga al Juez a no juzgar otra vez lo que ya se ha resuelto con anterioridad, o como muy gráficamente se dice en la Sentencia de 5 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4042) «*la pretensión que ya ha sido examinada y resuelta ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de ella*». Es más, si no se observara tal principio se atacaría de lleno el principio constitucional de la Tutela Judicial Efectiva proclamada en el artículo 24.1 de la Constitución Española³⁵.

No queda desvirtuado lo anterior por la doctrina del TS en el sentido de que el concepto de cosa juzgada parte de la sentencia firme que ha resuelto definitivamente sobre el fondo, y tiene como efecto vincular en otro proceso lo resuelto por aquella³⁶. Una resolución judicial que deniegue la ejecución por

falta de presupuestos y requisitos no es razón ni pronunciamiento de fondo que resuelva definitivamente la reclamación planteada por lo que no puede restar la posibilidad de acudir a otro procedimiento ulterior. Procedimiento ejecutivo para los títulos no judiciales subsanados y procedimiento declarativo ulterior para los títulos judiciales para resolver otras cuestiones distintas a las resueltas en las sentencias.

Las razones por las que puede volver a presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo no son solo de pura justicia³⁷ o de cumplimiento del principio de defensa y protección efectiva de los tribunales, sino que simplemente son de aplicación de lo dispuesto en la LEC que no ofrece contradicciones de ningún tipo (salvo lo introducido sobre cláusulas abusivas), a favor de la posibilidad de presentar dos procedimientos ejecutivos de títulos extrajudiciales sucesivos en los casos en que habiéndose denegado la ejecución en el primero por falta de presupuestos o requisitos se puedan subsanar antes de la presentación del segundo.

El artículo 552.3 en realidad es una reproducción de lo dispuesto en el artículo 564 y este, a su vez, del artículo 400 de la LEC que también otorga al ejecutante y ejecutado la posibilidad de discutir cuestiones de fondo en un procedimiento declarativo posterior que no se hayan podido alegar en el juicio ejecutivo. Ninguno de ellos se refiere a los defectos formales descubiertos a *limine litis*. El apartado 3 del precepto coincide y proporciona un equilibrio con lo dispuesto en el artículo 564 de la LEC que da la misma defensa jurídica al ejecutado y al ejecutante fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución, permitiéndole conocerlas y hacerlas valer en el proceso que corresponda.

Como entiende MARTÍN PASTOR, J.³⁸ el apartado 3 del precepto se refiere a poner de manifiesto en el proceso declarativo, hechos jurídicamente relevantes respecto de los derechos de ejecutante y ejecutado. No obstante esos hechos o derechos no debieron conocerse ni resolverse en el procedimiento anterior de modo que constituyan cosa juzgada.

El artículo 552.3 protege frente a los efectos negativos que pudiera provocarle la cosa juzgada al ejecutante y el artículo 564 protege de dichos efectos de la cosa juzgada al ejecutante y al ejecutado, pero el primero no impide al acreedor, en modo alguno, presentar un nuevo procedimiento ejecutivo con el mismo título cuando el defecto es formal y se ha subsanado.

Sería contrario al principio de defensa que al deudor se le otorgara el privilegio de defender las cuestiones sustantivas que no pudo oponer en el procedimiento el procedimiento ejecutivo, o las que no pudo oponer (564 LEC), y al ejecutante se le privase del derecho de defensa que le otorga la LEC antes del primer procedimiento ejecutivo. Una interpretación rigorista de este principio conduciría a premiar al deudor, impidiendo que el acreedor que presentó una demanda ejecutiva con un título defectuoso, pueda volver a presentarla en legal

forma. Especialmente sería contradictorio con la sofíama que hace la Exposición de Motivos para proteger al acreedor.

Lo fundamental de los efectos de la cosa juzgada como parte integrante del contenido fundamental a la Tutela Judicial Efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, se proyecta en asegurar a quienes han sido parte en un proceso declarativo donde se haya tratado sobre el fondo, que lo allí decidido se ejecute sin modificaciones y esto es lo que quiere expresa el apartado 3 del artículo 552.

VIII. LA SINTONÍA DEL ARTÍCULO 552.3 CON EL ARTÍCULO 561 DE LA LEC

Quienes defienden una opinión contraria a la que aquí se expone no explican la contradicción entre lo que para ellos expresa el artículo 552.3 de la LEC y lo dispuesto en el artículo 561 de la LEC en el sentido de que el Auto que resuelva la oposición por motivos de fondo lo hará *«a los solos efectos de la ejecución»*.

Esta contradicción, por otra parte, se limita a los motivos de fondo con *«efectos limitados a la ejecución»*, mientras que para el artículo 552.3 de la LEC algunas cuestiones sustantivas decididas en la sentencia o resolución firme que se ejecuta con efectos de cosa juzgada, cuando remite a un procedimiento declarativo, podrían tener efectos de cosa juzgada cuando se hayan resuelto en la indicada sentencia o resolución firme.

Aunque se encuentran ubicados en fases procesales distintas de la ejecución (el art. 561 en la fase de contradicción, y el art. 552.3 en la fase de inicio) los dos regulan un derecho para oponerse por motivos de fondo a la ejecución. Mientras que el artículo 552.3 se refiere a los derechos de fondo del acreedor, el artículo 561 se refiere a derechos de fondo del deudor.

A su vez veremos que ambos tienen conexión con el artículo 564 de la LEC que permite conocer hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución contempladas en los artículos 556 y sigs.

La contradicción no existe aunque la redacción de la LEC no es fácil de entender, salvo que se tenga en cuenta que ambos preceptos se refieren a las cuestiones sustantivas. En realidad el artículo 561 cuando dice que resuelve a los solos efectos de la ejecución es porque el acreedor siempre puede acudir al procedimiento declarativo. Las cuestiones de forma de los títulos no judiciales quedan sin resolver en estos preceptos. Habrá que distinguir si la ejecución es de títulos judiciales o extrajudiciales, así como la naturaleza de las cuestiones materiales o formales.

Lo que sí puede deducirse de la conjunción de estos preceptos es que ambos se refieren a una sentencia que procede de un juicio anterior donde se han tratado cuestiones sustantivas. Las que no han podido conocerse o ale-

garse en ese procedimiento declarativo anterior que termina con la sentencia, o en la ejecución pueden volver a conocerse en un procedimiento declarativo posterior.

De la misma forma también puede deducirse que ninguno de los dos preceptos indica que en ese procedimiento declarativo posterior puedan o deban discutirse cuestiones formales. Ninguno sirve para debatir la resolución del juzgador denegando el despacho de ejecución por no concurrir los presupuestos y requisitos formales o procesales legalmente exigidos.

La razón es que el legislador da por supuesto que —al contrario que los motivos de fondo—, los formales son subsanables por la vía del artículo 11.3 de la LOPJ y 551 de la LEC o por la vía del artículo 559 de la LEC.

Aunque la frase «*a los solos efectos de la ejecución*» no necesita explicación no quiero dejar de incidir en que, lo que se resuelva en la ejecución sobre el fondo o derechos sustantivos, se resuelve solo a los efectos de dicha concreta ejecución salvo que el procedimiento anterior haya terminado por sentencia en que la cuestión esté resuelta. Sobre estas cuestiones de fondo deberán acudir el acreedor (552.3) o el deudor (564) a un procedimiento declarativo ³⁹ posterior.

A los efectos de las conclusiones de este trabajo lo que sí interesa es resaltar que, de estos preceptos se deriva, *contrario sensu*, que el legislador presume que los defectos formales pueden subsanarse presentando un nuevo procedimiento, porque no están contemplados en ninguno de los supuestos que pueden constituir cosa jugada.

Los que impiden un segundo ejecutivo de título extrajudicial no observan que la LEC separa las causas de oposición por defectos procesales (art. 559) y la oposición por motivos de fondo (art. 561 LEC).

En las primeras se da al ejecutante un plazo para su subsanación si los defectos son subsanables en el seno de la misma ejecución (art. 559.2 LEC y 11.3 de la LOPJ), y si no las puede subsanar en el seno de la misma ejecución, pero sí antes de presentar el segundo ejecutivo, podrá subsanarlas y presentar un nuevo ejecutivo.

En las cuestiones de fondo se deberá acudir a un procedimiento declarativo posterior salvo que constituya cosa juzgada (552.3). La frase *a los solos efectos de la ejecución*, significa que las cuestiones de fondo tratadas en el procedimiento de ejecución no constituyen cosa juzgada y puede acudirse a un procedimiento declarativo posterior en aquellas que no se hayan alegado, o hubieran podido alegar, ni tratado, ni resuelto.

De las cuestiones formales no habla, dando por supuesto que se pueden subsanar en esa ejecución o en una posterior ejecución o en un declarativo posterior.

Las enormes dudas que se han planteado sobre el efecto de cosa juzgada de la resolución dictada ha sido analizada por la jurisprudencia siendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a) Auto núm. 679/2006 de 22 de noviembre. JUR 2007, 123135, que transcribimos a continuación, la más

clarificadora aunque referida a las cuestiones de oposición por motivos de fondo de títulos extrajudiciales:

La primera cuestión que hay que solventar para resolver la excepción de cosa juzgada, asumida en la instancia, es decidir si la resolución que solventa la oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales tiene o no el efecto de cosa juzgada.

Es conocido que la LEC 1881, en su artículo 1479 posibilitaba acudir al juicio declarativo para plantear lo que se había resuelto en el denominado en aquella Ley el juicio ejecutivo. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo elaboró unos criterios diferentes, que si bien llegaron a ser confusos y complejos al final se terminó consolidando en un único criterio: operaba la excepción de cosa juzgada en el declarativo posterior respecto de las causas de oposición que se alegaron y resolvieron en la oposición y de las que pudiendo alegarse no se alegaron (STS de 24 de noviembre de 1993), doctrina que llegó a consolidarse hasta el extremo de, en coherencia con la misma, terminar admitiendo la revisión contra las sentencias de remate en los juicios ejecutivos (STS de 12 de noviembre de 2001).

SEGUNDO. *La cuestión pasa por solventar si el régimen jurídico antes descrito es el mismo que resulta de la vigente Ley procesal.*

Pues bien, pese a que se han clarificado algunas de las cuestiones que enturbiaban la polémica, dado que el juicio ejecutivo ha desaparecido y se ha procedido a unificar el proceso de ejecución (unificación para algunos autores artificiosa: en cualquier caso relativa, pues en modo alguno el régimen jurídico del proceso de ejecución de títulos jurisdiccionales y extra-jurisdiccionales queda, ni puede quedar, parificado), por tanto no puede ser calificado como un proceso declarativo especial, es lo cierto que la polémica va a seguir manteniéndose, primero porque el legislador se ha expresado de forma equívoca y en segundo lugar porque siendo como es un proceso de ejecución el de títulos extra-jurisdiccionales, la oposición en el mismo, sobre todo por razones de fondo que es lo que ahora interesa, supone la admisión de un incidente declarativo. Allí donde no exista sumariedad, predictable en razón a la limitación de pruebas, no habrá razón que justifique la eficacia de cosa juzgada.

La doctrina se encuentra dividida sobre la cuestión. Unos quieren ver la negación de la eficacia de cosa juzgada en el artículo 561.1 LEC, cuando dispone que, tramitada la oposición, «el Tribunal adoptará mediante Auto, a los solos efectos de la ejecución...», mientras que por su parte el artículo 564 LEC regula el acceso al declarativo posterior pero solo «si, después de producidas las posibilidades de

alegación o con posterioridad a la producción del título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podría hacerse valer en el proceso que corresponda». Precepto que casa mal con una pretendida falta de eficacia de cosa juzgada del auto que resuelve la oposición, dado que el mismo resultaría innecesario: en todo caso se podría acudir al declarativo. Al margen de esa pretendida eficacia el precepto es confuso, al limitar la posibilidad de acceso al declarativo de los hechos, posteriores y distintos, pues bastaría el primer requisito para autorizar su acceso al contencioso posterior. Y desde luego, parece una obviedad y por eso no lo ha recogido la norma acentuando así su dificultad interpretativa (a sensu contrario está vedando la posibilidad de acudir al declarativo posterior), todos los motivos de fondo que no se pudieran articular, sobre los que en modo alguno se ha podido producir efecto preclusivo.

Solo la summariedad procesal, esto es, la limitación de los medios de prueba, excluiría con seguridad el efecto de cosa juzgada.

CUARTO. *Por tanto ni puede haber legalmente eficacia de cosa juzgada ni la hay en el caso concreto al dejar la Audiencia imprejuzgada la cuestión, lo que fatalmente conduce a la estimación del recurso.*

La sentencia resuelve la cuestión a favor de no conceder los efectos de la cosa juzgada en las resoluciones en las que exista summariedad, predictable en razón a la limitación de pruebas, y es evidente que no hay mayor summariedad que la denegación a *limine litis* del despacho de ejecución por defectos formales donde no hay posibilidad de presentar pruebas ni modo de defenderse una vez la sentencia de apelación ha decidido denegar el despacho por la falta de presupuestos y requisitos legales del título.

En buena lógica, la limitación establecida en el artículo 552.3 de la LEC solo es aplicable a las controversias de fondo que se han resuelto por sentencia firme e inmutable. Dentro de estas separa dos tipos: las que ya han quedado resueltas que constituirán cosa juzgada en las que no se puede alterar lo ya resuelto o pudo haberse alegado en el proceso previo y las que no se han resuelto que pueden ser objeto de nueva pretensión en el procedimiento declarativo correspondiente. No es aplicable a los supuestos de defectos procesales e irregularidades del título en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales que no constituyen cosa juzgada y en los que también se limitan las excepciones oponibles.

En la citada regulación conjunta procede hacer especialidades fruto de las particularidades de cada proceso de ejecución. Y una de las especialidades más

acusadas está precisamente en la posibilidad o no de hacer ciertas alegaciones y en la existencia de hechos extintivos o excluyentes que no son alcanzados por la cosa juzgada

Los procedimientos ejecutivos de títulos no judiciales en muy pocos casos pueden producir el efecto de cosa juzgada porque tienen las características de la celeridad, y por eso se eliminan en su regulación muchas causas de oposición y de suspensión. Esta es la razón por lo que la LEC establece en el artículo 552.3 y en el 564 de la LEC un procedimiento declarativo para que el demandado pueda defenderse jurídicamente en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución, y que de ello se deduzca que, para los motivos formales donde no se admite prueba, pueda presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo.

IX. LA COSA JUZGADA

En nuestro Ordenamiento jurídico no todas las resoluciones definitivas recaídas sobre el fondo del litigio, aunque adquieran firmeza y adopten la forma de sentencias, pueden invocarse como constitutivas de *cosa juzgada material* en otro pleito pues, en determinados procesos, el propio ordenamiento les priva de esa función positiva, bien por la naturaleza especial de los mismos o bien por la sumariedad de sus trámites, o bien por la limitación de la cognición judicial, pues comprende que no están rodeados de la plenitud de garantías que ofrecen los juicios declarativos ordinarios.

Existe una jurisprudencia consolidada sobre que en las resoluciones de los procedimientos de ejecución no existe cosa juzgada material⁴⁰. Cuando se deniega la pretensión ejecutiva por no cumplir los requisitos a los que la ley condiciona el comienzo del proceso de ejecución se trata de una resolución que no puede producir los efectos de la cosa juzgada material que solo pueden producirlos las resoluciones que se pronuncien sobre el fondo del asunto, es decir sobre el contenido de la relación jurídica material, mientras que no lo producen las resoluciones meramente procesales; consecuencia de esta posición es la de que el auto que deniega el despacho de la ejecución por falta de presupuestos procesales no impide presentar nueva demanda ejecutiva que permita analizar la prestación sustantiva, ante el mismo o ante otro juzgado, el cual podrá pronunciarse sobre la admisión o inadmisión⁴¹.

La cosa juzgada material de lo decidido en una primera ejecución sobre los defectos procesales de un título extrajudicial nunca puede producirse sobre una nueva ejecución con los defectos formales subsanados al no haberse decidido en aquella sobre un título ejecutivo al que se le ha corregido el vicio del que adolecía.

Si el procedimiento de ejecución tuviera efectos de cosa juzgada en la LEC se equipararían los procedimientos ejecutivo y ordinario, cuando el procedimien-

to de ejecución se diferencia de los procedimientos ordinarios por no ser de cognición, sino de mera ejecución, salvo en la nueva referencia a las cláusulas abusivas, resultando que el título ejecutivo, si reúne los requisitos, no puede perder nunca la acción ejecutiva. Y esos requisitos puede alcanzarlos durante todo el tiempo en que la acción no prescriba.

Como recoge la doctrina, la única resolución procesal que produciría cosa juzgada se daría si se pretendiese iniciar otro proceso ejecutivo manteniéndose inalterados los defectos formales del anterior. Por ejemplo, si se volviese a presentar la escritura de préstamo sin la diligencia notarial subsanada que se incorporó posteriormente⁴², o cuando el ejecutante no agota los recursos de la primera ejecución. Pero no puede ser cosa juzgada lo dispuesto a *limine litis* por el juzgador, cuando no ha permitido subsanar.

X. LA INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 447, 551, 552.3, 559 Y 207 LEC SI NO SE PERMITIERAN DOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS CON LOS MISMOS TÍTULOS EXRAJUDICIALES

Verdaderamente el artículo 552.3 no ha querido decir nada distinto a lo dispuesto en el anterior artículo 1479 de la LEC 1881⁴³. Por establecer alguna diferencia ahora en el juicio ejecutivo se pueden tratar y resolver más cuestiones sustantivas o de fondo, que si se resuelven constituyen cosa juzgada. Pero no significa que en las denegaciones de ejecución basadas en los defectos procesales o de irregularidades en los títulos ejecutivos extrajudiciales, tenga el acreedor la obligación de acudir a un procedimiento declarativo posterior. Por eso hay que explicar que el precepto 552.3 LEC regula una cuestión muy específica de los procedimientos de ejecución de títulos judiciales pero no modifica los efectos tradicionales de la cosa juzgada, por más que se hayan incluido improvisadamente la cuestión de la existencia de cláusulas abusivas.

Digo que se han incluido abusivamente porque antes de la modificación de la LEC en este punto quien invocaba la nulidad por existencia de cláusulas abusivas podía ir a defenderse al procedimiento declarativo posterior.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha establecido⁴⁴ que los procedimientos ejecutivos no producen cosa juzgada.

Así se deduce igualmente del apartado 4 del artículo 447 de la LEC dentro de los procedimientos que no tienen efectos de cosa juzgada en los casos determinados por las leyes⁴⁵.

Entre los casos determinados por las leyes se encuentran, como vimos, los que señalan los artículos 552.3 y 564 LEC que permiten acudir a un procedimiento declarativo en algunos casos.

Reforzando el anterior argumento, hay que indicar que el artículo 447 de la norma procesal civil, al describir las sentencias que no producen cosa juzgada

contiene un último párrafo referido a las resoluciones judiciales que en determinados casos las Leyes nieguen estos efectos.

Aunque el artículo 447 no se encuentre en el ámbito de la ejecución, en realidad, aclara que la cosa juzgada hace referencia a cuestiones sustantivas que el ejecutante de la sentencia pudo haber tratado en la fase declarativa o el Auto en los procedimientos de ejecución, pero se las reservó.

Por ejemplo en la ejecución de un título ejecutivo extrajudicial como una escritura de préstamo la cuestión sustantiva sería la existencia o la subsistencia del derecho a exigir su devolución y del correspondiente deber de prestación del deudor.

Si en el primer procedimiento se ha sobreseído la ejecución solo puede producir efectos de cosa juzgada formal sobre este procedimiento. De modo que, si el vicio que contenga la escritura del crédito es subsanable, el acreedor podrá ejercitar la acción que deriva de la propia escritura pública *ex artículo 517.2.4.^º LEC*, siguiendo la tramitación de la ejecución de los títulos no judiciales. Lógicamente si prospera la oposición como consecuencia de la concurrencia en el título ejecutivo de vicios insubsanables que determinan la improcedencia de la ejecución, como son las referidas al fundamento de la ejecución despachada que provocan que el título ejecutivo adolezca de una mácula que le priva de su carácter ejecutivo *ex artículo 517.1.4.^º LEC*, quedará reducido el valor del título a la de un documento público, y por ende, con eficacia *ad probatum* *ex artículo 319.1 LEC* en un eventual proceso declarativo. Si es subsanable, se puede mantener esa eficacia ejecutiva del título. Si no es subsanable y produjo el efecto del archivo del procedimiento de ejecución lógicamente podrá generar la imposibilidad de promover otro.

En conclusión, en ningún caso el precepto se refiere a un segundo procedimiento basado en títulos no judiciales para tratar de resolver una cuestión de forma del título ejecutivo. Y ello sin perjuicio de que el acreedor puede subsanarlo volviendo a presentar el procedimiento de ejecución con el título ejecutivo subsanado o presentando un procedimiento declarativo.

Lo dispuesto en el artículo 552.3 LEC solo protege al ejecutante, mientras que lo dispuesto en el artículo 564 LEC parece proteger solo al ejecutado pero ambos están cubiertos por un procedimiento declarativo posterior, lo cual no significa que no quepa en los vicios formales acudir a un nuevo ejecutivo.

NOTAS

¹ Auto núm. 213/2013, de 18 de diciembre de 2013 de la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla. *En efecto, el Juez de Primera instancia a la hora de despachar ejecución ha de comprobar que concurren los presupuestos y requisitos procesales y que el título contiene todos los requisitos que la Ley exige para dotarlo de eficacia ejecutiva, pues a ello le obliga el artículo 551 de la LEC. Si no concurren los presupuestos o requisitos procesales, tendrá que*

procurar que se subsane el defecto, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 231 de la LEC, pero si el título no reúne los requisitos exigidos legalmente para el despacho de ejecución, habrá que denegar este ya que la Ley no habilita para subsanar defectos que afectan al título en el seno del procedimiento. Llegados a este punto habrá de concluirse que si el defecto del título se advierte al resolver el incidente de oposición no cabe tampoco la subsanación solo prevista en la ley, insistimos, para los defectos de actos procesales de las partes.

² Para una visión crítica de la incorporación del conocimiento de las cláusulas abusivas a los procedimientos de ejecución cfr. ESTRADA ALONSO, E., CHACÓN FERNÁNDEZ, I., *El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en RCDI, Año LXXXIX, mayo-junio, núm. 737, 1415.*

³ *Vid.*, Nota 1.

⁴ Anteriormente a la aprobación por Ley 8/2013 de 26 de junio sobre la introducción del análisis del título para determinar si contiene cláusulas, el juzgador únicamente debía analizar y controlar para admitir a trámite los requisitos externos, formales y procesales del título: no procede analizar de oficio la validez o nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato mercantil y denegar inicialmente el despacho de ejecución por cuestiones de fondo, ajenas al control de los requisitos formales y procesales a que se refiere el artículo 551 LEC/2000. Cfr. AP Lleida (Sección 2.^a), auto núm. 10/2006 de 1 de febrero EJECUCIÓN FORZOSA (LEC/2000): DESPACHO DE LA EJECUCIÓN: admisión a trámite.

⁵ Cfr. Sentencias del TS 1 de febrero de 1974 y de 8 de octubre de 1986 RAJ 5333.

⁶ 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

⁷ En contra cfr. Sentencia de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 2004.

⁸ Cfr. Sentencias del TS 1 de febrero de 1974 y de 8 de octubre de 1986 RAJ 5333.

⁹ 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

¹⁰ Para una visión crítica de la incorporación del conocimiento de las cláusulas abusivas a los procedimientos de ejecución Cfr. ESTRADA ALONSO, E., CHACÓN FERNÁNDEZ, I., *El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en RCDI, Año LXXXIX, mayo-junio, núm. 737, 1415.*

¹¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* en AA.VV. DE LA OLIVA SANTOS, A., BANACLOCHE PALAO, J., VEGAS TORRES, IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Editorial Aranzadi, 951.

¹² MONTERO AROCA, J. en *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.

¹³ Cfr. CARRERAS MARAÑA, J.M., en MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2001. Coordinada por Jesús Marina Martínez-Pardo, D. Loscertales Fuertes*, ed. BPR Publishers, 2000.

¹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *DERECHO PROCESAL CIVIL*; Libro III, 5.^a ed. *El proceso de Ejecución Forzosa en la LEC*, Civitas, 2013, 379 y 380. «Una vez desestimados

los eventuales recursos que el ejecutante haya podido ejercitar frente al auto denegatorio del despacho de ejecución, o una vez vencidos los plazos para su ejercicio, dicha resolución judicial adquirirá firmeza (art. 207.2 LEC) y, con ella, y como principal efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la imposibilidad de volver a entablar una demanda ejecutiva en las mismas condiciones».

¹⁵ FLORS MATÍES, J., en *El Proceso Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*. Volumen VI Libro III artículos 517 a 613 inclusive Tirant lo Blanch Valencia 2001. Coordinado por FERNANDO SALINAS MOLINA.

¹⁶ En los supuestos de defectos formales la LEC permite la presentación de una nueva demanda ejecutiva en la que se subsanen los defectos que impidieron el despacho de la ejecución en un primer momento (GIMENO SENDRA, Proceso Civil Práctico, VII, I, Comentarios al art. 552).

¹⁷ Cfr. Auto núm. 286/2016 de 9 de septiembre. *JUR* 2016, 263713, Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a). Recuérdese que, ante la ausencia de la documentación exigida, el Juzgado «a quo» otorgó a la demandante un plazo para subsanar la omisión que no fue aprovechado por su representación al aportar, hasta en dos ocasiones, una copia ilegible de la tasación requerida, pese a los requerimientos de subsanación por este motivo que le habían sido concedidos en la instancia. No verificada la subsanación, el Juez dictó auto denegando el despacho de la ejecución al no poder examinar los requisitos de procedibilidad exigidos por la LEC, que fue notificado a la demandante haciéndole saber expresamente la posibilidad de recurrirlo en apelación, sin que el recurso se interpusiera. Castigando la falta de subsanación en el primer procedimiento se pronuncia igualmente el Auto núm. 241/2015 de 20 de julio. *JUR* 2015, 234175 de la (Sección 13.^a) Audiencia Provincial de Barcelona.

¹⁸ Auto de 16 de octubre de 2006. *JUR* 2007, 145093 de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.^a).

¹⁹ Auto num. 296/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre.

²⁰ Cfr. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, Valencia 2004, 71 y MONTERO AROCA, Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial, en *Derecho Privado y Constitución* 1996, 274, num. 8.

²¹ Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a) núm. 979-2001 de 3 de diciembre (*JUR* 2002, 108975) Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA.

²² 18 de diciembre, núm. 192/15 de 16 de abril y de 29 de junio de 2015.

²³ Cfr. María Luisa SEGOVIANO *Comentarios a la LEC*. 2713.

²⁴ BLANDINO GARRIDO. M.A., Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas. Estado actual de la cuestión..., *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 32/2013 parte Varia. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

²⁵ Auto núm. 175/2006 de 11 de julio de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.^a) sobre la ejecución de un convenio regulador.

²⁶ Hace referencia a los títulos que establecía el artículo 1429 de la LEC de 1881. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Solo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: 1.^º Escritura pública con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante. 2.^º Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución. 3.^º La confesión hecha ante el Juez competente. 4.^º Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque. Número 4.^º del artículo 1429 redactado por Ley 19/1985, 16 de julio (*BOE* 19 de julio), Cambiaria y del Cheque. 5.^º Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y estos, en todo caso, con los libros talonarios. Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache la ejecución, la protesta de falsedad del título que en el acto hiciere el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio. 6.^º Las pólizas originales de

contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de estos. 7.^º Los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la de emisión.

²⁷ Artículo 919 de la LEC de 1881: Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución, siempre a instancia de parte, y por el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia.

²⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 1991 (RAJ 1610).

²⁹ Cfr. Sentencias de 20 de marzo de 1956 *RJ* 1519; 1 de julio de 1965 *RJ* 3958) en un caso de falta de legitimación pasiva al estar mal construida la relación procesal al no demandarse a todos los interesados, se trata de un defecto propio y exclusivo del pleito en que se comete, que no puede trascender ni tiene repercusión en los demás, por tanto subsanable en cualquier otro.

³⁰ Cfr. Sentencia de 13 de julio de 1942 *RJ* 941.

³¹ Cfr. Sentencias de 7 de julio de 1943, *RJ* 854; 1 de julio de 1947, *RJ* 929; 21 de octubre de 1949, *RJ* 1144; 20 de marzo de 1956, *RJ* 1519; 5 de junio de 1956, *RJ* 2692; 21 de diciembre de 1962 entre otras muchas.

³² Sentencia núm. 617/2013 de 16 de diciembre *JUR* 2014, 101552 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a) Mediante dicha demanda se reclamaba a los demandados, propietarios de la finca colindante a la de la actora sita en la CALLE 000 núm. NUM003 de Alcalá de Guadaira, una indemnización de 1598 euros por los daños causados en su vivienda por las filtraciones procedentes de la de los demandados. Asimismo solicitaba su condena a la reparación de las averías de las conducciones ubicadas en su finca que producen las filtraciones que ocasionan los daños en la de la actora... Recuerda la Sentencia del TS de 28 de octubre de 2013, con cita de las de 30 de julio de 1996, 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000 que «no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió. Es obvio y evidente que la parte actora pudo en aquel proceso anterior en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual formular también la solicitud de reparación de los defectos o averías de las canalizaciones de la vivienda contigua, pues su fundamento o causa de pedir es el mismo, son idénticas las circunstancias determinantes del derecho reclamado, y la existencia del defecto a reparar era la razón, causa o hecho relevante que sustentaba la demanda.

³³ Las Sentencias del TS de 28 de febrero de 1991, 30 de julio de 1996 y 28 de octubre de 2013 se refieren a procedimientos declarativos y entienden que «la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado, postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al artículo 400 de la nueva LEC».

³⁴ Sentencias del TS de 15 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9457), y 7 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 622) y 12 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 381).

³⁵ TS núm. 649/2001, Sala Civil, de 28 de junio (*RJ* 2002, 1460).

³⁶ Sentencia TS 378/2003 de 8 de abril (*RJ* 2003, 3123).

³⁷ Cfr. JUAN SÁNCHEZ, R., *Proceso civil práctico*, La Ley, Tomo VII, 2-214. Como comenta María Luisa SEGOVIANO *Comentarios a la LEC*. 2713, no parece razonable que se entienda que el tribunal pueda denegar el despacho de ejecución por falta de algún presupuesto (como la irregularidad formal del título), y que, con posterioridad, el acreedor no pueda solicitar de nuevo la ejecución, una vez presentada la demanda ejecutiva en forma de nuevo. Ello solo puede admitirse si se parte de la posibilidad de subsanación de la demanda ejecutiva defectuosa, previo requerimiento del tribunal y de que el acreedor no la haya subsanado en plazo concedido.

³⁸ MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley 2007.

³⁹ Cfr. MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*. La Ley, 2007, 734; ORTELLS RAMOS, M., en AA.VV. *Derechos, ACHÓN BRUÑÉN, M.^a, La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002 55.

⁴⁰ El Tribunal Constitucional sobre la cosa juzgada ha reiterado (Pleno) en Auto núm. 113/2011 de 19 de julio. RTC 2011, 113, AUTO: la falta de consideración de las resoluciones de los juicios ejecutivos como cosa juzgada. Ya afirmamos entonces (F. 5) que «[en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión... en el proceso debatido falta la controversia entre las partes... es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título... El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que este no puede realizar por sí solo, porque se lo impide el principio de paz jurídica». A ello se añade que «[la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud]. Seguidamente, en el fundamento jurídico 6, se señala que «[el] hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte constitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución». Razona la Sentencia que «[lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los estatutos del Banco Hipotecario dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que solo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela]. Concluye finalmente la Sentencia (F. 7) señalando que «[aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional].»

También el Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada.

⁴¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 648/2009 de 2 de octubre. RJ 2009, 550. Ámbito de la cosa juzgada material. Los argumentos en los que se funda la desestimación del motivo de casación son los siguientes: a) Ley y doctrina coinciden en que la cosa juzgada material aparece exclusivamente ligada a las sentencias firmes que juzgan y resuelven sobre el fondo del asunto (tanto el art. 222, como el 1252,

hoy derogado, mencionan solo esta clase de resoluciones al regular la cosa juzgada material). La vinculación que deriva de la cosa juzgada material, sea en su vertiente negativa, de impedir o excluir un nuevo enjuiciamiento cuando entre lo resuelto en el primer pleito y lo planteado en el segundo existe plena identidad de personas, cosas y causas, o en su vertiente positiva, de no vedar un nuevo proceso pero sí condicionar la decisión de fondo referente a materias conexas con las ya anteriormente resueltas, exige que la resolución dictada en el primer pleito sea una sentencia firme (es decir, no susceptible de ser impugnada por medio de recursos en el seno del mismo proceso), y resuelva el fondo del asunto, pues solo así cabe entender juzgada definitivamente la pretensión. De esto se sigue que no es posible apreciar la autoridad de cosa juzgada cuando, como es el caso, la decisión a la que se atribuye dicho valor fue una resolución distinta a una sentencia firme. b) La cuestión relativa a la titularidad de las acciones no fue materia del anterior proceso. El hecho de que el mismo tribunal resolviera en el seno de un proceso anterior por medio de auto el recurso de apelación interpuesto contra una diligencia de embargo, a fin de evitar que se trabara sobre bienes ajenos al deudor no determina que tal resolución estableciera, con valor de cosa juzgada, la titularidad de las acciones. El auto dictado examinó la cuestión de la titularidad en una dimensión limitada a la validez del procedimiento de apremio, a fin de evitar su nulidad, pero no vedó que pudiera ser dilucidada en un pleito declarativo. c) No puede prosperar la invocación de indefensión que de modo genérico se formula, pues es doctrina constante que la indefensión relevante a los efectos constitucionales tiene que ser material, real y efectiva, de tal modo que, corresponde a la parte justificar la realidad de la indefensión, y relacionarla con el caso concreto y los términos del debate.

⁴² La doctrina señala como ejemplo, el caso de los defectos de la diligencia notarial, cuando en el procedimiento de ejecución de título no judicial se deniega ejecución al estimar el Juez que el documento presentado no tenía fuerza ejecutiva y después se inicia otro juicio ejecutivo con el mismo documento sin subsanar. Solo en este caso de falta de subsanación y en este segundo podía alegarse la excepción de cosa juzgada (Cfr. Juan Montero AROCA y José Flors MATIES, Valencia 2004, 71 y MONTERO AROCA, Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial, en *Derecho Privado y Constitución* 1996, 274, num. 8).

⁴³ Artículo 1479. 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.

⁴⁴ Auto núm. 113/2011 de 19 de julio. RTC 2011, 113.

⁴⁵ FERNÁNDEZ BALLESTEROS M.A. Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, AA.VV. 736.

(Trabajo recibido el 23-5-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)