

Carlos de Miranda Vázquez

Las excepciones materiales en el proceso civil



BOSCH PROCESAL

Las excepciones materiales constituyen una de las instituciones procesales de mayor raigambre histórica de todo nuestro vigente ordenamiento jurídico. Nacidas en los remotos tiempos del proceso formulario romano, han pervivido hasta la actualidad, siendo todavía hoy efectivas armas de defensa en manos del demandado, en relación con el fondo del asunto, en los procesos civiles. El presente libro se remonta al antiguo origen de la institución y sigue su evolución hasta nuestros días, con el propósito de hacer comprensible la singular idiosincrasia de las excepciones materiales. Asimismo, se explora afanosamente su naturaleza jurídica, cuya singularidad obedece a las circunstancias que rodearon su alumbramiento. Se abordan las numerosas repercusiones que comporta su peculiar fisonomía y se acomete una cuidada catalogación de las manifestaciones de excepción material dispersas en el ordenamiento jurídico civil español. Finalmente, se estudia su ejercicio procesal y se acomete la difícil delimitación con figuras limítrofes cuyos contornos son más que difusos. Esta obra colma una manifiesta laguna dentro la literatura especializada, a la que hasta ahora nunca se le había prestado apenas atención. Se reivindica, en definitiva, la sobresaliente relevancia jurídico-material y procesal de las excepciones materiales.



CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ

LAS EXCEPCIONES MATERIALES EN EL PROCESO CIVIL

2016



BOSCH EDITOR

© SEPTIEMBRE 2016 CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ

© SEPTIEMBRE 2016



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-945803-2-1

ISBN ebook: 978-84-945803-3-8

D.L.: B19945-2016

Diseño de portada: Black Concepts

<https://www.behance.net/BlackConcepts>

contactblackconcepts@gmail.com

Diseño interior y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice General

Principales abreviaturas.....	13
Introducción.....	17
CAPÍTULO 1	
Orígenes de la excepción.....	35
1. Origen de las excepciones: el proceso formulario romano ..	35
1.1. Notas introductorias	35
1.2. Análisis del concepto original de <i>exceptio</i> desde su vertiente formal y gramatical	43
1.3. Naturaleza jurídica de la <i>exceptio</i> clásica	46
A. El sistema de defensas en favor del demandado en el sistema formulario	46
B. Profundización en la esencia íntima de la <i>exceptio</i>	48
1.4. Tipología de la <i>exceptio</i> y los problemas que plantea.	51
A. La polémica distinción entre excepciones dilatorias y perentorias	51
B. El modelo más característico de <i>exceptio</i> : la <i>exceptio doli</i>	55
2. Evolución del concepto de <i>exceptio</i> en la etapa postclásica del derecho romano.....	56
2.1. Evolución del sistema jurídico general y su influencia en el sistema de fuentes	56
2.2. Evolución del sistema procesal	58

A.	La implantación de un nuevo sistema procesal y sus consecuencias en el sistema jurídico	58
B.	Análisis del nuevo sistema procesal.....	60
2.3.	La <i>exceptio</i> en el derecho romano postclásico.....	61
CAPÍTULO 2		
	Acogida y evolución de la excepción en el derecho histórico español.....	71
1.	La recepción española del <i>derecho romano</i>	71
2.	De la recepción a la codificación	74
2.1.	El Ordenamiento de Alcalá.....	74
2.2.	Las leyes de Toro	75
2.3.	La Novísima Recopilación.....	76
2.4.	La obra de Juan Hevia de Bolaños	77
CAPÍTULO 3		
	Concepción italiana de la excepción e influencia en el Derecho español	81
CAPÍTULO 4		
	Concepción alemana de la excepción e influencia en el Derecho español	93
CAPÍTULO 5		
	La naturaleza jurídica de las excepciones	119
1.	Introducción.....	119
2.	Aproximación al problema: los conceptos de Derecho subjetivo, pretensión y acción.....	122
3.	La excepción como categoría jurídica.....	132
3.1.	El objeto de la excepción	132
3.2.	Eficacia y consecuencias del ejercicio de la excepción .	145
3.3.	Una primera conclusión: la naturaleza jurídica de la excepción	152

CAPÍTULO 6

Implicaciones de la naturaleza jurídica de las excepciones	163
1. Sobre la improcedencia de su apreciación de oficio	163
2. Interrelación entre la excepción y la doctrina del pago de lo indebido	173
3. Las excepciones y los derechos reales de garantía.....	176
4. Compensación con créditos afectados por una excepción material	182
5. Interactuación de las excepciones en la incursión en mora .	187
6. La renuncia de excepciones.....	191
7. La extensión a terceros de la legitimación para esgrimir excepciones	197

CAPÍTULO 7

Análisis individualizado de las excepciones materiales	217
1. Introducción.....	217
2. Excepciones perentorias	218
2.1. Prescripción	218
A. Aspectos fundamentales de la excepción de prescripción.....	218
B. Excepciones de derechos prescritos.....	229
2.2. Anulabilidad	235
3. Excepciones dilatorias	240
3.1. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	240
3.2. El derecho de retención	251
3.3. Beneficio de excusión	263
A. Aproximación al tema	263
B. Aspectos significativos del ejercicio del beneficio de excusión.....	267
C. La idoneidad del ejercicio extrajudicial del beneficio de excusión	271

4.	Supuestos dudosos de la categoría <i>excepción</i>	273
4.1.	Compensación.....	273
4.2.	<i>Pactum de non petendo</i>	286

CAPÍTULO 8

	Sobre el ejercicio procesal de la excepción.....	291
1.	Alegación de excepciones.....	291
1.1.	Momento idóneo para su oposición.....	291
1.2.	Modo de alegación	298
2.	Excepciones y distribución de la carga de la prueba	299
3.	La relación entre excepciones y congruencia de la sentencia	300
4.	Tensiones entre excepción y eficacia de cosa juzgada	304
5.	La excepción en el ámbito de la ejecución.....	311

CAPÍTULO 9

	El sistema de instituciones defensivas en el proceso civil español. Límites objetivos.....	319
1.	Introducción.....	319
2.	Excepción y objeción.....	320
3.	Excepción y reconvención	323
	Conclusiones	333
	Bibliografía	343

Introducción

1. El primer problema que presenta nuestra institución actualmente es el de la confusión terminológica en la que, ya desde antiguo, se encuentra inmersa². De la lectura, tanto de los textos normativos, como de las obras doctrinales, se desprende que el término *excepción* es usado como un término polivalente sin ningún tipo de reparo³. De todos los significados que le son predicables, la asociación más común es la que enlaza nuestro término con el concepto o idea de *defensa*⁴. En consecuencia, y de modo genérico, la ac-

- 2 Se podía afirmar con la LEC de 1881 en la mano, siguiendo las palabras de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, con A. de la Oliva, t. II, 4ª ed., edit. ECE-RA, Madrid, 1997, p. 48, np. 5, que «*en pocas materias resulta hoy nuestra LEC de 1881 tan anticuada, imprecisa y desafortunada como en la regulación y tratamiento procesal de las excepciones*». En este sentido, pervivía en el sentir común el eco de las palabras de DE LA PLAZA, en las que pedía la urgente reforma del régimen de las excepciones como una de las cuestiones más problemáticas de toda nuestra disciplina. Véase su artículo, escrito a este propósito, *Hacia una ordenación del régimen de las excepciones en nuestro derecho positivo*, RDProcnº 1 (1945), pp. 30-31. Hoy, transcurrida ya una larga década desde que entrara en vigor la LEC 2000, no se puede decir que hayamos logrado superar dicha confusión terminológica o, al menos, que se haya conseguido en toda su extensión.
- 3 La LEC 1/2000 refleja, en su artículo 405, dicho uso polivalente –y por ello inapropiado– del término *excepción*. No es de extrañar que MONTERO AROCA afirme en su obra *La primera instancia*, en «El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)», con J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo, S. Barona Vilar, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 378, que «*la palabra excepción fue adquiriendo en nuestro Derecho tantos sentidos que al final acabó por no significar nada, al haber pretendido significarlo todo*».
- 4 Cfr. MONTERO AROCA, J., *La primera instancia*, ob. cit., pp. 378-379. Afirma, en este sentido, HOYA COROMINA, J., *Artículo 405. Contestación a la demanda y forma de la contestación a la demanda*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»,

ción de excepcionar se corresponde con la de defenderse⁵. Partiendo de esta idea, si las defensas pueden versar, tanto sobre cuestiones de forma, como de fondo, resulta lógico, equiparados los términos, que se hable tanto de excepciones procesales o de forma, como de excepciones materiales o de fondo⁶. Por el contrario, y de modo rigurosamente técnico, el término *excepción* responde a un tipo de defensa de naturaleza exclusivamente material⁷. Por tanto, ya sería hora de abandonar estos usos lingüísticos, excesivamente genéricos e imprecisos⁸.

2. Un paso más a dar, sobre el que no se debe insistir en demasía, porque peca de evidente, es el de discriminar, por un lado, las defensas materiales y, por otro, las defensas procesales o formales. Justo es reconocer, a este respecto, que la vigente LEC ya ha incorporado tal distinción, como se aprecia claramente en el art. 405, apartados 1º y 3º⁹. Verdaderamente, la distinción tiene sentido pleno, porque ambos extremos tienen por objeto dos ámbitos

M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler, J. F. Valls Gombau (coords.), t. II, edit. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000, p. 1850, que «*por excepción ha venido entendiendo la doctrina todo medio de defensa (...)*».

- 5 Esta idea es comúnmente aceptada por la doctrina y, tanto en los textos legales, como en la práctica del foro, se usa con excesiva familiaridad la palabra *excepción* en el sentido de *defensa*. Así FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., p.48. También MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, con M. Ortells y J. L. Gómez Colomer, t. II-1, 3ª ed., edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 179, señala que este término ha llegado a no significar nada por querer significarlo todo.
- 6 Como sucede, tanto en la LEC de 1881, como en la de 2000. Así, por todos, MONTERO AROCA, J., *La primera instancia*, ob. cit., p. 379.
- 7 Según DE LA PLAZA, M., *Hacia una ordenación...*, ob. cit., pp. 30-31, «*en ningún caso cabe confundir la excepción con el presupuesto procesal, que tiene una contextura distinta, como que responden a distinto interés y producen por ello muy diversos efectos*».
- 8 Desgraciadamente, la LEC 1/2000 no abandona esos usos lingüísticos como se pone de relieve en la letra del art. 405 al hablar de *excepciones procesales*, refiriéndose a las «*(...) alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo*».
- 9 El art. 405.1 LEC reza así: «*En la contestación a la demanda (...) el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviera por conveniente*». En el apartado 3º del mismo precepto se puede leer: «*También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales (...)*».

absolutamente autónomos. Cuando se trata de defensas procesales, se hace referencia a las alegaciones que versan sobre la correcta constitución de la relación procesal¹⁰. Versando, por lo tanto, sobre cuestiones meramente formales o adjetivas (*Quién, cómo y cuándo*). Mientras que, cuando se habla de defensas materiales, se alude a los argumentos que versan sobre las distintas cuestiones de la relación jurídico-sustantiva que se discute¹¹. Es decir, se trata de verificar si la pretensión jurídica deducida en juicio merece protección.

3. A lo que se quiere llegar, con lo anterior, es a que la desafortunada expresión «*excepción procesal*» se me antoja de todo punto incorrecta¹² y su eliminación, como tal, de los textos normativos es, a mi juicio, muy necesaria. En su lugar cabría emplear la locución *defensas procesales*¹³, puesto que su

- 10 Cfr. MONTERO AROCA, J., *La primera instancia*, ob. cit., pp. 379-381.
- 11 Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 49. En palabras de MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 180, «cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición en la falta de presupuestos o de requisitos procesales, en lo que nuestros Tribunales suelen llamar defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, y tiende a conseguir una resolución en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión». Para MIGUEL Y ROMERO, A., *Antiguo y moderno concepto de excepción*, RGLJ nº 145 (1975), p. 275, «atendiendo a su peculiar naturaleza no pueden confundirse las excepciones en sentido material (...), con aquéllas que sólo se refieren a la ritualidad o procedimiento, que propiamente deben llamarse excepciones procesales». Mostramos total acuerdo con el autor salvo en la última aseveración, porque consideramos que el término *excepción* debe ser separado, de una vez por todas, de cualquier connotación formal.
- 12 «El legislador español entendió por excepción toda alegación, de la naturaleza que fuera, pero cuya finalidad común fuese la evitación de la condena del demandado», como explican, entre otros, MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 179, y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Conductas posibles del demandado ante la demanda*, en «Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración», con A. de la Oliva, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 263.
- 13 La LEC 1/2000, como se apuntó en una nota anterior, mantiene la expresión *excepción procesal* cuando trata de la alegación de vicios y obstáculos procesales como contenido de la contestación a la demanda (vid. art. 405). Cuando en el trámite de la *audiencia previa*, en sede de juicio ordinario, habla del examen de estas circunstancias, las califica como *cuestiones procesales* (art. 416). En la vista oral del juicio verbal, momento en que el demandado oralmente expone sus argumentos defensivos, se refiere

proposición se deja en manos del demandado¹⁴. En este sentido, parece más apropiada una sistemática semejante a la propia de la ZPO alemana en la que, dentro de un ámbito genérico denominado *cuestiones de forma o impedimentos procesales*, se encontraría, por una parte, un listado de presupuestos procesales que pueden ser examinados *ab initio* por el Juez y, por otra parte, los eventuales óbices procesales, cuya alegación correspondería al demandado. Sin embargo, son éstas proposiciones de *lege ferenda* que no deben ser tratadas aquí¹⁵.

a los óbices procesales como «(...) hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo».

- 14 En el art. 532 LEC de 1881 se decía que «si el demandado propusiere alguna excepción dilatoria», quedando patente, al menos en teoría, que al Juez le queda vedado el conocimiento de oficio. Bien es cierto, no obstante, que respecto al supuesto número cinco de dicho artículo, que contempla la excepción de litispendencia, la jurisprudencia ha precisado lo contrario. Así en SSTS 25-2-92 [RA 1992\1552], 7-11-92 [RA 1992\9097], 8-7-94 [RA 1994\6289].
- 15 Sin el debido reposo que exige una cuestión de tal envergadura, no es recomendable construir grandes edificios teóricos. Sin embargo, la cuestión merece algún apunte. Remitiéndonos primero a la Novela 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deben apuntar varias cuestiones de interés. Ciertamente, con la finalidad de convertir al juicio de menor cuantía en proceso tipo, y con ello lograr una mayor celeridad en el desarrollo de los pleitos (con todas las ventajas que ello conlleva) que no era posible con las concepciones formalistas del *solemnis ordo iudiciorum*, que todavía persisten en el juicio de mayor cuantía, se reformaron varios extremos de aquél. Precisamente, uno de los puntos que se vio afectado, aunque menos de lo que merecía, era el de la regulación de las excepciones procesales. Siguiendo el ejemplo de algunos ordenamientos europeos, se adaptó la institución de la *comparecencia previa* como instrumento saneador que, ínsito al inicio del proceso, tiene como misión la de depurar a éste de todos los obstáculos de forma que se puedan plantear, para poder entrar luego en la cuestión de fondo sin impedimento alguno. Si bien la idea es magnífica, la adaptación que se ha hecho en nuestro país es pésima. Teniendo lugar tal comparecencia tras la presentación de la demanda y su respectiva contestación, en ella se discutirán las excepciones procesales objetadas por el demandado, pero el nuevo régimen permite que si éste queda insatisfecho por un eventual rechazo de sus objeciones formales, puede *mantenerlas* para que sean resueltas en la sentencia. Con lo cual persiste un sistema que se encuentra a caballo entre el anterior sistema y el nuevo, sumando las desventajas de ambos. Para ver la cuestión con mayor detenimiento, ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J., *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1992; LORCA NAVARRETE, A. M., *El saneamiento en el proceso civil español*, Justicia. Revista de Derecho Procesal, 1988-4, pp. 887 y ss.; PICATOSTE, J. C., *El tratamiento de los presupuestos y excepciones procesales*

En cualquiera de los casos, se debe dejar bien sentado, desde el comienzo, que lo que en este trabajo se va a tratar no tiene ninguna conexión con aspectos de carácter formal o procesal.

4. En la LEC de 1881 se daba un segundo problema, más grave y complejo que el anterior. Se trataba del ya clásico binomio dilatorias-perentorias en que se agrupa a las excepciones en dicho texto normativo y que, heredado de las obras justinianas por el *solemnis ordo iudiciorum* medieval, se mantenía en nuestra Ley de Enjuiciamiento con toda la carga de error que arrastraba desde sus orígenes¹⁶. Ciertamente, este tratamiento dual de las excepciones se reservaba en nuestro ordenamiento para el juicio declarativo de mayor cuantía, mientras que en el resto de los procedimientos se hablaba genéricamente de excepciones sin entrar en mayores disquisiciones¹⁷. Careciendo la Ley de cualquier definición, se desprendía de su lectu-

en la comparecencia previa en el juicio de menor cuantía., CDJ nº 24 (1994), pp. 333 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Instituciones saneadoras del proceso civil español: «Excepciones dilatorias» y «comparecencia previa»*, en «Problemas actuales de la justicia: homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario», V. Moreno Catena (coord.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 605-640.

La LEC de 2000, frente a las ventajas de este mecanismo «saneador» y a la corruptela que en la práctica se había instaurado al no realizarse la *comparecencia previa* en el menor cuantía, erigió *audiencia previa* como una de las piezas clave del juicio ordinario, con unas características y finalidades semejantes a la citada *comparecencia previa*.

La vigente LEC no establece listado alguno de presupuestos procesales, sino que recurre a una dicción amplia y, a la par, ambigua. Quizás ha querido evitar los problemas que toda enumeración conlleva. No obstante, no hubiera sido desaconsejable una enumeración abierta, a modo de indicación u orientación ejemplificativa.

- 16 En nuestro ordenamiento resulta evidente la coincidencia entre excepción procesal y excepción dilatoria, como apunta en este sentido MIGUEL Y ROMERO, A., *Antiguo y moderno...*, ob. cit., p. 257. Hablamos en el texto de carga de error en el sentido de que por *dilatorio* se ha de entender aquel obstáculo de carácter provisional, en contra del uso de nuestra LEC de 1881. Así, RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 483.
- 17 Así sucedía en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, cuando se lee en el art. 687 LEC de 1881: «*El demandado propondrá en la contestación todas las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias y, si se mantienen, el Juez resolverá sobre todas en la sentencia, absteniéndose de hacerlo, en cuanto al fondo del pleito, si estimare procedente alguna de las dilatorias que lo impidan*». Por lo que respecta al juicio verbal,

ra que dilatorias eran todas aquellas cuestiones de carácter procesal, que se contenían exclusivamente en el art. 533 LEC de 1881 y que son de previo y especial pronunciamiento. Ante la parquedad de la norma en explicaciones, se entendía que *perentoria* era toda excepción que no figuraba en el citado artículo y las que éste enumeraba, si no eran alegadas en el momento oportuno¹⁸. La razón de esta construcción será expuesta más adelante al explicar su origen histórico. Frente a dicho tratamiento de la cuestión en la LEC de 1881, debe subrayarse el gran avance que supuso la LEC de 2000, por cuanto que el legislador eliminó el binomio «*dilatorias-perentorias*» definitivamente, sustituyéndolo por el más ajustado (aunque no del todo correcto, técnicamente hablando) de *procesales-materiales*¹⁹. Junto a esto, merece especial énfasis la distinta concepción que la nueva ordenación tiene de los *vicios o impedimentos procesales*, ya que frente a la anterior, en la que eran considerados armas procesales resolubles, las más de las veces, en la sentencia final con el consiguiente riesgo de que absolviera en la instancia, ahora son alegaciones adjetivas cuya *resolución a limine* es trámite obligado tanto en el juicio ordinario (en sede de audiencia previa), como en el verbal (en la misma vista de juicio)²⁰.

5. Inmersos ya dentro del área de las defensas de carácter material, no va a ser necesario establecer novedosos distingos. Así, se contemplan cuatro

al art. 730 expresa: «*En ella (la comparecencia) expondrán las partes, por su orden, lo que pretendan y a su derecho conduzca, y después se admitirán las pruebas pertinentes (...)*».

- 18 Esta construcción, absurda, como afirma MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., pp. 181-182, supone que se haya de entender *dilatorias* como procesales y *perentorias* como materiales. Sin embargo, esto entra en abierta contradicción con lo manifestado para el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, donde la dilatoria no interpuesta a su debido momento se convierte en perentoria. Por tanto, la noción *perentoria* es un concepto que se define negativamente, realizando una función de término comodín.
- 19 Cfr., por todos, HOYA COROMINA, *Artículo 405...*, ob. cit., p. 1850, ó DAMIÁN MORENO, J., *Artículo 405. Contestación a la demanda y forma de la contestación a la demanda*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», A. M. LORCA NAVARRETE (dir.) y V. Guilarte Gutiérrez (coord.), t. II, 2ª ed., edit. Lex Nova, Valladolid, 2000 (noviembre), p. 2090.
- 20 ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, 7ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 158.

modos de reaccionar activamente por parte del demandado²¹. Por un lado, cabe que considere fundada la pretensión del actor y la acepte formalmente, aviniéndose a ella, con lo cual nos encontramos ante el fenómeno jurídico-procesal del allanamiento²². En segundo lugar, es posible que su defensa radique en la simple negación de los extremos que se contengan en la alegación del demandante²³. Ciertamente, la negación puede afectar a la existencia o veracidad de los hechos o, bien, puede referirse a una incorrecta atribución de consecuencias jurídicas a esos hechos. En tercer lugar, el demandado puede defenderse a través de la presentación de hechos distintos, a los aducidos por el actor, cuya función sea desvirtuar los que han sido aportados por éste último. Finalmente, la Ley contempla que el atacado responda por medio de otro ataque, sobre cuestión conexa al objeto litigioso planteado por el demandante, a lo que se alude bajo el término *reconvención*²⁴. Con estas cuatro categorías se puede afirmar que se presenta, *grosso modo*, el abanico de reacciones posibles que se le presentan al demandado en el proceso civil español.

6. Centrando ya el discurso en el tema que nos ocupa, se debe comenzar diciendo que la búsqueda de una definición técnica de excepción debe

- 21 Para una espléndida panorámica de los modos de reaccionar el demandado, nos remitimos a TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 405. Contestación a la demanda y forma de la contestación a la demanda*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», F. CORDÓN MORENO, J. J. MUERZA ESPARZA, T. ARMENTA DEU, e I. TAPIA FERNÁNDEZ (coords.), vol. I, 2ª ed., edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1682-1683. Más sintéticamente, aunque de forma pedagógica, lo exponen, entre otros, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Conductas posibles del demandado...*, ob. cit., pp. 257-258; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Artículo 405. Contestación a la demanda y forma de la contestación a la demanda*, en «El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios», F. Escribano Mora (coord.), vol. IV, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2976; y MONTERO AROCA, J., *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 883-884.
- 22 Realmente, en este caso, es equívoco hablar de allanamiento como un supuesto de defensa material. Así RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 500.
- 23 La necesidad de tal negación supone que su ausencia o una respuesta evasiva, pueda entenderse como la admisión tácita de los hechos alegados por el actor, tal y como prescribe el art. 405.2 de la LEC.
- 24 Prescindimos en este momento de ahondar sobre estos conceptos, sobre los que se va a hablar a lo largo del estudio y en su momento correspondiente.

prescindir, por desgracia, del referente siempre seguro de los textos normativos. En el caso de nuestra institución, es especialmente llamativa la ausencia en la LEC (tanto en la de 1881, como en la del 2000) de unas pautas conceptuales para saber qué deba entenderse por excepción. Lo único que nuestra Ley procesal nos ofrece, y de modo confuso y contradictorio en el caso de la LEC de 1881 y más claramente en la Ley de 2000, es el *cómo* y el *cuándo* de su alegación en el proceso. Verdaderamente, la secular Ley de 1881 pecaba de acientífica y de procedimentalista. Pero, en este concreto aspecto, no podemos decir que la Ley de 2000 haya supuesto una mejora sustancial. Este estado de cosas nos conduce, necesariamente, a tener que recurrir a la doctrina científica y a la jurisprudencia para encontrar una posible definición de partida²⁵. Por lo que respecta a las leyes sustantivas privadas, haciendo especial referencia al Código Civil, los resultados son igualmente desalentadores. No obstante, la explicación es sencilla. Nuestro ordenamiento jurídico concibe a la excepción exclusivamente como una categoría meramente procesal y no sustantiva, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos europeos. Ciertamente es que la regulación civil sustantiva recoge determinadas figuras que sistémicamente pertenecen a la teoría general de la excepción, pero nuestra ley procesal desconoce propiamente la categoría.

7. La jurisprudencia española distinguía hasta el año 2000 –siguiendo el esquema tradicional– entre *dilatorias* y *perentorias*, aunque empleara estos términos de modo exclusivo cuando trataba de supuestos de excepciones procesales. No obstante, se desprende del material jurisprudencial la existencia de excepciones materiales, aunque para acceder a ellas hay que indagar en las distintas instituciones del Derecho civil.

8. La doctrina jurisprudencial, evitando cualquier tratamiento dogmático, engloba la mayoría de supuestos bajo una categoría omnicomprendiva de excepción, cuyo rasgo definidor es el de ser defensas del demandado alusivas al fondo del asunto y, como tales, plenamente incardinadas en el ámbito de

25 En su artículo crítico, MONTERO AROCA, J., *Trabajos de Derecho procesal*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp. 261 y ss., examina la LEC de 1881 ya con cierta perspectiva y subraya las numerosas fracturas que presenta como mera heredera de una tradición acientífica y formalista.

la autonomía de la voluntad²⁶ y, por ello, rígidamente sujetas al principio de aportación de parte²⁷. En este sentido, la jurisprudencia se aferraba sólidamente al art. 542 LEC de 1881²⁸. Sin embargo, aísla una serie reducidísima de supuestos, en los que no se cumple el rasgo caracterizador del concepto. Es decir, ante determinados *supuestos-tipo*, si su existencia se desprende del material aportado al litigio, el Juzgador está facultado para tenerlos en cuenta, aunque el demandado no haya hecho la menor mención al respecto²⁹. Tales *supuestos-tipo*, según el criterio adoptado por nuestra jurisprudencia, se redu-

- 26 Como rasgo definidor de la excepción material, el Tribunal Supremo pone el acento en que se trata de un instrumento defensivo, de uso facultativo y, eventualmente, renunciable. Así STS 31-10-1995 [RA 1995\7654], haciendo referencia en concreto a la excepción de prescripción, pero entendiéndose como característica de toda excepción.
- 27 En la jurisprudencia, el calificativo de *excepción* se usa indistintamente para cuestiones defensivas de índole procesal –véase el material jurisprudencial referente al art. 533 LEC de 1881– como para cuestiones de índole material. Ciertamente, toda oposición de carácter material del demandado a la pretensión, que no revista la forma de *negación*, se debe considerar excepción, como se desprende de la STS 18-4-1979 [RA 1979\1406]. El Tribunal Supremo ha definido negativamente a la excepción material y, en especial, al tratar de su elemento caracterizador principal: la necesidad de la aportación de parte del demandado; es decir, la exclusión del eventual examen de oficio (así STS 24-4-1997 [RA 1997\3398]).
- 28 En la nueva LEC de 2000, véase el art. 405. De la lectura en sentido afirmativo de la clara doctrina contenida en la STS 24-4-1997 [RA 1997\3398] se desprende que lo que impide a los Tribunales decidir *ex officio* es la exigencia que se recoge en el art. 359 LEC de 1881. Esta forma de pensar está arraigada y es constante en nuestra jurisprudencia: SSTS 29-3-1932 [RA 1932\976], 15-1-1949 [RA 1949\89], 29-10-1949, [RA 1949\1240], y más actualmente, 30-12-1993 [RA 1993\9912], 15-12-1993 [RA 1993\9989]. De todos modos, y como reflejo del contenido de su doctrina, destacaremos las palabras de la STS 31-3-1981 [RA 1981\1144]: «(...) *el principio de congruencia, derivado del de rogación, que sanciona el art. 539 de la Ley procesal, obliga a la armonía y correspondencia entre la parte dispositiva de la resolución judicial y la pretensión o pretensiones aducidas por las partes mediante el sustancial acatamiento a lo solicitado (...), pero sin ampliar la decisión a los extremos no controvertidos.*»
- 29 Esta posibilidad de examinar de oficio determinados supuestos de excepción es doctrina dominante y continuada: SSTS 29-3-1932 [RA 1932\976], 15-1-1949 [RA 1949\89], 29-10-1949 [RA 1949\1240], 30-12-1993 [RA 1993\9912], 15-12-1993 [RA 1993\9989], 20-6-1996 [RA 1996\5105], 21-4-1997 [RA 1997\3398], entre otras.

cía a dos muy determinados: la nulidad radical o absoluta de los contratos³⁰ y la caducidad. Respecto del segundo de los tipos, la razón de ser de tal criterio respondía, según nuestro alto Tribunal, a la automaticidad con que opera la caducidad, produciéndose una extinción automática de la obligación jurídica al cumplirse el plazo preclusivo³¹. Por lo que respecta al primero de los supuestos, la doctrina jurisprudencial era más completa. En primer lugar, considera que «(...) *la posibilidad de una declaración de oficio de la nulidad [sirve] para evitar que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, puedan amparar hechos torpes o constitutivos de delitos*». Sin embargo, resalta en repetidas ocasiones que este eventual examen de oficio tiene carácter excepcional y, por tanto, ha de considerarse desde una óptica rigurosamente restrictiva. Por ello, para evitar confusiones, la jurisprudencia matiza que se trata de supuestos de nulidad radical «(...) *cuando aparezca con relieve la carencia de cualquiera de los elementos integrantes del contrato establecidos en el art. 1261 CC o los pactos sean manifiestamente contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres o recaiga sobre objeto extra commercium (...)*»³².

9. Para la doctrina jurisprudencial española *excepción* era, y es, todo. Tanto una *excepción estricta* que le permite al demandado eludir la prestación debida, como cualquier hecho que, opuesto debidamente, impida la producción de efectos jurídicos a los alegados por el actor³³. Del análisis global de

30 Adviértase que la nulidad de los contratos viene a recibir un nuevo y peculiar trato en la LEC, como se desprende del art. 408. 2, cuestión que se tratará más adelante.

31 Sobre esta cuestión, el criterio jurisprudencial permanece desde los comienzos inalterable: SSTS 30-4-1940 [RA 1940\304], 7-12-1943 [RA 1943\1307], 17-11-1948 [RA 1948\1413], 25-9-1950 [RA 1950\1406], 5-7-1957 [RA 1957\2554], 18-10-1963 [RA 1963\4138], 11-5-1966 [RA 1966\2419], 24-9-1995 [RA 1995\6195], 2-1-1990 [RA 1990\2], 22-5-1990 [RA 1990\3232], 22-5-1992 [RA 1992\4275], 10-3-1994 [RA 1994\1734], 10-11-1994 [RA 1994\8466], 28-11-1994 [RA 1994\8632], 31-10-1995 [RA 1995\7654], 27-5-1996 [RA 1996\3920].

32 Sobre la cuestión existe abundante jurisprudencia que, en líneas generales, va repitiendo la misma doctrina. Para una visión selectiva, véase: SSTS 31-3-1981 [RA 1981\1144], 30-12-1993 [RA 1993\9912], 15-12-1993 [RA 1993\9989], 9-5-1994 [RA 1994\3894], 20-6-1996 [RA 1996\5105], 18-2-1997 [RA 1997\1003], 24-4-1997 [RA 1997\3398], 14-10-1997 [RA 1997\7408].

33 Así se expresa la jurisprudencia, como se ve en la ya citada STS 18-4-1979 [RA 1979\1406].

la jurisprudencia se desprende que cualquier defensa material positiva (que aporte hechos nuevos sin ampliar el objeto del litigio) es considerada excepción material. Como sucede con las alegaciones del actor, el demandado dispone libremente del material que considere oportuno para su defensa, haciendo honor así al principio de la autonomía de la voluntad. Por tanto, nunca cabe la apreciación de oficio por parte del Juzgador de supuestos de excepción que no hayan sido debidamente opuestos por el demandado. Tal postulado sólo se rompe en los supuestos de nulidad radical y caducidad, en virtud de las exigencias del principio de orden público. Y a continuación, nos preguntamos si no es un gravísimo atentado al orden público que un Juez, aun conociendo³⁴ que está concediendo una tutela infundada (v. gr. porque la deuda exigida por el actor, ya ha sido pagada por el demandado, desprendiéndose tal conocimiento del material aportado al litigio por cualquiera de las partes), se vea impedido para rehusar tal concesión³⁵, la cual descansa sobre un apoyo sustantivo extinguido, en su origen o posteriormente, como que se favorezca a un demandante, cuyo derecho material está viciado de nulidad absoluta o la vida del mismo ha caducado. No se logra entender en la lógica del Tribunal Supremo cuál sea la razón que permite distinguir ambos extremos en sus respectivos umbrales de gravedad.

10. Aunque se echa de menos, en nuestra literatura científica, un tratamiento profundo de la cuestión³⁶, es posible reunir una serie de definiciones que, cuando menos, nos situarán al pie de la cuestión. En este sentido, tiene dicho FERNÁNDEZ LÓPEZ que por excepción deben entenderse «*aquellos hechos nuevos, que el demandado introduce en el proceso y que, si resultan probados,*

34 No se olvide que aquí entran en juego los principios, importados de la doctrina alemana, de la alegación desfavorable para la propia parte y de adquisición procesal. Cfr. en Alemania, SOBERHEIM, F., *Das ungünstige Parteivorbringen als Vorteilsgrundlage im Zivilprozess*, edit. Franz Vahlen, Berlin, 1916, recogido en España por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Trabajos y Orientaciones de Derecho procesal*, edit. ERDP, Madrid, 1964, pp. 179-181.

35 *Ibidem*. Se trata, a nuestro juicio, de una evidentísima derivación del principal cometido de un Juez: hacer justicia, a las partes que concurren a juicio.

36 Extraña la falta de trabajos científicos de carácter monográfico sobre la materia en la doctrina española.

provocan la absolución en cuanto al fondo»³⁷. Por su parte, MONTERO AROCA, en términos similares, exponía que son excepción, «*aquellos hechos nuevos, distintos a los alegados por el actor y que constituyen supuestos fácticos de normas también diferentes*», siempre y cuando «*no constituyan la causa petendi de otra pretensión*», y cuyo resultado es la mera absolución del demandado³⁸. Para ALMAGRO NOSETE³⁹, se puede decir que la oposición al fondo radica en la introducción de hechos nuevos. Con palabras distintas, pero transmitiendo la misma idea de que se trata de una oposición a la demanda basada en la introducción de hechos nuevos, se expresa RAMOS MÉNDEZ⁴⁰.

11. Labor estéril sería recopilar definiciones si no sirviesen para examinarlas con detenimiento e indagar qué tienen en común. Es claro, a mi modo de ver, que todas las definiciones coinciden en destacar las mismas características: se trata de hechos novedosos, al aparecer por primera vez en el proceso de la mano del demandado en su contestación, y cuya finalidad es la absolución de éste⁴¹. Sin embargo, salta a la vista, curiosamente, que se trata de una descripción superficial, puesto que el elemento clave, *hechos nuevos*, es un término indeterminado. En el trasfondo de esta aparente desgana de los autores por delimitar con más precisión qué se ha de entender por excepción, se asoma una realidad más compleja, al resultar que el concepto-unidad *excepción* es un término plurívoco. Engloba dos realidades entitativamente autónomas que subyacen al genérico concepto de *excepción*. De ahí que se entienda con claridad meridiana que la doctrina, en sus definiciones, evite precisar más, porque ineludiblemente incurriría en severas contradicciones⁴².

37 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 86.

38 MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., pp. 185-186.

39 ALMAGRO NOSETE, J., *Instituciones de Derecho procesal. Proceso civil*, t. II-1, con J. Tomé Paule, edit. Trivium, Madrid, 1993, p. 302.

40 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 479.

41 Así, por todos, DAMIÁN MORENO, J., *Artículo 405...*, ob. cit., p. 2094; GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *El juicio ordinario*, en «Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», J. C. Cabañas García (coord.), edit. Trivium, Madrid, 2000, pp. 379-409; HOYA COROMINA, J., *Artículo 405...*, ob. cit., p. 1851; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 405...*, ob. cit., p. 1686.

42 En general, en los textos científicos se da por obvia esta distinción, entrando, las más de las veces, al análisis de sus elementos sin esta previa disquisición. Sin embargo, es

12. Ciertamente, fruto de la confusión terminológica que ya ha sido puesto de manifiesto, se ha asimilado el concepto de *excepción* al genérico de *defensa de fondo*. Sin embargo, bajo el concepto genérico de *excepción (rectius, defensa de fondo)*, se distingue en nuestra doctrina dos categorías muy diferentes. Por una parte, se encuentran las denominadas *excepciones impropias*⁴³, que están basadas en hechos que otorgan fundamento fáctico a determinadas *contranormas*⁴⁴, cuyos efectos transforman o han transformado la realidad jurídica sobre la que se apoya el actor⁴⁵. Estos hechos producen un cambio automático en el *statu quo* jurídico que se discute y supone la inmediata falta de fundamento de la tesis actora⁴⁶. En este punto, la doctrina matiza al distinguir

aceptada por todos sin discusión esa constitución dual de la excepción material en sentido genérico, de la que algún autor hace reflejo, como ocurre con RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ob. cit., pp. 481-482.

- 43 Terminología comúnmente aceptada pero, a nuestro juicio, desacertada. Sobre lo extendido del uso, tómese como muestra, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 85; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., pp. 185-186; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, con V. Gimeno Sendra y V. Moreno Catena, 6ª ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 397; ó DAMIÁN MORENO, J., *Artículo 405...*, ob. cit., pp. 2094-2095.
- 44 Sobre el carácter de «contranorma», véanse FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 84; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., pp. 185-186; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, ob. cit., pp. 145-146; y el mismo autor en *La contestación a la demanda*, en «Derecho Procesal Civil. Parte general», con V. Moreno Catena, 4ª ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 155.
- 45 Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 85; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 186; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 397; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 405...*, ob. cit., pp. 1686-1687. Tal transformación en el ámbito de los efectos, supone una frustración de los efectos potencialmente esperados por el actor.
- 46 Ciertamente la doctrina no es unánime en determinar terminológicamente cuál es el objeto de las excepciones impropias (unos hablan de «*infundamentación*» de la acción, otros del derecho, otros de ambos...). Cfr., entre otros, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 85; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 185; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, ob. cit., pp. 145-146; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 451; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 405...*, ob. cit., p. 1687; DAMIÁN MORENO, J., *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena (coords.), t. II, edit. Tecnos, Madrid, 2000, p. 65.

entre hechos impositivos, que suponen un obstáculo *ab initio* para la correcta constitución de la relación jurídico-material (v. gr. un vicio que produce nulidad radical), y hechos extintivos, cuando la relación jurídico-sustantiva se extingue *a posteriori* (v. gr. el pago)⁴⁷. Lógica consecuencia de esta construcción dogmática es la de considerar que el juez puede, y debe, apreciar de oficio estas excepciones impropias si se desprenden del material aportado al litigio por cualquiera de las partes, por la simple razón de que el juzgador nunca puede amparar y conceder tutela a peticiones jurídicas de suyo infundadas⁴⁸.

13. Frente a la categoría de *excepción impropia* se despeja el concepto de *excepción propia*. Se trata de aquellos hechos que son el fundamento de una norma jurídica⁴⁹ que otorga al demandado un *contraderecho*⁵⁰ o, cuando menos, una verdadera facultad jurídica⁵¹. Tal facultad permite enervar la acción⁵² y, por tanto, conduce a la consiguiente evitación de la condena⁵³. La doctrina

47 Por todos, MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 186; DAMIÁN MORENO, J., *Los procesos ordinarios...*, ob. cit., pp. 64-65; GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *El juicio ordinario*, ob. cit., p. 386; HOYA COROMINA, J., *Artículo 405...*, ob. cit., pp. 1851-1852.

48 Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 85; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 187; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 397; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 451; DAMIÁN MORENO, J., *Artículo 405...*, ob. cit., pp. 2095; GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *El juicio ordinario*, ob. cit., p. 386; MONTERO AROCA, J., *La primera instancia*, ob. cit., p. 383.

49 Matiz muy importante que se le escapa normalmente a la doctrina. En cambio, lo resalta MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 187.

50 Emplean esta peculiar expresión, entre otros, MONTERO AROCA, J., *La primera instancia...*, ob. cit., p. 382; GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *El juicio ordinario*, ob. cit., p. 386; ARMENTA DEU, T., *Lecciones...*, ob. cit., p. 159; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 405...*, ob. cit., p. 1686 –quien concretamente alude a un «contraderecho de impugnación»–.

51 Por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 85.

52 Muchos autores lo consideran de este modo. Véanse, por ejemplo, DAMIÁN MORENO, J., *Los procesos ordinarios...*, ob. cit., p. 65, ó GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *El juicio ordinario*, ob. cit., p. 386. También se le contempla un efecto destructor o paralizante –cuando, como se verá, se trata de eficacias muy diferentes–, como se aprecia, entre otros, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Conductas posibles del demandado...*, ob. cit., p. 266.

53 Idem.

denomina a este tipo de hechos *excluyentes*⁵⁴ —u *obstativos*— aunque debe matizarse que el efecto no es predicable de los hechos en sí mismos considerados, sino de esa norma jurídica que el ordenamiento concede al demandado. Pero hay que añadir que aquí se separan las tesis de la doctrina *iusprivatista* y la procesalista. Para éstos últimos, el ejercicio de la excepción supone un efecto enervante con respecto de la acción. En cambio, para los primeros se trata de un derecho a eludir el cumplimiento de una prestación efectivamente debida (y que lo seguirá siendo aunque la demanda sea desestimada)⁵⁵. Lógico desenlace de este hilo expositivo es afirmar que el juez en ningún caso puede apreciar *ex officio* estas excepciones, por su carácter disponible y por ser propiamente facultades (derechos), nunca actuables *motu proprio* por los tribunales.

14. Me atrevería a afirmar que lo expuesto hasta aquí constituye el cuerpo más acabado de lo que podría considerarse una *teoría general de la excepción* —si es que se puede hablar así—. Si bien es cierto que resuelve algunos problemas de aplicación forense (principalmente, la necesidad de alegación), esconde, por el contrario, una inmensa y compleja laguna legal y dogmática. Pero, por si esto fuera poco motivo de preocupación científica, se desprende de su análisis otro dato todavía más distorsionador y preocupante. A mi juicio, y como me propongo demostrar a lo largo del trabajo, esta pretendida *teoría general* ha sido, de algún modo, importada de otras teorías más acabadas de nuestro entorno jurídico europeo: de Italia, en un primer momento, y de Alemania, posteriormente. La prueba que más adelante se ofrecerá para apoyar nuestra hipótesis se funda en el hecho de que la doctrina española, tanto civilista, como procesalista, utiliza una serie de conceptos para sustentar su construcción que no pertenecen, de ningún modo, a nuestra tradición jurídica. Es más, algunos de ellos encuentran serias dificultades para no colisionar

54 Idem.

55 Nos da la impresión de que la doctrina considera equivalentes ambos efectos, y tal equivalencia no existe. Aquí radica uno de los principales escollos de la categoría, porque al ser un concepto que fracciona su identidad entre el derecho sustantivo y el procesal, no resulta nada claro a qué ámbito hay que asociar sus efectos. Véase el uso doble de los términos en la doctrina, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, t. II, ob. cit., p. 85; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. II-1, ob. cit., p. 187; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, t. I-1, ob. cit., p. 397.

con las figuras, instituciones y líneas de pensamiento doctrinal de nuestro país, y eso cuando no resulta que estos mismos conceptos han sido criticados, revisados o superados en el propio país de origen.

15. Por todo lo visto, se me antoja acuciante intentar construir una teoría general, desde los mismos cimientos. Antes que nada, se deben enfrentar los tres grandes problemas que aquejan a la institución. En primer lugar, determinar cuál es el objeto sobre el que actúa la excepción y analizar en qué medida opera y qué efectos jurídicos produce. A partir de ahí, se podrá determinar definitivamente a qué esfera jurídica pertenece: al derecho sustantivo o al derecho procesal, o a un ámbito intermedio entre ambos. En paralelo a este tema discurre el de deslindar correctamente nuestra institución con respecto de las *excepciones impropias* (*objecciones*) y de la *reconvención*, de lo que resultarán grandes beneficios para la praxis forense. Respondidos dichos interrogantes, se podrán abordar otros no menos problemáticos como son los atinentes a la naturaleza jurídica de la excepción, a su alegación *intra* o extraprocesal, su relación con la incursión en mora, la interrelación con las garantías reales o la posibilidad de su renuncia.

16. Tan ardua tarea lleva aparejada una serie de restricciones y límites que deben reconocerse y, sobre todo, manifestarse desde un buen principio:

- (i) Pese a lo que pudiera parecer, de primeras, nuestro propósito es modesto. No se pretende presentar una teoría cerrada y definitiva. Más bien, lo que se persigue es dar cuenta de los prolegómenos de una intensa labor de investigación que, aquí y ahora se ha iniciado, pero a la que le resta un largo trecho para culminar. Así pues, este trabajo es un comienzo, pero en ningún caso ha llegado a su fin.
- (ii) Reviste una grandísima transcendencia –como se verá– efectuar un detallado estudio de historia del Derecho y retrotraerse hasta los mismos orígenes romanos de la institución. No es un vano afán de erudición lo que nos mueve, sino una ineludible necesidad. Tal y como habrá ocasión de demostrar, sin comprender la particular fisonomía de la *exceptio* romana, no se puede entender correctamente su evolución posterior, ni su estado actual. Desde luego, hemos renunciado a cualquier pretensión historicista, puesto que queda para los especialistas en dicha rama del Derecho profundizar en el conocimiento de la antigua *exceptio*, en su evolución a través del tiempo. Y del mismo modo que realizar un modesto estudio histórico se nos antojó una tarea inesquivable, igualmente

nos pareció muy ilustrativo seguir de cerca la evolución de la institución, hasta el momento presente, siguiendo su trayectoria a través del Derecho histórico español.

- (iii) Echar la vista hacia la recepción de la *exceptio* romana en Italia o en Alemania obedece exclusivamente al hecho de que en nuestro país se han importado ideas y categorías al respecto de la cultura jurídica de aquéllos. Pero no nos podemos llamar a engaño. No se ha albergado la menor pretensión de hacer de este trabajo un estudio de derecho comparado, ni se ha contemplado nunca la idea de efectuar un análisis en profundidad de las excepciones materiales en los ordenamientos italiano y germano. No se nos oculta que tan ambiciosa empresa requeriría de sendos trabajos, monográficos y, por completo, autónomos.
- (iv) El ejercicio de revisión histórica o el hecho de asomarse al enfoque otorgado a la excepción en otros países, no tiene otro objeto que facilitar el acometimiento del verdadero propósito de esta obra, a la par que su punto culminante. A saber, precisar los contornos de la excepción como categoría jurídica. Concretamente, fijar su objeto y precisa cuál sea su eficacia y las consecuencias que se derivan de su ejercicio. En pocas palabras, queremos ir a dar con su naturaleza jurídica. Esto es lo principal. El resto de cuestiones –si así se pudiera decir–, lo tenemos por accesorio.
- (v) Constituye un corolario natural de nuestra indagación –sobre la esencia de la excepción– que nos preguntemos por algunas circunstancias que rodean el ejercicio de la misma. Así, cobra sentido interrogarse, entre otras cosas, por si está legitimada la satisfacción de un derecho de crédito afectado por una excepción o qué alcance pueda tener su alegación extraprocesal de cara a la incursión en mora del obligado. Son numerosísimas las cuestiones que salen a nuestro paso. La mayoría de ellas procede del ámbito del Derecho privado. Para todas ellas brindamos una respuesta, razonada, como no podía ser de otro modo, pero sin la menor pretensión de agotar la problemática y clausurar el debate científico. Más bien, se espera conseguir lo contrario. Alentar a los estudiosos a que participen de la reflexión común, de la que tan necesitada se ha visto siempre esta institución. De aquí que confiamos en que se nos disculpe que todas nuestras opiniones se efectúen a beneficio de inventario –a expensas de los resultados que arrojen ulteriores y más

profundos estudios— y que no nos adentremos en todas y cada una de las instituciones del Derecho civil que se ven afectadas, de un modo u otro, porque de ceder a la tentación de querer apurar todo es llano que nos excederíamos con mucho de nuestro propósito inicial. Recordemos: poner las bases para una línea de investigación sobre un campo tan vasto, que fácilmente escapa a la vista de cualquiera todo lo que da de sí. De todos modos, se dejará en cada aspecto particular los correspondientes hitos, de tal suerte que quien quiera adentrarse en la espesura de las materias concernidas pueda hacerlo, auxiliado por numerosas referencias a la más moderna y conspicua literatura especializada.

- (vi) *Mutatis mutandis*, se puede trasladar la anterior limitación autoimpuesta a la hora de enfrentar la tarea de pasar revista a las diversas figuras que tradicionalmente han sido tenidas por excepciones materiales propias. Ni se quiere, ni tampoco se puede, agotar la nómina. Muchas habrá que habremos orillado. Y, por otra parte, hemos tenido que domar nuestro inicial ardor por escrutar cada una de esas muchas manifestaciones de excepción material, conformándonos finalmente —lo que no es poco— con presentar una imagen panorámica de cada una de ellas. Pero, por dejar la vía expedita a quien se aventure a proseguir por las numerosas sendas que se abren a los lados del camino, se ha señalado prolijamente la doctrina más destacada en cada caso.
- (vii) La misma restricción se tiene que confesar en lo que hace al estudio de las aplicaciones procesales de la categoría o al ejercicio de la acción de deslinde y amojonamiento frente a las figuras colindantes (excepciones propias y excepciones reconventionales).

Colección Procesal J.M. Bosch Editor

COLECCIÓN DIRIGIDA POR JOAN PICÓ I JUNOY, CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

1. **Los poderes del juez civil en materia probatoria.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2003
2. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho.** Guimaraes Ribeiro, Darci, 2004
3. **Problemas actuales de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2004
4. **La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario.** Picó i Junoy, Joan y Adán Domenech, Federic, 2005
5. **Aspectos prácticos de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2006
6. **La prejudicialidad en el proceso civil.** Reynal Querol, Nuria, 2006
7. **Objeto y Carga de la Prueba Civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
8. **Introducción a la probática.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2007
9. **La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales.** Incluye cd. Jimeno Bulnes, Mar (Coord.), 2007
10. **El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Picó i Junoy, Joan, 2007
11. **El interrogatorio de partes (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 1).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
12. **Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago.** Achón Bruñen, M^a José, 2007
13. **Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
14. **El interrogatorio de testigos (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 2).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
15. **Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia.** Achón Bruñen, M^a José, 2008
16. **La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México.** Hernández Bezanilla, Emma del Rosario, 2008
17. **Tratamiento procesal del allanamiento en el Proceso Civil.** Carbonell Tabeni, Joaquín, 2008
18. **El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.** Abel LLuch, Xavier (Dir.), 2008
19. **La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC.** Cerrato Guri, Elisabet, 2008
20. **La ejecución hipotecaria.** Adan Domènech, Federic, 2008
21. **La prueba pericial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 3).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2009
22. **La prueba documental (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 4).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
23. **La audiencia previa.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
24. **Las garantías constitucionales del proceso (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2011
25. **Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales.** Libano Beristain, Arantza, 2011
26. **La prueba electrónica (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 5).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2011
27. **El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria.** Joan Picó (Dir.), 2011

28. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio.** Benavente Chorres, Hesbert, 2011
29. **El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal.** Gil Vallejo, Beatriz, 2011
30. **La prueba de reconocimiento judicial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 6).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2012
31. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades.** Benavente Chorres, Hesbert, 2012
32. **Derecho probatorio.** Abel Lluch, Xavier, 2012
33. **Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2012
34. **El principio de la buena fe procesal (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2012
35. **La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA.** Ripol, Ignacio, 2013
36. **La desnaturalización del proceso.** Sánchez Álvarez, Eduardo, 2013
37. **La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2013
38. **La adhesión al recurso de apelación civil.** Rodríguez Camacho, Nuria, 2013
39. **Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2013
40. **El secreto profesional del abogado en el proceso civil.** Andino López, Juan Antonio, 2014
41. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.** Duart Albiol, Juan José, 2014
42. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Casanova Martí, Roser, 2014
43. **El principio de audiencia.** Alfaro Valverde, Luis Genaro, 2014
44. **Las diligencias policiales y su valor probatorio.** González i Jiménez, Albert, 2014
45. **La suspensión de los juicios orales.** Pesqueira Zamora, Mª Jesús, 2015
46. **El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Rueda Fonseca, María del Socorro, 2015
47. **La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso.** Benavente Chorres, Hesbert, 2015
48. **Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva.** Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio (Coords.), 2016
49. **La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia.** Soca Torres, Isaac, 2016
50. **La acción rescisoria concursal.** Huelmo Regueiro, Josefina, 2016
51. **Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.** Jimeno Bulnes, Mar (Dir.), 2016
52. **Las excepciones materiales en el proceso civil.** De Miranda Vázquez, Carlos, 2016