



Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 6

28071 MADRID

JESÙS GULLÓN RODRÍGUEZ, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

C E R T I F I C O: Que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día de la fecha, ha aprobado el Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo del siguiente tenor literal:



Con fecha 13 de enero de 1998, tuvo entrada en este Consejo General del Poder Judicial una comunicación del Ministerio de Justicia de fecha 12 de enero por la que se remite el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, y se solicita la emisión del informe al amparo de lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Comisión de Estudios e Informes en su reunión del día 20 de enero inició el estudio del Anteproyecto y designó Ponentes a D^a. Elisa Veiga Nicole y a D. Rubén A. Jiménez Fernández. Posteriormente en las sesiones de los días 18 y 24 de febrero, 31 de marzo, 21 y 27 de abril, y 4 de mayo, procedió a deliberar sobre el presente informe, acordando en las sesiones de los días 24 de febrero y 31 de marzo, dirigirse al Pleno para instar sucesivas prórrogas del plazo establecido para su emisión, habida cuenta de la complejidad del informe y de la extensión del Anteproyecto. Finalmente, en la sesión de 5 de mayo acordó aprobar el presente informe para su elevación al Pleno de este Consejo General del Poder Judicial.



TITULO PRELIMINAR

Bajo el epígrafe de "principio de legalidad procesal" el artículo primero del Anteproyecto dispone que la comparecencia y actuación en juicio se efectúe en la forma ordenada por la presente Ley. Los artículos segundo y tercero se refieren, respectivamente, a la aplicación en el tiempo de las normas procesales, que nunca serán retroactivas, y al ámbito territorial de éstas mismas normas, basado en el principio de territorialidad. Finalmente, el artículo cuarto contiene una cláusula general de supletoriedad respecto a los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares.

En cuanto al principio de irretroactividad de las normas procesales, salvo expresa disposición legal de Derecho transitorio, se acomoda al sistema general del Código Civil (art. 2.3 y Disposición Transitoria 4^a). Las leyes procesales no inciden sobre los procesos en trámite, salvo que expresamente dispongan otra cosa, eficacia que habitualmente se produce por instancias completas y no por fases dentro de un mismo grado jurisdiccional, conforme al principio de la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 3 del R.D. de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y STC 374/1993, V.Part. f.j. 1), si bien la interpretación de las normas de Derecho transitorio corresponde esencialmente a los Tribunales, que pueden acogerse a un sistema de regulación aislada, según el cual cada acto procesal se rige por la ley que esté en vigor en el momento en que se produce (STC 374/1993, f.j. 7^o).



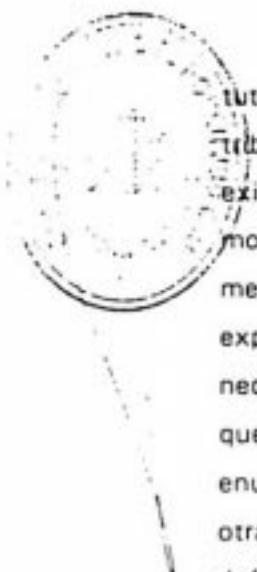
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

LIBRO I.

Disposiciones generales

TÍTULO I.

De la comparecencia y actuación en juicio.



En el artículo 5 del Anteproyecto, bajo la rúbrica de "clases de tutela jurisdiccional", se establece que se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley. Resulta ciertamente satisfactoria y necesaria una cláusula general de habilitación como la descrita, puesto que, respetando las exigencias del principio de legalidad procesal enumerado en el artículo 1 del Anteproyecto, aplica adecuadamente, por otra parte, el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, al definir los contornos de la tutela que puede pretenderse de los órganos del orden jurisdiccional civil.

Conforme al número tres del artículo 5 del Anteproyecto, quien pretenda la tutela de un tribunal habrá de poseer causa o interés legítimos. Se atribuye más tarde en el artículo 9 la legitimación a quienes comparezcan y actúen en juicio "como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". No se ha seguido así el sistema ni la terminología, que

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

parece más acertada, del Anteproyecto de ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que atribuyen, con diferentes matices de redacción, la legitimación "*ad causam*" a quienes tengan un derecho o interés legítimo, ni los de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 y su Texto Refundido de 1995 que menciona como elemento de legitimación la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo, conceptos los cuales, por otra parte, son plenamente compatibles con la reiterada y conocida doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a la distinción entre falta de personalidad y falta de acción (SSTS 23.1.1991, 26.3.1991, 16.5.1991, 10.11.1994). Se propugna por ello sustituir la redacción del Anteproyecto ("titulares de la relación jurídica u objeto litigioso", artículo 9), por "derecho o interés legítimo", siguiendo la sistemática de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conceptos que se acomodan mejor a la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a los conceptos de "interés directo" e "interés legítimo", el último de los cuales es notablemente más amplio, aunque haya de estar también referido a "un interés en sentido propio, cualificado o específico" (SSTC 257/1988, 97/1991). La falta de legitimación, tanto activa como pasiva, ha de ser apreciable de oficio, pero si esta excepción no hubiera sido oportunamente propuesta por las partes, deberá ponerse de manifiesto para que aleguen lo que proceda sobre la misma, antes de resolver sobre ella.

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Capítulo I: Capacidad para ser parte.

La capacidad para ser parte se atribuye en el Anteproyecto (artículo 6) no solamente a las personas físicas y jurídicas, sino también a las masas patrimoniales que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración; a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte y, además, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades sin personalidad jurídica formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado, sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes.

Estas disposiciones se completan (artículo 7) con las correspondientes reglas sobre comparecencia en juicio, conforme a las cuales sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, de modo que quienes no reúnan esta condición habrán de comparecer mediante la representación o las medidas suplementarias de la falta de capacidad que exija la ley.

En especial, se establece que las masas patrimoniales sin titular o aquéllas cuyo titular se haya visto privado de sus facultades comparecerán por medio de quien tengan atribuida por ley su administración; las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte comparecerán por medio de quienes deban representar en juicio a las mismas conforme a las correspondientes disposiciones legales; y, por último, por las entidades sin personalidad de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

carácter finalista aludidas en el artículo anterior, podrán comparecer las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros. Además se contempla la posibilidad de actuación en juicio de grupos de afectados (artículo 10), para obtener la tutela de intereses colectivos conforme a las leyes, desarrollando así la genérica previsión del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la defensa de intereses colectivos por parte de las corporaciones, asociaciones o grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.



Debe resaltarse positivamente, por tanto, que el Anteproyecto recoja esta preocupación, que viene a satisfacer una necesidad generalmente admitida. Sin embargo, se trata de una regulación insuficiente, teniendo en cuenta que podría desarrollarse más extensamente la previsión del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la vista de las recientes iniciativas legislativas en este sentido (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación). Es necesario además efectuar alguna precisión de detalle. Así, cuando se dice (artículo 7.7 del Anteproyecto) que por las entidades sin personalidad que, de acuerdo con el artículo 6 apartado segundo, pueden ser demandadas, "podrán comparecer" las personas que de hecho actúen en su nombre frente a terceros, sería mejor utilizar una fórmula imperativa, puesto que si, como excepción a la regla de que la capacidad para ser parte debe venir expresamente atribuida por la ley, se permite demandar a este tipo de entes sin personalidad, debe determinarse a su vez a quiénes debe atribuirse la representación en juicio de dichas entidades y grupos, para que sean expresamente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28007 MADRID

indicados en la demanda y el órgano judicial pueda proceder a su citación. Más aún, puesto que se trata, por definición, de agrupaciones de personas o masas patrimoniales no reguladas por la ley, sino que actúan de hecho como tal, será la parte actora quien deba determinar en la demanda, preliminarmente, la situación de apariencia societaria que le lleva a dirigir contra ella la demanda, puesto que el órgano jurisdiccional carece de elementos de conocimiento normados (disposiciones legales o reglamentarias, registros o actuaciones de depósito de estatutos) a los que referirse para efectuar su citación.



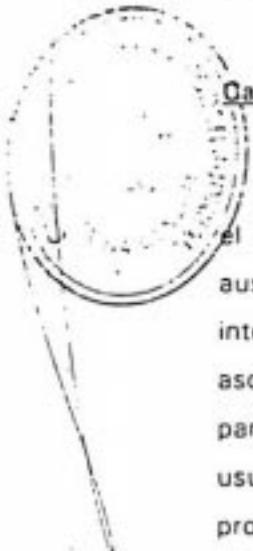
Es éste el sistema de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo artículo 16.5 atribuye la representación en juicio de comunidades de bienes y grupos a quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos, mientras que el artículo 80.1. b), entre los requisitos de la demanda, exige que se haga constar el nombre, apellidos y domicilio de quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores del grupo carente de personalidad demandado, todo ello conforme a la experiencia adquirida por este orden jurisdiccional en la convocatoria a juicio de entes carentes de personalidad, situación que plantea numerosos problemas prácticos y en la que este orden jurisdiccional posee una importante experiencia. También respecto del orden jurisdiccional contencioso-administrativo tuvo ocasión de hacer este Consejo General reflexiones análogas a las anteriores con ocasión de los Informes emitidos en torno a los sucesivos Anteproyectos de ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Informes aprobados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial con fecha 19 de febrero de 1997, página 37, y con fecha 22 de febrero de 1995, página 140,

LIBRO I



respectivamente), remitiéndose las regulaciones que sobre comparecencia y citación a juicio de grupos de afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos... se contienen en otros ordenamientos (parágrafo 50.2 del Zivilprozessordnung, artículo 75 del Codice di Procedura Civile). Como observación de tipo terminológico parece, por último, que el término "masas patrimoniales", podría sustituirse por "patrimonios separados".

Capítulo II y III.: Pluralidad de partes y sucesión procesal.



En términos generales resulta aceptable la regulación propuesta por el Anteproyecto en cuanto este apartado. Sin embargo se observa la ausencia de una posibilidad expresa de personación, mediante una intervención procesal adhesiva o por sustitución procesal, de ciertas asociaciones y corporaciones representativas de intereses colectivos, particularmente en materias tales como la protección del consumidor o usuario, gestión de derechos de autor, reclamación de honorarios profesionales..., en línea con lo anteriormente apuntado.

De hecho, la Ley 7/1989, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su artículo 16, atribuye legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa a distintas asociaciones y entes corporativos o administraciones públicas que tienen competencias relacionadas con la defensa de intereses profesionales o de los consumidores, y al Ministerio Fiscal. En el artículo 18 de dicho texto legal se establece que estas mismas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

la defensa de los intereses que representan, así como utilizar en adelante los medios de defensa o recursos con independencia del actor o demandado. Estas fórmulas legislativas podrían inspirar una regulación más completa y desarrollada de estas figuras procesales de legitimación directa, adhesiva o por sustitución.

En la sucesión procesal se establece una regulación sumamente amplia, tanto en la sucesión *inter vivos* como *mortis causa*, que, sin resultar incompatible con la regulación sustantiva que en cada caso corresponda, posibilita un marco procesal suficiente para proseguir adecuadamente la tramitación de los distintos procesos con independencia de las vicisitudes que sobrevengan en la titularidad del objeto del litigio.

Capítulo IV.: Poder de disposición sobre el proceso y sobre sus pretensiones.

El Capítulo IV contiene unas reglas de disposición de los litigantes sumamente amplias, no sólo sobre sus acciones y derechos, e incluso sobre la propia acción ejercitada y sus pretensiones, sino incluso sobre el proceso mismo. Los litigantes pueden disponer del objeto del juicio y renunciar, allanarse, desistir, someterse a arbitraje y transigir sobre el objeto del mismo proceso, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de un tercero (artículo 16), todo ello en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos. Puede también solicitarse de común acuerdo la suspensión del curso de los autos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

A la hora de regular estos aspectos, debe partirse, indudablemente de que la intervención de los Tribunales del orden civil constituye una solución menos preferible que la autocomposición de los propios sujetos privados, al menos como regla general y en los procesos en los que se aprecia una igualdad básica de posiciones de parte. Pero no debe olvidarse que los órganos del orden jurisdiccional civil, de una parte, aplican también numerosas disposiciones de *ius cogens*, no solamente en procesos de estado civil y derecho de familia, sino en procesos arrendaticios rústicos y urbanos, de protección del consumidor y usuario, o sobre limitaciones sociales del derecho de propiedad, en los cuales los términos del derecho de disposición sobre el objeto del proceso se encuentran sometidos a serias limitaciones.

Además no debe olvidarse que el proceso tiene una serie de efectos externos potenciales sobre terceros y sobre la colectividad, y que en el funcionamiento de la Administración de Justicia, se emplea un volumen importante de recursos públicos, no puede quedar tampoco absolutamente a conveniencia de unos concretos intereses particulares.

Por ello, completando las previsiones del Anteproyecto, en este punto excesivamente tímidas e insuficientes, se deben arbitrar específicos momentos y trámites procesales para la conciliación o avenencia, en la que el Juez o Tribunal procurarán, sin prejuzgar el fondo del asunto, la conclusión de acuerdos o soluciones que pongan fin al litigio. Además, los acuerdos que hayan podido alcanzar las partes fuera de la presencia judicial han de ser presentados al Juzgado o Tribunal para su homologación, pero no en términos de vinculación absoluta del Juez,

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 6
28071 MADRID

30/1981).

Capítulo V.: Representación procesal y defensa técnica.

El Libro Blanco de la Justicia señala (pág. 34), que a pesar de la inclinación del Derecho Comparado hacia la desaparición de la figura del procurador como profesión diferenciada, en España tiene un contenido propio y resulta útil y conveniente el mantenimiento de la procura, sin perjuicio de la actuación y de la revisión, en su caso, de sus formas de actuación. Estima el propio Libro Blanco que en nuestro país debería considerarse la conveniencia de tender hacia un sistema en el que, manteniendo la figura del procurador como representante de los ciudadanos ante los Tribunales, pudiera el mismo también asumir otros cometidos de colaboración con los órganos jurisdiccionales y con los abogados directores de la defensa de las partes en el procedimiento, concretamente en el marco de los actos de comunicación, en las fases procesales de prueba y ejecución y en los sistemas de venta forzosa de bienes embargados, según se indica en otros lugares del propio Libro Blanco. A modo de conclusión se afirma, pues, que "salvando las particularidades propuestas en este mismo Libro Blanco con relación a cada uno de los órganos jurisdiccionales, habría de exigirse la intervención preceptiva del procurador cuando se litigara ante los órganos colegiados y en aquellos procedimientos de mayor trascendencia que se siguieran ante los Juzgados. Ello ha de entenderse sin perjuicio de que, hasta un límite razonable y en función de la entidad del litigio, el propio letrado, director-técnico, pueda asumir también la representación del litigante."

LIBRO I

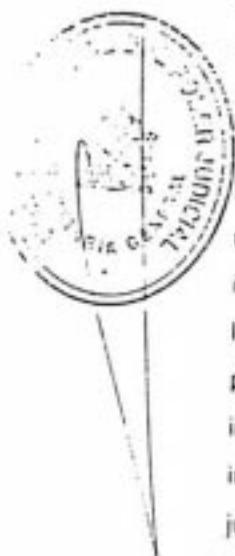


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

En este sentido, el sistema del Anteproyecto puede considerarse excesivamente insuficiente. La cifra de trescientas mil pesetas establecida para la intervención preceptiva de procurador (artículo 20.2.1º) y de abogado (artículo 28.2.1º), puede adecuarse en la línea sugerida por el Libro Blanco de la Justicia, estableciendo un umbral mínimo, en función de una cuantía superior a la inicialmente avanzada por el Anteproyecto, para la intervención preceptiva de Procurador y Letrado. Asimismo cabe también establecer un escalón intermedio, en función de la cuantía o de la naturaleza del proceso, o incluso simplemente para intervenciones concretas y determinadas, en el cual el Letrado director del asunto pueda asumir al propio tiempo la representación y la defensa, como señala el propio Libro Blanco. Los inconvenientes que en estos asuntos de cuantía reducida pueda presentar la falta de representación mediante el Procurador se refieren principalmente a aspectos de indudable importancia, pero de tipo instrumental, como son las mayores facilidades que ofrece la intervención del Procurador para la notificación de las resoluciones judiciales, especialmente por medio de los salones o locales de notificación (artículo 272.2 Ley Orgánica del Poder Judicial), así como para cumplimentar los exhortos y actividades de auxilio judicial. A este respecto se ha procurado ofrecer diversas soluciones en este mismo Informe, como es la notificación directa al profesional en su despacho, desarrollando las indicaciones del Libro Blanco de la Justicia, y potenciando adecuadamente la intervención del Procurador en diversos momentos de la tramitación. En efecto, de la misma forma que no debe formularse una solución procesal únicamente en función de consideraciones de tipo orgánico, sino que las medidas de esta naturaleza





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

deben responder a exigencias procesales, también las exigencias en materia de representación y defensa deben estar ante todo en función de la utilidad real que su intervención tenga sobre el proceso y sobre la efectividad de la tutela jurisdiccional que vayan a recibir las partes, de modo que el coste del proceso para las partes no resulte desmesurado, particularmente cuando la cuantía es reducida y se trata de una modalidad procesal no excesivamente compleja. Por último, hay que destacar positivamente en el texto del Anteproyecto la regulación del artículo 29, de modo que cuando no sea preceptiva la defensa de Letrado, las partes deban ponerlo en conocimiento del Juzgado, y éste a su vez trasladarlo a la parte contraria, para que pueda, si lo desea, ser asistida igualmente de Letrado. La exigencia de poder especial (artículo 22) no debe, por último, alcanzar a la suspensión.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

TITULO II

De la jurisdicción y de la competencia

1.- La jurisdicción y la competencia en el Anteproyecto

El Título II del Libro Primero del Anteproyecto se dedica a la regulación de la jurisdicción y de la competencia en el proceso civil. El Capítulo I se ocupa de la jurisdicción de los Tribunales civiles y de las cuestiones prejudiciales, distinguiendo en la Sección 1ª las normas relativas a la competencia internacional y a la jurisdicción (artículos 33 a 36) y, en la Sección 2ª, las cuestiones prejudiciales penales (artículos 37 y 38), no penales (artículo 39) y civiles (artículo 40). En el Capítulo II se establecen las reglas para determinar la competencia objetiva (Sección 1ª: artículos 42 a 46), territorial (Sección 2ª: artículos 46 a 56) y funcional (Sección 3ª: artículos 57 y 58).

Por su parte, el Capítulo III regula la declinatoria, incluyendo unas disposiciones generales sobre su contenido, legitimación y órgano jurisdiccional competente (artículo 59) y diferenciando la formulación de la misma por escrito (Sección 1ª: artículos 60 y 61) y verbalmente (Sección 2ª: artículo 62). El Capítulo IV queda reservado a los recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción y competencia objetiva (artículo 63) y en materia de competencia territorial (artículo 64). Por último, el Capítulo V se ocupa del reparto de los asuntos civiles entre los órganos jurisdiccionales estableciendo el principio de su obligatoriedad (artículo 65), el plazo en que debe efectuarse (artículo 66) y la posibilidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

de adoptar medidas urgentes respecto de asuntos no repartidos (artículo 67).

2.- La proyección constitucional de la materia



La jurisdicción y competencia constituyen, como es sabido, presupuestos procesales esenciales, referidos a la desigual atribución a los órganos judiciales de la potestad jurisdiccional en los distintos ámbitos objetivo, funcional y territorial, de acuerdo con los criterios legales previamente establecidos. Pero, además, en términos constitucionales, las normas sobre jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales concretan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en particular, el derecho fundamental al *"juez ordinario predeterminado por la ley"* proclamado en el artículo 24.2 CE.

Según reiterada jurisprudencia constitucional la materia en cuestión queda sujeta a la reserva de ley orgánica prevista en los artículos 81.1 CE (en relación con los artículos 53.1 y 24.2 CE) y, concretamente, a la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial establecida desde el artículo 122.1 CE en relación con *"la constitución (...) de los Juzgados y Tribunales"* (SSTC 101/1984 y 95/1988).

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha declarado que no se requiere rango de ley orgánica *"para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos Tribunales ordinarios"* (STC 95/1988). Pero, no es menos cierto que, con posterioridad, en STC 224/1993, de 1 de julio, ha reconocido igualmente que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

"...tal declaración se produjo, estrictamente, desde la perspectiva de la interpretación conjunta de los artículos 24.2 -en cuanto proclama el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley- y 81.1 CE y en orden a excluir que la garantía del mencionado derecho fundamental conllevara la exigencia de ley orgánica, habida cuenta que el contenido del mismo se agota en la aplicación de normas (si bien leyes formales) preexistentes atributivas de competencia. Por tanto, el problema ha de trasladarse a la interpretación del alcance de la reserva instituida en favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial por el artículo 122.1 CE -(...)- al objeto de determinar si la materia "constitución (...) de los Juzgados y Tribunales" comprendida en la referida reserva engloba forzosamente, y aún desde la obligada consideración restrictiva de la misma, la atribución de competencia de los órganos judiciales".

Y a este respecto la misma sentencia señala que

"Aunque no existe, en la doctrina, una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en el término "constitución" de los Juzgados y Tribunales que el art. 122.1 CE reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo, en lo que aquí interesa, la institución de los diferentes ordenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Esta materia es, en efecto, de capital importancia en el conjunto del diseño de la organización judicial constitucionalmente reservado al legislador orgánico, y de ahí que parezca evidente que su regulación deba tener lugar a través de un tipo de ley que, de forma excepcional y tasada, ha previsto la Constitución como expresión de una democracia de consenso [STC 5/1981, fundamento jurídico 21º A)]”

Esta misma doctrina se recoge y se completa en la STC 254/1994, de 21 de septiembre (por la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 737 Ley de Enjuiciamiento Civil), según la cual

“...la Constitución no sólo ha querido configurar el Poder Judicial en atención a los principios de unidad, exclusividad e independencia judicial, sino que también ha previsto diversas garantías para asegurar la realización de aquéllos, entre ellas, “la reserva de ley orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (art. 122.1 CE)”, como se ha dicho en la STC 108/1986, fundamento jurídico 6º. Con la particularidad de que este precepto constitucional “remite no a cualquier ley orgánica, sino muy precisamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial”, que ha de ser entendida por tanto “como un texto normativo unitario” (STC 60/1986, fundamento jurídico 5º). Por tanto, es claro que únicamente corresponde

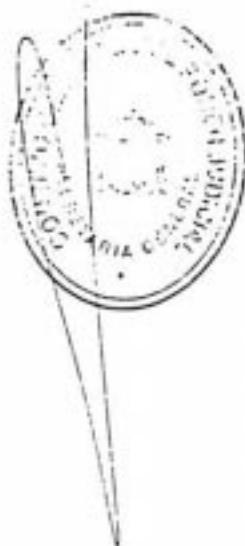


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

a la Ley Orgánica del Poder Judicial determinar la "configuración definitiva" de los Tribunales de Justicia (STC 38/1982, fundamento jurídico 6°).

(...) mediante la reserva contenida en el artículo 122.1 CE se ha tratado de asegurar que el legislador orgánico establezca "en un texto normativo unitario" (STC 60/1986) -la Ley Orgánica del Poder Judicial y no en cualquier ley orgánica- "el diseño básico" de la organización judicial o la "configuración definitiva" de los Tribunales de Justicia (STC 38/1982). En segundo término, que el núcleo de significación de la expresión "constitución (...) de los Juzgados y Tribunales" del citado artículo 122.1 CE no es otro que la creación, "in abstracto", de los órganos judiciales que están llamados a ejercer la función jurisdiccional, esto es, su determinación como tipo genérico-funcional y no su existencia como realidad concreta; pues, por depender esta realidad de las necesidades a las que ha de servir la Administración de Justicia, es obvio que el establecimiento de los concretos órganos judiciales ha de confiarse a una ulterior operación, revisable periódicamente para su adecuación a dichas necesidades -el establecimiento de la "planta judicial", en el sentido más específico de esta expresión- en la que se fijará "el número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos de forma abstracta, se van a asentar en el territorio nacional" (STC 56/1990, fundamento jurídico 15°).





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID



Por tanto, únicamente la Ley Orgánica del Poder Judicial puede determinar la creación de órganos judiciales o, si se quiere, "el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional" (en los términos de la citada STC 56/1990), así-como "la institución de los diferentes ordenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso" (STC 224/1993), pues la unidad del poder judicial no impide en modo alguno la especialización orgánico-funcional de Juzgados y Tribunales por razón de la materia. Y, por último, a dicha Ley Orgánica le corresponde establecer "las divisiones territoriales en las que el Estado se organiza a efectos judiciales, procediendo a su definición (SSTC 56/1990, fundamento jurídico 20º y 62/1990, fundamento jurídico 7º)."

En consonancia con lo anterior, la Ley Orgánica del Poder Judicial dedica precisamente a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales el artículo 9, y buena parte de los preceptos que conforman los Títulos I y IV del Libro I, precisándose concretamente la que corresponde a los órganos judiciales civiles en los artículo 9.2, 22, 56, 73, 82.4, 85 y 100.1 Ley Orgánica del Poder Judicial.

Debe señalarse no obstante, que el Tribunal Constitucional ha admitido la licitud constitucional de la colaboración internormativa entre ley orgánica y ley ordinaria (STC 137/1986) que, en el presente caso,

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

permitiría que la ley procesal civil ordinaria *"atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la Ley Orgánica del Poder Judicial"* (STC 224/1993); pero, debe repararse asimismo en que dicha colaboración posee unos *"límites infranqueables"* y en que deberá verificarse en cada caso el grado de acomodo de la ley ordinaria a las previsiones de la ley orgánica pues, *"como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el legislador ordinario"* que no podrá *"excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica"* (STC 224/1993 y 254/1994)



De acuerdo con estos parámetros de interpretación constitucional ha de ser examinado el Título II del Libro Primero del Anteproyecto y su nivel de adecuación a las previsiones constitucionales y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que no se debería a través de los preceptos de aquél disciplinar normativamente, mediante una Ley ordinaria como se pretende, las materias constitucionalmente reservadas a la Ley Orgánica del Poder Judicial. En todo caso, al margen del juicio sustantivo sobre la adecuación del Anteproyecto a la Ley Orgánica del Poder Judicial en la materia que se comenta, el cual se realizará posteriormente en relación con los preceptos que en la iniciativa legislativa se contienen, llama la atención la completa ausencia en las disposiciones del Anteproyecto de referencias genéricas o específicas a los correspondientes normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se pretenden complementar. Sería deseable en este sentido que, a través de la técnica de la remisión normativa, se articulase, al menos

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

formalmente, el correcto encaje entre la legislación ordinaria que se propone y la orgánica preexistente, facilitando así además la correcta interpretación y aplicación de dos cuerpos legales llamados necesariamente a complementarse como norma de integración y norma integradora.

3.- Examen material del contenido del Anteproyecto

El examen material del contenido del Título II del Libro Primero del Anteproyecto permite formular diversas observaciones en relación con diferentes cuestiones reguladas en el mismo.

A) Competencia internacional.

Según el artículo 21 Ley Orgánica del Poder Judicial, *"los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte"*, especificándose en concreto la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en el orden jurisdiccional civil en el artículo 22 Ley Orgánica del Poder Judicial. Es claro, pues, que la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales civiles españoles se define desde los artículos 21 y 22 Ley Orgánica del Poder Judicial remitiéndose en lo que a su concreción se refiere a los preceptos concordantes de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y a los tratados y convenios internacionales suscritos por España.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

A pesar de ello, el artículo 33 del Anteproyecto se refiere a la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales civiles disponiendo que estos se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: *"1º Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho internacional público. 2º Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otros Estados. 3º En todos los casos en que la competencia internacional de los Tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita del demandado, cuando habiendo siendo éste emplazado en forma de acuerdo con lo dispuesto por la presente Ley y por los tratados y convenios internacionales que resulten aplicables, no comparezca en el plazo que se le señale"*.

La duplicidad normativa que la propuesta normativa provoca podría ser criticada, por razones de oportunidad, desde la perspectiva que proporciona la técnica legislativa, toda vez que induce a confusión y dificulta la tarea de interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales civiles, incluidas, con contenidos no siempre coincidentes, en dos cuerpos legales distintos.

Respecto del tratamiento material de la cuestión examinada en una ley procesal civil debe recordarse, según se ha expresado anteriormente, la posibilidad que efectivamente admite la jurisprudencia constitucional



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

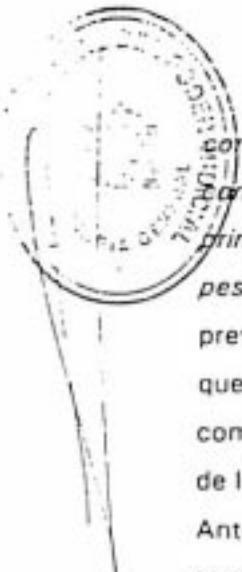
de que la legislación ordinaria concrete las materias específicas objeto del conocimiento de los distintos órdenes jurisdiccionales genéricamente enunciadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, produciéndose así una suerte de colaboración entre ambas formas normativas que en nada obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE (STC 224/1993). Pero, debe recordarse asimismo que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de límites infranqueables a esta cooperación internormativa en aquellos casos en los que la Ley Orgánica del Poder Judicial no llame a la ley ordinaria a integrar algunos de sus extremos (STC 254/1994). En el presente caso, los artículos 21 y 22 Ley Orgánica del Poder Judicial no remiten a una la legislación ordinaria de desarrollo, sino a los restantes preceptos aplicables de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. El problema podría entenderse salvado si se tiene en cuenta que, al menos los apartados 1º y 2º del artículo 33 del Anteproyecto reenvían a su vez a los tratados o convenios internacionales. Debe repararse sin embargo en que el artículo 33.3º del Anteproyecto, introduce una modificación sustantiva respecto de lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial ha regulado de forma diferente como contenido propio en el artículo 22.2 Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya virtud los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en el orden jurisdiccional civil *"cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles"*. Esta aparente colisión normativa podría asimismo eludirse reformulando los supuestos en los que, según el artículo 52 del Anteproyecto, se entenderá hecha la sumisión tácita, excluyendo de entre éstos los casos de emplazamiento del demandado incompareciente en el extranjero, previsión que,

LIBRO I



debidamente integrada en el artículo 22.2º Ley Orgánica del Poder Judicial, implicaría la falta de competencia internacional a los Juzgados y Tribunales españoles si aquella se funda exclusivamente en la sumisión tácita del demandado como el Anteproyecto pretende y permitiría suprimir el apartado 3º del artículo 33 del mismo.

B) Competencia objetiva y funcional.

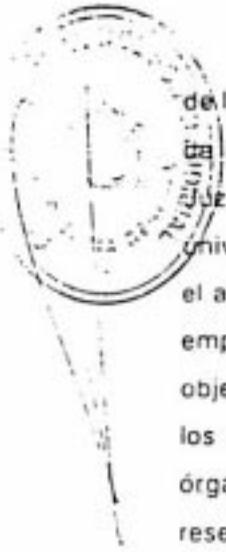


El artículo 43 del Anteproyecto atribuye a los Juzgados de Paz *"el conocimiento en primera instancia, de los asuntos civiles que, sin hallarse comprendidos en ninguno de los casos a los que se refiere el apartado primero del artículo 442, sean de cuantía no superior a quince mil pesetas"*, elevándose así el límite cuantitativo de ocho mil pesetas previsto actualmente en el artículo 715 Ley de Enjuiciamiento Civil. Dado que el artículo 100.1 Ley Orgánica del Poder Judicial afirma la competencia de los Juzgados de Paz para conocer en primera instancia de los procesos civil *"que la ley determine"*, las referidas previsiones del Anteproyecto deben estimarse complemento adecuado de la legislación orgánica en la materia. Por otro lado, toda vez que la disposición derogatoria primera.2º del Anteproyecto mantiene la vigencia del artículo 11 y del Título I del Libro Segundo Ley de Enjuiciamiento Civil -sobre la conciliación- hasta la futura aprobación de la Ley de jurisdicción voluntaria, deberá entenderse subsistente hasta entonces la competencia que el artículo 463 Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a los Juzgados de Paz para conocer de los actos de conciliación. En todo caso, el Anteproyecto opta claramente por el mantenimiento de los Juzgados de Paz en el ámbito de la justicia civil, lo que, al margen de cualquier



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

discusión acerca de la oportunidad de la solución, resulta obligado para la ley procesal civil que se proyecta, puesto que la existencia de dichos órganos jurisdiccionales en el orden civil constituye un presupuesto necesario que goza de la garantía institucional que su previsión en la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece, la cual no podría ser desvirtuada por medio de una ley ordinaria como la que se informa.



Al preservarse sustancialmente en el Anteproyecto la configuración de las Audiencias Provinciales como órganos competentes para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia según el artículo 461.2.2º (aunque universalizándose la doble instancia en el proceso civil como novedad), el artículo 42 del Anteproyecto afirma, en términos análogos a los que emplea el artículo 85.1º Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia objetiva general y universal de los Juzgados de Primera Instancia sobre los asuntos civiles cuyo conocimiento no se halle atribuido a otros órganos jurisdiccionales. Por tanto, salvo en aquéllos supuestos reservados por la Ley Orgánica del Poder Judicial al conocimiento de la Sala Primera (artículo 56.2º y 3º LOPJ) o la Sala Especial del artículo 61 Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 61.3º y 5º LOPJ) del Tribunal Supremo o de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil (artículo 73.2 a) y b) LOPJ), serán los Juzgados de Primera Instancia los competentes para el enjuiciamiento de los asuntos civiles en primera instancia con carácter general. Conocerán éstos igualmente, como genéricamente permite el artículo 85.3 Ley Orgánica del Poder Judicial y concretamente precisa el artículo 461.2.1º del Anteproyecto, de los recursos de apelación contra las resoluciones

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

dictadas por los Juzgados de Paz. Dado que, como se ha destacado, la disposición derogatoria primera.2º del Anteproyecto mantiene la vigencia del artículo 11 y del Título I del Libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil -sobre la conciliación- hasta la futura aprobación de la Ley de jurisdicción voluntaria, se mantiene igualmente la competencia de los Juzgados de Primera Instancia prevista en el artículo 85.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre los actos de jurisdicción voluntaria; puede añadirse incluso, que dicha competencia, en tanto subsista la vigencia del precepto legal orgánico en los términos expresados, deberá ser respetada incluso por la Ley de jurisdicción voluntaria que se apruebe, la cual no podrá por sí misma modificar el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial en este particular.



Los preceptos hasta ahora comentados pueden ser completados con los que, en relación con el artículo 58 del Anteproyecto, se incluyen asimismo en la iniciativa legislativa respecto de la competencia funcional de las Audiencias Provinciales para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia (artículo 461.2.2º), de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, para conocer de los recursos extraordinarios por infracción procesal (artículo 474) y de la Sala Primera del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación (artículo 483.1) y en interés de la ley (artículo 495.1), los cuales son objeto de consideración especial en otro apartado de este informe.

C) Competencia territorial.

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

En lo que a la competencia territorial se refiere, el Anteproyecto establece con carácter general las normas relativas al fuero general de las personas físicas (artículo 46) y de las personas jurídicas y entes sin personalidad (artículo 47), así como las reglas a seguir en casos especiales (artículo 48) y en supuestos de acumulación de acciones o pluralidad de demandados (artículo 49). Convendría en todo caso tomar en consideración en los preceptos citados, mediante la oportuna remisión, el criterio especial sobre el fuero territorial del Estado contenido en el artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en virtud del cual, *"para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte en Estado, los organismos públicos o los Órganos Constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruinosa"*.

El artículo 50 del Anteproyecto mantiene en general la vigencia del principio dispositivo en materia de competencia territorial, que exceptúa las reglas legales sobre la materia en los casos de sumisión expresa (artículo 51) o tácita (artículo 52) de las partes a los Tribunales de una determinada circunscripción, salvo en determinados supuestos en los que aquéllas tendrán carácter imperativo y, entre éstos, acertadamente, *"en los litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública". Además, siguiendo las pautas que marca el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas abusivas en las condiciones generales de contratación en relación con el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la reciente Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, deberían hacerse extensivas las limitaciones referidas a los pactos de sumisión expresa en los contratos de adhesión destinados a ser aplicados a todos aquellos contratos de la misma naturaleza que una empresa celebre con terceros.



D) Control de los presupuestos procesales.

El Anteproyecto robustece apreciablemente los poderes de control de los órganos jurisdiccionales sobre el cumplimiento de los requisitos procesales de jurisdicción y competencia, lo que necesariamente debe merecer una valoración positiva. En particular, la falta de competencia internacional y de jurisdicción (artículo 35), así como la falta de competencia objetiva (artículo 44) y funcional (artículo 58) son apreciables de oficio en cualquier momento del proceso. En cuanto a la competencia territorial, dada la vigencia del principio dispositivo en la materia, el artículo 54 del Anteproyecto dispone que será examinada de oficio por el órgano jurisdiccional inmediatamente después de presentada la demanda únicamente cuando aquélla venga fijada por reglas imperativas; en los demás casos, sólo podrá ser apreciada por el órgano jurisdiccional previa declinatoria presentada en tiempo y forma por sujeto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

2807 MADRID

legitimado al efecto (artículo 55); en suma, la competencia territorial sigue siendo por regla general prorrogable, sentándose una presunción de sumisión tácita conforme al artículo 52 del Anteproyecto, a falta de declinatoria.

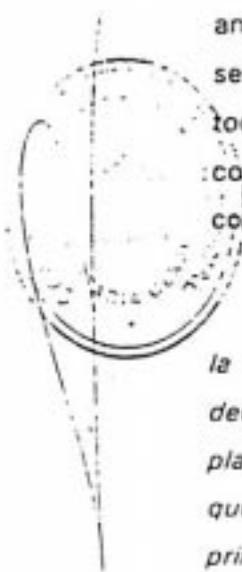


Los artículos 36, 45, 55 y 59 contemplan expresamente la posibilidad de que la falta de jurisdicción o competencia de todo tipo pueda ser asimismo apreciada a instancia de parte mediante declinatoria, dirigida al órgano jurisdiccional *"a quien se considera carente de jurisdicción o competencia"*, concibiéndose aquélla como un incidente de previo pronunciamiento sometido a una tramitación específica, que puede formularse por escrito (artículos 60 y 61) o *"in voce"* en los procesos en los que, interpuesta demanda, se cite a las partes a comparecencia en vista (artículo 62). Debe informarse favorablemente la simplificación normativa y procedimental que la nueva regulación implica respecto de la alternativa entre inhibitoria y declinatoria que en la actualidad ofrecen los artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el planteamiento de las cuestiones de competencia. El único inconveniente que pueda ofrecer esta solución, en cuya virtud desaparece la actual inhibitoria, surge en los supuestos en los que se cuestione la competencia territorial, en los que será obligado para el demandado plantear la declinatoria ante el órgano jurisdiccional que estima carente de competencia, con el coste de incomodidad añadido en aquellos casos en los que el lugar en el que el demandado resida se encuentre distante de aquél en el que se halle la sede del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda por el actor, sobre todo si finalmente la cuestión de competencia suscitada resulta estimada y han de remitirse



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

consiguientemente las actuaciones al órgano jurisdiccional considerado como competente por el propio demandado desde el primer momento. Quizás sería conveniente en este supuesto particular contemplar expresamente la posibilidad de que el demandado compareciese y formalizase la declinatoria ante el órgano jurisdiccional que se estime competente, aunque haya de ser ésta resuelta necesariamente por aquél ante el que se hubiera presentado por el actor la demanda, a cuyo efecto se dará traslado de oficio de la cuestión planteada a éste, actuando en todo caso el órgano jurisdiccional ante el que se formaliza la declinatoria como mero transmisor de la cuestión hacia aquél que debe resolverla, con el único fin de evitar el desplazamiento del demandado.



Según el artículo 60.1 del Anteproyecto, *"en los procesos en que la demanda o petición inicial haya de contestarse por escrito, la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar y el curso de procedimiento principal"* (en los juicios verbales las alegaciones sobre la falta de jurisdicción o competencia se han de formular, según el artículo 449.2 del Anteproyecto, al inicio de la vista). Ahora bien, deberá entenderse que el establecimiento de un plazo preclusivo para el planteamiento de las declinatorias no cierra la posibilidad de que, salvo en el casos del artículo 55 del Anteproyecto, la falta de jurisdicción o competencia pueda ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional con posterioridad a dicho plazo o, incluso, con anterioridad al mismo. Todo lo cual evita, por un lado y casi por completo, el riesgo de las denominadas "sentencias absolutorias de la instancia" que dejan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

imprejuizado el fondo del asunto, y, por otro lado y en la mayoría de los casos, el hecho que el demandado haya de soportar la carga de contestar a la demanda ante un órgano jurisdiccional que puede declararse carente de jurisdicción o competencia, al propiciarse convenientemente el examen, de oficio o a instancia de parte, de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y competencia de forma pronta e inmediata, resultados éstos en todo caso muy positivos para el correcto desarrollo del proceso civil.



En cuanto a los efectos de la apreciación, de oficio o a instancia de parte, de la falta de los presupuestos necesarios del proceso, el Anteproyecto establece unas lógicas diferenciaciones según el presupuesto procesal del que se carezca. En los supuestos en los que se aprecie falta de competencia territorial, el órgano jurisdiccional que así lo estime deberá remitir las actuaciones a aquél al que se considere competente (artículos 54 y 61.4 y 5), el cual deberá estar a lo decidido si la previa inhibición se hubiera acordado por el órgano jurisdiccional en virtud de declinatoria o con audiencia de todas las partes (artículo 56.1). Por el contrario, en los casos de falta de jurisdicción (artículos 34 y 61.2 y 3), y de competencia objetiva (artículo 44) el efecto que se sigue es el sobreseimiento y la terminación del proceso; aunque sería razonable considerar la posibilidad de contemplar en el Anteproyecto una solución distinta o alternativa como, por ejemplo, que la resolución judicial correspondiente indicara al actor el órgano jurisdiccional al que corresponde el conocimiento del asunto, de forma análoga a lo previsto en el artículo 44.4 del Anteproyecto para el supuesto de apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva.

LIBRO I



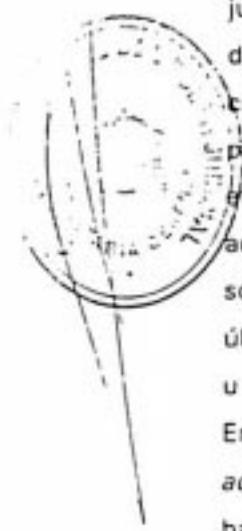
E) Cuestiones prejudiciales.

Aunque por medio de una regulación más completa y con una sistemática más precisa, el Anteproyecto mantiene esencialmente los criterios generales establecidos en la legislación precedente sobre cuestiones prejudiciales, y añade no obstante alguna previsión novedosa que merece una positiva valoración.

Así, se mantiene la regla de la prejudicialidad penal devolutiva siempre *"que se acredite haberse incoado y estar pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva"* y *"que la decisión del Tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil"*, con lo que se respetan las prescripciones establecidas al respecto desde el artículo 10.2 Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 37.2). La suspensión del proceso civil por una cuestión prejudicial penal se acordará por regla general una vez que los autos estén conclusos para sentencia (artículo 37.3), excepto en el supuesto de posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados a la causa que pudieran ser decisivos para resolver sobre el fondo del asunto, en cuyo caso la suspensión se acordará *"tan pronto como se acredite que está pendiente causa criminal sobre aquel delito"* sin esperar a la conclusión del procedimiento, salvo que la parte a la que pudiera favorecer el documento renuncie a él, continuando entonces el procedimiento con separación del documento de los autos (artículo 37.4 y 5).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID



En los casos de cuestiones prejudiciales no penales, la regla continúa siendo también la prejudicialidad no devolutiva. En este sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 39.1 y 2 del Anteproyecto habilita a los órganos jurisdiccionales civiles para conocer, a los solos efectos prejudiciales, de los asuntos que no le están atribuidos privativamente, por corresponder a la Administración, al Tribunal de Cuentas o a los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativo o social, limitando los efectos de la resolución sobre la cuestión prejudicial al ámbito propio del proceso civil en el que se dicte. Según los artículos 39.3 y 40 del Anteproyecto, podrá no obstante seguirse el criterio de prejudicialidad devolutiva con efectos suspensivos del proceso civil respecto de cuestiones prejudiciales administrativas, contencioso-contables, contencioso-administrativas y sociales (artículo 39.3) e, incluso, civiles, cuando constituyan en este último caso objeto principal de otros procesos pendientes ante el mismo u otro órgano jurisdiccional civil (artículo 40), si así lo piden las partes. En el primer caso, será necesario que lo pidan *"las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra"*; en el segundo, bastaría con que lo pidiese una de las partes, oída la contraria, limitándose por otro lado esta posibilidad a aquellos supuestos en los que *"no fuere posible la acumulación de autos"* o ésta no resultare oportuna porque *"el otro proceso se encontrare próximo a su terminación"*, lo que constituye una solución de todo punto razonable en ambas situaciones en aras de una elemental economía procesal.

F) Reparto de los asuntos.

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28011 MADRID

Los artículos 65 y 66 del Anteproyecto sientan el principio de obligatoriedad del reparto de los asuntos civiles entre los Juzgados de Primera Instancia de un mismo partido judicial y las Secciones en que estén divididas en su caso las Audiencias Provinciales, el cual deberá ser realizado en el plazo de dos días desde la presentación del escrito o solicitud de incoación de las actuaciones, sustituyéndose así con la nueva regulación las antiguas normas sobre "*repartimiento de negocios*" de los artículos 430 y siguientes Ley de Enjuiciamiento Civil.



En relación con el reparto de asuntos procesales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido manteniendo de forma reiterada y con alcance general, con ocasión del ejercicio de su función de resolución de recursos administrativos sobre la materia, que, aunque el reparto supone la última concreción de la competencia según doctrina del Tribunal Constitucional (AATC 652/1986, de 23 de julio, y 13/1989, de 16 de enero), su determinación tiene naturaleza de acto gubernativo de distribución de asuntos entre órganos jurisdiccionales de la misma clase llamados a conocer de procesos de la misma naturaleza conforme a un principio de división del trabajo. De lo anterior cabe deducir ya que, siendo el reparto de asuntos materia gubernativa y no jurisdiccional, la sede idónea para su regulación, de acuerdo con las prescripciones del artículo 122.1 de la Constitución Española, ha de ser la Ley Orgánica del Poder Judicial y no una ley procesal civil respecto de este orden jurisdiccional y, supletoriamente, respecto de los restantes. Por demás, resulta razonable que la regulación sobre las normas de reparto y los efectos jurídicos derivados de su incumplimiento se contemplen con carácter general e idéntico alcance en todos los órdenes jurisdiccionales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

mediante una norma legal de aplicación directa a todos ellos y no tanto por medio de una ley procesal civil, aunque se predique el carácter supletorio de la misma respecto de los restantes órdenes jurisdiccionales, a fin de evitar duplicidades normativas inconvenientes.

No obstante lo anterior, pueden formularse, en relación con el contenido del Anteproyecto las siguientes observaciones.



El apartado 2 del artículo 65 del Anteproyecto atribuye la competencia para el reparto de los asuntos civiles a los Jueces Decanos, respecto de los Juzgados de Primera Instancia, y a los Presidentes de las Audiencias Provinciales, respecto de las Secciones de la misma, en ambos casos de acuerdo con las normas aprobadas al efecto por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. La inclusión de esta norma en el Anteproyecto de una ley procesal civil resulta por completo innecesaria y, probablemente, de acuerdo con lo anteriormente expresado, jurídicamente improcedente, en función del ámbito material que corresponde a dicho instrumento legal, habida cuenta que ya los artículos 152.2.1, 160.9 y 167.2 Ley Orgánica del Poder Judicial, respectivamente, reconocen en general y con suficiente precisión las competencias de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia para *"aprobar las normas de reparto de asuntos entre las Secciones de las Audiencias Provinciales y Juzgados del mismo orden jurisdiccional con sede en la Comunidad Autónoma correspondiente"*, y las de los Presidentes de las Audiencias Provinciales para *"determinar el reparto de asuntos entre las Secciones del Tribunal"* y de los Jueces Decanos para la supervisión de la realización del reparto entre los Juzgados del mismo orden jurisdiccional, la resolución de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

cuestiones que se planteen y la corrección de las irregularidades que puedan producirse. Por tanto, debería bastar a este respecto con la simple remisión del Anteproyecto a las citadas normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial para dejar sobradamente cubierta de manera técnicamente correcta la regulación de la materia en el orden jurisdiccional civil y, supletoriamente, en los restantes órganos jurisdiccionales.

El artículo 65.3 del Anteproyecto contempla expresamente la nulidad de las actuaciones procesales realizadas cuando se hubiera cursado algún asunto sujeto a reparto sin que conste en él la diligencia correspondiente; y el párrafo segundo del artículo 65.4 del Anteproyecto prevé la nulidad, declarable a instancia de la parte perjudicada, de las resoluciones prejudiciales dictadas por órganos jurisdiccionales distintos de aquél o aquéllos a los que correspondiese conocer según las normas de reparto. Estas generalizadas sanciones de nulidad radical por unas infracciones que no siempre revisten necesariamente excesiva entidad pueden resultar, en principio, desproporcionadas, por lo que, a lo sumo, deberían limitarse la misma a los supuestos en los que resulte acreditado que la sustracción del reparto se hubiera realizado a propósito y con el fin de excluir el asunto de las normas aplicables, admitiéndose en otro caso la posibilidad de sanación del defecto de acuerdo con el criterio general de subsanabilidad de los actos procesales recogido en los artículos 11.3 y concordantes con la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otro lado, resultaría razonable que la posibilidad de impugnación a instancia de las partes de la infracción de las normas de reparto se condicionara a su formalización en el siguiente trámite procesal inmediato

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28011 MADRID

posterior al momento en que hubieran tenido conocimiento de la misma, a fin de evitar que la sanción de nulidad de las actuaciones procesales por este motivo pendiera a los largo de todo el curso del proceso como implícita amenaza de anulación.

Este fenómeno de "judicialización" de una cuestión puramente gubernativa que se critica se trasluce asimismo en el párrafo primero del artículo 64.4 del Anteproyecto, al permitirse que cualquiera de los litigantes en el proceso pueda impugnar en el seno del proceso civil correspondiente la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de la presentación del escrito o de la solicitud de incoación de las actuaciones. En la actualidad, como se ha señalado, el artículo 160.9 y 167.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuyen a los Jueces Decanos las competencias para resolver, con "*carácter gubernativo interno*" las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse en la aplicación de las normas de reparto. Configurándose, pues, el reparto como materia gubernativa ajena a la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles y por la misma razón por la que, con toda lógica, el mismo párrafo primero del artículo 65.4 del Anteproyecto dispone que no procede declinatoria respecto de las decisiones sobre reparto, resulta improcedente la transformación de esta cuestión gubernativa a través de dicho precepto en un incidente procesal jurisdiccional, por la vía impugnatoria, a iniciativa de las partes, de la infracción de sus normas reguladoras.

Por último, se admite en el artículo 67 del Anteproyecto la posibilidad de que los Jueces Decanos puedan adoptar medidas urgentes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

para el despacho de asuntos no repartidos, aunque sometida dicha previsión a las cautelas de que la decisión sea adoptada "a instancia de parte" y de que se pretenda en todo caso evitar que "pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave", sujetándose posteriormente el asunto, una vez adoptada la urgente medida, a las normas de reparto correspondientes. Materialmente, la previsión comentada parece razonable, en garantía de los derechos y evitación de perjuicios ante eventuales dilaciones en el reparto de asuntos en la primera instancia civil; pero resultaría imprescindible concretar la naturaleza y contenido (gubernativo/jurisdiccional) de las medidas urgentes que en tales circunstancias podrían adoptarse por los Jueces Decanos.

Por último, debe añadirse que la posición mantenida en el presente Informe, contraria a la judicialización, en el seno del proceso civil, del control del cumplimiento de las normas de reparto de asuntos como cuestión gubernativa, no supone considerar esta materia exenta de cualquier control; muy al contrario, las decisiones de reparto son susceptibles de fiscalización en vía gubernativa interna en la forma prevista en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y, en última instancia, revisables por los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de que, si se deseara ampliar o precisar la legitimación de las partes en un proceso para impugnar dichas resoluciones en aquellas sedes, pudiera ser oportuna la reforma de los correspondientes preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial que disciplinan la materia en el sentido indicado. Por otro lado, los efectos jurídicos de las decisiones de reparto en un proceso civil si los mismos

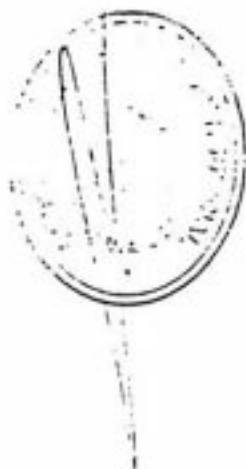


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

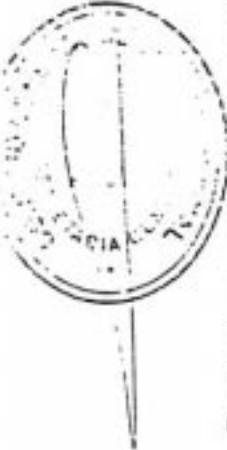
produjeran la quiebra de alguna de las garantías procesales elementales que llevan consigo la nulidad de actuaciones del proceso pueden ser cumplidamente atendidos con las normas generales que sobre esta cuestión se contienen en los artículos 240.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 224 y siguientes del propio Anteproyecto, sin que resulte necesariamente precisa una regulación específica de la nulidad de actuaciones procesales por infracción de las normas de reparto.





TITULO III.

De la acumulación de acciones y de autos



Parte el Anteproyecto, como regla general, de la posibilidad de acumulación de acciones por el actor en la demanda, siempre que no sean incompatibles entre sí, principio tradicional de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 153), que inspira también otros procesos, como el laboral (art. 27.1 LPL), aunque admite la acumulación de acciones incompatibles, si se formulan con carácter subsidiario, para el caso de que la acción principal no se estime fundada (art. 68, núms. 1 y 3 del Anteproyecto). Se recogen así las sugerencias de la doctrina, que partiendo de la conocida distinción entre acumulación simple, alternativa, eventual y sucesiva, a pesar de no existir excepción en este sentido en la vigente Ley procesal, proponía su acumulación cuando se efectúa con carácter subsidiario o eventual.

Se regulan también, aunque separadamente (artículo 70), las condiciones de admisibilidad de la acumulación por razones procesales, tanto en lo relativo a la competencia objetiva, como en lo que se refiere a la adecuación del procedimiento. La acumulación de acciones es posible hasta el momento de contestación de la demanda (art. 297). Parece también acertada la regulación contenida en el Anteproyecto, partiendo además de que, por razones de economía procesal y de conservación del acto, el Anteproyecto dispone (artículo 316) que el proceso, una vez resuelta la cuestión relativa a la inadmisibilidad de la acumulación, extremo que ha de suscitarse por el demandado en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

contestación (artículo 298), y que ha de dilucidarse precisamente en la comparecencia (artículo 298.1), ha de proseguir en cuanto a las acciones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso.

No obstante, se echa de menos que esta cuestión no pueda ser resuelta por el órgano jurisdiccional de modo preliminar, en el trámite de admisión de la demanda, concediendo al actor un plazo para optar por aquella acción o acciones idóneas para su planteamiento en el proceso, como dispone la Ley de Procedimiento Laboral (artículo 28.1), o bien denegando la admisión a trámite en cuanto a la acción inadecuada, bien por razones de especialidad procesal o de competencia.

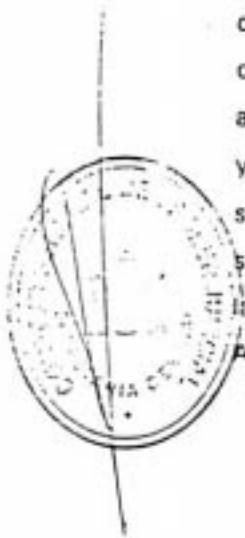
Cabe señalar, por último, que el Anteproyecto establece las reglas sobre la competencia para conocer de las acciones acumuladas cuando afecte a la competencia territorial (artículo 49), sobre la base de los tres criterios de elaboración jurisprudencial: cualitativo (la acción que sirva de fundamento a las demás), cuantitativo (la acción de cuantía superior) y numérico (el mayor número de las acciones), aunque dando preferencia a los criterios cualitativo y numérico sobre la cuantía.

En lo que se refiere a la acumulación de autos, en términos generales la regulación es acertada en cuanto a los requisitos de la acumulación, condiciones para su solicitud y supuestos especiales de acumulación; así como al establecer nitidamente que la acumulación se refiere a "procesos", excluyendo que se pueda extender la acumulación a actuaciones singulares (como actos de comunicación) que deban realizarse de forma simultánea o conjunta, pero sin constituir un proceso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

acumulado. Sin embargo, podría simplificarse notablemente su tramitación, reduciéndola a la formulación de la solicitud, traslado a la parte o partes contrarias y resolución, así como, en el caso de que los procesos pendan ante distintos órganos jurisdiccionales, determinando los términos del requerimiento de acumulación y, en su caso, la denegación de la misma y la remisión de la cuestión al Tribunal superior que deba resolver sobre la misma. No obstante, no parece que la acumulación pueda solicitarse cuando el proceso que se quiera acumular ya esté concluso para sentencia (artículo 75.2), manteniéndose el sistema vigente (artículo 163 Ley de Enjuiciamiento Civil). Conviene señalar también la conveniencia de que se pueda acordar de oficio, oídas las partes, completando en este sentido las disposiciones del Anteproyecto (artículo 72).





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TITULO IV

De la abstención y la recusación

1.-La abstención y la recusación en el Anteproyecto

El Título IV del Libro Primero del Anteproyecto tiene por objeto la regulación del régimen jurídico de la abstención y de la recusación en el proceso civil.

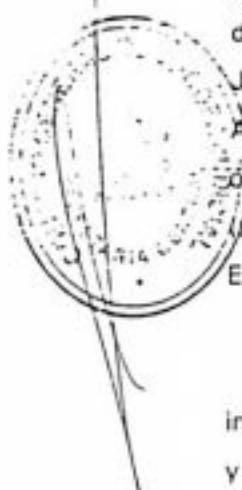
El Capítulo I (artículos 97 a 100) incluye las disposiciones generales sobre la materia. Así, se delimita el ámbito de estos preceptos, tanto en el aspecto objetivo: abstención y recusación en el proceso civil, en cualquiera de sus modalidades (artículo 97.1), como subjetivo: la abstención y recusación de Jueces y Magistrados, así como de los miembros del Ministerio Fiscal, de los Secretarios Judiciales, del personal al servicio de la Administración de Justicia y de los peritos designados por el órgano jurisdiccional (artículo 97.1). Se afirma el principio de legalidad en la materia, de suerte que la abstención y recusación de los sujetos mencionados en el ámbito procesal definido sólo procederá cuando concurra alguna de las causas expresamente previstas en la ley (artículo 97.2), distinguiéndose entre las de alcance y efectos generales (artículo 98.1) y las que, además, afectan a los peritos propuestos por el Tribunal (artículo 98.3 [que debería ser consignado como artículo 98.2]). Se impone formalmente a Jueces y Magistrados, Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales, miembros del Ministerio Fiscal y peritos en quienes puedan concurrir algunas de las causas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

abstención o recusación el deber legal de abstenerse sin esperar a que se les recuse (artículo 99). Y, en fin, se reconoce legitimación activa para recusar a las partes y al Ministerio Fiscal en aquellos procesos civiles en los que pueda o deba éste intervenir (artículo 100).



El Capítulo II (artículos 101 a 105) regula el procedimiento, órgano competente para resolver y efectos sobre el proceso principal en curso de la abstención de los Jueces y Magistrados (artículo 101), Secretarios Judiciales (artículo 102), Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia (artículo 103), peritos designados por el órgano jurisdiccional (artículo 104) y miembros del Ministerio Fiscal (artículo 105), remitiéndose en este último caso a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico correspondiente.

El Capítulo III (artículos 106 a 112) se dedica a la tramitación del incidente de recusación de Jueces y Magistrados, precisándose el tiempo y forma de la propuesta (artículo 106), el órgano competente para la instrucción del incidente (artículo 107), los trámites de sustanciación de éste y sus efectos sobre el asunto principal (artículo 108), el órgano competente para la decisión del incidente (artículo 109), la forma de adopción de la misma y las costas (artículo 111), la notificación del auto sobre la recusación y los recursos posibles contra el mismo (artículo 112), así como las especialidades del incidente en juicios verbales o cuando la recusación se produzca con posterioridad al señalamiento de vista, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en los artículos 188 a 190 (artículo 110).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

En el Capítulo IV (artículos 113 a 118) se regula la recusación de los Secretarios Judiciales. La regla general es la de la aplicación en estos casos de los preceptos reguladores de la recusación de Jueces y Magistrados, con las especialidades que expresamente se contemplan (artículo 113), relativas a la competencia para instruir y resolver el incidente (artículo 114), la admisión del escrito y su traslado al instructor (artículo 115), la aceptación u oposición a la recusación (artículos 116 y 117), y la sustitución en su caso del Secretario Judicial (artículo 118).



El Capítulo V (artículos 119 a 122) se ocupa de la recusación de los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, remitiéndose al efecto con carácter general a lo anteriormente dispuesto sobre recusación de los Secretarios Judiciales con las especialidades expresamente previstas (artículo 119), relativas a la competencia para instruir y resolver el incidente (artículo 120), al trámite de inadmisión del escrito inicial (artículo 121) y a la sustanciación del incidente y a la aceptación o negativa de la recusación (artículo 122).

El Capítulo VI (artículos 123 a 127) regula la recusación de los peritos. Tras limitar sus previsiones a los peritos designados por el órgano jurisdiccional, con exclusión por tanto de los presentados por las partes, que sólo podrán ser objeto de tacha según los artículos 394 y 395 (artículo 123), se contempla la forma de proponer la recusación (artículo 124), la admisión del escrito inicial, la sustanciación y decisión del incidente (artículo 126) y las costas (artículo 127).

La expresada regulación que el Anteproyecto contiene ha de ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 6

28071 MADRID

puesta necesariamente en relación con otras tres propuestas normativas complementarias:

a) De una parte, con la disposición derogatoria del Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que junto a aquél se presenta, en cuya virtud quedarían sin efecto las normas generales sobre abstención y recusación de Jueces y Magistrados contenidas actualmente en el Capítulo V del Título II del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) De otro lado, con las disposiciones finales décima.1 y undécima del Anteproyecto, por las que se modifican los artículos 15 LPL y 54, 63 y 68 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la abstención y recusación en los procesos laboral y penal, respectivamente. No se propone sin embargo modificación alguna del artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la abstención y recusación en el proceso contencioso-administrativo, probablemente, por resultar de próxima aprobación el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, aunque esta iniciativa legislativa no contiene previsión específica alguna al respecto.

c) Y, en fin, con el artículo 4 del Anteproyecto que afirma el carácter supletorio de la nueva normativa procesal civil y, por tanto, de sus preceptos sobre abstención y recusación, respecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

de los procesos penales, contencioso-administrativos y laborales, cuando no existan disposiciones específicas en las leyes procesales correspondientes. Debe destacarse sobre este particular que, en la actualidad, al menos la disposición adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición final segunda del nuevo Proyecto de Ley) y la disposición adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral reconocen en sus respectivos ámbitos procesales la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la materia.

2. Regulación actual de la abstención y de la recusación.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la abstención y recusación de Jueces y Magistrados se encontraban reguladas de manera dispersa en las diferentes leyes orgánicas y procesales. Así, en general, en los artículos 426 a 471 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial; en los artículos 188 a 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto del proceso civil; en los artículos 52 a 99 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el proceso penal; en el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en lo atinente al proceso contencioso-administrativo; y en los artículos 40 a 46 del Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (posteriormente, artículo 15 LPL actual), en lo que se refiere al proceso laboral.

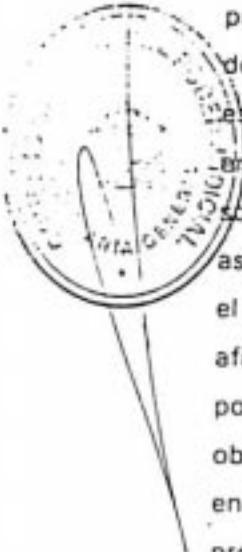
Ante esta situación de dispersión normativa, los artículos 217 a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID



228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, parcialmente modificados por el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, unificaron el régimen de la abstención y recusación de los Jueces y Magistrados, con independencia del orden jurisdiccional en el que desarrollen la función judicial. Lógicamente, a partir de entonces, en virtud de la genérica prescripción contenida en la disposición derogatoria 2ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la anterior regulación incluida en las leyes procesales especiales sobre abstención y recusación de Jueces y Magistrados debió entenderse derogada en aquello que se opusiera a la nueva legislación sobre la materia. Las reformas legislativas procesales ulteriores asumieron, como no podía ser de otra forma, este criterio legal; y, así, el posterior artículo 15 de la Ley de Procedimiento Laboral se limitó a afirmar que la abstención y recusación en el proceso laboral se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, detallando no obstante algunas concretas especialidades relativas al momento concreto en que procede proponer en su caso la recusación y a los efectos de la propuesta sobre la ejecución.

La solución que ahora se propone en la iniciativa legislativa sometida a informe consiste esencialmente en la regulación específica y separada de la abstención y recusación de Jueces y Magistrados en las leyes procesales especiales correspondientes a los distintos órdenes jurisdiccionales, afirmándose no obstante la supletoriedad de la legislación procesal civil en defecto de disposiciones propias en las otras leyes procesales especiales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Pero, además, el Anteproyecto no limita su contenido a la abstención y recusación de los Jueces y Magistrados, sino que lo extiende a la abstención y recusación de otros sujetos procesales, tales como los miembros del Ministerio Fiscal, los Secretarios Judiciales, el personal al servicio de la Administración de Justicia y los peritos (artículo 97.1).



En la actualidad, la abstención de los miembros del Ministerio Fiscal se regula en el artículo 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que a su vez reenvía al régimen jurídico de la abstención de Jueces y Magistrados. El Anteproyecto se limita a remitirse al respecto a lo que sobre la abstención de los miembros del Ministerio Fiscal disponga el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (artículo 105). No se incluye sin embargo previsión normativa expresa sobre la recusación de miembros del Ministerio Fiscal, lo que resulta coherente con la actual prescripción del citado artículo 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en virtud del cual los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados, aunque las partes intervinientes en un pleito o causa podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate, interesando que, en los referidos supuestos, se ordene su no intervención en el proceso.

La abstención y recusación de los Secretarios Judiciales y de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales se contemplan actualmente en los artículos 461 y 462 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respectivamente, sobre cuya vigencia no se pronuncian sin embargo ni el Anteproyecto, ni el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que le acompaña, por lo que no queda



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

claro el efecto que la eventual aprobación de estas iniciativas legislativas tendría sobre dicha vigencia.

En fin, la abstención y recusación de los peritos designados por el órgano jurisdiccional se regula en la actualidad en los artículos 619 a 625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el seno del proceso civil, y en los artículos 467 a 470 y 723 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto del proceso penal, además de la norma especial que se contiene en el artículo 463 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los Médicos Forense, que se remite a su vez al respecto a lo que las leyes procesales dispongan en relación con los peritos. Nada establecen tampoco las disposiciones derogatorias del Anteproyecto y del Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo acompaña sobre la vigencia de estos últimos preceptos.

3.-Proyección constitucional de la materia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la proyección constitucional de la abstención y recusación de los Jueces y Magistrados ha experimentado una evolución relativa con el transcurso del tiempo.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional entendió que el derecho a recusar era una manifestación específica del derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley proclamado en el artículo 24.2 CE. En esta línea, la STC 47/1982, de 12 de julio, puso de manifiesto lo siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

"El artículo 24 de la CE consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del Juez entroñan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad.

De esta suerte, hay que señalar que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el Juez predeterminado por la ley, comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas."

En el mismo sentido se pronunció el ATC 799/1985.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional apreció que el derecho a un Juez imparcial había de considerarse una manifestación del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías igualmente reconocido en el artículo 24.2 CE. En la STC de 12 de julio de 1988, que declara la inconstitucionalidad del párrafo 2º del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento Oral de



Delitos Dolosos, Menos Graves y Flagrantes, se recuerda que deben respetarse en el sistema procesal *"las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema. Entre ellas (...), el derecho a un juicio público con todas las garantías, garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho..."*, concluyéndose que *"a asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran en la leyes"*.

Finalmente, las más recientes SSTC 7/1997, de 14 de enero, y 64/1997, de 7 de abril, resumen la doctrina del Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

"Este Tribunal ha incluido, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un Juez imparcial (por todas, SSTC 145/1984 y 164/1988). Desde el principio y con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Piersack, de 1 de octubre de 1982, y De Cubber, de 26 de octubre 1984), hemos distinguido en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad del criterio del Juez -o su mera sospecha- derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo (STC 32/1994).



También es doctrina reiterada de este Tribunal que las causas de abstención y recusación tienden, precisamente, a asegurar la imparcialidad del Juez (por todas, SSTC 145/1988, 119/1990)".

En otro orden de cosas, y desde una perspectiva procedimental, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto igualmente que el incidente de recusación es *"el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental"* (SSTC 137/1994, 7/1997 y 64/1977), y que *"el derecho a formular la recusación comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la Ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos Jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a los que la ley defiera el examen de la cuestión"* (STC 47/1992).

4.- Contenido del Título IV del Anteproyecto.

El examen del contenido del Título IV del Anteproyecto sometido a informe requiere la previa distinción entre dos cuestiones que deben ser tratadas separadamente. En primer lugar, la propuesta de regulación directa de la abstención y recusación de Jueces y Magistrados, así como de los miembros del Ministerio Fiscal, de los Secretarios Judiciales, de los peritos designados por el órgano jurisdiccional y del personal al servicio de la Administración de Justicia en la ley procesal civil respecto de su propio ámbito, y con efectos supletorios, en los demás órdenes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

jurisdiccionales (penal, contencioso-administrativo y social). En segundo lugar, el contenido propio de la regulación que se propone, tanto en lo que se refiere a las causas de abstención y recusación, como a los procedimientos para hacer efectivas las mismas.

A) La regulación de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ya se ha adelantado, la solución propugnada por el Anteproyecto sobre este extremo consiste en la regulación específica y separada de la abstención y recusación en las leyes procesales especiales correspondientes a los distintos ordenes jurisdiccionales, afirmándose no obstante la supletoriedad de la legislación procesal civil en defecto de disposiciones propias en las otras leyes procesales especiales. Para ello, en primer lugar, se dota de contenido normativo propio a la materia en los ámbitos del proceso civil -artículos 97 a 127-, así como del proceso penal -disposición adicional undécima, en relación con los artículos 54, 63 y 68 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- y del proceso laboral -disposición adicional décima.1, en relación con el artículo 15 de la Ley de Procedimiento Laboral- (no se hace lo propio, paradójicamente, en relación con el proceso contencioso-administrativo, cuando el Proyecto de Ley reguladora de esta jurisdicción no incluye previsión alguna al efecto, como antes hacía el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); en segundo lugar, se reconoce la eficacia supletoria de la legislación procesal civil en defecto de disposiciones propias en las otras leyes procesales especiales -artículo 4-; y, finalmente, se priva de vigencia a los artículos 217 a 228 de la Ley

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Orgánica del Poder Judicial, que actualmente rigen la cuestión.



Al respecto, el Consejo General del Poder Judicial, sin desconocer que, en términos generales, la regulación de la abstención y recusación que propone el Anteproyecto introduce mejoras técnicas en relación con las actuales previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entiende más adecuado que la regulación del régimen de abstención y recusación de los sujetos procesales se incluya con carácter general en la Ley Orgánica del Poder Judicial, al menos en lo que se refiere a la expresa determinación de la relación de las causas que motivan una y otra y a la fijación de los principios básicos del procedimiento a través del que, en el seno del proceso de que se trate, se pretende la abstención o recusación (entre otros, el órgano competente, los efectos de la abstención y recusación en la tramitación del proceso), sin perjuicio del establecimiento en las leyes procesales especiales de singularidades específicas o, incluso, de los concretos trámites del procedimiento, en función de la naturaleza de cada uno de los procesos. A esta conclusión contribuyen razones tanto de técnica legislativa como jurídico constitucionales.

Desde la perspectiva de la técnica legislativa, la regulación de las causas y de los principios básicos del procedimiento de abstención y recusación de Jueces y Magistrados encuentra su natural ubicación en la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que en virtud de ambos institutos de garantía de la imparcialidad judicial, los Jueces y Magistrados mediante el cual éstos dejan de intervenir en un asunto del que normalmente hubieran debido conocer según las reglas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

predeterminación legal, por razones concretas que particularmente les afectan en relación con un proceso determinado -su relación con las partes o con el objeto del proceso-, y no por causas funcionales; tanto más cuanto que los motivos de abstención y recusación que se consideran susceptibles de comprometer la imparcialidad judicial, su fundamento y sus efectos son y deben ser esencialmente los mismos en los distintos órdenes jurisdiccionales. A mayor abundamiento, la solución que ahora se sostiene no sólo sería más correcta conforme a la técnica legislativa más ortodoxa, sino que también garantizaría de forma más plena la efectividad del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE el cual, en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en relación con la actividad legislativa, significa que *"el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que, acerca de la materia sobre la que se legisla, sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como complicados juegos de remisiones entre normas"* (STC 46/1990, de 15 de marzo). En suma, de igual modo que no podría regularse la independencia judicial en las distintas leyes procesales especiales, hallando dicha materia lógico acomodo en los artículos 378 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es tampoco necesario ni conveniente regular la imparcialidad judicial y sus garantías de abstención y recusación en todas y cada una de estas leyes procesales especiales, debiendo tratarse la cuestión con sentido unitario y alcance general, como hasta ahora se hace, desde la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Desde un punto de vista jurídico constitucional, pueden también



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

aducirse razones que abundan en la necesidad de asegurar el tratamiento normativo de las causas y de los principios básicos del procedimiento de abstención y recusación en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Repárese a este respecto, por un lado, en que, según el artículo 122.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 81.1 CE, queda reservada a la ley orgánica y, en particular, a la ley orgánica del poder judicial, la determinación de *"la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia"*. En la interpretación realizada por el propio Tribunal Constitucional, a partir de las SSTC 70/1983, de 5 de septiembre, y 140/1986, de 11 de noviembre, acerca de las materias reservadas a la ley orgánica y, en particular, a la ley orgánica del poder judicial a la que expresamente llama el artículo 122.1 de la Constitución Española (SSTC 60/1986, de 20 de mayo, 254/1994, de 21 de septiembre), la incidencia del régimen de la abstención y recusación sobre la constitución y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales y sobre el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados hace aconsejable, y probablemente preceptiva, la regulación de la materia precisamente mediante ley orgánica y, concretamente, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, carácter orgánico del que carecería la ley de enjuiciamiento civil que se proyecta, de prosperar la iniciativa legislativa sometida a informe. Esta conclusión se vería a su vez reforzada por la vinculación que, en los términos anteriormente expresados, ha establecido la jurisprudencia constitucional entre la abstención y la recusación y los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso público con todas las garantías, consagrados en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

el artículo 24.2 CE, y cuyo desarrollo queda igualmente reservado a la ley orgánica en virtud del artículo 81.1 CE.

Debe destacarse en todo caso, como ya se ha expresado anteriormente, que la necesaria regulación del régimen jurídico de la abstención y recusación en la Ley Orgánica del Poder Judicial no cierra la posibilidad de que las leyes procesales especiales y, entre éstas, la ley de enjuiciamiento civil, incluyan normas específicas sobre la cuestión adaptadas a la realidad del concreto proceso que disciplinan, pues, según se ha reconocido, entre otras, en SSTC 77/1985, de 27 de junio, y 137/1986, de 6 de noviembre, la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE no es incompatible con la colaboración internormativa con otras fuentes del Derecho, lo que permitiría el establecimiento en las leyes procesales especiales de singularidades específicas o, incluso, de los concretos trámites del procedimiento a través del que, en el seno del proceso de que se trate, se pretende la abstención o recusación, en función de la naturaleza de cada uno de los procesos, siempre que en la Ley Orgánica del Poder Judicial se hubieran determinado, al menos, la relación de las causas que motivan una y otra y los principios básicos del procedimiento (entre otros, el órgano competente, los efectos de la abstención y recusación en la tramitación del proceso).

Como se ha expresado, el Anteproyecto no circunscribe el ámbito subjetivo de la regulación del régimen jurídico de la abstención y recusación que se propone a Jueces y Magistrados, sino que lo hace extensivo a la otros sujetos procesales (representantes del Ministerio Fiscal, Secretarios Judiciales y personal al servicio de la Administración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

de Justicia y peritos designados por el órganos jurisdiccional). Lo hasta ahora expuesto acerca de la inconveniencia del tratamiento de la materia en la ley procesal civil vale en general para todos ellos; sin embargo, es necesaria además alguna consideración suplementaria respecto de la inclusión en dicho ámbito de, por una parte, la representación del Ministerio Fiscal, y de, por otro lado, los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia.



Respecto de los primeros, el artículo 105 del Anteproyecto se limita a remitirse a la regulación contenida al respecto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al que se refiere el artículo 124.3 CE, como norma idónea para el tratamiento de la cuestión de la abstención de los representantes del Ministerio Fiscal. Y, en efecto, el artículo 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aborda la cuestión; pero, reenvía a su vez a lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial disponga al respecto. Teniendo en cuenta estas previsiones, la regulación que se propone en el Anteproyecto no sólo cambia el curso de esta última remisión (dirigiéndola no a la Ley Orgánica del Poder Judicial sino a la futura Ley de Enjuiciamiento Civil) sino que, además, remite a una ley procesal especial directamente aplicable al proceso civil y supletoriamente a los demás procesos, diseñando así una compleja senda normativa (mediante las técnicas de la remisión y la supletoriedad) para determinar el concreto régimen jurídico de la abstención del Ministerio Fiscal. Se considera por tanto más correcto que, en lo que a los representantes del Ministerio Fiscal se refiere, el régimen de abstención y recusación siga siendo establecido directamente por la norma adecuada para dicho fin, que no es otra que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se remita o no a lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

previsto al respecto para Jueces y Magistrados.

Respecto de los Oficiales, Agentes y Auxiliares de la Administración de Justicia se convendrá en que, dada la actividad materialmente administrativa al servicio de la Administración de Justicia a que se contrae su función, no resulta razonable la regulación de sus regímenes de abstención y recusación, sustantivamente más cercanos a lo equivalentes funcionariales, en una norma esencialmente procesal e instrumentalmente vinculada al ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto.



B) Examen material del Título IV del Anteproyecto.

a) Las causas de abstención y recusación

En términos generales el artículo 98 del Anteproyecto, así como las disposiciones finales décima nº 1 y undécima, reproducen, si bien que con mejoras técnicas y de redacción que otorgan mayor precisión a los preceptos, las causas de abstención y recusación genéricamente previstas en los actuales artículos 219 y 220 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adaptadas en cada caso a los institutos procesales y terminología legal propia del los órdenes jurisdiccionales civil, laboral y penal, respectivamente. A este respecto, simplemente correspondería reiterar ahora aquello que este Consejo General del Poder Judicial sostuvo en Informe de 12 de agosto de 1996, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

posteriormente devendría Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a través de la cual fue introducida la causa de abstención actualmente prevista en el artículo 219.12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre ocupación por Jueces y Magistrados de cargos públicos.

Con alcance general, sobre las causas de abstención y recusación, se decía en el informe citado:



"(...), dado que nuestro sistema de abstención y recusación es de causas legales tasadas, conforme asimismo a las exigencias constitucionales de inamovilidad y predeterminación legal del Juez, es importante resaltar que puede existir un desfase, ya apreciado en la práctica, entre la estricta regulación legal de estos supuestos y las exigencias derivadas de la salvaguarda del requisito de imparcialidad, puesto que en la actualidad tanto el Juez o Magistrado que se abstiene, como el órgano llamado a resolver sobre la recusación, han de ajustarse estrictamente al sistema legal de causas establecidas, mientras que si están en juego exigencias estructurales, relativas a la configuración objetiva de los Juzgados y Tribunales, que preserven la apariencia misma de imparcialidad, puede ser necesario un mayor margen de arbitrio judicial en el sistema legal de abstención y recusación (...).

Por otra parte, tanto nuestro Tribunal Constitucional (STC 136/1992) como el Tribunal Europeo de Derechos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Humanos (SSTEDH "Hauschildt y Nortier"), rehuendo las afirmaciones generales o abstractas, se orientan a que la concurrencia del requisito de imparcialidad en el Juez o Tribunal debe ser apreciada a la vista de las concretas circunstancias del caso objeto de enjuiciamiento, a la vez que, desde la STC 47/1982, el Tribunal Constitucional viene afirmando que es materia nítidamente jurisdiccional, cuyo enjuiciamiento corresponde esencialmente a los Jueces y Tribunales ordinarios (SSTC 234/1994, 282/1993).

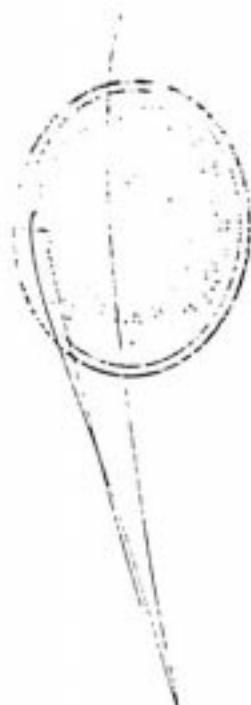
Por ello, la concesión por el legislador de un cierto margen de interpretación a los órganos llamados a decidir sobre la recusación (...), puede ser una solución adecuada, teniendo en cuenta para ello tanto la configuración como causa de sanción de la abstención injustificada (art. 418 Ley Orgánica del Poder Judicial, núm. 14), como la posible utilización abusiva de la figura de la abstención por un determinado Juez o Magistrado para rehusar el conocimiento de algún asunto por motivos distintos de los legalmente establecidos, con los perjuicios que ello indudablemente ocasionaría para el interés público".

Sobre la causa concreta de abstención y recusación relativa a la ocupación por el Juez o Magistrado de cargo público, se afirmaba concretamente:

"En segundo lugar, la propia configuración de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID



nueva causa legal de recusación que hace el Anteproyecto admite una mayor precisión en sus contornos, que haga innecesaria una ulterior interpretación doctrinal o jurisprudencial moderadora de la posible ambigüedad o imprecisión de los términos de la ley. En ese sentido, no toda responsabilidad previa ni todo cargo perjudican irreversiblemente la imparcialidad objetiva o subjetiva del juzgador, como tampoco lo hace la mera "posibilidad" de haber formado criterio sobre un asunto, posibilidad resultante en ocasiones de la misma condición de lector o espectador de los medios de difusión, respecto de litigios de trascendencia pública, sino una situación efectiva y actual que implique necesariamente la formación de un criterio semejante, por haber conocido del objeto del pleito en circunstancias que, de un modo objetivo, a los ojos de las partes y de la opinión pública y al margen de la personal voluntad del Juez, den lugar a la formación de un prejuicio determinante de la pérdida de la imparcialidad. La objetivación del proceso de génesis del prejuicio no comporta por tanto el carácter meramente potencial del mismo.

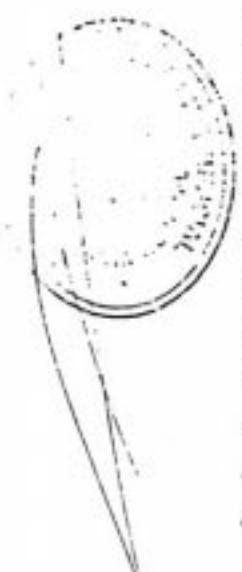
Ha de tratarse, por ello, del previo conocimiento del asunto en ejercicio de una determinada competencia administrativa o representación de carácter público, participando en la resolución del objeto del litigio, bien en posibles fases o incidencias en sede administrativa, previas a la vía jurisdiccional, como para el conocimiento en sede



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID



jurisdiccional dispone ya la causa décima del artículo 219 de la Ley Orgánica, bien en previos procesos de informes o consultas preceptivos, al modo de la emisión de previo dictamen que, referida a la actividad de Letrado, contiene hoy la causa quinta del mismo artículo 219 de la Ley Orgánica, o, por último, en haber participado directamente en el debate público, desde el Ejecutivo o desde una actividad de representación, local institucional o parlamentaria, o incluso en el proceso de formación de criterio sobre ese concreto asunto por parte de la opinión, expresando parecer u opinión sobre el mismo en términos no puramente abstractos o doctrinales, sino concretamente referidos al objeto de la controversia jurisdiccional y determinantes del sentido de su resolución, que pongan de manifiesto una situación, actual y efectiva, de pérdida de la imparcialidad subjetiva.

Cabe añadir que la extensión de la causa de recusación a la circunstancia de "haber formado criterio", no ya sobre el objeto del litigio, sino sobre los representantes y asesores de las partes, aun salvando la defectuosa redacción del texto facilitado, en la que falta una disyuntiva "o" entre "...objeto de la causa..." y "...sobre las partes...", no parece justificada. De hecho no hay una extensión semejante a círculos ajenos a las partes del litigio en otras causas del artículo 219, salvo en el caso del vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, cuyos efectos perniciosos sobre la imparcialidad del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28011 MADRID



juzgador tienen una génesis y alcance bien diferentes. Por otra parte, la formación de criterio, positivo o negativo, sobre una de las partes, no ya sus representantes o asesores, durante el ejercicio de un cargo o fuera de él, deviene en este caso una íntima convicción de muy difícil control, salvo que se haya expresado u objetivado, en cuyo caso pasaría a constituir, según sea favorable o desfavorable, la circunstancia de amistad íntima o enemistad manifiesta de la causa octava del mismo precepto tantas veces citado, con la consideración añadida de que quedan ambas figuras desdibujadas respecto del estricto concepto legal, que no es cualquier opinión o valoración personal, sino aquellas que, respectivamente, estén cualificadas por la nota de intimidación o por su carácter manifiesto".

Debe advertirse finalmente, en este mismo orden de cosas, que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sujetó también la nueva causa de abstención y recusación, que se introdujo por medio del artículo 4.1 de la misma Ley Orgánica en el artículo 219.12 Ley Orgánica del Poder Judicial, a las prescripciones del artículo 220 Ley Orgánica del Poder Judicial relativas a los procesos en los que sea parte la Administración Pública, mientras que el artículo 98.13 del Anteproyecto (equivalente al actual artículo 220 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no hace lo propio en relación con la causa de abstención y recusación prevista en el artículo 98.12 del Anteproyecto (equivalente a la contemplada en el

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

actual artículo 219.12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), resultando más correcta esta última solución debido a las dificultades interpretativas que puede hoy ocasionar la mención que se hace al artículo 219.12 Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 220 Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Los procedimientos de abstención y recusación.



En lo que a los procedimientos para hacer efectiva la abstención y para la tramitación del incidente de recusación se refiere, resulta conveniente convendría asimismo incorporar al presente informe lo que sobre los diversos particulares de la cuestión se ha mantenido por el Consejo General del Poder Judicial, tanto en el citado Informe de 12 de agosto de 1996 como en el posterior de 10 de diciembre de 1997 sobre procedimiento de abstención y recusación de Jueces y Magistrados, que fue ya remitido a los órganos titulares de la iniciativa legislativa.

a) El Anteproyecto mantiene el sistema acogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y distingue por tanto formalmente el procedimiento para hacer efectiva la abstención y la tramitación del incidente de recusación. Sobre esta solución tiene dicho el Consejo General del Poder Judicial en los informes mencionados que *"siendo idénticos el fundamento y la finalidad de ambas instituciones, parece también razonable que se sujeten al mismo procedimiento, pues no existe fundamento objetivo que justifique la existencia de regímenes diferentes que puedan crear, además, confusión o inseguridad. A estos efectos, resulta secundario que*



la abstención se inste por el propio Juez y el incidente de recusación presuponga un acto de parte".



b) Al igual que en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Anteproyecto se continúa atribuyendo el conocimiento de la abstención a la Sala de Gobierno del Tribunal respectivo y la competencia para resolver la recusación a una Sala de naturaleza jurisdiccional (aunque con algunas mejoras a este último respecto en el texto propuesto). El criterio expresado por el Consejo General del Poder Judicial en los informes citados sobre esta cuestión es que *"también es aconsejable que la decisión sobre la abstención se encomiende a los mismos órganos jurisdiccionales que habrían de resolver, en su caso, el incidente de recusación, y no a un órgano de gobierno, puesto que tal decisión no tiene naturaleza gubernativa, sino estrictamente jurisdiccional"*, como parece desprenderse además de las SSTC 234/1994 y 282/1993.

c) El artículo 101.4 del Anteproyecto previene que *"si la Sala de Gobierno estimare justificada la abstención o no se recibiere la orden de continuar en el conocimiento del asunto en el plazo de cinco días desde que la Sala de Gobierno respectiva conoció de la abstención, el abstenido dictará auto apartándose definitivamente del asunto y ordenando remitir las actuaciones al que deba sustituirle"*; prescripciones éstas que, más o menos literalmente, se recogen actualmente en el artículo 222 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sobre esta fórmula ha manifestado el Consejo General del Poder Judicial en los repetidos informes: *"no*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

se justifica que la abstención se pueda admitir por silencio, como previene el artículo 222 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que pudiera generar problemas de orden práctico en su aplicación".

d) Así como en los artículos 225.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 224.1 d) y 226 de la misma Ley Orgánica, las competencias de instrucción y de resolución del incidente de recusación de un Juez se atribuyen a aquél que legalmente le sustituya, si pertenece a la carrera judicial, en el artículo 109 g), en relación con el artículo 107 f), del Anteproyecto, esta concentración de funciones instructoras y resolutorias en un órgano jurisdiccional unipersonal sólo se contempla respecto de los Jueces de Paz en favor del Juez de Primera Instancia del partido correspondiente o, si hubiere en él varios Juzgados de Primera Instancia, del Juez titular más antiguo de ellos. Aunque la regulación propuesta encierra respecto de la vigente una evidente mejora en el sentido expresado, el Consejo General del Poder Judicial se ha opuesto, como una cuestión de principio, a la acumulación de competencias de instrucción y resolución de los incidentes de recusación y a la atribución de esta última potestad a órganos jurisdiccionales unipersonales. Así, se afirma en los informes mencionados que *"la relevancia misma del incidente de recusación -con proyección constitucionalmente en el fundamental derecho a un Juez imparcial- aconseja que su resolución venga encomendada, en todo caso, a un órgano jurisdiccional colegiado"* y que *"la asunción por el órgano*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

unipersonal decisorio de las funciones instructoras implica siempre una contaminación no deseable para la autonomía e independencia de juicio que debe presuponer cualquier resolución". Por ello, aunque el problema revestiría en todo caso unas dimensiones menores, cuantitativa y cualitativamente, al referirse únicamente a los Jueces de Paz, no pueden dejar de traerse a colación estas consideraciones de principio respecto de los preceptos del Anteproyecto que propugnan dicha solución.



e) Puede por último predicarse del Anteproyecto las insuficiencias que el Consejo General del Poder Judicial apreciaba en la vigente regulación del incidente recusatorio en la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando en los informes aludidos afirma que *"la regulación vigente no pone suficientes trabas al uso frecuente, y en algunos casos abusivo del incidente de recusación como instrumento para dilatar la tramitación y resolución de los procedimientos con menoscabo del derecho constitucional a un procedimiento sin dilaciones indebidas"*. Sería necesario valorar la posibilidad de contemplar legalmente la inadmisión de plano de la recusación, con base en la interpretación del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial realizada desde la jurisprudencia constitucional, en aquellos casos en los que la petición fuera manifiestamente infundada, abusiva o temeraria y se incurra, en consecuencia, por la parte recusante en una infracción *"de su deber de probidad y de su obligación de actuar en el proceso sin formular incidentes dilatorios, obligaciones procesales todas ellas que dimanen de la genérica obligación de colaboración con la recta*

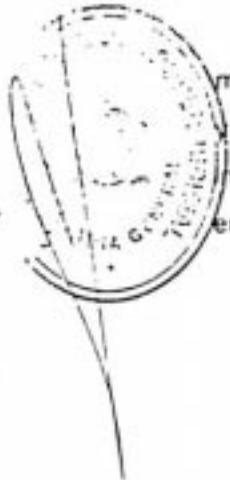


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Administración de Justicia, proclamada por el artículo 118 de la CE" (STC 234/1994); por supuesto, salvo que la resolución del incidente de recusación requiera "de una tarea interpretativa, respecto del encaje o la falta de encaje de los hechos y de la protección sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente" (STC 47/1992).



Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial formuló en los mismos informes una serie de propuesta normativas sobre la abstención y recusación de Jueces y Magistrados que, por su utilidad en el presente informe, conviene ahora reproducir con vista a su eventual consideración en la iniciativa legislativa sometida a consulta.

1º *"El establecimiento de un procedimiento especial, basado en los principios de sumariedad y preferencia, para la tramitación y resolución, en todo caso en forma expresa y nunca por silencio, del incidente de recusación, procedimiento de aplicación, en lo que fuera posible, a la abstención. Dicho procedimiento habría de prevenir como trámite esencial el informe del Juez recusado y la separación del Juez o Magistrado del conocimiento del asunto tras la formalización del incidente".*

2º *"La atribución de la resolución expresa del incidente de abstención y recusación a un órgano jurisdiccional colegiado, y no a un órgano gubernativo como sucede actualmente respecto de la abstención. Dicho órgano podría ser la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando la abstención o la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

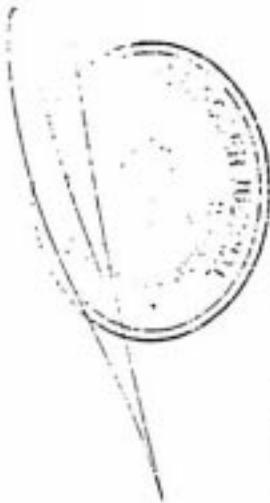
Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

recusación afectaran al Presidente del Tribunal Supremo, a los Presidentes de sus Salas o a cualquiera de sus Magistrados; la Sala del artículo 69 de la misma Ley si el incidente se refiriera al Presidente de la Audiencia Nacional, a los Presidentes de sus Salas, a cualquiera de sus Magistrados, o a los Jueces Centrales de Instrucción y Centrales de lo Penal; la Sala del artículo 77 de la Ley Orgánica cuando el incidente tuviera por objeto el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, los Presidentes de sus Salas, sus Magistrados, y los Presidentes y Magistrados de las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma; y la Audiencia Provincial respecto de la abstención y recusación del resto de los Jueces y Magistrados de su territorio. En ningún caso deberá formar parte de la Sala competente para la resolución del incidente el Juez o Magistrado que se hubiera abstenido o hubiera sido recusado". Esta propuesta en particular merece además algún comentario adicional. En efecto, el artículo 109 del Anteproyecto contempla la atribución expresa de la competencia para decidir los incidentes de recusación a la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando la recusación se refiera al Presidente del Tribunal Supremo, Presidente de la Sala de lo Civil del mismo o más de dos Magistrados de ésta (cuando se recuse a un sólo Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la competencia corresponderá sin embargo a la propia Sala a la que aquél pertenece); a la Sala del artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial si la recusación se refiere al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, al Presidente de la Sala de lo Civil y Penal de dicho Tribunal Superior de Justicia, al Presidente de una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID



Audiencia Provincial con sede en la Comunidad Autónoma o a dos o más Magistrados de una Sala o Sección de una Audiencia Provincial, omitiéndose sin embargo, inexplicablemente, una referencia al supuesto en el que sean recusados dos o más Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (si el recusado fuera un sólo Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Provincial, la competencia se le atribuye sin embargo, respectivamente, a la propia Sala de lo Civil y Penal o a la Audiencia Provincial en pleno o a la Sección competente); a la Audiencia Provincial o Sección Primera de la misma si la recusación se refiere a un Juez de Primera Instancia; y, en fin, al Juez de Primera Instancia del partido correspondiente o, en su caso, al más antiguo de dicho partido, si la recusación se refiere a un Juez de Paz (sobre lo que ya se ha comentado). En términos análogos se resuelve la cuestión en las disposiciones finales décima.1 y undécima.3 del Anteproyecto, por las que se reforman los artículos 15 de la Ley de Procedimiento Laboral y 68 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los procesos laborales y penales, añadiéndose en este último caso la competencia de la Sala del artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando se recuse al Presidente de la Audiencia Nacional, al Presidente de su Sala de lo Penal o a más de dos Magistrados de una Sección de dicha Sala (la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá sin embargo del incidente de recusación cuando éste se refiera a uno sólo de los Magistrados de esta Sala). Pues bien, este precepto merece los siguientes comentarios:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

a) En primer lugar y con carácter general debe advertirse que la regulación sobre la competencia funcional en materia de incidentes de recusación de Jueces y Magistrados se encuentra actualmente incluida, en lo que a órganos jurisdiccionales colegiados se refiere, en los artículos 60.1 y 61.T.2º (Tribunal Supremo), 68.1 y 69 (Audiencia Nacional), 76 y 77.1 (Tribunales Superiores de Justicia), y 82.5 b) (Audiencias Provinciales) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos éstos que no son objeto de reforma ni derogación ni por el Anteproyecto ni por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo acompaña.

b) En segundo lugar, como consecuencia de la regulación específica que se introduce sobre la materia en los órdenes jurisdiccionales civil, laboral y penal, y la supletoriedad de la legislación procesal civil que se proclama en el artículo 4 del Anteproyecto, los preceptos generales que la Ley Orgánica del Poder Judicial incluye al respecto y que han sido anteriormente relacionados únicamente serían de aplicación en los procesos contencioso-administrativo, con la consiguiente confusión y distorsión normativa que supone la existencia de una normativa en apariencia general que sólo sería aplicable en realidad en un orden jurisdiccional concreto y que ha de coexistir con otras regulaciones especiales para los demás órdenes jurisdiccionales, sin que por otra parte se halle

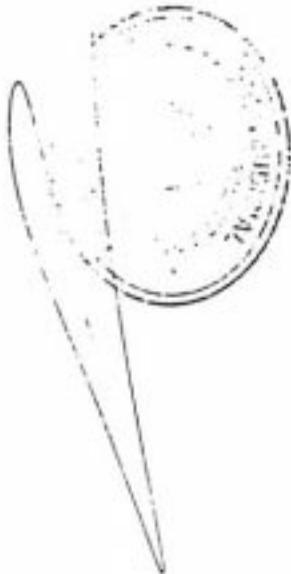


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

completamente asegurada la exacta correlación normativa entre las dos soluciones legales (la general y las especiales). Por otro lado, las previsiones de la legislación procesal civil tampoco alcanzarían a cubrir en su integridad, por vía de supletoriedad, todos los supuestos que en el proceso contencioso-administrativo pueden plantearse, toda vez que, por ejemplo, el artículo 109 del Anteproyecto no precisa, por razones obvias, la competencia para conocer de los incidentes de recusación de Magistrados de la Audiencia Nacional que, sin embargo, sí pueden plantearse en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por razones no menos evidentes.



c) Por último, el artículo 109 no contempla, de acuerdo con una interpretación literal las hipótesis de recusación de dos (ni más, ni menos) Magistrados de los órganos jurisdiccionales colegiados, dado que se refiere a los incidentes de recusación contra el Presidente "o más de dos" Magistrados, de un lado, o contra "uno de los Magistrados"; problema que no plantea actualmente la Ley Orgánica del Poder Judicial al referirse en los distintos preceptos sobre la cuestión, primero, a la recusación de "los Magistrados" en general y, posteriormente, a la recusación del Presidente o "más de dos Magistrados".

3º *"La posibilidad de rechazar de plano el incidente, cuando se hubiere formulado con manifiesto abuso de derecho o entorpecer"*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

fraude de ley o procesal, especialmente si tuviera por finalidad dilatar la tramitación o resolución del procedimiento principal. El texto legal debería concretar, además, si dicha facultad puede atribuirse al propio órgano jurisdiccional recusado mediante una decisión de inadmisión, en los casos y con las condiciones estrictamente exigidas por la doctrina del Tribunal Constitucional".

4º "La imposición de sanciones pecuniarias de cierta entidad para el recusante que instara el incidente con mala fe, y la previsión de una sanción disciplinaria grave para el Juez o Magistrado que continuara conociendo del asunto una vez planteado con fundamento el incidente de recusación".



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

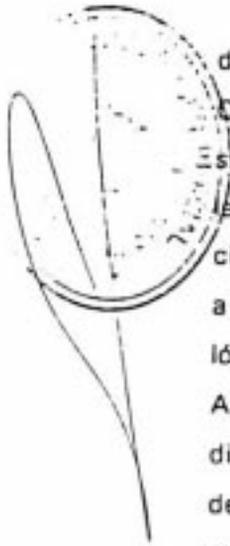
Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

TITULO V

De las actuaciones del juicio

1.- Observaciones generales.



Debe destacarse en primer lugar que el Anteproyecto incluye diversos preceptos relativos a materias actualmente reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Exposición de Motivos explica suficientemente este aspecto cuando afirma que se pretende aprobar una ley procesal común, de manera que la Ley Orgánica del Poder Judicial circunscriba su contenido a lo que es puramente orgánico, ajustándose a lo que establece el artículo 122.1 de la Constitución Española. En lógica concordancia, el Anteproyecto se hace acompañar de un Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya disposición derogatoria se recogen las correspondientes previsiones que, derogan los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyos contenidos se regulan ahora en el texto que se proyecta; así, se dejan sin efecto el apartado 4º del artículo 5 (relativo al recurso de casación con fundamento en infracción de precepto constitucional); el Capítulo Segundo del Título I del Libro Tercero (sobre tiempo hábil para las actuaciones judiciales); los Capítulos Tercero y Quinto del Título II del Libro Tercero (relativos al Magistrado ponente y a la abstención y recusación); y los Capítulos Primero a Séptimo, ambos incluidos, del Título III del Libro Tercero (sobre oralidad, publicidad y lengua oficial, impulso procesal, nulidad de los actos judiciales, resoluciones judiciales,

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28011 MADRID

vista, votación y fallo, lugar en que deben practicarse las actuaciones y notificaciones).

Ciertamente, algunas de las cuestiones actualmente reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que el Anteproyecto pretende incorporar a su contenido no parece que estrictamente merezcan la condición de materias reservadas a la ley orgánica de acuerdo con los artículos 122.1 y 81.1 de la Constitución Española y, por tanto, se encontrarían disponibles para una ley ordinaria como la que se propone.

Ahora bien, el legislador deberá ponderar la conveniencia o no, de establecer, con carácter general en una ley específica, todos los aspectos organizativos atinentes a cualquier tipo de proceso, pero hasta tanto esto se llegue a producir el Consejo General del Poder Judicial estima que la regulación de tales aspectos debería mantenerse por razón de conexidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde actualmente se encuentran disciplinados.

Debe mencionarse singularmente asimismo el hecho de que la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene actualmente un precepto de capital importancia, cual es el artículo 230, en materia de la introducción de los medios informáticos en sede procesal. Este precepto es derogado por el Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que acompaña al informado. Ahora bien, la no incorporación al Anteproyecto de un precepto semejante provoca un vacío normativo que plantea serios problemas. Entre los problemas más importantes cabe destacar:

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

28011 MADRID

a) Por una parte el vacío normativo en una materia de tanto interés para el adecuado funcionamiento de la capital importancia para la Administración de Justicia. No se olvide que el Consejo General del Poder Judicial ha destacado de manera particular en el Libro Blanco de la Justicia la importancia que tiene la informática en la modernización de la Administración de Justicia.

b) Se están acometiendo en la actualidad una serie de actuaciones decididas en esta materia por las distintas Administraciones competentes, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas, e incluso Corporaciones Locales, y por este Consejo, que deben contar con la adecuada cobertura legal.

c) Introducir una letra r) en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es claramente insuficiente. En efecto, se limita a reproducir el actual nº 5 del artículo 230, por lo que deja fuera el resto del precepto, donde se regulan cuestiones de capital importancia.

d) El Anteproyecto no contempla estas cuestiones de manera exhaustiva ya que algunos preceptos aislados recogen una referencia excesivamente genérica. Sería muy conveniente que la utilización e implantación de los medios informáticos sean regulados de manera clara y precisa.

e) El ordenamiento jurídico es un todo o sistema que debe ser apreciado y comprendido en su conjunto, de manera que si



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

existe en su seno una Ley como la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, en la que la Administración de Justicia no es objeto directo de regulación, debe existir una norma en la que se contemple y regule esta perspectiva de la Administración de Justicia. Esa norma debe ser la Ley Orgánica del Poder Judicial dado que se contemplan cuestiones de capital importancia para derechos fundamentales (artículo 18.4 Constitución), por lo que la norma que lo regule debe tener este rango orgánico y que por tratarse de una materia que, como ya se ha dicho, se refiere de manera directa al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, es dicha Ley el lugar reservado por la Constitución para su regulación.



2.- Examen material del contenido del anteproyecto

El Título V del Libro Primero del Anteproyecto lleva por rúbrica "De las actuaciones del juicio". Consta de nueve capítulos, algunos de ellos divididos en secciones, con un total de 101 artículos, desde el 128 al 229, ambos incluidos.

A) Lugar de las actuaciones del juicio.

Esta materia se regula en los artículo 268 y 269 Ley Orgánica del Poder Judicial. Estos preceptos son derogados por la disposición derogatoria del Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que acompaña al presente. Consta de un

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

único artículo que viene a reproducir en gran parte el artículo 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien incorpora en el apartado 3 un contenido normativo que se recoge en el artículo 275 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que no se ve afectado por la disposición derogatoria antes citada, de manera que se pueden producir conflictos interpretativos ante la vigencia de ambas normas, máxime cuando no guardan una correspondencia plena.



Un aspecto muy importante es la inexistencia en el texto que se informa de un precepto como el artículo 269 Ley Orgánica del Poder Judicial, que se ha mostrado en la práctica como un instrumento de gran interés para resolver algunos problemas que aquejan a determinadas circunscripciones, bien por la dificultad de comunicaciones, bien por atender las demandas muy razonadas y justificadas de algunas poblaciones de entidad, o bien para resolver las exigencias jurídicas de algunas ciudades. Este precepto contiene mecanismos que habilitan en un caso al Consejo General del Poder Judicial y en otro a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia para acordar el desplazamiento de algunos órganos judiciales fuera de la ciudad en que tienen su sede para atender la celebración de juicios, posibilitando así la consideración y valoración por parte de los órganos de gobierno de los Tribunales de las necesidades objetivas que deben atender los órganos judiciales, sin que su apreciación quede sometida a la actuación singular de cada Tribunal. No parece que un mecanismo como este tan importante para la adecuada organización de la actividad de los Tribunales deba desaparecer.



B) Del tiempo de las actuaciones judiciales.

Este Capítulo se divide en dos Secciones. En la Sección 1ª se recoge una materia regulada en la actualidad en los artículos 182, 183 184 y 185 Ley Orgánica del Poder Judicial, y en los artículos 256 y 259 Ley de Enjuiciamiento Civil. Nada que objetar a la nueva regulación que viene a reproducir las normas que se derogan. Sin embargo, sí deben hacerse las siguientes observaciones:



a) Por razones de eficacia evidentes debería incluirse un nuevo apartado en el artículo 130 del Anteproyecto por el que se dispusiera que la realización de los actos de comunicación y de ejecución se puedan realizar en cualquier día y hora sin necesidad de previa habilitación. Se trata de actuaciones materiales que no se deben encuadrar en el concepto técnico de actos procesales, permitiendo con ello resolver los múltiples problemas que se dan en la realidad, habida cuenta que muchas de estas actividades no se pueden llevar a efecto con resultado positivo dentro de los días y horas hábiles que se fijan en el apartado nº 2 del artículo 129 del Anteproyecto. Lógicamente, los efectos de los actos de comunicación, en cuanto al cómputo de los plazos para los destinatarios, no comenzarán hasta el primer día hábil siguiente a su realización.

b) Debería recogerse en el apartado 1 del artículo 129 del texto la expresión "las actuaciones judiciales", para guardar coherencia con la rúbrica del Capítulo, o por ser, más adecuada



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

esta terminología.

c) La derogación del artículo 184 Ley Orgánica del Poder Judicial, que expresamente establece la declaración de habilidad para las actuaciones sumariales, puede plantear problemas interpretativos no convenientes, como manifestación de la inseguridad jurídica que puede producir la regulación que se pretende establecer. En efecto, el citado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara hábiles todos los días y horas del año para la instrucción de las causas criminales, por lo que debía ser entendido como precepto que venía de derogar el artículo 201 Ley de Enjuiciamiento Criminal (una lectura de ambos preceptos evidencia que no coinciden completamente), sin que necesariamente por ello deba recobrar nueva vigencia por la derogación del precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme resulta de lo establecido en el artículo 2 del Código Civil.

d) Debe merecer una consideración muy positiva el inciso segundo del apartado 3 del artículo 130 del Anteproyecto, en el que se establece que no es necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles. Con esta previsión se da solución a situaciones de inseguridad muy frecuentes en la práctica.

La Sección 2ª se refiere a los plazos y términos. Se trata de una materia que viene regulada en los artículos 301 y siguientes Ley de

LIBRO I



Enjuiciamiento Civil, con el añadido en el Anteproyecto del precepto que regula la presentación de escritos y la preclusión.

Otra cuestión que se ha de destacar es la relativa a la validez y eficacia de las actuaciones realizadas incumpliendo las prescripciones legales. ¿Qué sucede si los plazos no son observados? Según la doctrina científica la contestación a esta pregunta no es uniforme en todos los casos. De lo establecido en el artículo 131.3, en relación con el artículo 224, del Anteproyecto cabe deducir que no se trata de un supuesto previsto en la norma como determinante "per se" de nulidad, y que la infracción de esta previsión legal se resuelve con la consideración de una infracción determinante de responsabilidad disciplinaria y, en su caso, de otras responsabilidades exigibles por la parte agraviada, previsiones que, a juicio de este Consejo General del Poder Judicial, no son propias de una ley procesal. Sin embargo, se puede considerar que este precepto tiene el fin de aclarar que el incumplimiento del plazo por los tribunales y personal al servicio de la Administración de Justicia no es motivo de nulidad, sino únicamente, en su caso, de generar responsabilidades disciplinarias o de otro tipo. Así entendido, el referido precepto puede ser considerado razonable.

El último inciso del artículo 133.1 del Anteproyecto es reiterativo de lo establecido en el artículo 132.4 del mismo texto, por lo que debería suprimirse. La posibilidad de interrupción de los plazos y la demora de los términos, que permite el artículo 133.2 es congruente con la interrupción que respecto de los plazos de caducidad recoge el artículo 232. A juicio de este Consejo General del Poder Judicial, la apreciación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

conurrencia de la fuerza mayor a petición de parte debería ser a petición precisamente de la parte que sufrió la fuerza mayor, pero no de cualquiera de las partes como parece sugerir el precepto, manteniéndose la posible apreciación de oficio y la audiencia de las demás partes. Se ha suscitado también por los profesionales la cuestión de que los plazos que concluyan en sábado, que es día hábil, pudieran entenderse también prorrogados al siguiente día hábil, como ocurre con los plazos cuyo cómputo concluye en domingo o festivo.

Una última consideración que debe hacerse sobre este punto es que, si es cierto que el impulso de oficio ha contribuido a agilizar la Administración de Justicia, no debe desconocerse que muchos de los defectos y retrasos actuales obedecen a motivos estructurales relacionados con los medios personales y materiales puestos a disposición de los Juzgados y Tribunales.

Es muy novedosa y meritoria la posibilidad recogida en el artículo 134.1 del Anteproyecto de permitir presentar escritos en los Juzgados hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimientos, lo que evitará muchos problemas y permite resolver muchas deficiencias que en la actualidad se producen en esta materia. Se trata de una ampliación que puede, ciertamente, provocar disfunciones en los asuntos que no permitan dilación alguna, pero que debe admitirse como correcta, sobre todo si se mantiene la previsión de que no se admitan escritos dirigidos a los Tribunales civiles en los Juzgados de Guardia. El Consejo General del Poder Judicial, en virtud de la autorización otorgada por el artículo 110 ñ) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha dictado el Reglamento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

5/1995, en el que se establece que el Juzgado de Guardia recibirá los escritos en determinados supuestos; este Reglamento pretendía resolver los problemas que se suelen presentar cotidianamente en los Juzgados y Tribunales, estableciendo un medio razonable al alcance de las partes para facilitar la presentación de escritos dirigidos a los Juzgados y Tribunales. Debe recordarse que se carece en el ordenamiento procesal de una norma semejante a la contenida en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, caracterizada por la amplitud de cauces y de mecanismos de presentación de escritos dirigidos a los órganos de las Administraciones Públicas. Lo cierto es que este sistema y el relativo a la posibilidad de presentación de los escritos en los Juzgados de Guardia exigen la intervención de terceros y de medios organizativos no pertenecientes al propio órgano jurisdiccional destinatario del escrito, ocasionando frecuentes situaciones disfuncionales que conviene evitar cuando se puede recurrir a mecanismos más sencillos y razonables. La norma ahora proyectada puede contribuir a salvar los inconvenientes descritos, por lo que debe informarse favorablemente.

Por otra parte, no debe olvidarse que la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia se encuentra expresamente prevista en el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya aplicación práctica ha dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 48/1995, 68/1995, 87/1995, 2/1996, 99/1996, 116/1996 y 167/1996). Se considera por el Tribunal Constitucional, al analizar el referido precepto, que es legítima la carga procesal que en él se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

establece para la parte de poner en conocimiento del órgano judicial la presentación de documentos en el Juzgado de Guardia, y la consiguiente ineficacia de la presentación de documentos en dicho Juzgado cuando no se observa aquella diligencia, sin que esta consecuencia pueda *"ser calificada de arbitraria o infundada, sino que enlaza con la naturaleza imperativa, de orden público, de las reglas procesales y también con el carácter excepcional, en favor del justiciable, con que opera el referido artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral"*. La existencia de este precepto y la nueva regulación que se proyecta puede plantear problemas de compatibilidad entre ambos procedimientos de presentación, por lo que la seguridad jurídica (no obstante precisar el precepto proyectado que esta previsión se aplicará *"en las actuaciones ante los Tribunales civiles"*), así como la razonable igualdad que en el acceso a la Justicia debe garantizarse para los justiciables, deben llevar a resolver la cuestión generalizando el sistema que recoge el Anteproyecto para todos los órdenes jurisdiccionales, lo que debe articularse a través de los mecanismos normativos indicados anteriormente en este informe.

Se echa de menos en el texto que se proyecta una previsión más clara de la posibilidad de presentación de escritos y documentos a través de la utilización de las modernas tecnologías. Parece que el artículo 134.5 del Anteproyecto pretende regular esta posibilidad, pero debería contemplar de una manera más clara la posibilidad de la transmisión electrónica de datos y documentos. Esta omisión es mucho más preocupante en materia de actos de comunicación, como habrá ocasión de indicar. Sobre la utilización del "fax" para la presentación de escritos ha de indicarse que el Tribunal Constitucional, en STC de 18 de enero de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

1993, ha reconocido la validez de esta forma de comunicación, partiendo de la necesaria interpretación de las normas jurídicas en el contexto social del tiempo en que han de ser aplicadas. Se insiste en que el texto debe ser mucho más explícito en la previsión de las técnicas electrónicas de transmisión de información, y para ello es capital la función del Consejo General del Poder Judicial, que debería tener una habilitación expresa, más clara y precisa que la que se recoge en el Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que acompaña al que ahora se informa, a los efectos de aprobar los programas y aplicaciones informáticos. La Ley de Enjuiciamiento Civil debería desarrollar el artículo 230.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a estos efectos. Para ello es necesario que este precepto se mantenga y no sea derogado.

C) Inmediación, publicidad y lengua oficial.

Se trata de materias reguladas en los artículos 229 a 236 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con excepción del muy importante artículo 230 de la Ley Orgánica, cuyo contenido no se incorpora a ningún precepto, lo que supone una omisión importante, habida cuenta que este precepto, como antes se indicó, es fundamental a la hora de incorporar al mundo de los Juzgados y Tribunales las nuevas tecnologías y en el artículo 254 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el Libro Blanco de la Justicia tiene dicho el Consejo General del Poder Judicial que:

"no puede dejar pasar esta oportunidad para insistir en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

necesidad y la obligación inexcusable de los jueces de cumplir el ordenamiento procesal vigente. Resulta preocupante conocer en las muchas entrevistas realizadas que los jueces no cumplen con el principio de inmediación en general y en actos como éste en particular. Obviamente, la primera obligación del juez es cumplir la Ley. Es cierto que hay que definir en forma más razonable los supuestos en los que la presencia de juez es inexcusable y eliminar de entre estos aquéllos en los que su intervención personal es superflua. Pero mientras que la Ley exija la presencia del juez, por más que sea criticable, en esta y en todas las ocasiones en que así se disponga, deberá estar presente".

El artículo 136 de Anteproyecto recoge claramente el principio de inmediación. El precepto en cuestión es técnicamente más acertado el artículo 254 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta que este precepto se refería sólo a los Jueces y a los Magistrados ponentes; mientras que ahora la obligación de presenciar los actos de prueba comprende a todos los integrantes del Tribunal, lo que debe merecer todo elogio. Es también acertada la previsión de distinguir entre actos de prueba y vistas y comparecencias, que en tanto que actuaciones orales, también están adornadas en el texto que se analiza por el principio de inmediación. Desde esta perspectiva no es acertada la regulación del artículo 136.3 del Anteproyecto en la medida que parece reconocer una eficacia "menor" a la inmediación, por cuanto la corrección de su incumplimiento precisa petición de parte y que se acredite la existencia de perjuicio derivado de la infracción. No cabe duda que se está en

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

presencia de un evento determinante de nulidad del acto en cuestión, por lo que sería mejor dejar la cuestión a la regulación de la nulidad, constituyendo causa de nulidad la infracción del deber de inmediación. En efecto, ha de destacarse que este principio tiene un valor otorgado por su reconocimiento constitucional en el artículo 120.1 y 2 Constitución, conforme dice el Tribunal Constitucional (STC 137/88, de 7 de julio), de manera que su incumplimiento no puede quedar supeditado a la petición de parte que acredite perjuicio derivado de la infracción, sino que al tratarse de un principio estructural y consustancial de las actuaciones judiciales, se trata de un valor o principio objetivo e independiente del interés de la parte, no disponible para ella.

En cuanto a la posibilidad de recurso contra el auto que acuerde la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación debe indicarse que el derecho a un proceso público es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 Constitución, así como una regla técnica de funcionamiento de los órganos judiciales prevista en el artículo 120.1 Constitución. El Tribunal Constitucional tiene declarado en STC 13/85, de 31 de enero, que es admisible que las leyes procesales contemplen excepciones al principio de publicidad, y añade que deben darse una serie de condiciones para que estas limitaciones sean constitucionalmente legítimas: a) la previsión de la excepción ha de encontrarse en norma con rango de ley, b) la excepción ha de justificarse por la protección de otro bien constitucional relevante, y c) la congruencia entre la medida adoptada y el valor garantizado. El texto que se proyecta se acomoda a estos criterios, pero no sería razonable excluir absolutamente toda posibilidad de recurso contra el auto (que del contexto parece deducirse



que se trata de una resolución oral) en que se acuerde la celebración a puerta cerrada de un acto procesal, habida cuenta que afecta a un derecho fundamental, y privar a las partes de plantear al Tribunal sus particulares alegatos sobre la razonabilidad de la decisión adoptada, que no se pueden entender incluidos como expuestos en la fase de audiencia previa.

No cabe desconocer que admitir un recurso devolutivo en esta fase intermedia podría producir efectos dilatorios no deseables. Por ello, para armonizar el interés de la parte con el derecho a un proceso sin dilaciones, se puede resolver con la fórmula genérica recogida en la ley, conforme a la cual se pueda en un momento posterior volver a plantear la cuestión al interponer el recurso correspondiente, previa petición de la parte de que se haga constar su oposición en el acta (artículo 449.3 del Anteproyecto).

Por otra parte, este Consejo entiende que es muy amplia la redacción del artículo 137.2 del Anteproyecto cuando expresa las causas por las que se permite al tribunal que acuerde la celebración a puerta cerrada de las diligencias de prueba, vistas y comparecencia. En este sentido no es acertada la posibilidad de que "el interés de la moralidad" determine la referida consecuencia. Esta causa amplía más de lo necesario la posibilidad de celebrar a puerta cerrada las indicadas actuaciones y puede producir arbitrariedades. Por otra parte, el resto de causas cubre adecuadamente los intereses dignos de protección, constituyendo elementos mensurables razonables.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

En todo caso, la resolución a que se refiere el artículo 137.3 del Anteproyecto ha de ser motivada (ciertamente en cuanto que adopta la forma de auto contendrá la motivación que exige el artículo 209.2 del mismo Anteproyecto), expresando el juicio de proporcionalidad realizado por el órgano jurisdiccional, ya que afecta a la garantía procesal que para las partes comporta, en principio, la publicidad, satisfaciendo así, al propio tiempo, las exigencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Del artículo 140 del Anteproyecto debe destacarse la expresión "a su costa". Habrá de perfilarse el alcance de este concepto y determinar a que órgano correspondería hacerlo efectivo, en la forma que reglamentariamente se determine.

Como observación general en cuanto a la publicidad de las actuaciones, este Consejo, junto a las consideraciones expuestas, y entendiéndolo razonable la regulación que se recoge en el Anteproyecto, debe manifestar que sería aconsejable que en el marco de una ley que regulara con carácter general las cuestiones organizativas de los órganos jurisdiccionales, se incluyera una regulación de esta materia a la luz de las circunstancias actuales. En ella ese marco normativo, se podrían abordar cuestiones tales como, en relación con los denominados juicios paralelos, los deberes de cuantos intervienen en los pleitos en orden a la reserva de los datos que han conocido o han aportado al proceso. Se trata de una problemática que demanda una regulación acorde a los intereses en juego y sobre la que este Consejo se ha pronunciado en diversas ocasiones y cuya experiencia sería de sumo interés para el

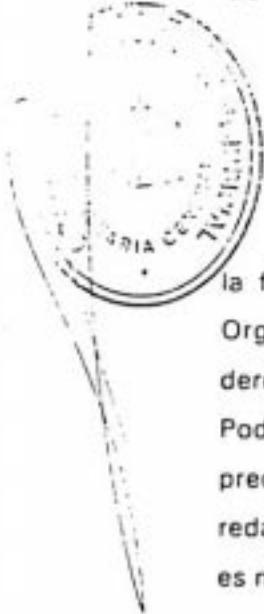
LIBRO I



momento de abordar la referida regulación.

Los artículos 142, 143 y 144 del Anteproyecto regulan la lengua oficial. A juicio de este Consejo General del Poder Judicial, se trata de unos preceptos que mejoran en sus aspectos instrumentales el artículo 231 Ley Orgánica del Poder Judicial.

D) De la fe pública judicial y de la documentación de las actuaciones.



Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la materia relativa la fe pública judicial se regula en los artículos 279 y siguientes Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos que no son expresamente derogados por el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la del Poder Judicial que acompaña al que ahora se informa. Esta reiteración de preceptos puede generar problemas, máxime cuando la coincidencia de redacción no es completa y el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial es más amplio y contempla otras cuestiones tales como la expedición de testimonios, la plenitud de la fe pública y la posibilidad de otorgar representaciones en juicio.

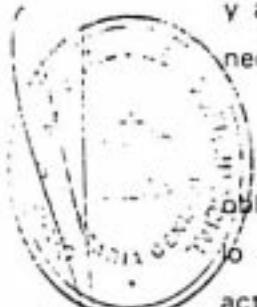
Al analizar el apartado relativo a las diligencias de ordenación se tendrá ocasión de expresar lo conveniente respecto de las funciones de los Secretarios Judiciales, que conforme a la norma que se informa, siguen teniendo unos cometidos prácticamente idénticos a los actuales. El concepto de fe pública judicial sigue siendo continuista en exceso y la regulación no es congruente con el funcionamiento real de los actuales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

órganos judiciales.

Las normas que se recogen en el Anteproyecto no contemplan en lugar alguno (salvo la muy insuficiente previsión del artículo 145.2) posibilidad de delegación en otros integrantes de la oficina judicial, confiando mayores funciones al personal auxiliar o colaborador para que puedan intervenir en tareas como ratificaciones, realización de diligencias y actas de manifestación. Con ello se trataría de incorporar a la ley necesidades ya apreciadas en la práctica de los órganos judiciales.



En cuanto al artículo 146 del Anteproyecto, debe indicarse que la obligación de recoger en acta con la necesaria extensión y detalle todo lo actuado es excesiva. En efecto, si según el artículo siguiente las actuaciones orales se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, bastaría con que el acta fuera sucinta y suficiente, recogiendo en ella con claridad las peticiones, en su caso, de las partes, las excepciones alegadas, pruebas propuestas y el resultado de éstas.

E) De las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos.

Es opinión muy general que una de las causas de mayores dilaciones, especialmente en el proceso civil, reside en la realización de los denominados actos de comunicación. Esta afirmación se destaca en el Libro Blanco de la Justicia, donde se dice:

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

"Una opinión muy extendida en la práctica, corroborada por los datos obtenidos por el Consejo General del Poder Judicial y por el trabajo de campo realizado para la confección de este Libro Blanco, es que los actos de comunicación constituyen una de las rémoras más importantes en el proceso civil...



Hay asimismo una coincidencia general es afirmar que los problemas de los actos de comunicación tienen su causa y, por ello, pueden abordarse -quizá en igual medida- desde tres puntos de vista: a) la regulación legal; b) la organización de las secretarías; y c) los medios personales y materiales puestos al servicio de la Justicia...

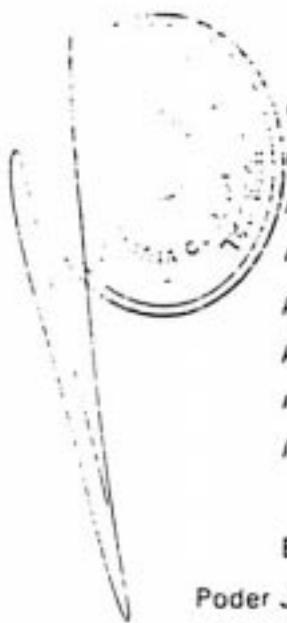
Por lo que toca al primero de los aspectos -la regulación legal- nuestro ordenamiento jurídico exige en demasiadas ocasiones la notificación personal a las partes y, cuando no es así, propone la notificación a parientes, vecinos y terceros cuya colaboración no siempre se logra por varios motivos entre los cuales no hay que desdeñar la falta de conciencia de colaboración de los ciudadanos...

La cuestión organizativa es asimismo fundamental. Al menos donde el volumen de trabajo lo aconseje -y lo aconseja en casi todos los partidos judiciales de España que cuentan con dos o más Juzgados- es imprescindible la instauración de servicios comunes de actos de



comunicación...

Y por último una cuestión fundamental es el denominado auxilio judicial que impide, incluso siendo posible la comunicación directa...



En consecuencia, es necesario abordar de forma decidida y profunda una reforma del sistema de actos de comunicación judicial, reduciendo la necesidad de notificaciones personales e incluso la propia obligación de notificar todas las resoluciones que se acuerden en el proceso, aunque sean meramente interlocutorias o de orden procesal, salvo cuando de la notificación dependa la realización de cualquier actividad procesal por cualquiera de las partes.

En relación con los actos de comunicación, el Consejo General del Poder Judicial, con el fin de resolver los problemas que en la actualidad plantean los mismos, considera necesario efectuar las siguientes consideraciones que se expresan a continuación.

El artículo 149 del Anteproyecto recoge mediante el sistema de lista cuáles son los actos de comunicación. A juicio de este Consejo esta lista no agota todos los posibles actos de comunicación. El referido precepto contempla los actos de comunicación relativos a las partes o intervinientes en el juicio. Sin embargo, existen otros actos de comunicación no dirigidos a las partes o intervinientes que por razones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

de sistemática debería figurar en este precepto: en concreto son los recogidos en el artículo 174 del anteproyecto (los mandamientos y los oficios).

No parece muy razonable que estos actos se incluyan dentro del capítulo relativo al auxilio judicial, que debe entenderse reducido a los casos en que se solicita la cooperación de otros Juzgados y Tribunales, tal y como se desprende de la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en los artículos 273 y siguientes. Por ello, los mandamientos y oficios deberían incluirse en este capítulo, lo que tendría, además, el efecto beneficioso de posibilitar que se llevaran a efecto por los funcionarios indicados en el artículo 152.1 del Anteproyecto, con las modificaciones que sugiere este informe, eliminándose de raíz todos los problemas que su realización vienen produciendo en orden a si deben ser remitidos por el Juez o Tribunal o bien es suficiente, dado su carácter de acto de comunicación por los funcionarios que tiene encomendado este cometido.

En consecuencia se considera que el artículo 149 del texto que se informa debe tener un nº 1 que recogería el contenido actual y un nº 2 que recogiera los mandamientos y oficios. La rúbrica del capítulo debería ser, por tanto, "De los actos de comunicación".

Por otra parte destaca el amplísimo campo de aplicación de los actos de comunicación: todas las resoluciones deben ser notificadas conforme al artículo 151 del Anteproyecto. Un principio racional de funcionamiento y de eficacia lleva a entender que no es preciso notificar



las diligencias de ordenación (se limitan, conforme dice el artículo 222 del Anteproyecto, a dar a los autos el curso ordenado por la ley e impulsar formalmente el procedimiento), con independencia de que su propio mantenimiento junto con las providencias no deje de ser extraño y, en algunos casos problemático, en virtud de su contenido y finalidad no resulta preciso al derecho de defensa el que sea notificadas a las partes. La misma opinión puede sostenerse respecto de las providencias, en cuanto sean actos de impulso.

Si rige, como es verdad, el impulso de oficio, no parece razonable comunicar en todo momento a las partes que ese mandato legal se está cumpliendo. Por ello, sería oportuno que la exigencia legal de notificar las resoluciones sólo se refiriera a los autos y a las sentencias y al resto de resoluciones que acordaran expresamente un hacer, no hacer o se requiera por su naturaleza y finalidad el ser comunicada a las partes, testigos, peritos y otras personas que no sean parte en el juicio. De esta manera se reducirá un gran volumen de trabajo en las secretarías judiciales y en los servicios comunes de notificación, reduciendo en gran medida el peso de la actividad burocrática.

Se sigue insistiendo en la norma en atribuir la práctica de los actos de comunicación al Secretario y, si bien en este caso se previene expresamente la posibilidad de delegación, lo cierto es que sería más conveniente una mayor decisión de la norma en el sentido de permitir que estos actos sean realizados por los funcionarios de la secretaría judicial. El artículo 152.1 dispone que los actos de comunicación se practicarán por el Secretario Judicial o por el funcionario legalmente habilitado. Esta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

previsión de delegación es insuficiente por cuanto reclama la decisión previa del Secretario Judicial, de manera tal que para la realización de un acto de comunicación se requiere otro acto previo: la delegación, lo que produce una duplicación de tareas, aumentando la burocracia y dificultando la agilidad que debe caracterizar a todo sistema de actos de comunicación, sin perjuicio de que también los actos de comunicación puedan realizarse por medio de Procurador, tratándose de comunicaciones a partes en los procesos, o cuando así lo pida la parte a quien interese.

No debe olvidarse que un sistema racional y adecuadamente organizado de trabajo debería ir hacia una potenciación de servicios comunes, en la línea marcada por el Libro Blanco.

Otro problema añadido es la necesidad de que el Tribunal (aquí no se cita al Juzgado, omisión de la que no es razonable extraer consecuencia alguna) habilite a este servicio común para la práctica de cada acto de comunicación (artículo 161 del Anteproyecto), lo que, sobre ser excesivo, viene a dejar en las manos de cada órgano judicial el que el servicio común sirva para algo o sea una "burocracia" inútil y sin contenido.

En el mismo sentido debe destacarse la insuficiente regulación contenida en el Anteproyecto. La derogación del actual texto del artículo 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea muchos problemas en materia de funcionamiento de las oficinas judiciales. No se olvide que este precepto es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

contempla la constitución y funcionamiento de servicios comunes de muy amplio espectro y que viene siendo de gran utilidad para los Juzgados. Por ello la derogación de este precepto no es nada oportuna ni adecuada. En efecto, tras la derogación del artículo 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los servicios comunes sólo van a poder realizar actos de comunicación y no van a poder realizar actos de ejecución, embargos, remociones de depósitos, lanzamientos y, ni siquiera tampoco los de registro.

De otra parte los servicios comunes que se recogen en términos muy escuetos en el artículo 161 del Anteproyecto (y en menor medida aún en el artículo 154) tiene un ámbito local, reducido a una población, sin que se puedan constituir servicios comunes de ámbito provincial o, en su caso, superior, privando a los órganos judiciales de una estructura organizativa muy conveniente y que este Consejo ha considerado de suma utilidad en el Libro Blanco de la Justicia. Por ello, el referido artículo 161 debe contemplar que estos servicios comunes puedan realizar también los actos antes indicados y que puedan tener un ámbito provincial.

No debe olvidarse que los actos de comunicación procesal constituyen elemento fundamental del núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que a la jurisdicción le viene impuesto el deber específico de adoptar, más allá del cumplimiento rituario de las formalidades legales, todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar esa finalidad de conocimiento de las resoluciones judiciales no se frustre por causas ajenas a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Márques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

voluntad de aquéllos a quienes afectan (SSTC 121/1995 y 64/1996, entre otras). Dice también el Tribunal Constitucional que el deber de los Tribunales de velar por la efectividad de la "ratio" esencial de las normas que regulan los actos de comunicación procesal cerciorándose de que su destinatario los ha recibido fehacientemente (STC 227/1194) opera con especial rigor en los casos en que la incomparecencia tiene como consecuencia la pérdida de toda posibilidad de acceder al proceso (STC 304/1194).

Por ello, es necesario que las normas procesales regulen un sistema claro y preciso de proceder a realizar los actos de comunicación. Las indicaciones que se realizarán seguidamente deben encontrar su apoyo en el artículo 118 de la Constitución que establece la obligación de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Sobre ello dice el Tribunal Constitucional que *"la obligación de colaborar con los Jueces y Magistrados en el curso del proceso, obligará, entre otras cosas, a actuar en el proceso de buena fe, con probidad, sin chicanas ni enredos"* (STC 206/91, de 30 de octubre).

Por ello, a la luz de esta doctrina es necesario que la norma contemple de una manera más precisa lo siguiente:

a) El demandante debe fijar en la demanda su domicilio a los efectos de la realización de los actos de comunicación que se le deban realizar en el proceso en cuestión, con la obligación de comunicar al órgano judicial todo cambio de este domicilio (lo que se recoge en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

artículo 155.2 del Anteproyecto), con la carga procesal de tener por válidos los actos de comunicación que se le realicen en el último domicilio designado. También debe indicar en la demanda su teléfono, fax o cualquier otro medio técnico (incluso informático) que permita al Juzgado o Tribunal ponerse en comunicación con él, haciéndose así posible que se pueda cumplir lo establecido en el artículo 159.1 del Anteproyecto y facilitándose la realización de la "comunicación para ser comunicado" que se contempla en el artículo 159.3 del mismo texto.

b) El demandante debe fijar en su demanda, a los mismos efectos, el domicilio del demandado, los demás domicilios que conozca del demandado por razón de la relaciones previas que haya tenido con él, así como los domicilios que pueda conocer por tener constancia en registros públicos a los que pudiera tener acceso. Lo mismo respecto de testigos, peritos, testigos y terceros en el momento procesal oportuno. También recogerá el resto de datos indicados en el apartado a).

c) El demandado en el escrito de personación, o en el momento procesal oportuno, deberá asumir la misma obligación y carga procesal antes indicados para el demandante. En este sentido el artículo 155.2, último inciso, del Anteproyecto parece sugerir que la comunicación del nuevo domicilio es meramente facultativa para el demandado.

d) Los testigos, peritos y terceros también tendrán la obligación de comunicar su domicilio y variaciones.

En definitiva, el texto que se informa si bien pretende constituir un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

avance en materia de la regulación de los actos de comunicación, se advierten en él ciertas deficiencias a cuya solución se encaminan las observaciones que se recogen en este informe. Sobre este punto el Libro Blanco de la Justicia dice lo siguiente:

"No pocas de las dilaciones que se producen en el proceso civil vienen determinadas por problemas de correcta identificación de las partes..."

Los actos de comunicación se dilatan la mayoría de las veces por el desconocimiento de los datos del demandado...

Sería conveniente que la prevista reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil incluyera la necesidad de que los demandantes hagan constar en sus escritos de demanda no sólo todos sus datos de identificación, sino también todos los datos que posean del demandado y no solamente uno de sus domicilios, y que el secretario judicial esté facultado para requerirlos salvo que en el propio escrito de demanda se haga constar expresamente que son los únicos datos que le constan...

Para el supuesto de que el actor o actores no posean más datos del demandado o demandados y la localización resulte infructuosa con los suministrados, el juez, siguiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, ha de tratar por todos los medios la localización del demandado antes de proceder a la citación edictal...

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Finalmente, parece conveniente recoger expresamente en la Ley que son los demandados los que deben asumir las consecuencias desfavorables que derivan de la falta de coincidencia entre su domicilio real con el que figura en registros, archivos y oficinas públicas.

De esta forma el incumplimiento por parte de las personas físicas o jurídicas de su obligación de hacer constar en los registros oportunos las modificaciones del domicilio, tendría consecuencias negativas para el incumplidor y no para el demandante."

Como es de ver, una cuestión muy importante es la relativa a la fijación del domicilio de las partes, e incluso de los testigos, peritos y otras personas que no sean parte en el juicio. Estas cuestiones se contemplan en los artículos 155, 157 y 158 del Anteproyecto.

Entiende este Consejo General del Poder Judicial que debe hacerse un esfuerzo en su regulación con el objeto de garantizar, de una parte la realización efectiva de los actos de comunicación, tal y como la doctrina del Tribunal Constitucional ya citada determina y, de otra, a facilitar la gestión de esta materia por los Juzgados y Tribunales con el objeto de impedir que deba producirse una especie de movimiento continuo e incesante por parte de los órganos judiciales que genere la lesión de otro derecho como es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En este sentido, y con el fin de establecer criterios de claridad en esta materia, sería conveniente que la propia Ley fijara el domicilio al que el órgano judicial deberá dirigir los actos de comunicación (una vez que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

hayan resultado infructuosas los aportados por los intervinientes en los términos indicados). Para ello, en vez de la mención genérica recogida en los artículos 155.3 y 157.1 del Anteproyecto, debería establecer aquél que en virtud de otras normas jurídicas tiene un grado de seguridad y certeza notables: el correspondiente al padrón municipal para las personas físicas y los Registros correspondientes para las personas jurídicas. Debe recordarse al respecto que la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente recoge en sus artículos 64 a 71, unas previsiones sobre determinados domicilios. Así, sería conveniente que, conforme al criterio indicado, la norma proyectada regulara esta materia con determinación de un domicilio concreto.

Tras la regulación de estos extremos, la realización de los correspondientes actos de comunicación se llevaría a efecto de la siguiente manera:

a) Si el destinatario está asistido de Procurador (lo que sucederá como regla general respecto de quienes son parte en el proceso en los casos no incluidos en el artículo 20.2 del Anteproyecto) la comunicación será realizada a éste, siendo razonable el sistema que el texto que se informa recoge en los artículos 153 (respecto de éste con las observaciones que se indicarán) y 154 en relación con el artículo 151.2, sin perjuicio, respecto de este último de lo que seguidamente se dirá en cuanto a la aparente ampliación del plazo.

Al exigirse en el artículo 153, en las comunicaciones por medio de Procurador, que éste sea precisamente quien firme los emplazamientos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

y notificaciones, el Anteproyecto viene a exigir la comunicación personal con el mismo, resultando inviables los actos de comunicación a través de Oficiales habilitados.

b) Si el destinatario no está asistido de Procurador, la regla general ha de ser la de la utilización del correo certificado con acuse de recibo, telegrama, fax o medios electrónicos que permitan dejar constancia de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado. Para ello, debe regularse este sistema y recoger en la ley una serie de cautelas formales de gran importancia, a la luz de la citada doctrina del Tribunal Constitucional. En relación con el correo ha de reiterarse lo antes indicado. Estas comunicaciones serían remitidas a los domicilios fijados conforme a los criterios antes ya referidos (los fijados por las partes e intervinientes en sus correspondientes escritos o comparecencias o, en su defecto, el establecido en la Ley como domicilio, que como se indica en este informe será el del padrón municipal o el de los Registros correspondientes para las personas jurídicas).

En el caso de no poderse llevar a efecto de manera efectiva el acto de comunicación, el deber del órgano judicial se traducirá en intentar la comunicación en los demás domicilios que consten en las actuaciones procesales, antes de llevar a efecto al comunicación edictal y, especialmente respecto del demandado, antes de la declaración de rebeldía. Si se trata de otros sistema técnicos deberá recogerse en la ley la previsión de las reglas, protocolos, programas y aplicaciones informáticas que lo permitan llevar a efecto, en particular su aprobación u homologación por el Consejo General del Poder Judicial.

LIBRO I



Este mismo sistema se utilizará incluso en el caso de que existiendo Procurador la Ley exija que se realice el acto de comunicación a su representado, es decir, quien sea parte en el procedimiento. El artículo 153 del Anteproyecto permite que se practiquen con el Procurador todo tipo de actos de comunicación, cualquiera que sea su contenido. Los requerimientos así practicados pueden, no obstante, plantear problemas. En algunos casos deberá establecer la Ley que, en virtud del contenido o de la naturaleza el derecho afectado, la sentencia deba comunicarse también a las partes directamente. En estos casos el sistema de comunicación sería el recogido en este apartado, al igual que cuando el Juez o Tribunal así lo acordara, para lo que debería permitirse esta posibilidad en la norma.

c) Regla especial sería la realización de la comunicación con la entrega personal en el domicilio del destinatario. Esta regla debe ser la aplicable, como señala el artículo 156 del Anteproyecto, cuando el acto de comunicación tenga como finalidad poner en conocimiento del demandado o de los posibles afectados o perjudicados, la pendencia del proceso, posibilitando la personación en las actuaciones, o, en su caso, el resultado del mismo. El artículo 160 del Anteproyecto regula la comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula.

Este precepto omite, a diferencia de lo que recoge el artículo 268 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, toda referencia a que se pueda entregar al "vecino más próximo que fuere habido". Parece aconsejable, sin embargo, incluirse en la norma esta posibilidad. Tampoco resuelve



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

este precepto el problema que se plantea cuando el destinatario de la comunicación se niegue a firmar la diligencia acreditativa de la entrega. Para ello, entiende este Consejo que la norma podría regular distintas soluciones: la concesión de plenos efectos a la entrega realizada por el funcionario correspondiente, haciendo expresamente constar la negativa, sin necesidad de su firma, la posibilidad de que el funcionario deposite la copia o cédula en el buzón de correos del destinatario, ó que pueda fijar la cédula en la puerta del domicilio del destinatario. Quedaría así mejor resuelta esta problemática, y el párrafo segundo del artículo 160.2 del Anteproyecto tendría una aplicación residual. En todo caso la norma debería establecer que la comunicación así efectuada debe garantizar la adecuada reserva respecto del contenido de la comunicación cuando se entrega a quien no es su destinatario.

d) La utilización decidida de los servicios comunes que adecuadamente organizados permitirían realizar los actos de comunicación. En este campo, que ciertamente no es propio de una ley de Enjuiciamiento Civil, será imprescindible que el horario de funcionamiento de los servicios comunes comprendiera franjas horarias tanto de mañana como de tarde con el fin de facilitar la entrega personal de la comunicación, habida cuenta que es una realidad constatada que muchos destinatarios pasan gran parte de la jornada fuera de su domicilio.

e) Deben regularse las facultades de acceso a la entrada de los domicilios de los destinatarios con el objeto de que los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia que realizan los actos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

comunicación puedan realizar sin trabas su cometido. Recuérdese sobre esto lo expresado en el apartado c).

f) También debería recogerse con claridad el que cada órgano judicial pudiera realizar los actos de comunicación directamente, sin necesidad de acudir al auxilio judicial, lo que redundaría, sin merma de garantías, en un notable ahorro de tiempo, contribuyendo a facilitar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el artículo 24 de la Constitución. En esta línea, y como quiera que antes se ha exigido a las partes e intervinientes que aporten al órgano jurisdiccional otros datos que faciliten la comunicación cabría sugerir que la norma recogiera la posibilidad de realizar averiguaciones telefónicas encaminadas a facilitar la realización de los actos de comunicación (así se podría conocer las horas y lugares donde el destinatario puede recibir con celeridad y toda seguridad la pertinente comunicación).

g) Deberá establecerse la posibilidad de realizar los actos de comunicación a los profesionales designados (respecto de los Procuradores el sistema legal es nítido), incluidos los Abogados.

h) La publicación edictal se regula en el artículo 162 del Anteproyecto. Sobre ella este Consejo ha de destacar que sería muy conveniente que en la norma se fijara el plazo en el que los boletines oficiales han de proceder a publicar el edicto correspondiente.

Una observación de detalle que cabe hacer es que no se entiende que el artículo 151.2 del Anteproyecto conceda un día más de plazo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

cuando los destinatarios de la comunicación son la Abogacía del Estado, el Ministerio Fiscal o los Colegios de Procuradores.



Como observación de detalle respecto al artículo 165 del Anteproyecto, que previene un supuesto de responsabilidad, debe señalarse que es un precepto extraño a una norma procesal, debiendo formar parte de la correspondiente norma reguladora del régimen disciplinario de los distintos funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Además, tiene una extensión no congruente con los ámbitos de actuación de cada uno de los funcionarios en materia de actos de comunicación. Por otra parte, no se compadece el precepto, dada su contextura meramente formal, ya que basta para incurrir en infracción con el incumplimiento de las formalidades establecidas, con lo dispuesto en el artículo anterior, conforme al cual, pese a haberse realizado defectuosamente la comunicación, es válida si el destinatario se da por enterado. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial propone su supresión, debiendo quedar estas cuestiones a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los correspondientes reglamentos orgánicos.

Nada se dispone en esta parte respecto del sistema de llevar a efecto los actos de comunicación en el caso de declaración en rebeldía del demandado. Es esta una cuestión regulada en los artículos 501 y 502 del Anteproyecto, dentro del Título III del Libro Segundo, dedicado a la rebeldía, rescisión de sentencias y nueva audiencia al demandado rebelde. Sería correcto una remisión a estas normas. Sobre los artículos referidos, este Consejo General del Poder Judicial ha de destacar que la regulación del artículo 501 del Anteproyecto, en relación con los artículos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28011 MADRID

155 y 157, no es muy correcta, siendo más conveniente que se disponga la obligación del demandante de comunicar al órgano judicial el nuevo domicilio del demandado desde el momento que venga en su conocimiento, así como la obligación del Juzgado o Tribunal de llevar a efecto la comunicación sin que se precise la petición de cualquiera de las partes personadas, en la medida que el derecho de defensa que se consagra en el artículo 24 Constitución implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos (STC 123/89, de 6 de julio). La necesaria presencia en el proceso de las partes o quienes deben serlo implica que sólo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable puede justificar la resolución "inaudita pars" (SSTC 151/87, de 2 de octubre; 66/88, de 14 de abril; 114/88, de 10 de junio; 109/89, de 8 de junio; 6/90, de 18 de enero; 56/92, de 8 de abril; 236/92, de 14 de noviembre, entre otras muchas).

F) Del auxilio judicial.

Comprende este Capítulo los artículos 166 a 175 del Anteproyecto. Todos los preceptos, menos el último, se dedican al auxilio judicial interno, y el último a la cooperación judicial internacional. Una primera observación que se ha de hacer es que esta materia aparece regulada en el Capítulo VIII del Título III del Libro Tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial y estos preceptos no son derogados por los textos que se informan, lo que no ha de dejar de plantear problemas, especialmente en lo que se refiere a los actuales artículos 273 y 274 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya regulación viene a recogerse en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

el artículo 166 del Anteproyecto. Por ello, este Consejo General del Poder Judicial entiende que debe resolverse adecuadamente esta sucesión normativa, todo ellos en los términos que, con carácter general, se recogen en este informe. Materias propias del orden jurisdiccional civil pueden ser, sin duda, las recogidas en los artículos 169 (menos el apartado 1), 171, 172 y 173 del Anteproyecto. Por otra parte, llama la atención que en este punto el texto no hable de Juzgados, sino de Tribunales.

En cuanto al artículo 174 del Anteproyecto debe recordarse lo expresado con anterioridad de que debería figurar en un nuevo nº 2 del artículo 149.

El artículo 175 del texto que se informa regula la cooperación judicial internacional. En este punto también debe destacarse que los artículos 276 y siguientes Ley Orgánica del Poder Judicial regulan esta materia y a ella se remiten, tras la primera y obligada remisión a los Tratados Internacionales. La regulación del Anteproyecto es meramente formal o instrumental, pero es más correcta que la recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En otro orden de cosas ha de indicarse que la redacción del artículo 167 del Anteproyecto no es correcta. En efecto, si se establece que el auxilio judicial lo ha de prestar el Juzgado de Primera instancia o de Paz en cuya circunscripción deba practicarse la diligencia, como quiera que la circunscripción de éstos siempre está comprendida en la de aquéllos, se produce una necesaria coincidencia que puede resultar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

inconveniente en la práctica. Por otra parte, este Consejo General del Poder Judicial no debe ocultar la situación que en general tienen los Juzgados de Paz, que están afectados por una carencia notable de medios personales y materiales, lo que puede hacer ilusoria la previsión de la norma. Atribuirles el auxilio judicial de una manera completa, sin dotarle de medios adecuados para atender este cometido puede generar inconvenientes prácticos no deseados.

Con independencia de lo expuesto, es oportuno recordar que este Consejo General del Poder Judicial entiende que la fórmula de acudir al auxilio judicial, en muchos casos, debe ser residual y que debe favorecerse que se puedan realizar bien a través de los servicios comunes con al ámbito expresado anteriormente en este informe, bien directamente por el órgano que dicta la correspondiente resolución muchos actos que se vienen realizando por la vía del auxilio judicial, en concreto, los actos de comunicación (como parece ser el sentido del Anteproyecto, a la luz de lo establecido en el artículo 163), quedando el auxilio judicial para la realización efectiva de las diligencias que exijan una actividad material (realización de embargos, remoción de depósitos...). En este sentido, debe recordarse lo sostenido por este Consejo en el Libro Blanco de la Justicia, como antes se recogió:

"Una cuestión fundamental es el denominado auxilio judicial que impide, incluso siendo posible la comunicación directa, la realización de actos fuera del partido judicial..

La dilación inducida por la necesidad de realizar actos de auxilio

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

judicial es superior a un 20 por ciento. En ocasiones esa dilación se produce en procedimientos tramitados en Juzgados de ciudades cercanas a los grandes núcleos urbanos en las que trabajan quienes no pueden ser notificados en ellas y si solamente en su domicilio que no dista más allá de una veintena de kilómetros de la sede del Juzgado exhortante. Esta absoluta situación no tiene ningún sentido a finales del siglo XX."

G) De la sustanciación, vista y decisión de los autos.

Consta este Capítulo de tres secciones: la primera, relativa al despacho ordinario; la segunda, referente a las vistas; y, la tercera, relativa a las votaciones y fallos de los asuntos.

Sobre el contenido de estas secciones el Consejo General del Poder Judicial entiende que, en líneas generales, es correcto, conteniendo una regulación adecuada a la realidad que contempla. No obstante debe realizar las siguientes observaciones:

Se constata de nuevo en este Capítulo un aspecto problemático ya destacado en los preceptos relativos a la fe pública, como es la reproducción de preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en concreto, en lo referente a la dación de cuenta.

Con independencia de lo indicado, el artículo 176 del Anteproyecto reserva al Secretario la función de dar cuenta. Más adelante se indicará el parecer de este Consejo General del Poder Judicial sobre el papel del Secretario Judicial. Sin embargo, si parece que este papel no debería ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

exclusivo del Secretario, a la luz de lo ya indicado sobre la distribución de funciones en la Secretaría y la posibilidad de introducir elementos de delegación, lo que debería permitir que esta dación de cuenta fuera efectuada por otros funcionarios.

El artículo 177.2 del Anteproyecto debería incluir un inciso que dispusiera que el curso del procedimiento se reanuda a petición de cualquiera de las partes.

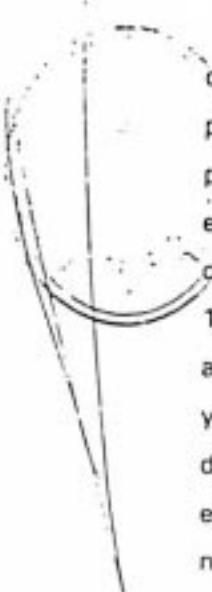
El artículo 178 del Anteproyecto no concuerda en su regulación con lo dispuesto en el artículo 152.1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuestión de asignación de ponencias. La Ley Orgánica se refiere a *"fijar anualmente las normas de asignación de ponencias"* y el Anteproyecto habla de *"año judicial"*. Sería preferible que el texto se remitiera en este punto a la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el último apartado, sería conveniente que se dejara abierta la posibilidad de que los Presidentes, atendiendo a los criterios que se recogen en el artículo 33 del Reglamento 5/1995, sin que sea necesario que se incorporen *"expresis verbis"*, se pueda reducir su participación en el turno de ponencias.

En el artículo 181 del Anteproyecto debería contenerse una referencia a lo dispuesto en el artículo 130.3 en orden a la posibilidad de continuar en horas no hábiles, sin necesidad de previa habilitación, las vistas iniciadas en horas hábiles cuando razones de urgencia lo exijan.

En cuanto al artículo 182, sobre cuya redacción no cabe objetar



nada, si sería conveniente que se recogiera, como una manifestación propia de la facultad judicial de dirección de las vistas, que la norma posibilitar expresamente al Juez o Presidente para que, sin merma del derecho de defensa, y atendiendo a la complejidad y dificultad del asunto, así como a la extensión y prolijidad de las pruebas practicadas, convenga la duración de las intervenciones de las partes.

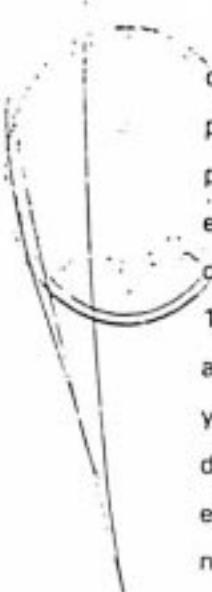


Es una novedad legislativa la regulación recogida en el artículo 185 del Anteproyecto, relativa a la nota para la vista. Se trata de una previsión legislativa que pretende indudablemente dar cobertura a una práctica habitual. El análisis detenido de la norma no permite, sin embargo, apreciar su necesidad, máxime cuando el Anteproyecto ya contempla una documentación de la vista por medio de acta (artículo 184) y, además, puede dar lugar a que se complique la tramitación de los asuntos (la nota se puede presentar en el mismo acto o en el siguiente y con posible trámite de impugnación), afectando al orden de las deliberaciones. El trámite que se contempla en el nº 4 de este precepto en el que se regula el traslado de las notas a las partes introduce un nuevo elemento de debate y controversia. A juicio de este Consejo, la nota para la vista no encaja en el sistema de actuaciones orales y es perturbadora por las razones indicadas, por lo que no debería recogerse en la norma procesal cuyo anteproyecto se informa. La no admisibilidad de recurso recogida en el último apartado debería sustituirse por la posibilidad de plantear el tema en el recurso que, en su caso, se interponga contra la resolución definitiva que recaiga.

Por fin, no parece la más idónea la última alternativa que recoge



nada, si sería conveniente que se recogiera, como una manifestación propia de la facultad judicial de dirección de las vistas, que la norma posibilitar expresamente al Juez o Presidente para que, sin merma del derecho de defensa, y atendiendo a la complejidad y dificultad del asunto, así como a la extensión y prolijidad de las pruebas practicadas, convenga la duración de las intervenciones de las partes.



Es una novedad legislativa la regulación recogida en el artículo 185 del Anteproyecto, relativa a la nota para la vista. Se trata de una previsión legislativa que pretende indudablemente dar cobertura a una práctica habitual. El análisis detenido de la norma no permite, sin embargo, apreciar su necesidad, máxime cuando el Anteproyecto ya contempla una documentación de la vista por medio de acta (artículo 184) y, además, puede dar lugar a que se complique la tramitación de los asuntos (la nota se puede presentar en el mismo acto o en el siguiente y con posible trámite de impugnación), afectando al orden de las deliberaciones. El trámite que se contempla en el nº 4 de este precepto en el que se regula el traslado de las notas a las partes introduce un nuevo elemento de debate y controversia. A juicio de este Consejo, la nota para la vista no encaja en el sistema de actuaciones orales y es perturbadora por las razones indicadas, por lo que no debería recogerse en la norma procesal cuyo anteproyecto se informa. La no admisibilidad de recurso recogida en el último apartado debería sustituirse por la posibilidad de plantear el tema en el recurso que, en su caso, se interponga contra la resolución definitiva que recaiga.

Por fin, no parece la más idónea la última alternativa que recoge



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

el artículo 186.6 del Anteproyecto para el caso de suspensión de las vistas por concurrencia de señalamientos; no debe quedar a elección del Abogado, ya que si concurre esta circunstancia para los Abogados de ambas partes puede devenir inaplicable. Sería preferible que la ley estableciera un criterio más objetivo, como puede ser el grado del Juzgado o Tribunal o el de la antigüedad del procedimiento.

H) De las resoluciones judiciales y de las diligencias de ordenación.

Consta este Capítulo de tres secciones: la primera, relativa a las clases, forma y contenido de resoluciones judiciales; la segunda, referente a los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos; y, la tercera, relativa a las diligencias de ordenación.

Se analizarán conjuntamente las Secciones primera y tercera. Ambas secciones contienen el conjunto de resoluciones que se dictan en los órganos jurisdiccionales y vienen a reproducir en una buena medida los contenidos normativos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una nueva observación de sistemática y de técnica legislativa ha de realizarse. Las diligencias de ordenación y las propuestas de resolución se regulan en la actualidad en los artículos 288 a 291, ambos incluidos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que forman el Capítulo III del Título IV del Libro Tercero de esta Ley Orgánica. El Anteproyecto regula estas cuestiones en los artículos 211, 222 y 223. Los referidos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial no son expresamente derogados, de manera que se plantean también en esta materia problemas e



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28001 MADRID

inconvenientes de técnicas legislativa. Por ello, si la norma que se proyecta se limita, como hace, a reproducir lo que dispone la Ley Orgánica lo mejor es dejar a ésta su regulación, en tanto no se aborde la regulación de todas estas materias por el sistema ya indicado en este mismo informe.

Un tema importante es que la clase de resoluciones, su contenido y objeto y la persona que debe dictarla pone de manifiesto el modelo que tiene el legislador de órgano judicial y de oficina judicial, entendida ésta como el conjunto de medios materiales y personales debidamente organizados y puestos a disposición de los titulares del poder judicial para el ejercicio de la función jurisdiccional. De la mera comparación con el Libro Blanco de la Justicia resulta que el Anteproyecto no recoge las conclusiones allí apuntadas. En el Libro Blanco de la Justicia se establecen respecto de los Secretarios Judiciales (sobre cuya figura gira la mayor parte de las propuestas de reforma de la oficina judicial, junto con una adecuada redistribución de funciones del resto de personal que en ella presta servicios) los siguientes criterios:

"Un estudio de la legalidad vigente arroja el dato abrumador de la cantidad de funciones que tiene que realizar el secretario judicial. el análisis de la realidad pone de manifiesto que las de más importancia y para las que se le ha exigido una formación y una capacitación jurídica más son, precisamente, las que menos se realizan en la práctica; en concreto las de contenido procesal..."

Por otro lado ...la selección de los secretarios judiciales se ha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

basado hasta el momento de forma exclusiva en la acreditación de conocimientos jurídicos y su formación continuada -cuando ha existido- se ha centrado en materias jurídicas...

El Consejo General del Poder Judicial opta claramente por redefinir las funciones de los secretarios judiciales. Se les han de encomendar nuevas funciones en el orden procesal, tales como la resolución de expedientes que por su naturaleza sean de jurisdicción voluntaria y la actividad de ejecución. De esta manera, una vez que el juez ha dictado la pertinente resolución ordenando la ejecución, toda la actividad de la ejecución ha de ser realizada por el secretario, regresando la ejecución al juez sólo cuando se suscite algún incidente que requiera decisión sobre derechos...

En todo caso no se trata de continuar el sistema actual de la Ley Orgánica del Poder Judicial de las denominadas "propuestas de resolución" que se han revelado normalmente ineficaces, sino de dejar que adopte autónomamente y sin perjuicio de la eventual revisión por el juez en caso de impugnación aquéllas resoluciones propias de su competencia.

Las previsiones del Anteproyecto no se ajustan plenamente a tales conclusiones. Aunque, lo cierto es que el contenido de lo que el Libro Blanco de la Justicia no puede ser objeto de regulación en una ley de enjuiciamiento civil, lo cierto es que en materia de resoluciones del órgano jurisdiccional se contienen unas propuestas que tratan de trasladar al Secretario un contenido competencias mucho más extenso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

e intenso que el que se recoge en el texto que se informa. Es criterio de este Consejo General del Poder Judicial que debería atribuirse al Secretario Judicial la facultad de dictar resoluciones con contenido decisorio autónomo, en concreto en materia de jurisdicción voluntaria (no se ignora que este ámbito no se ve afectado por la reforma, pero se podría ya contemplar esta cuestión ahora) y de ejecución. Todo ello en línea con lo que se establece en el Derecho comparado (Portugal, Alemania, Austria) y con la Recomendación del Consejo de Europa 12 (1986) de 16 de septiembre, por la que se trata de reducir la sobrecarga de trabajo de los Jueces, limitando las actividades no jurisdiccionales atribuidas a los Jueces. Todo ello sin perjuicio, claro está, de los oportunos recursos ante el Juez o Tribunal.

Como consecuencia lógica de lo expuesto, se propone la supresión de las providencias como resoluciones dictadas por los Tribunales, que podrían ser actos de ordenación del proceso a cargo de los Secretarios.

Un apunte meramente formal: debe añadirse la expresión "*juzgada formal*" al encabezamiento del artículo 208 del Anteproyecto.

Análisis singular debe hacerse del artículo 210 del Anteproyecto. Este precepto es más extenso y completo que el artículo 248.3 Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya derogación expresa se contempla en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la del Poder Judicial que acompaña al que ahora se informa.

Punto importante es el referido a la motivación de las sentencias,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

a lo que dedica el precepto sus reglas 2ª y 3ª. Dispone el artículo 120.3 Constitución que las sentencias serán siempre motivadas.

La norma que se proyecta no recoge expresamente terminología alusiva a "*hechos probados*" y que tan escasa aplicación ha tenido en el proceso civil. No se recoge expresamente la necesidad de que el Juzgado o Tribunal se pronuncien sobre los hechos que declaran probados, sino que se limita a señalar (regla segunda, en su parte final) que, entre los antecedentes de hecho, se consigne el análisis de las pruebas practicadas "expresando con la posible separación los resultados que arrojen". Más adelante, en la regla tercera, se dice también que en los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas...". En un punto tan esencial como éste, el Anteproyecto no ofrece la suficiente claridad, puesto que el análisis de la prueba practicada y la exposición de las conclusiones obtenidas, así como del proceso lógico-interpretativo, o de aplicación de normas valorativas de la prueba, seguido por el órgano jurisdiccional constituyen, junto con la expresión de las "razones y fundamentos legales" (en la expresión utilizada por el Anteproyecto) del fallo, y el propio pronunciamiento o parte dispositiva, el contenido esencial de la sentencia.

La exteriorización del resultado de la valoración de la prueba, y del propio proceso de razonamiento (el origen de la convicción probatoria alcanzada por el Juez) es una necesidad también en el proceso civil. La redacción del artículo 248.3 de la Ley Orgánica, que se refiere a "*hechos*



probados, en su caso", ha posibilitado la pervivencia de determinados usos y modos de fundamentación, como resultado de los cuales un proceso podía perfectamente concluir sin que el Tribunal de apelación primero, el Tribunal de casación más tarde, y las propias partes en las distintas fases y resoluciones, llegaran a determinar con precisión cuáles eran los hechos que finalmente quedaban acreditados, incluidos aquéllos que por su trascendencia directa sobre el fallo debían haber quedado perfectamente explicitados en cada una de las resoluciones e instancias. A ello se llegaba por la interpretación del artículo 372 Ley de Enjuiciamiento Civil, que en este punto se entendió no afectado por el artículo 248.3 Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del inciso "en su caso" que en este precepto orgánico se contiene y que se consideró como una remisión a las correspondientes leyes procesales. En este sentido se han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero, 14 de abril, 7 de mayo, 8 de junio y 6 de octubre de 1988 y 5 de febrero de 1991. Sin embargo, no debe mantenerse esta situación de indefinición, contraria a la seguridad jurídica y a la propia efectividad de la tutela dispensada por los órganos de la jurisdicción civil, que no se ajusta a las exigencias formuladas por la doctrina constitucional en torno a la motivación de las resoluciones judiciales, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos.

Ciertamente, lo que la norma hace, a juicio de este Consejo General del Poder Judicial, de una manera acertada, es recoger la necesidad de motivar, de explicar, de expresar, de hacer públicos e inteligibles (y, por todo ello, supeditados al control exigible por las partes a través de los recursos) las razones de la decisión adoptada, de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

sentencia dictada. Los Tribunales no pueden ser oscuros, ya que ejercen la función jurisdiccional, administran la justicia que emana del pueblo y como "depositarios" de ese poder deben explicar a los definitivos titulares (del pueblo español emanan todos los poderes del Estado, conforme artículo 1.2 de la Constitución) el ejercicio que hacen de ese poder.

Como dice el Tribunal Constitucional (SSTC 229/88, de 1 de diciembre; 107/89, de 8 de junio; 94/90, de 23 de mayo) la motivación no comprende sólo el razonamiento jurídico, sino también las pruebas practicadas y los criterios de valoración; no se trata de coartar la libre valoración de la prueba; no es necesario detallar los diversos momentos del razonamiento y sí sólo las líneas generales. Además, este principio de motivación no puede desligarse del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que resulta el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales (STC 174/92, de 2 de noviembre). En el Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial con motivo de la inauguración del año judicial de 23 de septiembre de 1996 se decía lo siguiente: "...la Constitución, en su artículo 120.3, ha querido que las resoluciones judiciales sean motivadas y recordaba que el Tribunal Constitucional, con acierto, ha precisado que esta exigencia integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Para la transparencia de la justicia ya hemos visto la relevancia que posee el que el Juez dé razones, explique el por qué de sus decisiones. Solo así podrán ser entendidas y consiguientemente, aceptadas o impugnadas por sus destinatarios y, valoradas en su caso, por los órganos superiores de la jurisdicción, antes de resolver, tras la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

interposición de los oportunos recursos, sobre su confirmación, modificación o revocación. La motivación es, desde otro punto de vista, la expresión del sometimiento del Juez a la Constitución, a la Ley y al Ordenamiento Jurídico, ya que no es posible admitir hoy en día que los Jueces construyan sus resoluciones en motivos o razones carentes de apoyo en el conjunto de normas y principios que configuran el sistema del fuente de Derecho.



Además de expresar para el público conocimiento las razones conducentes a un pronunciamiento determinado, la motivación como presupuesto formal de la validez de una decisión judicial, hace posible la verificación de la racionalidad del discurso seguido por el Juzgador. De ese modo, se abre camino a la fiscalización de la corrección lógico-formal del razonamiento del Juez. Tan grave es la existencia de resoluciones judiciales inmotivadas como la existencia de resoluciones judiciales que, en la perspectiva de la técnica jurídica, carecen del rigor y la coherencia imprescindibles".

Es importante, pues, que la Ley procesal disponga, entre las reglas relativas al contenido de las sentencias, la obligación de incluir un apartado específico que recoja los hechos que el Juez o Tribunal, según su criterio, considere probados, así como que, en la fundamentación jurídica, el Juez o Tribunal exterioricen los criterios de valoración legal o de libre apreciación mediante los cuales, como resultado en virtud de las pruebas practicadas, han alcanzado las conclusiones anteriores en torno a los hechos.



Además, este principio de motivación no puede desligarse del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que resulta el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales (STC 174/92, de 2 de noviembre). Tiene, por otra parte una proyección significada en otras cuestiones como la exhaustividad y congruencia recogidas en el artículo 218 del Anteproyecto.



Otro punto importante es que el Anteproyecto no se limita a establecer esos principios generales, sino que en los artículo 214 y siguientes regula bajo la rúbrica "*De los requisitos internos de la sentencia y sus efectos*" otras cuestiones muy directamente relacionadas con esta materia. En especial, debe atenderse al artículo 218. En efecto, ya el Tribunal Constitucional ha entendido que la incongruencia omisiva entra dentro del campo del artículo 120.3, en relación con el artículo 24, Constitución (STC 244/88, de 19 de diciembre, y 5/90, de 18 de enero). Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el artículo 120.3 de la Constitución resulta violado si se omite todo razonamiento respecto a alguna de las pretensiones (STC 61/83, de 11 de julio).

Regula el artículo 212 del Anteproyecto las resoluciones orales. Nada que decir sobre ello, si bien debe recordarse que en el proceso laboral y en el penal (artículos 50 de la Ley de Procedimiento Laboral y 794.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) aparece prevista la posibilidad de dictar sentencias oralmente, lo que debe quedar adecuadamente salvado.

Respecto del incumplimiento de los plazos para dictar las



resoluciones judiciales, regulado en el artículo 213.2 del Anteproyecto debe reiterarse la ya indicado en relación con el artículo 131.3. No debe tener otro sentido que el de destacar que no obstante el incumplimiento de estos plazos la resolución es válida, sin perjuicio del régimen de correcciones correspondiente.

La Sección 2ª de este Capítulo lleva por rúbrica, como quedó dicho, "*De los requisitos internos de la sentencia y sus efectos.*"

El artículo 218 del Anteproyecto ya ha sido considerado al estudiar el artículo 210, incluido en la Sección anterior. Se recoge en el Anteproyecto una regulación novedosa. Hasta ahora, la regulación de la sentencia -que se contiene en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (cuya derogación, como ya se indicado, se contempla en el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la del Poder Judicial que complementa el presente) y en los artículos 359, 369 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- es básicamente formal e instrumental, habiendo la jurisprudencia y la doctrina estudiado los aspectos relativos a su naturaleza, su estructura interna, su relación y conjunción con las pretensiones de las partes, sus efectos, etc... Ahora, se recogen en el texto que se informa cuestiones tales como el principio de justicia rogada, la vinculación del Tribunal a los hechos aducidos por las partes, la carga de la prueba, el principio "iura novit curia", la exhaustividad y congruencia de las sentencias y la cosa juzgada material.

En relación con el principio de justicia rogada y la vinculación del Tribunal a los hechos alegados por las partes (artículos 214 y 215 del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Anteproyecto, respectivamente) debe recordarse que el Libro Blanco de la Justicia dice lo siguiente:

"Los valores de justicia, de tutela efectiva, de igualdad de armas en el proceso y de proscripción de la indefensión proclamados en la Constitución y el principio de impulso de oficio recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, han supuesto, junto con algunas recientes reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un evidente refuerzo del papel del juez en el proceso civil.

El juez civil no es ya ese pretendido espectador neutral y pasivo que -supuestamente- limitaba a contemplar la noble contienda entre las partes, sin ninguna intervención posible, salvo las diligencias para mejor proveer.

La vigencia del principio de impulso de oficio, frente al de rogación, permite hoy día que el juez intervenga activamente en el proceso con la finalidad -que es al mismo tiempo un límite- de garantizar el libre juego de las partes ante el conflicto de intereses que se ventila en la jurisdicción.

Así, el juez puede y debe instar la aclaración de las alegaciones de las partes, acordar prueba de oficio en los términos expresados en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e impulsar de oficio el procedimiento dentro de los límites marcados en la Ley, incluso la continuación de oficio de la ejecución cuando haya sido instada por cualquiera de las partes.

LIBRO I



No obstante, sería quizás conveniente que una futura regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil abordara claramente tal cuestión y reforzara aún más los poderes del juez en la dirección del proceso y que, sin merma alguna de los principios dispositivo y de aportación de parte, algunas cuestiones como la posibilidad de recibir de oficio el pleito a prueba cuando se constate la real controversia entre las partes, o la continuación de oficio de la ejecución cuando ya haya sido instada por cualquiera de ella -cuestión esta a la que nos referimos más adelante en extenso- quedaran expresamente reconocidas en ella, a fin de evitar dudas interpretativas."

El Anteproyecto no se acomoda a estos principios. En efecto, no solo por lo que se dispone en estos preceptos, sino por todo el sistema que alumbra la norma proyectada. Con una especial claridad aparece en los artículos 439, 440 y 441, conforme a los cuales el Tribunal sólo puede acordar la realización de las denominadas diligencias finales (que viene a ser las actuales diligencias para mejor proveer) cuando lo pidan las partes y siempre que no se trate de temas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por ellas, aspecto en el cual se efectúan diversas consideraciones en el lugar correspondiente de este mismo informe.

En los procesos especiales sobre capacidad, filiación y matrimonio la situación es muy distinta, como es de ver en el artículo 752 del Anteproyecto, atribuyendo al Juez o Tribunal unas facultades acordes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

con la naturaleza de los derechos en litigio. El valor de justicia material, principio informador del ordenamiento jurídico recogido en el artículo 1.1 Constitución, lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto, de manera que todos los actos de los poderes públicos que la desconozcan o sean resultado de un procedimiento en el curso del cual haya sido ignorada deben ser declarados inválidos (STC 63/82, de 20 de octubre).

Los principios dispositivo y de aportación de parte son constitutivos del proceso civil. Estos principios se han venido confundiendo dentro de la que se llamó "justicia rogada", sin embargo la doctrina alemana desde principios de siglo los ha separado con claridad.

Uno es el principio dispositivo propiamente dicho ("*Dispositionsprinzip*" o "*Dispositionsmaxime*"). Otro es el denominado "*Verhandlungsmaxime*" o principio que regula la sustanciación del proceso. La confusión histórica de estos principios se puede encontrar por la proximidad que tienen derivada del que se denomina principio de oportunidad del proceso civil, que incluso originó que en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se representara por el denominado impulso de parte, hasta su sustitución por el impulso de oficio.

Pues bien, el principio dispositivo se funda en que los derechos e intereses legítimos de los particulares, derivados del Derecho privado, tienen un titular, que es el único que puede solicitar la tutela judicial a través del proceso. Su fundamento reside en la esencia misma del derecho subjetivo, caracterizado por el hecho de que sólo ese titular



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

puede deducirlo en juicio y, por ello, la sentencia que se dicte sólo puede extenderse al ámbito dentro del cual el derecho ha sido reclamado. Se puede considerar que es una expresión de la civilización y una consecuencia ínsita a la existencia y reconocimiento del derecho privado (definido por los clásicos como aquel que "*ad singulorum utilitatem pertinet*"). Tiene, como es fácil de adivinar, un valor político e ideológico que escapa incluso a su significación procesal. Sólo reconoce excepciones (que confirman la vigencia de la regla general) en las denominadas relaciones jurídicas privadas no disponibles (proceso civil inquisitivo), en las cuales se regula la intervención del Ministerio Fiscal.

En cuanto al principio de aportación de parte, es ciertamente cosa bien distinta. Se refiere a que son las partes las que deben aportar el material fáctico al proceso. Sin embargo, en los últimos tiempos, se considera que este principio rige la sustanciación del proceso (el artículo 214 del Anteproyecto debería por ello ubicarse en el capítulo VII del Título V del Libro Primero). Se ha generado sobre ello un extenso debate en la doctrina, debate que no se puede considerar cerrado.

Así, algún autor impugnó el principio de aportación de parte, considerándolo "*una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos*". Se ha dicho, por otra parte que este principio pretende preservar la imparcialidad del Juez frente a la confusión psicológica que deriva de tener que actuar como parte para después juzgar imparcialmente. Sin embargo, para algún otro sector de la doctrina científica, la imparcialidad del Juez debe referirse a la acción, al derecho deducido en el juicio, pero no al proceso y menos al juicio respecto de cuyas actividades el Juez no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

debe estar vinculado ni limitado por la falta de iniciativa de las partes.

Lo cierto es que, en cuanto a los hechos en el proceso, hay tres sistemas posibles: a) aplicar el principio de investigación de oficio; b) exigir que todos los hechos deban ser alegados para que el Juez pueda tomarlos en consideración; c) un criterio intermedio. A este último se adaptaba nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil y pretende adaptarse el Anteproyecto que se informa. El artículo 214.1 es un texto limitado y limitativo en relación con esta cuestión, sobre todo si se pone en relación con la regulación de las denominadas diligencias finales, lo que genera un sistema que vincula definitivamente al Juez.

Como apunte concreto cabe señalar que no se entiende la mención especial que el artículo 214.2 del Anteproyecto hace en relación a la usura y a la falta de vinculación a las normas sobre valoración de la prueba en este caso. Sería más razonable, en cambio, facultar al órgano jurisdiccional para que formara su convicción sobre las pruebas que pudiera acordar, sin quedar constreñido por las peticiones de prueba de las partes o a que éstas soliciten las denominadas diligencias finales. En resumen, la no vinculación a las normas sobre valoración de la prueba que se establece no es correcta, siendo mejor permitir que el Tribunal pueda comprobar ciertos hechos esenciales que han sido alegados, para fundamentar su decisión, y permitir también la apreciación conjunta de la prueba practicada que, incluso se puede considerar implícitamente recogida en la segunda regla del artículo 210 del Anteproyecto. Esta afirmación se corrobora con la valoración legal del interrogatorio de las partes (artículo 367 del Anteproyecto) que, pese a su carácter decisivo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

para la fijación de los hechos, puede ser contradicho con el resultado de las demás pruebas. La regulación de la prueba documental se mueve en unos parámetros similares a los actuales (artículos 370 y 377 del Anteproyecto). El Anteproyecto contempla el criterio de la sana crítica para la apreciación y valoración de las pruebas pericial y testifical (artículos 399 y 427).

Cabría considerar la necesidad de tener en cuenta, junto con las indicaciones realizadas, otros aspectos en cuanto al principio de aportación de parte. Así, el denominado principio del "riesgo de la prueba", conforme al cual la parte que deba probar un determinado hecho corre con la consecuencia perjudicial de la falta de prueba de ese hecho, de manera que no podrá prosperar la pretensión que se apoya en él, sin que su inactividad pueda ser suplida por la actividad del tribunal, con el fin de mantener y garantizar tanto la imparcialidad como la igualdad de las partes en el proceso. Este principio se puede adivinar sin dificultad en la regulación del artículo 216 del Anteproyecto. No obstante, cabría también incorporar al proceso civil (tal y como se apunta en el Libro Blanco de la Justicia en el párrafo antes transcrito) un cierto protagonismo judicial cuando en virtud de las reglas de la carga de la prueba y del indicado "riesgo de la prueba" se llegue a un resultado contrario a la realidad más evidente, a negar lo que es palpable y constatable, a resultados que ponen en grave situación la propia consideración de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, en definitiva, a evitar que el proceso se convierta en un instrumento caprichoso en poder de las partes, más aún cuando el efecto de la cosa juzgada, como luego se indicará puede tener unas consecuencias

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

inamovibles.

El artículo 216 del Anteproyecto viene a sustituir al artículo 1214 del Código Civil, cuya derogación se contempla expresamente en el Anteproyecto. Ha de reconocerse que es de técnica más depurada: ahora se dice que lo sometido a prueba son los hechos, no las obligaciones como dispone el citado artículo del Código Civil. Sin embargo, además de lo que se destaca en el apartado anterior, el precepto sigue siendo una mera expresión del clásico aforismo "*ei incumbit probatio qui affirmat, non qui negat*", sin que se incluyan en él los aspectos más relevantes de la carga de la prueba, de la lealtad y buena fe procesal, de la distribución de la carga en función de la proximidad o dominio del hecho por cada una de las partes.

Igualmente se aprecia una ausencia de regulación en este lugar de la prueba indiciaria, máxime tras la derogación que se pretende del artículo 1253 Código Civil. Debe tenerse en cuenta que la prueba indiciaria requiere, conforme tiene establecido el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, referidas al orden penal pero en términos que pueden ser tomados como referencia, *mutatis mutandis*, al orden civil, la existencia de indicios plenamente probados y la expresión por el órgano judicial del razonamiento en virtud del cual se llega al hecho presupuesto de la consecuencia jurídica que se decide (SSTC 197/89, de 8 de junio y 94/90, de 23 de mayo, entre otras). La prueba por indicios y presunciones se regula en los artículos 434 y 435 del Anteproyecto, dentro de los medios de prueba. Entiende este Consejo General del Poder Judicial que el lugar más correcto sería dentro del artículo 216 del

LIBRO I



Anteproyecto, ya que realmente la denominada prueba indiciaria lo que tiene de peculiar no es el ser un medio probatorio, sino el de tratarse de una circunstancia que afecta las reglas sobre distribución de la carga de la prueba: el favorecido por la presunción traslada a la otra parte la prueba de la inexistencia del hecho "presupuesto". La prueba del hecho "presupuesto" queda sometida al régimen normal de la prueba.

El artículo 217 del Anteproyecto, que regula el principio "*iura novit curia*" tiene una redacción confusa y dispone la vinculación del Tribunal, ahora, a la fundamentación jurídica querida por las partes, lo que sobre la dificultad de poder conocer cuál esa intención de las partes, resulta ser paradójico con el propio principio referido. Si se tiene en cuenta todo el sistema que resulta de la aplicación combinada de este precepto y de los artículos 221.5 y 296.6 del Anteproyecto, resulta claro que se ha producido una notable merma de las facultades del Juez, y que sobre el parejo aumento del poder de las partes se puede producir un claro perjuicio para alguna de ellas, en la medida que se puedan ocasionar situaciones irreparables amparadas por la cosa juzgada, petrificando no sólo el asunto por el que se ha litigado en función de una causa determinada, sino también en virtud de otras causas que se hubieran podido aducir. En conclusión, es excesiva la posibilidad de instrumentalización interesada del proceso y muy peligrosa, tanto para el valor objetivo de la justicia como para los intereses de las partes. Por ello, como quiera que estos preceptos pretenden positivizar ciertos principios doctrinales, con los riesgos que ello implica, y para evitar los problemas que se han indicado, este Consejo General del Poder Judicial propone la supresión de los artículos 217, 221.5 y 296.6 del Anteproyecto.



Debe merecer, en cambio, un juicio plenamente positivo el artículo 220 del Anteproyecto, que regula las condenas de futuro, lo que permitirá evitar la reiteración de juicios sobre la misma cuestión, traduciéndose en una prestación de tutela judicial más efectiva.

Para concluir, con el análisis de esta Sección se debe señalar que el artículo 221 del Anteproyecto se refiere a la cosa juzgada material. Es correcta la previsión y diferenciación entre la negativa y la positiva. Sin embargo en cuanto a la extensión subjetiva de la cosa juzgada se confunde este instituto con otros, tales como la naturaleza de la sentencia. En los procesos sobre estado civil no se produce el efecto prevenido en la norma por la cosa juzgada, sino por el efecto constitutivo de la sentencia.

1) De la nulidad de las actuaciones judiciales.

Consta este Capítulo de seis artículos, desde el 224 al 229. El artículo 226 viene a ser trasunto literal del artículo 240 Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La opinión y posición de este Consejo General del Poder Judicial ya quedó adecuadamente expresada en el Informe emitido sobre la ley referida. Baste ahora decir que es necesario acometer con carácter decidido el desarrollo del artículo 53.2 Constitución, lo que permitiría armonizar adecuadamente la protección de los derechos fundamentales lesionados directamente por los Juzgados y Tribunales con la seguridad jurídica y la intangibilidad de las resoluciones judiciales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Se decía en el referido informe que "no parece por ello adecuada la generalización del incidente de nulidad de actuaciones, particularmente, si ... queda abierta indefinidamente". Se añadía también en aquella ocasión que los defectos de emplazamiento e infracción de los principios de audiencia, contradicción y defensa pueden ser objeto de reparación, ante todo, mediante los recursos establecidos en la ley, aun cuando ello pudiera comportar la ampliación del ámbito de los diversos medios impugnatorios disponibles contra una sentencia definitiva e incluso firme. También se recogía en el expresado informe que el Tribunal Constitucional, al tiempo que ha seguido una línea favorable a la concesión de un mayor margen de intervención a los órganos jurisdiccionales, reforzando la aplicación del principio de subsidiariedad del amparo en sede constitucional, ha apuntado también a la necesidad de, ante todo, proceder al desarrollo legislativo del artículo 53.2 de la Constitución, y de modo complementario, reforzar los mecanismos procesales ordinarios de tutela procesal establecidos en los diversos procedimientos y órdenes jurisdiccionales, con preferencia a técnicas como la prevista en el Anteproyecto, de un recurso general e incondicionado a la declaración de nulidad de las sentencias por parte de los mismos órganos jurisdiccionales que hayan dictado éstas (SSTC 98/1993, 189/1994 y 15/1996). Estas mismas razones han de ser ahora reiteradas, máxime teniendo en cuenta el amplio sistema de recursos que recoge el anteproyecto y que se analizarán en otro apartado de este informe.

Debe insistirse en señalar los gravísimos problemas que puede comportar la introducción generalizada de un incidente de nulidad contra

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

sentencias, no ya definitivas, sino firmes. Como dice el Tribunal Constitucional, la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir una cuestión anteriormente resuelta por sentencia firme (SSTC 119/1988, 231/1991, 142/1991) puesto que la ejecución es parte esencial del derecho a obtener tutela judicial efectiva, salvo que concurra una causa obstativa de la ejecución prevista en el ordenamiento (STC 107/1992, fundamento jurídico 2º). Todas estas consideraciones, que ya se indicaron en el Informe mencionado y ahora cabe reiterar, no impiden, sin embargo, que el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997 impida hacer una evaluación adecuada de la experiencia derivada de la aplicación del precepto en cuestión.

Ha de merecer un juicio positivo, en cambio, la regulación de la subsanación recogida en el artículo 229 del Anteproyecto. Es un precepto que mejora sustancialmente al artículo 243 Ley Orgánica del Poder Judicial y que, a diferencia de otros apartados de la norma proyectada, sitúa al órgano jurisdiccional en su adecuado lugar.



TÍTULO VI

De la cesación de las actuaciones judiciales y caducidad

El adecuado entendimiento y comprensión de la caducidad y del impulso de oficio exige considerar que puede existir en una situación de partida en la que el impulso de oficio no puede operar, y esto sucede cuando el proceso está paralizado por expresa voluntad de las partes, ya que, como se dispone expresamente en el artículo 177 del Anteproyecto, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, añadiendo que el curso del procedimiento se podrá paralizar a petición de todos los litigantes. Con esto se quiere señalar que la situación de inactividad procesal que previene el artículo 231 del Anteproyecto, sólo puede proceder de la previa petición expresa de paralización presentada por todas las partes litigantes. Por ello, no se entiende que el artículo 231 del Anteproyecto recoja como un supuesto de inactividad determinante de la caducidad la que proviene de los Tribunales.

A juicio de este Consejo General del Poder Judicial, ello no es correcto, ya que por razón del indicado impulso de oficio, el Tribunal no puede paralizar el curso de las actuaciones y, si hay petición expresa de todas las partes de suspensión, la inactividad del Tribunal no puede tener efectos negativos sobre la acción ejercitada. Si, en efecto existe inactividad del Tribunal, sin petición expresa de suspensión, no se puede producir la caducidad, que sería trasladar a las partes las consecuencias



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

de la inactividad del Tribunal, ya que por la caducidad se produce la terminación del proceso, con los efectos previstos en el artículo 234 del Anteproyecto. Los efectos de esta inactividad deben ser otros como, por ejemplo, la exigencia de responsabilidad al Juez o funcionario causante de la paralización o la reclamación por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución y los artículos 292 y siguientes Ley Orgánica del Poder Judicial.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TÍTULO VII De la tasación de costas

Consta este Título de seis artículos, desde el 235 al 240. El artículo 235 del Anteproyecto no es una norma realmente propia de la tasación de costas y ni tan siquiera procesal, sino en gran parte civil. Sin embargo, aunque pretende resolver adecuadamente situaciones que se producen en la práctica cotidiana, lo cierto es que la situación del profesional que se ve obligado a reclamar de su cliente el pago de los honorarios antes de concluir el pleito (situación que desde la perspectiva del Derecho sustantivo se puede presentar a la luz de la defectuosa regulación del artículo 1967 del Código Civil) no es una situación conveniente a los intereses de ninguno de ellos.

En materia de costas, la norma que se informa viene a ser una repetición de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con mejoras técnicas que se deben reconocer. Los artículos 291 y siguientes del Anteproyecto regulan la condena en costas, reconociendo el principio objetivo del vencimiento (con admisión de la apreciación de algunos criterios correctores), regulando las consecuencias del desistimiento, donde se distingue adecuadamente entre que sea con o sin consentimiento del demandado, así como la posibilidad de apelar sólo en materia de costas y la incidencia sobre las costas de las resoluciones recaídas en vía de recurso.

Por su parte, los artículos antes referidos que integran el Título VII regulan un procedimiento que se dirige contra la parte condenada. Este



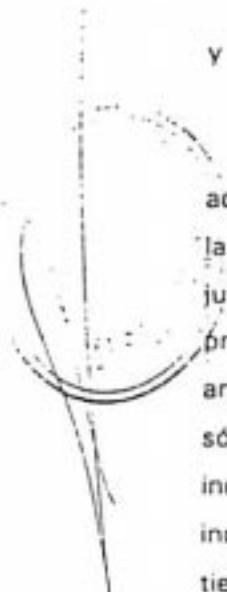
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

28071 MADRID

es un procedimiento incidental "*post sententiam*" que se justifica por la razón de que la condena en costas es recogida en la misma sentencia principal. La ventaja que tiene para la economía de los procedimientos, sin merma de los derechos y garantías de las partes, es innegable.

El procedimiento que recoge la norma que se informa es adecuado y correcto, salvo respecto de lo que seguidamente se dirá.



En primer lugar, el artículo 239.3 del Anteproyecto permite, con acierto, que la parte favorecida por la condena en costas pueda impugnar la tasación por no haberse incluido en ella gastos debidamente justificados, la totalidad de los honorarios de su Abogado, perito, profesional o funcionario no sujeto a arancel; pero luego, cuando el artículo 240 del Anteproyecto regula la tramitación de la impugnación, sólo se contempla el caso de la impugnación por honorarios excesivos o indebidos, no contemplando el caso de impugnación por no haberse incluido en la tasación de costas partidas determinadas y reclamadas en tiempo y forma. La Ley de Enjuiciamiento Civil vigente no contempla esta impugnación por el acreedor, si bien la doctrina se ha mostrado favorable a la admisión de dicha impugnación, ya que el principio de bilateralidad crea en el órgano jurisdiccional el deber de conocer la posible impugnación que el acreedor formule si una factura no ha sido incluida o se incluyó por menor importe de lo debido. Es una omisión que debe subsanarse.

En segundo lugar, en el caso de la impugnación de la tasación de costas por incluir honorarios excesivos, al igual que el texto vigente de

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 6

28071 MADRID

la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución que conozca de la impugnación no es susceptible de recurso. Es una restricción injustificada respecto de las garantías procesales, máxime cuando se admite para el caso de la impugnación basada en el carácter indebido de los honorarios. No cabe apreciar razón alguna para esta distinción: la misma garantía de recurso debe darse en ambos casos, así como en el caso que la impugnación lo sea por parte del acreedor.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TÍTULO VIII

De las correcciones disciplinarias

Consta este Título de nueve artículos, desde el 241 al 249. Sobre esta regulación ha de destacarse que, hasta el presente momento, se recogía en los artículo 437 y siguientes Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, como quiera que la Ley Orgánica del Poder Judicial también contiene preceptos reguladores de esta cuestión, se suscita en la doctrina procesal si los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido derogados implícitamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, sea cuál sea la solución a este tema, lo cierto es que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil son superfluos a la vista de que su contenido ha sido reproducido, actualizándolo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, los artículos 241, 242, 243 y 244 del Anteproyecto son una reproducción literal de los artículos 191 a 195, ambos incluidos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, estos preceptos de la Ley Orgánica siguen en vigor, ya que no se contempla su derogación por el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la del Poder Judicial que se acompaña al que ahora se informa. Es esta una técnica legislativa inadecuada debiendo reiterarse lo señalado anteriormente sobre la regulación de las actuaciones en juicio.

El propio Anteproyecto es conecedor de esto cuando no incluye entre sus preceptos el que es, precisamente, presupuesto de la actuación que se contempla: el precepto que fundamenta la denominada policía de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

estrados, que se encuentra en el artículo 190 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo mismo sucede respecto de la potestad disciplinaria en relación con Abogados y Procuradores: los artículos 245 a 248 del Anteproyecto, que vienen a ser plena reproducción de los artículos 448 a 453 Ley Orgánica del Poder Judicial. Sólo el artículo 248 del Anteproyecto es de nueva redacción, y debe merecer un juicio positivo, por cuanto con él se produce una adecuada conexión con el organismo colegial que tiene por ley atribuidas una serie de facultades respecto de los colegiados, así como la salvaguardar que el ejercicio de la profesión sea adecuadamente realizado y sin interferencias indebidas.

Es oportuno que, sobre esta materia, se reproduzca lo que el Libro Blanco de la Justicia afirma al respecto:

"En otro orden de cosas, sería conveniente regular, de forma expresa y suficiente, la atribución exclusiva y excluyente a los procedimientos de conformidad con el artículo 36 de la Constitución, sin perjuicio de las facultades de policía de estrados propias del órgano jurisdiccional y del establecimiento de mecanismos de información entre los Colegios y los Juzgados y Tribunales. Dicha regulación normativa debería extenderse a las atribuciones de los letrados y a las diferentes maneras de ejercer la profesión, con especial consideración al ejercicio ante los Tribunales, a su consecuente régimen de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28011 MADRID

incompatibilidades, y a la regulación del secreto profesional.

Finalmente, y aunque la posibilidad de sancionar a los letrados en estrados se encuentra suficientemente avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha visto en las referidas correcciones, así como en las resoluciones revisoras de las mismas, auténticas decisiones jurisdiccionales dictadas en el proceso con todas las garantías (SSTC 205/1944 y 157/1996, entre otras), sería conveniente establecer un cauce que permitiera la impugnación de aquéllas ante la jurisdicción."

Sólo se contempla en la norma que se proyecta, en relación con lo expresado, la previsión del cauce de comunicación con el Colegio profesional correspondiente.

Por ello, entiende este Consejo que el régimen básico de las correcciones disciplinarias debería permanecer en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que el régimen de recursos que se contempla lo fuera ante órganos jurisdiccionales, no gubernativos, en los términos que se recogen en el Libro Blanco de la Justicia.

Finalmente, el artículo 249 del Anteproyecto contempla la responsabilidad disciplinaria de los Jueces y Magistrados y de los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia. Como quiera que la norma proyectada se remite en su totalidad a la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en su caso, a los Reglamentos

LIBRO I



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Orgánicos correspondientes, quedan obviados todos los inconvenientes antes referidos. Esta técnica legislativa es la más correcta. Por ello ha de merecer una consideración positiva. Sería razonable que se procediera igual en los apartados anteriores ya analizados.

LIBRO II,

DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS

TITULO I

De los procesos declarativos ordinarios

Primera Parte. De los procesos declarativos ordinarios: juicio ordinario y juicio verbal (Capítulo Primero, Secciones Primera a Cuarta del Capítulo Segundo y Capítulo Tercero).

1.- Consideraciones previas.

1.1.: El modelo de proceso en el Libro Blanco de la Justicia.

El Libro Blanco de la Justicia afirma que, además de la necesidad de reducir drásticamente los procesos civiles, es preocupante también la existencia de "un diseño procesal basado en la escritura", "la disgregación de los actos procesales", "las pruebas de corte escrito practicadas en pluralidad de actos", "los continuos incidentes", hasta el punto de que "el tipo de proceso en la jurisdicción civil se convierte, pues, en la piedra de toque de la reforma, si lo que se pretende es llevar los principios de inmediación, oralidad y concentración para lograr agilizar

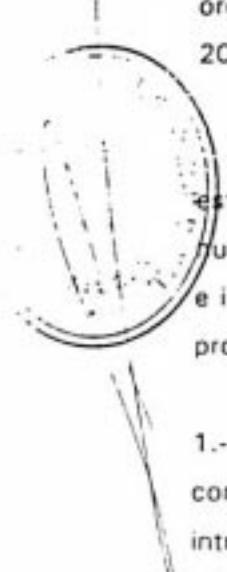


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

• 28071 MADRID

la jurisdicción civil". Por ello se dice a continuación que "la reducción y racionalización del número de procesos no es por sí misma, suficiente para lograr agilizar la jurisdicción civil", ya que "sería posible reducir el número de procesos e instaurar un tipo de procedimiento tan lento como el actual lo que frustraría cualquier posibilidad de arreglo de uno de los órdenes jurisdiccionales donde existe un mayor nivel de retraso" (pág. 200).



Partiendo de estas consideraciones, en el mismo Libro Blanco se establecen las líneas o características generales que deben inspirar un nuevo proceso civil, basado en los principios de concentración, oralidad e inmediación. Las líneas generales de ese proceso se identifican en el propio Libro Blanco (*ibidem*) de la forma siguiente:

1.- La demanda ha de efectuarse siempre por escrito, e igualmente la contestación debe ser también escrita, forma de tramitación que no introduce una dilación excesiva y sin embargo permite fijar los términos del debate, de la posible conciliación, del tratamiento de las excepciones procesales y la delimitación del objeto de la prueba.

2.- Como excepción a dicho principio, cabe articular la posibilidad de utilizar, en asuntos de menor complejidad, formularios por escrito sin la preceptiva intervención de abogado, al alcance de los ciudadanos y que contengan las exigencias mínimas para que la pretensión sea al menos planteable y solucionable.

3.- Señalamiento del acto del juicio. Expresamente el Libro Blanco señala



que "tras la contestación de la demanda, y la posible reconvencción y su contestación, no se estima necesario introducir ningún otro trámite autónomo" (pág. 201).

4.- Proposición, recibimiento y práctica de la prueba. Sobre esta fase del proceso el Libro Blanco pone de manifiesto que "en un proceso de corte inmediato, oral y concentrado, la petición del recibimiento del juicio a prueba y la proposición de la misma ha de quedar ya prefijada en los escritos de demanda y contestación, sin perjuicio de otorgar a las partes la posibilidad de ampliarlos o renunciar a parte de ellos a la vista de las alegaciones de la contraparte. Los medios de prueba han de ser aportados por las partes al acto del juicio, sin perjuicio de que cuando se demuestre la imposibilidad de hacerlo se pueda proceder a la citación por vía judicial".

5.- Subsanción de defectos. Cualquier proceso ha de estar basado en la posibilidad de resolver con carácter previo a la sentencia la subsanción de cualquier defecto procesal, evitando las absoluciones en la instancia.

En el diseño de proceso contenido en el Libro Blanco, la presencia de los principios de oralidad, inmediación y concentración resulta fundamental para agilizar el proceso. Además de la mayor celeridad en la tramitación, manteniendo iguales posibilidades de defensa, un mismo Juez preside el acto durante el cual quedan establecidos los términos del debate procesal. Las cuestiones procesales, la discrepancia en torno a los hechos, la admisión y práctica de la prueba sobre los aspectos fácticos



disconformes, la alegación contradictoria de fundamentos sustantivos, se exponen o realizan, de manera ordenada, ante el titular del órgano jurisdiccional, que, a continuación, disponiendo de todos los elementos de juicio necesarios, se encuentra en las mejores condiciones para dictar sentencia. Estas consideraciones se encuentran sin duda en el origen del principio constitucional favorable a la oralidad para todo tipo de procesos (art. 120.2 C.E.), con independencia de que en el orden civil deba ser necesariamente matizado su alcance.

1.2.: Los procesos declarativos ordinarios en el Anteproyecto: El juicio ordinario y el juicio verbal.

El Anteproyecto establece dos clases de procesos declarativos ordinarios: el denominado juicio ordinario y los juicios verbales.

El juicio ordinario, es un proceso sumamente formalizado y complejo, en el que domina la disgregación de fases y actuaciones procesales, aspecto que puede dar lugar a numerosas incidencias y derivaciones. Constituye, de acuerdo precisamente con su denominación, el tipo de proceso de referencia, al que en distintos aspectos se remiten las reglas del proceso verbal (arts. 442, 451), y sus normas tenderán a ser tomadas en los demás procesos como referencia, con carácter subsidiario y en defecto de norma expresa, además de que es un proceso residual respecto de las demás clases de juicio (arts. 251.4 y 255.3) y preferente en caso de acumulación de acciones (art. 254). Por último, su ámbito de aplicación, por razón de la cuantía es sumamente amplio (más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28011 MADRID

de tres millones de pesetas y asuntos de cuantía inestimable).

El proceso verbal, por su parte, aplicable al mayor porcentaje de asuntos y materias, que se ajusta más al modelo propuesto por el Libro Blanco, es un proceso fundamentalmente concentrado y oral, que precisa la intermediación, y debería, por ello, ser el proceso ordinario común respecto de las demás clases de procesos. Pero no está suficientemente regulado en el Anteproyecto, ya que se requieren una serie de normas sobre su desarrollo, como las que contiene la Ley de Procedimiento Laboral, para posibilitar que sea operativo. En su día la doctrina tuvo ocasión de destacar que la ausencia de una regulación completa del juicio verbal obligaba a recurrir a las normas del juicio declarativo de carácter escrito, desnaturalizando su desarrollo y limitando su eficacia. Por ello, habría de regularse en el Anteproyecto, en primer lugar, el juicio verbal, conteniendo todas las normas que puedan ser aplicables a otro tipo de procesos (demanda, contestación, reconvención, medios de prueba ...). Especialmente debería desarrollarse la regulación específica del juicio verbal, en, el particular referido al modo de practicar los medios de prueba, haciendo posible llevar a cabo toda la prueba en el mismo acto del juicio.

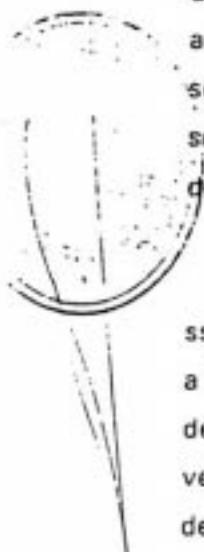
De esta forma, al denominado juicio ordinario, habría de aplicarse solamente a algunas materias singulares, sin recurrir a criterios de cuantía económica (art. 251.2 del Anteproyecto), no a las pretensiones de cuantía indeterminada (*ibidem*), ni a los casos en los que no esté expresamente previsto el juicio verbal (art. 251.4). En cambio, el juicio verbal debería ser, además del proceso de referencia, el subsidiariamente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

aplicable a los demás procesos en defecto de norma expresa.

Respecto del juicio ordinario, regulado en el Anteproyecto, como proceso al que resultará obligado remitirse en distintos aspectos, cualquiera que sea la modalidad de proceso aplicable, se mantienen desde luego, cuando no se incrementan, los mismos defectos hoy advertidos en la legislación procesal vigente. En efecto, el juicio ordinario se escinde en numerosas fases o momentos procesales, cuya tramitación se puede ver fácilmente prolongada en la práctica, incluso, por encima de la previsión legal.



Así, después de las posibles diligencias preliminares (arts. 258 y ss), que pueden dar lugar a una tramitación, previa al juicio en sí, análoga a la del juicio verbal, si media oposición (art. 262.1), siguen los trámites de presentación de la demanda (art. 296) y contestación, en el plazo de veinte días (art. 300). Puede seguir una reconvencción por parte del demandado, que es objeto de contestación, a su vez, por el actor en el plazo de los veinte días siguientes a la notificación de la demanda reconvenccional (art. 303.2). A continuación se procede, dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda o a la reconvencción, en su caso, a citar de comparecencia, dentro de los diez días siguientes (art. 310).

La comparecencia puede verse suspendida por un plazo de diez días para subsanar distintos defectos procesales (arts. 315 y 317), y puede ir seguida de la designación por el órgano judicial, a solicitud presentada en el mismo acto o dentro de los diez días siguientes, de un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

perito que dictamine sobre hechos nuevos o de nueva noticia, alegaciones complementarias o aclaratorias (art. 323 núm. 8, en relación con los núms. 1, 2 y 3 del mismo precepto). Las cuestiones planteadas en la comparecencia pueden ser resueltas en el mismo acto o dentro de los diez días siguientes (art. 314).

La prueba se propondrá dentro de los diez días siguientes a la audiencia (art. 325), practicándose ésta dentro del período ordinario de un mes o del extraordinario de dos meses, según los casos (art. 335).

Dentro del período ordinario habrá de celebrarse la audiencia para la práctica de la prueba (art. 335.1), si bien cabe el señalamiento, con cinco días de antelación, de las diligencias que no sea posible celebrar en la audiencia anterior (art. 339). Dentro de los diez días siguientes a la terminación del período de prueba, las partes podrán presentar escritos de conclusiones (art. 436), en el que pueden solicitar además la celebración de vista (art. 437), solicitud que ha de resolver el órgano jurisdiccional dentro del quinto día, y tienen la posibilidad también de instar la práctica de diligencias finales en el propio escrito de conclusiones (art. 436.4), eventualidad que deja en suspenso el plazo para dictar sentencia (art. 438.2), plazo que, a su vez, es de veinté días a partir de la terminación del plazo para presentar escritos de conclusiones o, en su caso, para la vista (art. 438.1). Debe tenerse en cuenta también la posibilidad de se planteen cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (artículo 287), que dejan en suspenso la tramitación de la demanda, comprendiendo un abanico tan amplio de supuestos como los defectos de capacidad o representación surgidos con



posterioridad a la comparecencia, defecto de algún otro presupuesto procesal, o cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación (art. 288). Hay que añadir también la posibilidad de solicitar al órgano judicial la declaración de nulidad de las actuaciones, previa audiencia de las partes (art. 226.2), y la audiencia sobre ilicitud de la prueba (art. 333), así como la posibilidad igualmente de proponer declinatoria, dentro de los diez primeros días de plazo para contestación de la demanda, con efectos suspensivos (art. 60.1).

Aún suponiendo el cumplimiento estricto de los plazos, y una actitud de plena colaboración de las partes, el juicio ordinario requiere una tramitación sumamente prolongada en el tiempo. Ciertamente es que la comparecencia podrá omitirse en ciertos casos (art. 311). Pero el Anteproyecto, sobre requerir una decisión que puede ser controvertida, dados los imprecisos términos necesarios para la supresión del trámite, no resuelve sobre la eventual oposición de alguna de las partes a la supresión de la comparecencia. No parece por ello que vaya a ser muy frecuente esta agilización. Similares consideraciones cabe hacer sobre la posible conformidad plena en torno a los hechos, que da lugar a sentencia inmediata (art. 324).

Puede, en efecto, establecerse la siguiente comparación entre el juicio de menor cuantía actualmente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el nuevo proceso o juicio ordinario previsto en el Anteproyecto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

a) Menor cuantía.

- Demanda. Traslado al demandado
- Veinte días para contestación (art. 681 LEC)
- Posible reconvencción. Diez días para contestar.
- Citación en los tres días siguientes a comparecencia, que ha de celebrarse dentro de los seis siguientes (art. 691).
- Proposición de prueba en los ocho días siguientes.
- Práctica de la prueba en los veinte días siguientes.
- Escrito de conclusiones en los diez días siguientes.
- Posible práctica de diligencias para mejor proveer.
- Sentencia en diez días.

b) Juicio ordinario

- Demanda. Traslado al demandado.
- Veinte días para contestación.
- Posible reconvencción. Veinte días para contestar.
- Citación en los cinco días siguientes a comparecencia, que ha de celebrarse dentro de los diez días posteriores.
- Proposición de prueba en los diez días siguientes.
- Práctica de la prueba (un mes).
- Escrito de conclusión en los diez días siguientes.
- Posible práctica de diligencias finales en los veinte días siguientes.
- Nuevo escrito de conclusión en tal caso.
- Sentencia en el plazo de veinte días siguientes.



La tramitación comparativa de uno y otro proceso, partiendo de un cumplimiento estricto de los plazos, supone aproximadamente ciento cinco días en el menor cuantía y ciento cincuenta en el nuevo juicio ordinario. De este modo, la tramitación del actual menor cuantía no solamente no se abrevia, sino que se ve ampliada notablemente.

En conclusión, el proceso tipo de referencia debe ser el proceso verbal, debidamente regulado (demanda y sus requisitos, proposición y práctica de la prueba, depuración del proceso, fijación de hechos controvertidos, alegaciones de las partes ...) en cumplimiento del mandato constitucional de predominio de la oralidad (art. 120 CE).

1.3.: El proceso civil de tutela de los derechos fundamentales.

Por último, hay que destacar que en el Anteproyecto, aunque se alude expresamente a la posibilidad de un proceso de tutela de los derechos fundamentales, que se seguirá por los trámites del juicio verbal (art. 252.1), no se regulan otros aspectos ni especialidades algunas de este tipo de procedimiento. El desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución, tantas veces reclamado por este Consejo General del Poder Judicial, mediante un procedimiento, basado en los principios de preferencia y sumariedad, por el cual se pueda recabar la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ante los tribunales ordinarios, en cuanto al orden jurisdiccional civil, no puede entenderse cumplido simplemente mediante la inclusión de esta materia en el juicio verbal. De hecho las normas de la Ley 72/1978, de 26 de diciembre, que incluye unos preceptos sobre garantía jurisdiccional civil de estos mismos



derechos y libertades (arts. 11 y siguientes), son, además, objeto de derogación por el Anteproyecto (Disposición derogatoria segunda número 3), junto con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 1/1982, que conceptúa estas mismas normas como desarrollo del citado artículo 53.2 de la Constitución, en tanto no se procede a elaborar una normativa completa al respecto.

Es evidente que a la hora de llevar a cabo el desarrollo legislativo del citado precepto constitucional existe un amplio margen entre el establecimiento de un procedimiento preferente y sumario, con alguna prevención adicional (pretensiones idóneas para su formulación por esta vía, intervención preceptiva del Ministerio Fiscal), como hace el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (arts. 109 y ss., BOCG de 23.3.98), o bien introducir, además, normas específicas sobre otros aspectos (requisitos de la demanda, medidas cautelares, inversión de la carga de la prueba, contenido de la sentencia, acumulación de acciones de tutela y acciones ordinarias, dictamen de organismos públicos competentes), como hace la Ley de Procedimiento Laboral (arts. 95.3 y 175 y ss.). Pero debe arbitrarse, en todo caso, la preferencia en la tramitación del proceso en cuestión, teniendo en cuenta el gran volumen de asuntos y materias que se encauzan por esta misma modalidad procesal, sobre las cuales no establece prioridad alguna el Anteproyecto y regular además la aplicación de la sumariedad constitucionalmente exigida a las peculiaridades del amparo judicial civil de derechos fundamentales, estableciendo también normas precisas de tramitación en esta decisiva modalidad procesal en ciertos aspectos esenciales.



2.- Aspectos comunes a las distintas clases de procesos

2.1.: Diligencias preliminares.

Las diligencias preliminares se regulan de forma más pormenorizada y extensa que la actualmente vigente en la L.E.C., si bien se aprecian algunas cuestiones que merece destacar. La determinación de la competencia para la práctica de las diligencias se establece en el artículo 259. En un principio se dispone que será competente el juez de primera instancia del domicilio de la persona que deba intervenir en la práctica de las diligencias de preparación del juicio futuro. Se excluye la posibilidad de la declinatoria, atribuyendo al juez la posibilidad de revisar de oficio su competencia, con la particularidad de que si se considera incompetente, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el juzgado de primera instancia al que debe acudir, añadiendo que éste no podrá inhibirse del conocimiento del asunto.

No parece muy adecuado que la determinación de la competencia se deje al arbitrio exclusivo del juez al que le fue planteada la cuestión, pudiendo derivar la competencia a otro juzgado sin posibilidad de inhibición por parte de este último. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley contenido en el artículo 24 de la CE pudiera vulnerarse si la determinación del juez competente quedara a la designación de quien se considera incompetente, sin posibilidad de que el así designado pueda rehusar el conocimiento del asunto, resolviéndose por el superior jerárquico común tercero la discrepancia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

De igual forma, entre las causas de denegación de las diligencias preliminares se incluye la insuficiencia de la fianza ofrecida por el solicitante. El derecho a la tutela judicial efectiva debería llevar a eliminar dicha denegación por un defecto de cuantificación, en definitiva subsanable. Sería más conveniente que el tribunal cuantificara la fianza o caución en la misma resolución que acordare la admisión de la solicitud presentada, especificando la modalidad de fianza requerida, no haciendo depender la concesión o denegación de la misma de una condición tan incierta como la establecida en el texto, que requiere un pronóstico, eventual sobre el cuál vaya a ser el criterio del Juez en torno a la suficiencia de la caución. Además debe fijarse en el artículo 260 un plazo para la materialización de la caución, ya que el Anteproyecto se limita a señalar que debe ofrecerse (artículo 258.3) esta modalidad de *cautio iudicatum solvi* y que puede estimarse insuficiente (art. 260), pero no establece cuando debe prestarse efectivamente la misma, con lo que el sistema no mejora el vigente (artículo 1428 LEC). Convendría también precisar, en lugar de utilizar indistintamente los términos de fianza y caución, si se trata de una caución similar a la caución juratoria del usufructuario (art. 495 C.C.), sustitutiva de la fianza propiamente dicha, o de una fianza, y en tal caso, si se admite la fianza por cualquiera de los medios admitidos en derecho, incluida o no la de carácter personal (art. 1428, inciso final, LEC).

Se contiene igualmente un trámite incidental para la oposición a la practica de diligencias preliminares. El artículo 262 lo establece, remitiendo la tramitación a la prevista para los juicios verbales. Esta regulación del incidente conforme al trámite genérico del juicio verbal



deja indeterminada si la formalización de la cuestión deberá realizarse mediante demanda escrita o sucinta, al existir dos modos de iniciación del juicio verbal. Esta indeterminación debería corregirse mediante una determinación exacta o bien mediante una remisión al tramite incidental regulado en los artículos 284-290 en que se establece claramente la modalidad escrita para su planteamiento.

Salvado lo expuesto, el auto que se dicte resolviendo el incidente, tanto declarando la justificación o injustificación de la oposición será irrecurrible. Esta supresión de la doble instancia puede generar indefensión ante la imposibilidad de preparar el juicio futuro restringiendo así los contenidos del artículo 24 de la CE.

De igual forma, al regular las consecuencias de la negativa del requerido a llevar a cabo las diligencias preliminares, el artículo 263-2 establece que si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos, mandará el tribunal que se proceda a la entrada y registro del lugar en que puedan hallarse, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos. La dificultad de la determinación del lugar en que puedan hallarse los documentos en cuestión, ante la negativa del requerido, puede derivar en registros y entradas en lugares o domicilios sin garantías de hallar lo buscado. Bajo esa perspectiva es factible que se generen situaciones de conflicto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con las consecuencias problemáticas que la casuística puede plantear, incluyendo desde luego la necesidad de un expreso razonamiento y de un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida, aunque con una eficacia relativa a efectos pretendidos. El hecho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

de que el Juez civil pueda en estos casos ser considerado al propio tiempo juez de las libertades, que esté facultado para llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho fundamental (STC 160/1991), no excluye ciertamente la necesidad del cumplimiento de los demás requisitos establecidos por la doctrina constitucional (SSTC 126/1995, 59/1995, 22/1984, 137/1985). Sería más razonable quizá anudar consecuencias a dicha negativa semejantes a la no presentación de documentos contables (art. 263.4), teniendo por ciertas las manifestaciones efectuadas sobre su contenido por el solicitante, satisfaciendo así las exigencias de la propia jurisprudencia constitucional en torno a la proximidad a las fuentes de prueba (SSTC 227/1991 y 116/1995).

2.2.: Cuestiones incidentales.

La regulación que de las cuestiones incidentales se hace en el anteproyecto sometido a informe, responde a una elaboración conceptual procesal más que a las exigencias de resolver en la práctica las distintas situaciones de conflicto que puede generar la aplicación de las normas procesales. Esa elaboración conceptual es además poco precisa al incluir genéricamente como cuestiones incidentales las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso (art. 284).

Tras la distinción entre cuestiones incidentales de previo y de especial pronunciamiento, se alude a los casos de las cuestiones



incidentales de previo pronunciamiento, únicas que suspenden el curso de los autos, admitiendo su tramitación como tales incidentes, y, como regla general, sólo de aquellas sobrevenidas después de la comparecencia (apartados 1º y 2º del art. 288), mientras que la fórmula del apartado 3º ("cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio") es más amplia. Tan amplia que la redacción es redundante "resolución...necesaria...para decidir sobre la continuación". Sería preferible una fórmula más precisa y terminante, como podría ser la referencia a la absoluta necesidad de resolver sobre la misma para continuar el juicio.



En el origen de esta regulación se encuentra indudablemente la falta de concentración anteriormente apuntada, que hace necesario, al menos según el criterio del Anteproyecto, para atender posibles cuestiones surgidas después de la comparecencia, ya que finalizado este último acto se abren nuevas fases de tramitación.

2.3.: Costas.

En materia de imposición de costas, se establece como principio genérico el criterio del vencimiento, si bien como factor de corrección se atribuye amplio margen discrecional al tribunal en función de las serias dudas de hecho o de derecho que presentara el caso. El Anteproyecto especifica además que el órgano jurisdiccional ha de motivar expresamente la no imposición de las costas, y que para calificar un asunto de jurídicamente dudoso hay que atender a la jurisprudencia recaída en casos similares (art. 291.1).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Parece correcto el planteamiento seguido por el borrador en orden a concretar jurisprudencialmente que circunstancias han de ser tenidas como excepcionales para no hacer de aplicación el criterio del vencimiento objetivo, acotando mucho más los términos de la redacción contenida en la norma procesal vigente.

A este criterio general recogido en el artículo 291, aluden posteriormente los artículos que regulan la imposición de costas en casos de allanamiento tras la contestación a la demanda, a la apelación en materia de costas, y a las costas en materia de apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación, pretendiendo así conseguir una uniformidad en los criterios conforme a los cuales deba hacerse aplicación de la imposición de costas. Pero la regulación del art. 295. 2 debe modificarse, de modo que la desestimación de un recurso extraordinario comporte la imposición de las costas.

Se echa de menos una expresa regulación de la posibilidad de imponer motivadamente, en la sentencia o resolución definitiva, o en la resolución que resuelva una determinada solicitud o trámite, además de las costas del proceso o del incidente, una sanción por temeridad, mala fe o abuso de derecho, de modo análogo a lo previsto en el artículo 95.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el artículo 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en cuantía suficientemente predeterminada en la ley, complementando así de manera efectiva lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para aquellas actuaciones procesales que constituyan un manifiesto abuso de derecho o un fraude de ley, o que supongan una temeraria disposición de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8
28071 MADRID

recursos públicos. La resolución que tal cosa acuerde estaría sujeta al régimen general de recursos, es decir, recurso de reposición si es una decisión interlocutoria, sin perjuicio de poder suscitar de nuevo la cuestión al recurrir la sentencia definitiva, o bien el recurso devolutivo que proceda contra la propia resolución, en el caso de la sanción por temeridad impuesta en sentencia. Como recuerda el Tribunal Constitucional (STC Pleno 12/1998, dictada en cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 36 a 40 LEC; f.j. 4º ap. C), "los órganos judiciales disponen de una serie de mecanismos jurídicos, desgraciadamente, dado lo vetusto de nuestras leyes procesales, no tan numerosos como sería de desear". La experiencia habida en la aplicación de esta posibilidad en el proceso constitucional y en el proceso laboral pone de manifiesto la utilidad de la figura y el uso sumamente prudente que de la misma se viene haciendo por los Tribunales. Por otra parte, la apreciación de la temeridad debe llevar, desde luego, a la imposición de las costas del trámite, del incidente, o de la instancia, como en parte ya dispone el Anteproyecto (art. 291.2) si bien solamente respecto de toda la instancia y precisamente en sentencia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Segunda parte. De la proposición y práctica de la prueba, de los medios de prueba, de la conclusión del proceso y de la sentencia (Capítulo Segundo, Secciones quinta a séptima).

1.- Cuestiones generales.

El contenido del Anteproyecto de Ley a que se refieren las presentes consideraciones abarca las Secciones 5ª, 6ª y 7ª del Capítulo II del título I del Libro II, relativas a proposición y práctica de la prueba, medios de prueba, y conclusión del proceso y sentencia. En primer lugar ha de advertirse que el desarrollo del ahora denominado juicio ordinario, en cuanto a las fases y duración de las mismas, es muy similar al que presenta el juicio de menor cuantía de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, se advierte en las secciones objeto de estos comentarios un paralelismo estructural o sistemático con la regulación actual de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se mantienen prácticamente los mismos medios probatorios detallados en el artículo 578, integrando el de presunciones (contemplado en el Código Civil) e incorporando algunas cuestiones novedosas relativas a los medios técnicos actuales de grabación y reproducción, o, a la doctrina constitucional de la ilicitud en la obtención de pruebas.

El texto sometido a informe merece un juicio favorable en cuanto pretende convertir a la Ley de Enjuiciamiento Civil en el texto general (y a la vez exclusivo) que regula los medios de prueba. Particularmente, y como consecuencia del contenido de la Disposición Derogatoria segunda,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

2807 MADRID

quedan derogados los preceptos que hasta ahora contenían la regulación duplicada de la prueba en el Código Civil, siendo -naturalmente- su sede más correcta, el texto procesal civil.

El Libro Blanco de la Justicia contiene como recomendaciones generales sobre la práctica de la prueba en primera instancia las siguientes:



La prueba ha de practicarse de forma oral, suprimiendo los escritos de confesión, preguntas y repreguntas. Los documentos han de ser aportados inexcusablemente por las partes con sus escritos. Cuando ello no sea posible las partes han de estar facultadas para obtenerlos sin necesidad de oficios o mandamientos judiciales. La prueba pericial ha de recibir un nuevo tratamiento procurando dar la validez posible a las periciales anticipadas. La prueba de oficio ha de basarse en la ampliación de los poderes del Juez, y en la fijación de un plazo improrrogable para su práctica" (pág. 202).

Anteriormente ya se hicieron una serie de consideraciones generales sobre la preferencia por la oralidad, consecuencia del principio general establecido en el artículo 120.2 de la Constitución, que requiere un procedimiento "predominantemente oral", especialmente en el orden penal, pero con pretensión generalizadora a los demás procesos. A la oralidad debe unirse, en la medida de lo posible, la concentración. Ambas características son de singular trascendencia para la práctica de la prueba.



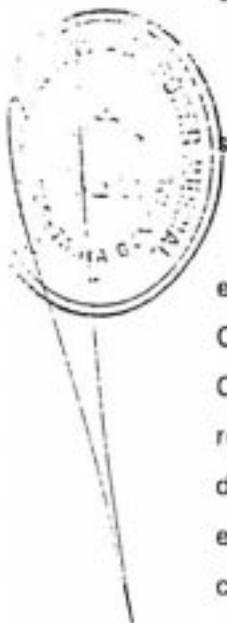
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Por otra parte, también desde la perspectiva de la prueba merece destacarse como faceta esencial el papel que desde el Consejo General del Poder Judicial se propugna como idóneo para el Juez en un proceso: nunca el de mero espectador sino, el de director e impulsor, con iniciativa propia, a partir del marco procesal delimitado por las partes y sobre la base de su aporte probatorio, tanto para conseguir su materialización efectiva, como para completarlo, en caso necesario.

Así se pronuncia el Libro Blanco de la Justicia, a propósito de la sustanciación del proceso civil:



"Los valores de justicia, de tutela efectiva, de igualdad de armas en el proceso y de proscripción de la indefensión proclamados en la Constitución y el principio de impulso de oficio recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, han supuesto, junto con algunas recientes reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un evidente refuerzo del papel del juez en el proceso civil. El juez civil no es ya ese pretendido espectador neutral y pasivo que -supuestamente- se limitaba a contemplar la noble contienda entre las partes, sin ninguna intervención posible, salvo las diligencias para mejor proveer. La vigencia del principio de impulso de oficio, frente al de rogación, permite hoy día que el juez intervenga activamente en el proceso, con la finalidad -que es al mismo tiempo un límite- de garantizar el libre juego de las partes ante el conflicto de intereses que se ventila en la jurisdicción". (Pág. 195)

Este último aspecto es de especial aplicación a la fase probatoria que se analiza en las siguientes consideraciones. El propio Libro Blanco



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

pone de manifiesto cómo la actual regulación de la prueba favorece que el proceso concluya en primera instancia sin que se haya practicado la misma, por la exigüidad de los plazos para su práctica o simplemente por el incumplimiento de la prueba inicialmente acordada (pág. 182), favoreciendo que termine practicándose, si es que efectivamente se lleva a cabo, en la fase de apelación, con el riesgo de que se convierte el recurso en primera instancia, o bien que finalmente se prescinda del elemento probatorio, pese a que la prueba, una vez acordada, ha de materializarse como manifestación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Si la prueba fue declarada pertinente en la instancia y no llegó a practicarse, debe cuidarse especialmente la motivación del juicio de irrelevancia posteriormente emitido por el Tribunal de la apelación, con riesgo de perjuicio sobre la cuestión de fondo (STC 131/1995, f.j. 3º). Si, por el contrario, la práctica de la prueba se concentra en lo esencial en el acto de juicio, se favorece que el Juez de instancia disponga del aporte probatorio esencial y lo tenga presente en el momento de quedar los autos conclusos y vistos para sentencia.

2.- Análisis del articulado.

A) De la proposición y práctica de la prueba y disposiciones generales sobre la misma (Sección Quinta).

Ante todo, ha de recordarse con carácter general que el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental en todo tipo de procesos, estrechamente relacionado con el derecho de defensa. Como

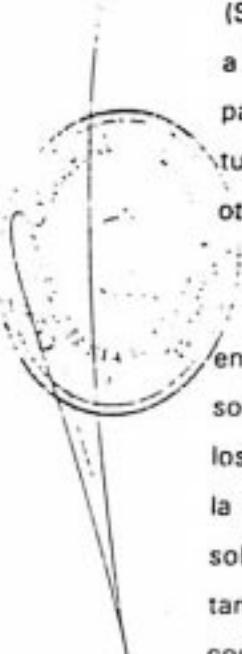


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

señala la STC 187/1996, de 25 de noviembre, este derecho "garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento (STC 131/1995)". No comprende, sin embargo, un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes se consideren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieren a bien proponer (STC 40/1986, 212/1990, 87/1992, entre otras).



Por otra parte, sobre las facultades de los órganos jurisdiccionales en cuanto a declaración de pertinencia y admisibilidad de la prueba solicitada por las partes, la sentencia citada recuerda que corresponde a los tribunales ordinarios, de acuerdo con el art. 117.3 de la Constitución, la interpretación de las normas legales aplicables a fin de pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba (STC 52/1989), si bien resulta también indudable que el rechazo de la prueba propuesta ha de contar con la necesaria justificación y no venir motivada de manera manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria.

La regulación contenida en el Anteproyecto se ajusta a los criterios constitucionales, ya que se establecen los criterios reguladores de la decisión de inadmisión y se mantiene la obligación de motivar la misma mediante auto, si bien parece que la redacción de los artículos 329 a 331 no es todo lo clara que sería deseable.



1. El objeto de la prueba.

De acuerdo con el número primero del artículo 327 del Anteproyecto, "la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso". Aunque se intenta indudablemente guardar una sistemática con el contenido de otros preceptos (art. 5 del Anteproyecto), la redacción adolece de una excesiva generalidad y resulta excesivamente teórica. Más acertado sería relacionar el objeto de la prueba con las pretensiones concretamente deducidas por las partes (art. 5.2 del Anteproyecto).

En el proceso civil, el objeto de la prueba deben ser los hechos alegados por las partes como base de sus respectivas pretensiones, sobre los que no se alcanza o expresa conformidad, o no resulten notorios. En esta línea, los apartados números 3 y 4 de este mismo artículo definen más acertadamente, si bien de forma negativa, el genuino objeto de la prueba.

2. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria.

En el artículo 329 del Anteproyecto, por una parte, el novedoso concepto de "operaciones" probatorias se aleja claramente de los tradicionales conceptos de "medio", "instrumento", "diligencia" o "actividad", lo que se comprende -además de por motivos de preferencia doctrinal- desde ese afán innovador de la terminología que presenta el Anteproyecto en su conjunto, al que antes hacíamos referencia. Puede ser una cuestión de mero matiz, pero tal vez no resulte conveniente la



introducción de conceptos nuevos cuando los acuñados hasta ahora, de uso y aceptación generalizados, definen exactamente lo mismo. Además, la expresión "reglas y criterios razonables y seguros" como módulo de medición de la inutilidad de la prueba, es un intento de acotar el criterio de inadmisión de pruebas inútiles más teórico que esclarecedor, por lo que su supresión probablemente contribuiría a mejorar el texto.

3. Proposición de los medios de prueba en el juicio ordinario escrito.

La proposición de la prueba no se efectúa de manera concentrada, en una sola vez por ambas partes, sino que cada parte puede proponer, dentro del plazo común de diez días establecido en el artículo 325 del Anteproyecto, en una o varias veces, la prueba que le interese, con otros tantos traslados a la parte contraria (art. 330). Se genera así una suerte de inestabilidad en cuanto al objeto de la prueba, siquiera tenga carácter transitorio hasta la conclusión del plazo para proponer. Más aún, se mantiene en el Anteproyecto (art. 330.3) la fórmula que actualmente contempla el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien aumentando en un día el período adicional de réplica y solicitud de nuevos medios por la contraparte, que pasa a ser de cuatro días. Esta técnica -siendo común el plazo de proposición a las partes- busca la plena igualdad entre litigantes en cuanto a las oportunidades de defensa recíproca, pero es sencillamente dilatoria y podría suprimirse, si es que no se llega a establecer un sistema de proposición única en los escritos de demanda y contestación. Es de esta última forma como se puede ganar en certeza y seguridad jurídica, al quedar delimitada en una sola vez la actividad propuesta por ambas partes, respetando además la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

igualdad de armas entre ellas. Una vez concluido el plazo de proposición de prueba, en todo caso, las nuevas necesidades probatorias, debidamente justificadas por la producción de novedosos hechos significativos, podrían quedar satisfechas mediante la solicitud de diligencias finales.

La existencia de este período de proposición inmediatamente posterior a la celebración de la comparecencia parece tener su justificación en el hecho de que las partes, para una correcta articulación de los medios probatorios que debían utilizar, tenían que conocer con precisión los términos en que resultaba fijado el debate, uno de los objetivos esenciales del trámite intermedio instaurado por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984.

Lo cierto es que en la práctica, los resultados conciliadores de la comparecencia son más bien escasos, y el plazo para presentación de los escritos de proposición de prueba da lugar a dilaciones absolutamente injustificadas. Según los estudios encargados por el Consejo General del Poder Judicial a propósito del Libro Blanco, sobre litigiosidad civil, el período que dista entre la comparecencia intermedia y el inicio de la práctica de la prueba, que debe durar muy poco más de ocho días según la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobrepasa los dos meses y medio.

Este momento procesal es tal vez el más importante de todo el juicio ordinario. El Anteproyecto se distancia por completo del principio procesal de concentración, que encontraría un acertado reflejo en la Ley si el acto de la comparecencia abandonase su función inicial sanatoria y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

delimitadora del debate para convertirse en el acto de juicio por excelencia. Esto sólo se consigue si, una vez fijados por las partes los hechos sobre los que se mantiene discrepancia, y, definidos con anterioridad también los parámetros de la relación procesal, se intenta efectivamente la consecución de un acuerdo y, a continuación, para el caso de no alcanzarse, se practican los medios de prueba admitidos en el mismo acto.

En tal sentido, se propugna en el Libro Blanco que:



"En un proceso de corte inmediato, oral y concentrado, la petición de recibimiento del juicio a prueba y la proposición de la misma ha de quedar ya prefijada en los escritos de demanda y contestación, sin perjuicio de otorgar a las partes la posibilidad de ampliarlos o renunciar a parte de ellos a la vista de las alegaciones de la contraparte. Los medios de prueba han de ser aportados por las partes al acto del juicio, sin perjuicio de que cuando se demuestre la imposibilidad de hacerlo se pueda proceder a la citación por vía judicial". (Págs. 200 y 201)

Con un enfoque como el contenido en el Anteproyecto, según las consideraciones precedentes, no parece que pueda ponerse fin a las importantes disfunciones y efectos dilatorios que en la actualidad se aprecian en la práctica de la prueba dentro del proceso civil.

4. Inadmisión de pruebas impertinentes o inútiles (art. 331).

Con referencia a los comentarios que ya tuvimos ocasión de hacer



a propósito del objeto de la prueba (artículo 327), baste resaltar la dificultad de calificar una prueba como inútil, habida cuenta de que cada parte puede haber formulado pretensiones muy distintas y ofrecido una versión radicalmente opuesta sobre los hechos que fundamentan sus respectivas posiciones.

En cualquier caso, llama poderosamente la atención una expresión que se contiene en el artículo 331: "En el rechazo de los medios de prueba por inútiles, cuidará especialmente el Juez de evitar cualquier *prejuicio menos fundado* sobre el resultado previsible de la prueba propuesta". En efecto, no se comprende el término comparativo utilizado, ya que no se dice respecto de qué elemento de referencia puede considerarse menos fundado el prejuicio en que pudiera incurrir el Juez, y menos comprensible aun es la posibilidad de que pudiera incurrir en un prejuicio *más fundado*.

5. Resolución sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas. Prueba ilícita por violación de derechos constitucionales (art. 332).

Merece un juicio favorable la incorporación de esta materia a la Ley de Enjuiciamiento Civil, acogiendo en el derecho positivo lo que hasta ahora había nacido como una construcción jurisprudencial (especialmente desde la STC 114/1984) y tenía reflejo en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



6. Períodos ordinario y extraordinario de prueba (arts. 334 y 335).

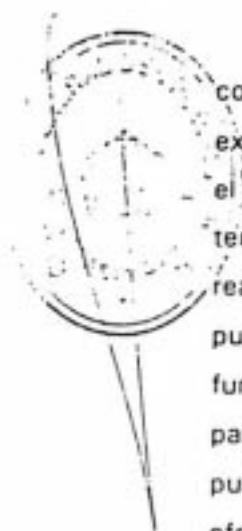
Es necesario en este punto partir de una distinción básica. En un proceso oral y concentrado, como el que se propugna, la práctica totalidad de la prueba se debe practicar ante el Juez o Tribunal, en unidad de acto, quedando en ese mismo momento conclusos los autos y vistos para sentencia. De ahí que la práctica de la prueba deba prepararse adecuadamente, mediante su aportación por las partes o mediante diligencias preparatorias (citación, oficio, requerimiento) que el Juez debe practicar, previa declaración de pertinencia, a instancia de las partes, preferiblemente por sí mismo y sin necesidad de recurrir al auxilio judicial, salvo en lo que resulte estrictamente imprescindible, e incluso anticipando la práctica de ciertos medios probatorios (examen de libros y cuentas, periciales, reconocimiento...). Una buena muestra de ello constituye la regulación contenida en este aspecto en la Ley de Procedimiento Laboral, que podría ser adecuadamente mejorada y perfeccionada. Quedan al margen, exclusivamente, las pruebas que de oficio acuerde pedir el Juez, exclusivamente para completar en algún aspecto esencial sus elementos de conocimiento. De ahí que, en este sentido, la regulación del juicio verbal contenida en el Anteproyecto, que obligadamente ha de completarse con la del juicio ordinario, quede sumamente endeble e incompleta en aspectos tan esenciales como la preparación de la prueba para su práctica en un solo acto, así como sobre el desarrollo de la misma en ese idéntico régimen de unidad procesal.

Por el contrario, si se parte de una actividad probatoria tan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

sumamente desconcentrada y escindida como la que propugna el Anteproyecto, entonces cabe pensar en la ampliación, en caso necesario, de los plazos de práctica de la prueba, posibilitando su efectiva aportación, a fin de que no deba quedar obligadamente relegada al momento final (diligencias para mejor proveer), o incluso para la siguiente instancia, como ocurre frecuentemente en la práctica.



Podría por ello pensarse, al menos en un primer análisis, que constituye una injustificada dilación el establecimiento de un período extraordinario de prueba, no sólo para aquélla que ha de practicarse en el extranjero -como sucedía en la actualidad- sino incluso dentro del territorio nacional, con el solo condicionamiento de que el lugar de realización sea "fuera de la sede del Juzgado que conozca del pleito", puesto que la necesidad de unos plazos tan amplios resulta fundamentalmente del esquema procesal desconcentrado que se utiliza para el juicio ordinario. En esta línea cabe remitirse a lo expuesto en otros puntos de este mismo informe. Con independencia de ello, parece posible efectuar determinadas observaciones en orden a la mejora de este aspecto de la regulación propuesta.

Es cierto que se reducen los plazos actuales del vigente artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se requieren dos requisitos para el período extraordinario: que se solicite por una parte, y que toda la prueba o gran parte de ella sea la que haya de practicarse fuera del lugar en que tenga su sede el Juzgado que conozca del pleito.

En cualquier caso, siempre que nos encontramos con una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

ampliación de plazos, hemos de tener en cuenta que lo que en realidad se persigue es acomodar a la regulación legal la situación práctica real: que la necesidad de practicar por exhorto determinados medios probatorios en otro lugar al del Juzgado competente, conlleva el que transcurre el período de prueba sin su recepción, lo que se solventa normalmente por la vía de remedio de las diligencias para mejor proveer. Si es ésta la finalidad del artículo comentado, siempre partiendo del modelo de juicio ordinario contenido en el Anteproyecto, no parece criticable la disposición.

Lo que no se comprende con tanta facilidad es la ausencia de distinción entre sedes de práctica probatoria dentro y fuera del territorio nacional, pues la diferente distancia o posibilidades de comunicación en uno y otro caso, es evidente que reflejarán un tiempo también distinto. En tal sentido, tal vez fuese más recomendable la introducción de una cláusula de modulación de este período extraordinario, contemplando de manera fija la limitación máxima de los dos meses, pero reservando al criterio del Juez la concesión de los días "imprescindibles" en función de todas las circunstancias concurrentes (la existencia de procurador a quien se le confíe la tramitación del exhorto, la distancia, las disponibilidades prácticas del órgano exhortado) en la línea del vigente artículo 697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. Sanciones por no ejecución de la prueba (art. 337).

El artículo 337 sanciona con multa de 10.000 a 100.000 pesetas al litigante por cuya causa no se ejecutare dentro del plazo ordinario la



prueba que hubiere propuesto.

Dado que en nuestro proceso civil rige el principio de aportación de parte, en su doble vertiente de alegación de los hechos y prueba de los mismos por quien los aporte, la imposición de una multa como sanción al litigante por cuya causa no se practique algún medio de prueba de los que él mismo ha propuesto, no parece fácilmente sostenible. El incumplimiento de la carga de la prueba debe perjudicar a la parte sobre la que pesa en términos meramente jurisdiccionales, de resolución sobre el fondo; nunca a modo de sanción económica.

Naturalmente que si el perjuicio que se causa, por la vía, por ejemplo, de la perturbación en el buen desarrollo del proceso o en el retraso del mismo, resulta trascendente, puede articularse algún tipo de sanción a la temeridad demostrada por el litigante temerario, similar a la que se contempla en la Ley de Procedimiento Laboral, en la línea apuntada en otro punto de este informe.

En cuanto al señalamiento de diligencias de prueba (art. 339), procede en este punto remitirse al modelo de prueba concentrada ya expuesto.

8. Antelación con la que deben ser citadas las partes (art. 340).

Para la práctica "de todas las pruebas admitidas", este artículo señala que las partes serán citadas "con antelación suficiente", pero no especifica qué ha de entenderse por tal, dejando, al parecer, a juicio del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Juez o Magistrado en cada caso, la determinación de este período en función de las circunstancias. Sería deseable, en aras a potenciar el respeto de todas las garantías procesales, como impone el artículo 24 de la Constitución, la fijación de un plazo mínimo de obligatoria observancia.

9. Práctica de prueba anticipada (art. 341).

Antes de la iniciación de un juicio, o durante su curso pero con anterioridad a la fase probatoria, cualquiera de las partes puede solicitar del tribunal la práctica de algún medio de prueba frente al temor fundado de que, "por causa de las personas o el estado de las cosas", dichos actos no puedan celebrarse en el momento procesal generalmente previsto.

Merece un juicio favorable la introducción en el texto procesal de esta posibilidad de llevar a la práctica la realización anticipada de medios probatorios como mecanismo de aseguramiento ante el peligro "fundado" de desaparición del medio o del objeto probatorio.

En los artículos siguientes se regula la forma de proposición de los medios correspondientes, su práctica contradictoria y la custodia de las diligencias que se practiquen en tales circunstancias.

No presenta esta regulación aspectos problemáticos, salvo acaso en un punto: no se establece ningún género de validez temporal a la prueba así practicada, o, mejor aún, ningún tipo de obligación de la parte que ha promovido esta prueba antes de iniciar un proceso, a iniciarlo en



efecto, o acreditar que hubiese alcanzado algún acuerdo con la parte contraria, sin que ello comporte necesariamente una invitación a la litigiosidad. La modalidad preprocesal del artículo 343 del Anteproyecto comporta un anuncio o anticipo del proceso contra una determinada persona, cuyo resultado no debe quedar *sine die* a disposición de la parte, sino llevar aparejada la carga de iniciar en un plazo razonable el proceso propiamente dicho, en aras de la seguridad jurídica y del legítimo interés de la potencial parte contraria, que no puede verse amenazada por un posible proceso durante un tiempo excesivo, tanto como se demore la prescripción de la acción.

Debiera regularse mejor el uso de esta práctica, o garantizar temporalmente que no va a perjudicar al posible demandado. Por ejemplo, podría articularse la obligación de interponer la correspondiente demanda en el plazo de un mes desde la práctica de la prueba anticipada, salvo causa acreditada de fuerza mayor, y bajo sanción de pérdida de validez de la prueba practicada.

10. Obligatoriedad de comparecer a la audiencia. Sanciones (art. 350).

Este precepto permite sancionar con multa de 30.000 a 100.000 pesetas a los testigos y peritos que, debidamente citados, no comparezcan a la audiencia de celebración de las pruebas injustificadamente.

En este terreno se aprecia una ruptura con los criterios generales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

que inspiran el Anteproyecto, proporcionando un elemento de coercibilidad al deber genérico de colaboración con el desarrollo del proceso. Al margen de la opción que en este sentido asiste indudablemente al legislador, debe necesariamente matizarse que la primera incomparecencia injustificada, previa expresa indicación en el momento de la citación, pueda llevar una determinada sanción, susceptible de ser complementada mediante una sanción de cuantía notablemente superior en la segunda incomparecencia, así como la expresa advertencia de que una incomparecencia adicional a una ulterior citación pudiera dar lugar a la deducción del oportuno testimonio para la exigencia de las responsabilidades penales que pudieran proceder. La referencia expresa en el código procesal civil a que la incomparecencia pudiera suponer un delito de desobediencia a la orden judicial, no se compadece con la regulación de los artículos 410 y 412 del Código Penal, que comprenden solamente a las autoridades y funcionarios públicos, o con el delito de obstrucción a la Justicia (art. 463 C.P), que únicamente se refiere a causas penales, e incluso no guarda correlación necesaria con el delito de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes (art. 556 C.P.), o la falta de desobediencia leve a la autoridad o a sus agentes (art. 634 C.P), puesto que la tipificación de esta conducta de forma expresa corresponde al legislador orgánico, mientras que la aplicación del precepto penal al concreto supuesto debatido es materia jurisdiccional.

Cabe señalar también que en ciertos casos y procesos civiles (tutela de derechos fundamentales, procesos de familia, intervención de menores) puede existir un fundamento para la exigencia, al menos



durante la sustanciación del proceso y como consecuencia de la posible afectación de un derecho fundamental, de un deber de reserva y confidencialidad a quienes colaboran con el proceso como testigos o peritos, perspectiva que resulta aún de mayor trascendencia si se trata de configurar la Ley de Enjuiciamiento Civil como ley procesal común a procesos de otra naturaleza (penales comunes y de menores y en general cuando exista una necesidad análoga a la anteriormente apuntada). El establecimiento de semejante principio, y la coercibilidad del mismo mediante un régimen proporcionado y prudente de infracciones y sanciones podría contribuir a evitar efectos negativos sobre quienes se ven afectados directa o indirectamente por el proceso, cubriendo la laguna legal existente y evitando al propio tiempo el recurso a la tutela penal fuera de su ámbito propio.

B) De los medios de prueba y las presunciones (Sección Sexta)

1. Del interrogatorio de las partes (arts. 352 y ss.)

Conforme al artículo 353 del Anteproyecto, las preguntas del interrogatorio se formularán por escrito. El precepto, como el propio párrafo primero de esta Sección, modifica la clásica denominación de este medio probatorio, eliminando la terminología de "confesión judicial", pero mantiene la forma de escrito para la formulación de las preguntas (ya no posiciones) del interrogatorio, que se presentará en pliego cerrado al tiempo de proponer la prueba y se abrirá en el momento del interrogatorio.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Esta regulación es enteramente distinta de las sugerencias al respecto contenidas en el Libro Blanco (pág. 202), donde se señala expresamente que "la prueba ha de practicarse de forma oral, suprimiendo los escritos de confesión, preguntas y repreguntas".

El precepto determina con un criterio excesivamente formalista, aunque indudablemente bien intencionado, la propia estructura del escrito de posiciones. Habrán de separar debidamente los diversos hechos y circunstancias, no incluirán valoraciones, y las que se realicen se tendrán, por no puestas.

Debería establecerse este medio de prueba con total espontaneidad, sin sujeción a una previa formulación escrita, y regularse la formulación de las preguntas no por el Juez, sino directamente por la parte que las propone, previa su declaración de pertinencia, con posibilidad de una intervención judicial para esclarecer todos aquellos puntos que pudieran resultar oscuros en el interrogatorio, bien para aclarar su respuesta o para complementarla con aquellas preguntas que, a la vista del desarrollo de la prueba, pudiesen completar adecuadamente los datos de interés para la resolución del pleito.

2. Admisión tácita de los hechos (art. 355).

La posibilidad de aplicar la institución de la *ficta confessio*, respecto de los hechos consignados en el escrito de demanda y con arreglo a la experiencia facilitada por el proceso laboral, puede resultar de la mayor utilidad en un proceso oral al que la parte demandada no



comparece. Mayores inconvenientes ofrece en la práctica de una diligencia probatoria aislada, particularmente si se relaciona con conceptos jurídicos indeterminados como los de intervención personal y preguntas que exijan respuesta categórica (art. 355.1). En todo caso se requeriría una expresa advertencia en el momento de la citación, y el previo conocimiento por la parte de las posiciones formuladas, lo que resulta difícil, por no decir imposible, si se presentan en pliego cerrado (art. 353.2).

3. De los documentos (parágrafos 2º y 3º).

a) Concepto de documento (arts. 368, 375 y 385).

Con carácter general cabe decir que el concepto de documento en el Anteproyecto se aproxima a un planteamiento doctrinal clásico, que puede estimarse superado por la realidad normativa y social, con la representación en papel de un pensamiento, voluntad o dato fáctico.

Esta línea, plasmada en los artículos 368, 375 y 385 del Anteproyecto, debe ser revisada para acomodar esta concepción a una época en que la transcripción en papel de pensamientos, ideas, informes, registros, contratos, etc., está siendo progresivamente sustituida por la generalización de las herramientas informáticas, el soporte electrónico y los medios audiovisuales. No parece, en efecto, que los medios electrónicos o informáticos tengan adecuada cabida dentro de la literal redacción del artículo 375, conforme al cual son documentos privados todos los que no sean enumerados como documentos públicos, ni en la



expresión "otros documentos" que aparece como *numerus apertus* en el artículo 384.

El Anteproyecto parece decantarse por la inclusión de estos medios y soportes técnicos dentro de la prueba de reconocimiento judicial, al referirse en su artículo 403 al examen de lugares, "objetos" o personas.

En tal sentido podría hacerse referencia al concepto más avanzado, que ofrece de documento el artículo 26 del vigente Código Penal, aunque ciertamente sin agotar una definición precisa, como "todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria" y precisarse aun más este concepto en el código procesal civil, siguiendo la tendencia más moderna a la extensión del concepto de documento, de acuerdo asimismo con la legislación civil sobre propiedad intelectual.

b) Momento de presentación de los documentos.

El Libro Blanco de la Justicia (pág. 202) señaló que "Los documentos han de ser aportados inexcusablemente por las partes con sus escritos. Cuando ello no sea posible las partes han de estar facultadas para obtenerlos sin necesidad de oficios o mandamientos judiciales".

Esto ha de ponerse en relación con los artículos 266 y siguientes del Anteproyecto, que regulan la obligatoria presentación de documentos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

con la demanda. En particular, el artículo 267.1 obliga a que se acompañen a la demanda o contestación los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden, excepcionándose en el párrafo 5 de este mismo precepto aquellos documentos y dictámenes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se pongan de manifiesto a consecuencia de alegaciones de la parte contraria. La regulación contenida en estos preceptos, como los demás que componen la misma Sección, merece un juicio favorable, sobre la base de que las partes han de aportar todos los medios de prueba que estén a su disposición, quedando para la posible solicitud de los mismos por conducto judicial aquéllos que no les sean accesibles directamente.

4. Del dictamen de peritos (párrafo 6º)

a) Peritos designados por la parte y de designación judicial (art. 386).

El artículo 386 define la prueba pericial, de manera acertada y de conformidad, por otra parte, con el concepto tradicional, como la emisión de un dictamen por quien posea conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos. Distingue también muy adecuadamente el Anteproyecto entre la prueba pericial directamente ofrecida por la parte, en cuyo caso los dictámenes elaborados por los peritos de la propia parte habrán de acompañarse a la demanda o la contestación (art. 386.2), y aquellos que, a solicitud de la parte, son



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

designados por el órgano judicial. Es acertado también disponer cuál ha de ser, en términos generales, el contenido de los dictámenes (art. 388), si bien debería precisarse aun más esos mismos términos, aun admitiendo que en la práctica, según la pericia de que se trate, requerirá un contenido diferente. Es redundante la referencencia a los documentos al inicio y al final del número 2 de este mismo precepto, mientras que la alusión a "instrumentos" y "materiales" es equívoca, pudiendo ser sustituida por "documentos y cualesquiera otros elementos de conocimiento..." u otra análoga. Partiendo del carácter indicativo y referencial de la estructura del dictamen pericial que debe incluir la ley, parece que en el mismo debería añadirse, en primer lugar, una mención específica y detallada del contenido del encargo profesional recibido, puesto que los términos en que éste haya sido formulado puede condicionar el desarrollo del dictamen y limitar su eficacia probatoria. En segundo lugar, la exposición del contenido del dictamen y, finalmente, las conclusiones obtenidas por el perito en torno al objeto de la pericia, de manera precisa y concreta, con la expresa salvedad de que no podrá prejuzgarse en el dictamen sobre el pronunciamiento a dictar.

b) Práctica de la prueba pericial.

El Anteproyecto señala que podrán ser recusados los peritos de designación judicial. A su vez los demás peritos, que el Anteproyecto denomina poco acertadamente "peritos no recusables", pueden ser objeto de tacha cuando concurren determinadas circunstancias. Sin embargo, el hecho de que el perito sea designado por la parte y su dictamen aportado no implica que su actuación profesional no deba ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID



en principio independiente y objetiva, salvo en lo que se refiere al cobro de honorarios de la referida parte, por lo que el trámite indicado en ambos casos, con alguna especialidad, podría ser el de recusación. Además, carece de sentido ampliar a los peritos, aunque sean los de parte, un trámite como el de la tacha de testigos (arts. 394 y 395), cuya inoperancia está sobradamente demostrada en la práctica. Si el profesional está irremisiblemente afectado en su independencia y libertad de criterio, no debe permitírsele intervenir, o su dictamen debe reputarse nulo de pleno derecho una vez acreditada esta circunstancia, conforme al régimen general de inadmisibilidad de los medios probatorios en el primer caso (art. 331) y en el segundo conforme al régimen de declaración de ilicitud de la prueba una vez practicada (art. 333). Finalmente, de modo subsidiario y con independencia de lo anterior, si las circunstancias apreciadas no perjudicaran plenamente el medio probatorio, pero limitaran su eficacia, las partes, en la valoración de la prueba, pueden referirse a todas esas circunstancias y así podría ser indicado también expresamente el Anteproyecto.

La proposición de la prueba pericial debe responder a un momento único, en lugar de depender de las vicisitudes ulteriores (dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda, art. 389), aunque pueda desde luego proponerse, como requiere frecuentemente la práctica procesal, como subsidiaria o complementaria de otro medio probatorio (cotejo de letras, art. 400), particularmente cuando se trata de medios mixtos, que precisan determinar las condiciones de autenticidad de ciertos medios probatorios como los que anteriormente han sido mencionados al hablar de los documentos. Tal es



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

señaladamente el caso de los documentos sonoros, visuales, gráficos, informáticos... La práctica de este medio de prueba puede hacerse también concentradamente con el resto de la prueba, con independencia de que ello requiera la previa insaculación o sorteo, en el caso del perito designado judicialmente.

Particular mención debe hacerse del carácter dispositivo con el que se configura la pericial, hasta el punto de que el órgano judicial no puede solicitar, no ya la prueba misma, sino ni siquiera que se amplíe, (art. 398.4). Por el contrario, la realidad exige que, para asegurar la mayor eficacia, acierto y corrección del pronunciamiento judicial, y de la tutela que reciban las partes, el juez pueda disponer de los elementos técnicos o científicos de conocimiento absolutamente indispensables. Piénsese en los asuntos de responsabilidad civil por uso y circulación de vehículos de motor, respecto del reconocimiento por ciertos centros oficiales o por los servicios médicos-forenses, y en general, en asuntos en los que no es posible materialmente resolver, simplemente con la aplicación de las reglas sobre valoración y carga de la prueba, sin completar en la medida imprescindible los elementos de conocimiento de que dispone el Juez o Tribunal, algo que puede resultar todavía más necesario en el caso de la pericial.

No sería ocioso complementar, para el caso de la prueba pericial, las disposiciones del Anteproyecto en el sentido de que cada parte haya de atender las costas causadas a su instancia a medida que se van produciendo (art. 235), disposiciones que, desde luego, resultan particularmente útiles en el caso de la pericial propuesta por una de las



partes. Se podría facultar expresamente al Juez para que dispusiera, cuando así lo requieren la importancia del asunto y la naturaleza y trascendencia del dictamen a emitir, que el dictamen o pericia pudiera ser depositado en pliego cerrado en el Colegio o Institución profesional a que pertenezca el perito, donde podría la representación procesal de la parte recogerlo para su remisión en la misma forma al órgano jurisdiccional, satisfaciendo en el acto de la recogida los honorarios de la pericia. Se evitaría con ello una situación, frecuente en la práctica en asuntos de cierta trascendencia, en la que la parte interesada en el dictamen pericial pone trabas posteriormente a la percepción de los honorarios si el sentido del dictamen no le beneficia, condicionando así inevitablemente en alguna medida la libertad de criterio del profesional.

5. Del interrogatorio de testigos (parágrafo 7º).

a) Presentación de los testigos por la parte (art. 411).

Ha de convertirse en regla general la alternativa que ofrece el número 2 del artículo 411 del Anteproyecto: que los testigos sean aportados al proceso (no sólo propuestos) por la parte, de tal forma que tan sólo en casos de necesidad -debidamente acreditada- sean citados por el órgano jurisdiccional para comparecer a su prueba.

b) Formulación de las preguntas por escrito (art. 413).

Nos remitimos a las observaciones apuntadas al artículo 353 del Anteproyecto, por apreciarse también en este caso los serios



inconvenientes del interrogatorio escrito, todo ello en línea con las recomendaciones contenidas en el Libro Blanco, sin perjuicio de las especialidades que sean necesarias para su práctica por auxilio judicial. El anteproyecto sigue contemplando la presentación anticipada y por escrito de preguntas "numeradas y concretadas a los hechos controvertidos", sin que se abandone la rigidez del interrogatorio como impone claramente el artículo 424.1. Debería haberse potenciado la posibilidad de formular las preguntas a los testigos de forma oral, favoreciendo una mayor espontaneidad e improvisación por quienes formulan el interrogatorio y quienes responden a él como testigos, algo que en parte admite el propio Anteproyecto al posibilitar en definitiva que se realicen preguntas por el propio Juez o Tribunal (art. 424.2) y un interrogatorio cruzado en el mismo acto (art. 424.3).

c) Preguntas de las otras partes (art. 414).

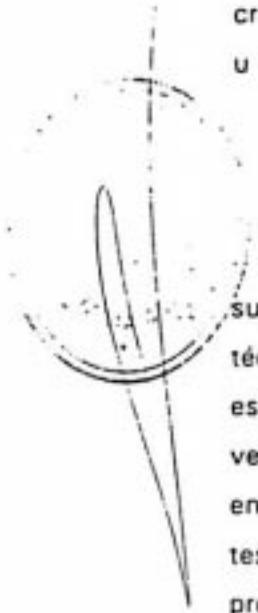
El Anteproyecto sustituye las actuales repreguntas por lo que denomina "preguntas de las otras partes". En su Introducción (párrafo IV) se justifica esta regulación en base a criterios de claridad y modernización. Ha de valorarse positivamente la intención del nuevo texto de asegurar la confidencialidad de las preguntas (se habla de "pliego cerrado") pero hemos de insistir en el formalismo que impone la formulación obligatoria escrita, excesivamente ritualizada. Parece más razonable generalizar la fórmula del artículo 424 números 2 y 3 del Anteproyecto, que sí merece una valoración favorable.

En cuanto a la figura del careo entre testigos y entre éstos y las



partes (art. 425), si bien esta novedosa figura ofrece importantes posibilidades de conocimiento de la realidad extraprocesal y debería mantenerse, cuando menos respecto de los testigos, sería conveniente también encontrar una terminología menos similar a la del enjuiciamiento criminal (art. 451 LECRIM), como podría ser la de interrogatorio conjunto u otra similar.

d) Introducción de la figura del testigo-perito (art. 422).



Ha de merecer una crítica favorable la expresa regulación del supuesto en que un testigo posea conocimientos científicos, artísticos o técnicos, y el valor probatorio de sus manifestaciones. Tradicionalmente, esta figura presentaba límites controvertidos, camuflándose muchas veces auténticas pruebas pseudopericiales a modo de testifical (piénsese en el supuesto típico de los médicos que intervenían en calidad de testigos en procesos sobre responsabilidad civil por negligencia profesional).

Ahora bien; sobre el concepto de testigo/perito no es nuevo el debate en torno al papel que debe reconocerse a las exposiciones fácticas realizadas por los conocidos "detectives o investigadores privados", tema que -con esta denominación- no se trata en el Anteproyecto.

La naturaleza de esta controvertida figura, que contiene algunos elementos propios de la pericial, y otros de la testifical, si bien la doctrina tiende hacia la naturaleza predominantemente testifical (STS-4* de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

26.11.1986, 19.7.1989, 7.3.1990), y su frecuente utilización en la práctica, requieren, en cualquiera de ambos casos, que la ley establezca algún tipo de prevención al respecto.

El artículo 19.1.a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, señala que los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas, se encargarán de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados. El resultado de sus trabajos o investigaciones puede plasmarse en informes, grabaciones, documentos, etc... que, siempre naturalmente que respeten escrupulosamente los derechos fundamentales de la persona y observen con todo rigor la reglas de conducta profesional, pueden ser de utilidad en el proceso, aun con las necesarias reservas sobre una prueba preconstituida y objeto de previo encargo. Este medio de prueba debe ser materia de una expresa regulación sobre su posible acceso al proceso, condiciones mínimas de obtención y autenticidad para que puedan tener eficacia y, en su caso, valor probatorio del resultado obtenido.

e) Respuestas escritas a cargo de personas jurídicas (art. 431).

Un aspecto novedoso del Anteproyecto es la regulación de la emisión de informes por escrito por parte de entidades o personas jurídicas por hechos de su actividad relevantes para el proceso "que no quepa individualizar en personas físicas determinadas", ya que en tal caso se procedería a la citación de estas últimas como testigos. Puede considerarse como una previsión legal sumamente oportuna, para asegurar el conocimiento de determinados extremos de hecho sobre los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

28071 MADRID

cuales, cuando intervienen entidades de cierta complejidad, puede no llegarse a conocer con certeza lo ocurrido, apreciándose sin embargo una directa intervención corporativa de la entidad en su conjunto. Esta nueva fórmula probatoria debe ser considerada como una modalidad probatoria complementaria de la testifical, ya que se regula en el mismo párrafo que ésta última, mientras que el interrogatorio de las personas jurídicas que son parte en el proceso se recoge en los artículos 360 y 366, según se trate de personas jurídico-privadas o una Administración Pública. Se sustituye la fórmula tradicional de citación como testigo al legal representante de la entidad de que se trata, por el requerimiento de informe por escrito cuando resulte imposible individualizar en personas determinadas el conocimiento de lo que al proceso interese.

Nuevamente aparece una sanción económica de multa de 25.000 a 100.000 pesetas para la entidad de Derecho privado que no remita al tribunal en el plazo de quince días las contestaciones escritas requeridas, o apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial para la persona física responsable del incumplimiento.

Al margen de los comentarios ya realizados sobre las sanciones a peritos y testigos por incumplimiento de su actividad probatoria, llama la atención que se reduzca esta sanción en el artículo 431 tan sólo a las entidades de Derecho privado, sin asegurar debidamente mediante las fórmulas que pudieran corresponder la colaboración de todo tipo de Administraciones Públicas y Entidades de Derecho Público con el proceso, en cumplimiento del mandato constitucional (artículo 118 C.E.), a menudo reticentes a facilitar datos de relevante interés para la causa,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

siempre que no obren en archivos públicos a los que las partes pudieran tener acceso.

f) Deber de exhibición de entidades oficiales. Exhibición por terceros.

Muy positivamente debe destacarse el principio recogido en el artículo 383 del Anteproyecto, con independencia de algunas precisiones de detalle sobre su redacción. Tanto en la fase declarativa, como en la de ejecución, la posibilidad de disponer de cualesquiera elementos de conocimiento necesarios constituye una exigencia del sistema jurídico, que se relaciona directamente con el núcleo constitucionalmente garantizado del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, de ahí que la Constitución Española establezca el deber general de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto (art. 118). Por otra parte, tanto por su carácter de restricción del ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 C.E.), como por la afectación que comporta de los derechos fundamentales a obtener tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y a disponer de los medios de prueba necesarios (art. 24.2 C.E.), el establecimiento de límites al deber de colaboración con los Juzgados y Tribunales, de acuerdo con la reserva de ley orgánica del artículo del artículo 122.1 de la Constitución, está regulado en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las



excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.

De ahí que, no obstante la bondad y oportunidad del propósito que inspira el precepto, haya que referirse más precisamente en este punto del texto del Anteproyecto (art. 383, número 1, en su parte final) a aquellos casos en los que se haya producido la declaración legal o clasificación de un dato o documento como de carácter secreto o reservado (art. 3 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por Ley 48/1978), y no, como hace el Anteproyecto, a la categoría de confidencial, no prevista en dichas disposiciones, que puede comportar un elemento de equívoco respecto de otros conceptos y categorías bien diferentes, como pueden ser las excepciones al principio de publicidad y transparencia de la actuación administrativa respecto de los ciudadanos (art. 105 b) C.E., art. 3.1. g) Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o la exigencia de sigilo o de confidencialidad que vinieran impuestas a autoridades y funcionarios, basada en el principio de eficacia (art. 103.1 C.E.). Con mayor fundamento aún cabe decir lo anterior respecto de la disposición contenida en el número 2 del mismo artículo, puesto que la expresión utilizada ("deber legal de secreto") es aún todavía amplia e incondicionada. Si las diversas categorías de secreto oficial fueran modificadas, como apuntaba en su momento el Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de Secretos Oficiales, informada por este Consejo General del Poder Judicial con fecha 6 de noviembre de 1996, quedaría en tal sentido necesariamente alterada también la dicción de este



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

precepto, que debe por el momento responder a los textos legales en vigor.

Cabe señalar también que, dejando al margen el terreno de los secretos de estado, no se ajustaría a las exigencias constitucionales un deber de sigilo por parte de los organismos y administraciones públicos que impidiera absolutamente el acceso de los Jueces y Tribunales a determinados elementos de conocimiento, por lo que resulta notoriamente insatisfactoria la vigente regulación del artículo 113 de la Ley General Tributaria, que no permite el acceso a datos de trascendencia tributaria por los Jueces y Tribunales, salvo en procesos penales y en determinados procesos civiles (apartados a) y f) del mencionado precepto), mientras que dichos datos pueden ser facilitados a otros organismos por diversas razones, sin duda laudables, como puede ser la mayor eficacia de la actuación administrativa, el cobro de deudas tributarias o la lucha contra el fraude fiscal o el cobro indebido de prestaciones o pensiones públicas, pero sin vinculación con un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva. Incluso cuando se trata de datos de carácter personal, de acuerdo con el artículo 11.2.d) de la Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de este tipo de datos autoriza la cesión sin el consentimiento del afectado cuando tenga por destinatarios los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas. Asimismo, de acuerdo con la Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, en su artículo 7, apartados c) e) y f), así como en el artículo 8.2, se permite el tratamiento de estos datos o el acceso a los mismos cuando se trate de obtener el cumplimiento de una obligación jurídica, en satisfacción del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28001 MADRID

interés legítimo del tercero o terceros a los que se pueda comunicar los datos, salvo que deba prevalecer absolutamente el derecho o libertad fundamental del titular de estos datos, o bien, finalmente, cuando sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial, incluyendo los datos sensibles especialmente protegidos conforme a la misma Directiva.

En el momento actual, si bien por Ley 5/1997, de 27 de noviembre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución, se posibilitó mediante una nueva redacción del artículo 1454 de dicha Ley la obtención de información de la autoridad tributaria para hacer efectivos los embargos, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social procedió a restringir el ámbito de aplicación del anterior precepto, señalando que esta información solamente se facilitaría por la Administración Tributaria en los supuestos de los apartados a) y f) del artículo 113 de la Ley General Tributaria, es decir, a solicitud del Ministerio Fiscal y de los Juzgados y Tribunales en la investigación de delitos y faltas y en los procedimientos civiles de protección de menores e incapacitados. No parece por todo ello que el marco normativo contenido en la actual redacción de la Ley General Tributaria, a pesar de la adición del inciso f) (menores e incapacitados) pueda considerarse un instrumento suficientemente válido y respetuoso con los superiores intereses y derechos fundamentales afectados. En sentido radicalmente opuesto hay que mencionar que la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en su artículo 41.2 exceptúa expresamente de la prohibición de información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral aquellas solicitudes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

que se cursen por conducto judicial. De ahí que el Anteproyecto acierte al mencionar en el artículo 155 la posibilidad de dirigirse a distintas entidades y centros oficiales para determinar el domicilio de las partes, incluido el padrón municipal.

Cabe también advertir la necesidad de algunas precisiones terminológicas. El Anteproyecto, alude en diferentes preceptos a las administraciones públicas de distinta forma, así "entidades públicas" (art. 431), "dependencias" del Estado y entidades de Derecho Público (art. 383), Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, Municipio u organismo de Derecho Público (art. 336.1), no guardando la necesaria precisión terminológica y la coherencia, que sería deseable, partiendo del marco normativo proporcionado a estos fines por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley de Asistencia Jurídica al Estado, siendo preferible, probablemente, la mención genérica de administraciones públicas (art. 2 LRJyPAC), denominación común a todas las administraciones y organismos de carácter público, dotadas cada una de ellas de personalidad jurídica propia (art. 3.4 LRJyPAC), con independencia de la concreta titulación y personificación dada por la ley en cada caso.

Se establece en el Anteproyecto una drástica prohibición de que se pueda obligar a terceros no litigantes a exhibir documentos de su propiedad, con la mención añadida, "salvo las acciones que puedan asistir al que los necesitare", de no muy precisa inteligibilidad, puesto que si quiere decir que en otro proceso o juicio puede tenerse acceso a



ellos como titulares de una acción, entonces en ese juicio ya no serían terceros no litigantes los poseedores del documento. La mención a la propiedad del documento tampoco es muy afortunada, porque pudiera sugerir que la posesión o la mera tenencia de hecho, a título distinto del dominical, no quedaría cubierta por la prohibición legal. En todo caso se trata de una restricción que no está justificada en cuanto a las posibilidades de aporte probatorio, limitando el principio general de colaboración con los Tribunales al que tan repetidamente se ha tenido ocasión de aludir a lo largo de este informe. Otra cosa es que se establezca la necesidad de una expresa motivación, particularmente en cuanto a la identificación del documento o elemento de conocimiento de que se trate y a su necesidad en orden a completar la cognición del órgano jurisdiccional en el concreto caso, así como la posibilidad de dejar constancia mediante copia o testimonio del mismo sin privar al legítimo titular no litigante de tal documento. Tampoco parece coherente el precepto con la ilimitada posibilidad de citar como testigo al poseedor de semejante elemento documental, a quien se podría solicitar declaración sobre el mismo y sin embargo, según el concreto precepto comentado, no se le podría solicitar su exhibición. imitación en cuanto a la exhibición de elementos probatorios.

C) De la conclusión del proceso y la sentencia (Sección Séptima)

1. Escrito de conclusiones y celebración de vista (arts. 436 y 437).

Se mantiene en estos dos artículos el actual trámite de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

conclusiones como fase final de intervención de las partes en el proceso. El período para la presentación del escrito resumen de las pruebas y comprensivo de su valoración por las partes, es de diez días a partir de la finalización del período de prueba, pudiendo solicitar la parte que se celebre, como alternativa a la exposición escrita, vista pública.

El Anteproyecto deja al arbitrio del órgano jurisdiccional, la celebración o no de la vista, según "la naturaleza del asunto", sin mayor especificación, de modo que la oralidad pretendida (ap. IV párrafo tercero de la Introducción) puede quedar notablemente desvirtuada por la aplicación práctica del precepto. Es más, incluso celebrándose vista, las partes podrán entregar nota escrita (art. 437.3). Sin embargo tales efectos se evitarían desde luego mediante la práctica en unidad de acto de la prueba seguida de su valoración por las partes, de modo que las manifestaciones escritas quedaran necesariamente reservadas a determinadas actuaciones de prueba singulares y específicas que, bien por iniciativa de las partes, bien por decisión del órgano jurisdiccional, fuera necesario practicar después de dicho acto, como sería el caso de las diligencias finales.

2. Diligencias finales (art. 439).

Las actualmente conocidas como "diligencias para mejor proveer" pasan a tener nueva denominación. En realidad no se trata de una mera cuestión de preferencia terminológica; es que no nos encontramos ante la misma figura.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

En primer lugar, lo más llamativo de la nueva regulación es que el artículo 439 permite la práctica de estas diligencias de prueba "sólo a instancia de las partes en el escrito de conclusión", salvo las excepciones previstas en el art. 440 del Anteproyecto.

Esta regulación, que sustrae la posibilidad actual de que el Juez, de oficio, acuerde la práctica de determinadas diligencias de prueba, salvo las excepciones señaladas anteriormente, es acorde con el espíritu de refuerzo del principio de aportación de parte que inspira el Anteproyecto. Baste comprobar como en los artículos 214, 215 y 216 del texto sometido a informe, se establece con absoluta claridad la vinculación del tribunal a las "aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes" (art. 214), estableciéndose también la consecuencia de desestimación de aquellas pretensiones cuyo protagonista no cumpliera con la carga de probar los hechos en que se sustenta (art. 216). Puede añadirse en favor de la regulación del Anteproyecto que, debidamente completado en los términos que ahora se proponen, presentaría la virtualidad de servir para integrar determinadas diligencias de prueba o para practicar algún nuevo medio probatorio, así como también, en última instancia, para recuperar algún elemento de conocimiento que no se hubiera aportado en su momento, haciendo innecesario que dichos medios hubieran de ser finalmente aportados en la segunda instancia.

Hemos de partir en cualquier caso de la moderación o prudencia que ha de observar en el proceso el Juez, a fin de no incurrir en falta de imparcialidad, favoreciendo con sus decisiones lo que gráficamente ha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

venido definiendo el Tribunal Supremo como "inadecuada inactividad probatoria de las partes", que puede llegar a romper la obligada posición de neutralidad del juzgador, supliendo la inactividad probatoria de las partes. Sin embargo, de ahí a suprimir la posibilidad de acordar de oficio la práctica de diligencias finales, media una enorme distancia. Hay que pensar que pueden existir para el Juez dudas sobre los hechos relevantes para la decisión", fácilmente originadas en la defectuosa o incompleta actividad probatoria de las partes, tenga que concluirse en la sentencia la desestimación de las pretensiones que se amparen en tales hechos. Pensemos que el juego posterior de la institución de la cosa juzgada, impedirá el nuevo planteamiento de la pretensión, y con ello se consolida una solución jurídica que no satisface las justas pretensiones por haber sido defectuosamente acreditadas.

El Anteproyecto debería incorporar la posibilidad de que el Juez pudiese acordar la práctica de oficio de todas estas diligencias. Si a esta posibilidad se refiere el párrafo 4 del artículo 440, la redacción -además de concordarse con el 439- debería mejorarse. En efecto, de los términos del artículo 440, resulta que tan sólo procederán las diligencias finales para: a) la práctica de aquellos medios propuestos en su día por las partes y no practicados por causas ajenas; b) probar los hechos nuevos o de nueva noticia; y, c) acreditar hechos defectuosamente probados por circunstancias independientes de la voluntad de las partes.

Así es, la prueba debe quedar completada en la instancia, como regla general, evitando que por razones diversas, como ocurre en la actualidad, gran parte de los elementos probatorios principales de un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

litigio se practiquen, cuando finalmente se practican, en la apelación. Con ello se distorsiona gravemente el sistema, puesto que en realidad la fase de instancia no se ha agotado plenamente, ya que el juez no ha dispuesto de todos los elementos de conocimiento y el Tribunal de apelación dicta lo que constituye en realidad un primer pronunciamiento, y no un juicio revisorio, sobre el núcleo esencial del litigio. Todo ello con independencia de que también ese primer pronunciamiento pleno y completo pueda satisfacer igualmente el derecho fundamental, entre otras razones, porque el criterio sobre la pertinencia y admisibilidad de la prueba puede diferir respecto del aplicado por el juez de instancia.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TITULOS II, III, IV.

De los recursos, de la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde y de la revisión de sentencias firmes.

1.- El sistema de recursos en el Orden Jurisdiccional Civil.

En el Libro Blanco de la Justicia (pág. 149), se indica que "en los procesos de mayor incidencia en la jurisdicción civil, la media de duración es inferior a un año en primera instancia y que, sin embargo, en las instancias superiores, donde el número de asuntos disminuye notablemente, la duración de los recursos es excesiva. Se puede afirmar que, en este momento, la media para resolver un recurso de casación se eleva hasta casi tres años y que su evolución tiende, sin duda alguna y de no mediar reformas procesales y orgánicas, a que cada año aumente en cuatro meses su tramitación. En el año 2.000, de seguir esta evolución, un asunto civil tardará en casación cuatro años. A partir de entonces cada tres años aumentará uno más, de modo que en el año 2.003 un recurso de casación puede tardar cinco años en resolverse".

Más adelante, en el propio Libro Blanco (pág.164), se pone de manifiesto cómo el mayor nivel de resolución por parte de los Juzgados y una cierta paralización del aumento del número de magistrados de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

secciones civiles de las Audiencias Provinciales han llevado a una situación en la que hay ya órganos colegiados cuyo nivel de dilación en la apelación está cercano a los dos años, proponiéndose seguidamente diversas actuaciones sobre la planta.

Es importante, por tanto, partir de la incidencia que sobre la aplicación efectiva de la nueva Ley procesal civil tiene la elección de un sistema de recursos ágil y efectivo. De acuerdo con los datos anteriores, en la actualidad, con un esquema de procesos declarativos tan complejo e inadecuado como el de la legislación vigente, los esfuerzos por agilizar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales pueden verse frustrados por la demora en la resolución de los recursos, que llega a duplicar (apelación) o triplicar (casación) el tiempo invertido previamente en la instancia, riesgo que se incrementa en la misma proporción en que los distintos recursos o remedios procesales puedan ser, y sean de hecho, utilizados más de una vez en un mismo proceso. Pues bien, en el caso de que se consiguiera finalmente diseñar un procedimiento en primera instancia suficientemente ágil y adecuado, de acuerdo con las consideraciones expuestas al respecto en este mismo Informe, un sistema ulterior de recursos poco acertado podría llegar a malograr los efectos positivos conseguidos en la primera fase del proceso. El propio Libro Blanco de la Justicia (pág. 181) destaca que, "frente a lo que se pensaba, la comprobación realizada...en los distintos territorios ha demostrado que la afirmación de mayor dilación equivale a más recursos no es totalmente exacta. Es decir, se recurre un nivel parecido de resoluciones en aquéllas Audiencias que no tardan más de tres meses en resolverlos que en aquéllas que superan el año. Parece estar, pues, más



justificada la tesis de quienes opinan que, mientras haya posibilidad, habrá recurso."

El recurso constituye, desde luego, un medio de asegurar el acierto y corrección de la resolución final que ponga fin al proceso y es también una importante garantía que pone la ley a disposición de las partes, para lograr esa misma finalidad. Pero la doctrina del Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de destacar, como "elemento esencial del contenido de la tutela judicial" la posibilidad de acceso a la justicia, cuyo contenido consiste en "provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un juez (STC 19/1981)". Es en este nivel de acceso, o entrada, donde "funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que eventualmente puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes" (STC, Pleno, 37/1995, de 7 de febrero).

Prosigue el Tribunal Constitucional en esta misma Sentencia señalando que el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

28071 MADRID

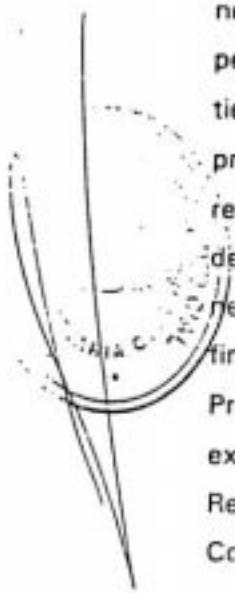
existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988, 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983). No se deben olvidar, al respecto, los procesos en única instancia, muy frecuentes en el esquema de competencias de todos los Tribunales Supremos.

Corresponde, pues, a la soberanía del legislador establecer procesos de instancia única o de doble instancia, así como ulteriores recursos extraordinarios. Este Consejo General del Poder Judicial, por su parte, puede coadyuvar a la labor legislativa, mediante el ejercicio de su potestad de informe, facilitando los necesarios elementos de experiencia, resultado de la aplicación de los precedentes normativos anteriores por los órganos jurisdiccionales, así como también las sugerencias o indicaciones que procedan, siempre dentro del respeto a la soberanía legislativa, sobre las consecuencias que uno u otro sistema puedan tener sobre el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales y sobre la tutela judicial que en definitiva vayan a recibir finalmente los destinatarios del pronunciamiento jurisdiccional. El órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial se encuentra para dicha labor en una posición institucional especialmente relevante y sumamente idónea, máxime si se tiene en cuenta que, con ocasión de los trabajos de elaboración del Libro Blanco de la Justicia ha procedido a llevar a cabo distintos estudios y a recoger con la máxima amplitud la opinión de todos los órdenes y niveles de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Jurisdicción.



De este modo, la multiplicación excesiva de recursos o remedios procesales, una vez aseguradas suficientemente en las fase procesales previas las garantías de audiencia y contradicción de las partes, ocasiona necesariamente dilaciones en el tiempo de tramitación en su conjunto, en perjuicio de todos los intervinientes en el proceso, y sobrecarga al propio tiempo de trabajo los Tribunales, dando ocasión a la expresión de pronunciamientos de diverso signo, eventualmente contradictorios, respecto de otros dictados en el mismo o en otros órganos del mismo o de distinto grado o ámbito territorial, sin asegurar tampoco necesariamente el mayor acierto y corrección de la resolución que finalmente recaiga en cada uno de los concretos procesos sustanciados. Procede por tanto en este punto dar por reproducidas las consideraciones expuestas a este respecto en el Informe al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Pleno del Consejo General con fecha 12 de agosto de 1996 (apartado III, 3.2).

El Anteproyecto sometido a informe contiene un muy amplio abanico de recursos o remedios procesales. Como recursos en sentido estricto, se contemplan los de reposición, apelación, recurso extraordinario por infracción procesal, casación, en interés de ley y queja. Como remedios procesales o procesos impugnatorios hay que añadir la solicitud de aclaración (artículo 206), la solicitud de declaración de nulidad de resoluciones y sentencias (artículo 226), la audiencia al rebelde (artículo 504) y la revisión de sentencias firmes (artículo 512).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

La utilización abusiva de estos recursos o remedios, varios de los cuales pueden ser formulados, incluso, de manera sucesiva o en más de una ocasión en un mismo proceso, al margen de la finalidad legalmente prevista para cada uno, puede ocasionar interminables dilaciones en la tramitación de los procesos, con perjuicio para los derechos de las demás partes y el propio interés público. Ello obliga, por un lado, a cuestionar de manera estricta la procedencia de cada uno de los remedios o medios impugnatorios y cuál deba ser el ámbito que deba reconocerse a los mismos, así como a examinar los requisitos de procedibilidad y efectos del pronunciamiento dictado, reforzando en consecuencia, siempre con exquisito respeto a las garantías y formalidades procesales, las facultades de inadmisión y rechazo preliminar de los Jueces y Tribunales por inobservancia de los presupuestos establecidos o por la existencia de abuso de derecho o mala fe procesal en su utilización.

No debe olvidarse, en efecto, que evitar la introducción de dilaciones indebidas en el proceso constituye, en primer lugar, una obligación estructural del sistema de Administración de Justicia, en cuanto a la duración del proceso en su conjunto, puesto que las partes tienen derecho a utilizar cuantos recursos les ofrezca la legislación (STEDH "Pretto y otros", de 8 de diciembre de 1983, párrafo 34) y, en segundo lugar, de cada uno de los órganos del Poder Judicial, cuyo comportamiento en cada caso concreto constituye uno de los elementos relevantes a estos mismos fines. Por el contrario, para el litigante de mala fe, la utilización indebida de los remedios procesales al margen de su finalidad puede permitirle, con escaso coste, la obtención de un resultado altamente remuneratorio, a costa de las demás partes y de los recursos



públicos, que han de sufragar tanto las actuaciones inútiles o innecesarias del sistema público de Administración de Justicia como el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios causados por el retraso a la parte que obra de buena fe.

2.- Sistema de recursos del Anteproyecto.

El Título II del Anteproyecto, que regula los recursos, contiene en su primer capítulo unas disposiciones generales, destinadas a desarrollar, sucesivamente, bajo el lema "Del derecho a recurrir" el principio del gravamen o del vencimiento, complementado mediante unas reglas especiales, que en realidad no regulan el nacimiento del derecho a recurrir, sino unos requisitos o condiciones de ejercicio del mismo (pago o consignación de las rentas vencidas en procesos de desahucio, consignación del importe de la condena en procesos de reclamación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor), así como la figura del desistimiento del recurso.

El sistema de recursos configurado por el Anteproyecto comprende:

a) Como recurso contra las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier órgano jurisdiccional civil, sea unipersonal o colegiado, se admite el recurso de reposición, englobando así en una sola figura los recursos de súplica y reposición de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso se debe interponer en el plazo de cinco días, con cita de la disposición infringida y contra el auto que resuelva el



recurso no procederá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al interponer recurso contra la resolución definitiva que recaiga.

b) Las sentencias y los autos definitivos pueden ser recurridos en apelación dentro del plazo de diez días (artículo 461). El recurso se debe preparar, sin embargo, dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación (artículo 463), mediante un escrito limitado a citar la resolución recurrida y, en su caso, los pronunciamientos que se impugnan, con ulterior emplazamiento por veinte días y remisión de los autos, seguido de la personación e interposición del recurso por el apelante ante el Tribunal de apelación dentro del plazo de emplazamiento. Se celebra vista si se hubiera practicado prueba en segunda instancia o cuando, a solicitud de alguna de las partes, el Tribunal lo estime necesario.

c) Contra las sentencias dictadas en apelación cabe optar entre interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o el recurso de casación. De interponerse ambas clases de recurso por el mismo litigante, no se admitirá la casación. Contra la resolución dictada por la Sala de lo Civil y Penal no cabe recurso de casación. Si distintos litigantes optan por una y otra clase de recurso, quedará en suspenso la casación.

d) El recurso de casación procede, como regla general, en procesos de tutela de derechos fundamentales, salvo los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, o bien cuando exista contradicción



doctrinal en supuestos iguales y cuando no exista jurisprudencia en la materia.

e) Se establece la posibilidad de recurso en interés de la ley, a cargo del Ministerio Fiscal, en supuestos de contradicción doctrinal e igualdad de situaciones (hechos, fundamentos y pretensiones).

3.- Recurso de reposición.

Parece sumamente razonable que se unifiquen en un solo recurso, bajo la denominación de recurso de reposición, los recursos de súplica y reposición, regulados en la actualidad, respectivamente, en los artículos 402 y 376 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como que se suprima la regla general de que el auto resolutorio del recurso de reposición sea recurrible en apelación (artículo 381 LEC), y que el plazo para su interposición, se unifique en el más largo de los dos plazos anteriores (cinco días).

Por otra parte, se mantiene en el artículo 458 del Anteproyecto el requisito de citar la disposición infringida, aunque suprimiendo la referencia a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil contenida actualmente en el artículo 377 de la Ley. Este requisito ha dado lugar a una larga serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 113/1986, 69/1987, 162/1990, 213/1993, 199/1997, 4/1998), en el sentido de que no puede ser interpretado de manera formalista, doctrina que debe ser tenida en cuenta más aún cuando se mantiene la regla de que, si se omite el requisito, el recurso se inadmitirá de plano y sin ulterior recurso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

(artículo 458 párrafo segundo del Anteproyecto y artículo 377 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil).



Aunque ya no se limite en el Anteproyecto la posibilidad de invocar como preceptos infringidos exclusivamente las normas de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, a diferencia de lo que ocurre en el texto actual de la Ley, una nueva redacción tan estricta del precepto como la que se pretende, podría dar lugar a nuevas interpretaciones excesivamente rigoristas, como las que hubo de corregir el Tribunal Constitucional. Sería por ello preferible utilizar una expresión más amplia, también más acorde con la naturaleza de un recurso no devolutivo, que constituye la forma ordinaria de poner de manifiesto ante el propio Juez o Tribunal autores de la resolución recurrida la posible infracción sustantiva o procesal advertida por la parte. Bastaría, pues, con exigir que se indiquen los preceptos o derechos sustantivos y las garantías procesales que se dicen infringidos, requisito cuya validez y exigibilidad, en los términos señalados, se desprende sin lugar a dudas de la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 64/1998, FJ 3º). Con ello se dota al recurso de reposición de un contenido mínimo que permita impugnar primero, y resolver después, el recurso, pero se posibilita también que la simple falta de cita de un precepto lleve necesariamente a la inadmisión de plano. Debe recordarse en este punto que, si bien también una resolución de inadmisión, si está debidamente motivada, satisface el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, la preferencia debe estar por una resolución sobre el fondo.

No deja de llamar la atención, en este sentido, que el Anteproyecto



sea más formalista a la hora de configurar un recurso no devolutivo, que más tarde a la hora de regular los recursos ordinarios de apelación y extraordinarios por infracción procesal y de casación, siendo así que, sería más razonable, según se tendrá ocasión de exponer en su momento, ir elevando la complejidad y el rigor de los requisitos de procedibilidad, a medida que el trámite y el nivel de intervención jurisdiccional lo vayan haciendo necesario. En el caso del recurso de reposición, cuyo objeto es sumamente general e indeterminado, basta con exigir que se concrete la impugnación para que pueda ser conocida, impugnada y resuelta, evitando interminables recursos meramente dilatorios durante la tramitación de las distintas instancias y en la propia ejecución.

4.- Recurso de apelación.

1. Resoluciones recurribles.

Parte el Anteproyecto de un acceso generalizado a la apelación (artículo 464.1). Sin embargo, sería razonable establecer que las sentencias definitivas dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en asuntos de escasa complejidad procedimental y de cuantía reducida, puedan agotar la vía judicial. De hecho ya en el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, después de su modificación por Ley 10/1992, de 30 de abril, se excluían del recurso de apelación las sentencias dictadas en juicios verbales cuando hubieran resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito. En el Informe emitido por este Consejo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

General del Poder Judicial con fecha 18 de diciembre de 1991 sobre la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se ponía de manifiesto la posibilidad de una restricción de este tipo de recurso, basada en el excesivo coste que para el justiciable y para la Administración de Justicia comporta la generalización de la doble instancia en asuntos de reducida cuantía. Anteriormente se tuvo ocasión de invocar la doctrina constitucional en torno a la no exigibilidad de una doble instancia en todo tipo de procesos, salvo en el ámbito penal.

En efecto, una vez obtenido un pronunciamiento jurisdiccional suficientemente motivado sobre el fondo del asunto, o incluso de inadmisión, en aplicación razonada y razonable de una causa legal, pueden entenderse adecuadamente satisfechas las exigencias del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva. Podrían sugerirse a estos efectos las mismas especialidades procesales y cuantía establecidas en los artículos 20 y 28 del Anteproyecto para la intervención preceptiva de Abogado y Procurador, cuantía que ya se sugirió fuera elevada hasta las quinientas mil pesetas o cifra superior, por las razones entonces apuntadas. Al propio tiempo, por razones análogas a las indicadas en aquella otra ocasión (Informe de 18 de diciembre de 1991), procedería admitir la apelación en asuntos en los que la cuestión controvertida, por encima de su concreta materialización económica, posea un elemento de afectación generalizada, que es posible pensar en asuntos como los relativos a la propiedad horizontal o a la protección del consumidor y del usuario. Para ello, conforme a la experiencia obtenida del proceso laboral, en el que tiene una fuerte tradición la instancia única en cierto tipo de procesos, cabría considerar la posibilidad del recurso

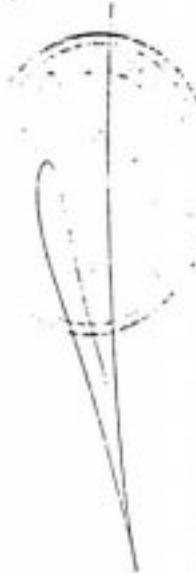


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

cuando, a pesar de no alcanzarse la cuantía requerida, la cuestión litigiosa afectara a una generalidad de ciudadanos en igual situación, bien por notoriedad, bien por haber sido debidamente alegada y probada esta circunstancia en juicio (artículo 189.1. b) del Texto Refundido del Procedimiento Laboral).



Las mismas razones de experiencia aconsejan tomar en consideración ciertas reglas del propio orden jurisdiccional social sobre la posibilidad de acceso a la instancia superior, limitada eso sí a la concreta cuestión procesal planteada y sin entrar a conocer del fondo del asunto, cuando el pronunciamiento judicial originario no ha llegado a valorar las cuestiones sustantivas: cuestiones de competencia *ratione materiae* o infracciones de carácter procedimental, en este último caso porque si se aprecia inexistente la infracción queda firme la sentencia y si, por el contrario, se anulan las actuaciones, una vez subsanado el defecto procesal, la nueva sentencia que entre a conocer el fondo del asunto ya no puede ser recurrida, puesto que la cuantía o la materia no dan lugar al recurso (artículo 189 número 1 apartados d) y e) de la Ley de Procedimiento Laboral).

2. Tramitación del recurso.

En cuanto a la tramitación, debe ponerse de manifiesto, ante todo, respecto al plazo de la apelación, que si las sentencias y autos definitivos son apelables en el plazo de diez días (artículo 461.1 del Anteproyecto), no se comprende que después el mismo Anteproyecto fije en cinco días el plazo de preparación del recurso, puesto que en definitiva este es el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 6

28071 MADRID

trámite mediante el cual se materializa la decisión de recurrir (artículo 463). Se utiliza por otra parte en el Anteproyecto un esquema que sigue nominalmente el de la casación, basado en un trámite de preparación del recurso primero, seguido de dos trámites o actuaciones ulteriores: la personación ante el Tribunal superior y la interposición del recurso, igualmente ante el Tribunal *ad quem*. Ambas han de cumplimentarse dentro del mismo plazo conferido en el emplazamiento previamente efectuado por el Juzgado de instancia (artículo 466.1).

Parece sin embargo más razonable que la preparación e interposición del recurso tengan lugar mediante un único escrito, presentado dentro del plazo de diez días, durante el cual el recurrente podrá tener acceso a las actuaciones en cuanto sea necesario para el trámite de formalización, en términos análogos a lo dispuesto actualmente para la casación (artículo 1705 LEC), o bien, si se considera necesario, podría establecerse un trámite de anuncio seguido de la entrega de las actuaciones para la interposición del recurso, (cuyos plazos, salvo mejor criterio, se concretaría en cinco y diez días, respectivamente, para anunciar y formalizar), lo que tal vez facilitare la labor de los representantes procesales de las partes, que podrán tener a la vista las actuaciones, que a menudo contienen complejos elementos de prueba a los que es necesario referirse pormenorizadamente en el recurso. La primera de estas opciones está contemplada actualmente en los artículos 732 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se acomoda ciertamente mejor a las apelaciones en asuntos de no excesiva complejidad, mientras que la segunda opción tiene su reflejo actual en la suplicación laboral, donde viene funcionando razonablemente bien. Uno



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

u otro sistema podrían ser utilizados, pero la opción elegida debería aplicarse, preferiblemente, a cualquier clase de apelación, para mayor claridad y evitación de diferencias innecesarias en la tramitación de una misma clase de recurso. Lo esencial es que no se introduzcan trámites no necesarios, que dan lugar a actuaciones superfluas del órgano jurisdiccional, que suponen inevitablemente para las partes, además de demoras, nuevas y sucesivas oportunidades para la pérdida de un plazo y eventualmente del propio recurso.

El escrito de interposición ha de estar sujeto a un mínimo de formalidades, con indicación, no solamente de la voluntad de recurrir, de la resolución recurrida y de los pronunciamientos que impugna (artículo 463.2 del Anteproyecto), así como de las "alegaciones en que se base la impugnación" (artículo 466.1 del mismo Anteproyecto), sino que en el texto podría hacerse referencia también a la conveniencia de especificar, en motivos o apartados debidamente separados, en primer lugar, las presuntas infracciones de normas o garantías de carácter procesal, con indicación de las reclamaciones o protestas efectuadas oportunamente para su subsanación, si se dispuso de ocasión para ello, así como el concreto efecto de indefensión ocasionado por las mismas. En segundo lugar, el recurso podría precisar también la revisión que se estima necesario efectuar de los hechos que el Juzgado declaró probados, según las sugerencias contenidas en otro punto de este mismo Informe, ofreciendo así al Tribunal de apelación una versión alternativa más acorde con el resultado de la prueba practicada. En tercer lugar, podría indicar también el recurso las concretas infracciones de preceptos sustantivos o de la doctrina jurisprudencial, que imputa a la resolución

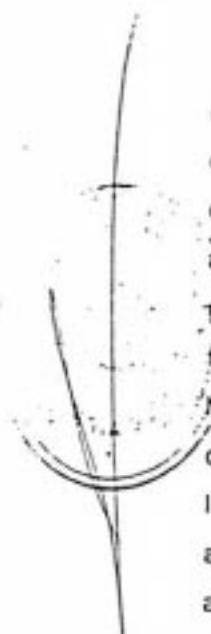


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

recurrida. De estos distintos aspectos, solamente se regulan en el Anteproyecto los requisitos para la alegación de infracción de normas procesales (artículo 467).



Una solución como la propuesta, sin restringir la plenitud de cognición o *novum iudicium* que comporta tradicionalmente la apelación civil (STC 272/1994), puesto que no se limitan los motivos o cuestiones de la apelación, mediante un contenido mínimo preceptivo y un contenido adicional indicativo, permitiría determinar sin embargo con mayores garantías el ámbito de la pretensión autónoma que sustenta el recurso, facilitando la defensa de la parte apelada y la decisión del Tribunal que ha de resolverla. Como señala el Tribunal Constitucional, "la motivación del recurso resulta esencial para que el órgano *ad quem* pueda conocer los motivos de la impugnación de que es objeto la resolución apelada, a la vez que permite que el apelado pueda contraargumentar frente a los alegatos del apelante y ejercer, en consecuencia, adecuadamente su derecho a la defensa en la segunda instancia, con plena aplicación de los derechos de contradicción y de igualdad" (STC 3/1996, f.j. 2º). Se evitarían así problemas de seguridad jurídica, de igualdad de armas de las partes y de congruencia como los que han requerido la intervención del Tribunal Constitucional, con mayor intensidad a partir de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH "Hiro Balani" y "Ruiz Torija"), relativos, entre otras cuestiones, a la existencia de un agravamiento de la posición del recurrente como consecuencia de la apelación (*reformatio in peius*), a la incongruencia del fallo con las cuestiones oportunamente suscitadas, por exceso o por defecto, y, finalmente, a los efectos de la incomparecencia del apelante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID



a la vista cuando, conforme a la nueva redacción del 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 10/1992, en el escrito de interposición hubo ya de exponer los fundamentos de su impugnación (STC 3/1996, con precedente en la STC 64/1992). Asimismo, con la exigencia expresa de invocar, no solamente en el recurso extraordinario, sino también en la apelación, la previa protesta o recurso en materia de infracciones procesales, se posibilitaría en mayor medida la aplicación del principio de buena fe procesal, para impedir la alegación de las presuntas infracciones de carácter procedimental a quien no ha contribuido oportunamente a restaurar la legalidad procesal, sino que, cuando conoce el signo desfavorable del fallo, y solamente entonces, se erige en defensor de la regularidad del procedimiento.

Es importante destacar que la introducción de estas formalidades básicas presupone que las partes se encuentran preceptivamente asistidas de Letrado, que puede y debe dar cumplimiento a las mismas, así como de que tales requisitos, debidamente justificados por las consideraciones que anteceden, han de ser aplicados de manera ponderada y no rigorista o excesiva por parte de los Tribunales de apelación, cuyas resoluciones son además susceptibles de revisión por medio del recurso extraordinario ulterior.

La falta de cumplimiento de los requisitos anteriores, del plazo de interposición o de las formalidades establecidas para la misma, en este último caso en términos tales que no sea posible conocer el contenido real de la pretensión impugnatoria contenida en el recurso, así como de los requisitos adicionales (consignación, afianzamiento, depósito)



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

exigibles en cada caso y no solamente los del artículo 463.3 del Anteproyecto, como sugiere la dicción literal del apartado 4 del mismo artículo, debe poder llevar a la inadmisión preliminar de la apelación. En el mismo sentido, sería conveniente posibilitar que el Tribunal de apelación, en el momento de recibir las actuaciones, a la vista de la resolución recurrida y de las alegaciones que sobre la procedencia del recurso y sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para su viabilidad contengan los escritos de interposición e impugnación, pueda resolver sobre la admisión a trámite del mismo, dictando auto, susceptible de recurso de reposición, por el que ponga fin al trámite del recurso y declare la firmeza de la resolución recurrida.

En cuanto al denominado "derecho a recurrir en casos especiales" (artículo 455 del Anteproyecto), que en realidad contiene una serie de requisitos o condiciones de procedibilidad, cabe señalar, ante todo, que dichas exigencias no deben ser aplicadas a quienes les hubiera sido reconocido, en la instancia y salvo que hubieran venido a peor fortuna en la propia fase de recurso, el derecho de asistencia jurídica gratuita, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley 1/1996. Por otra parte, la exigencia, establecida para el juicio de desahucio por falta de pago, de consignar las rentas vencidas (artículo 455.1) debería extenderse a los supuestos de derecho de familia en los que se reconoce en la sentencia de instancia una prestación periódica. Podría también establecerse la necesidad de afianzar o consignar la cantidad objeto de condena en aquellos procesos seguidos a instancia de un consumidor o usuario, de forma análoga a lo establecido en los procesos derivados del uso y circulación de vehículos de motor (artículo 455.3), requisito cuya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

constitucionalidad ha aceptado el Tribunal Constitucional (STC 84/1992), puesto que pretende "evitar, en la medida de lo posible, el planteamiento de recursos infundados o meramente dilatorios" (f.j. 3º), sobre la base de que el principio de igualdad "no excluye la necesidad del establecimiento de un tratamiento desigual para supuestos de hecho que, en sí mismos, son desiguales y que tengan como misión contribuir precisamente al restablecimiento de o promoción de la igualdad real, ya que, en tales casos, el régimen jurídico diferenciado vendría exigido por el propio principio de igualdad y sería un instrumento ineludible para su efectividad" (*ibidem*, f.j. 2º).

El texto del Anteproyecto (artículo 455.1) se refiere exclusivamente al desahucio por falta de pago al establecer la exigencia de pago o consignación de las rentas y no a otros supuestos de resolución del contrato, en los cuales, resulta igualmente posible establecer esta exigencia, para evitar que la pendencia de un proceso arrendaticio comporte un efecto suspensivo no deseado sobre la vigencia y cumplimiento de la obligación contractual de pago del canon o renta, teniendo en cuenta que el inmueble arrendado se continua utilizando por el arrendatario y que el mismo Anteproyecto establece expresamente la salvedad de que la consignación o pago de futuro no ocasiona la novación del contrato (artículo 455.2 del Anteproyecto y artículo 1567 LEC).

Sería necesario, en cualquier caso, establecer expresamente la posibilidad de subsanación en los casos de cumplimiento imperfecto del trámite, distinguiendo adecuadamente la omisión total de la consignación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

o del pago, de la consignación parcial o insuficiente, y de la acreditación del pago o de la consignación, como hiciera en su día la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 (artículo 193.3 del Texto Refundido de 1995), todo ello de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 130/1993), así como eventualmente la posibilidad de sustituir el depósito del importe de la condena por un afianzamiento o aval bancario de carácter solidario, recogiendo así también la postura del propio Tribunal Constitucional (STC 84/1992 citada, que se remite a las SSTC 9/1983, 14/1983, 46/1983 y 100/1983), objetivando al máximo, en la medida de lo posible, los criterios que en distintas ocasiones han sido objeto de otras tantas matizaciones (cheque bancario, STC 62/1989, hipoteca unilateral de máximo, STC 30/1994).

El trámite de impugnación puede también desarrollarse satisfactoriamente mediante el traslado del escrito de interposición, por un plazo común a las distintas partes recurridas, plazo que puede ser inferior al establecido para la interposición o formalización, como sería el de cinco días, dado que la posición de la parte que ya cuenta con el pronunciamiento judicial anterior que le es favorable, como demuestra suficientemente la experiencia, se encuentra notablemente facilitada.

La adhesión a la apelación (artículo 469 del Anteproyecto), posibilidad contemplada actualmente en el artículo 858 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofrece el notable inconveniente de que no permite dejar establecido desde el inicio, en igualdad de armas y de posiciones de parte, quienes pretenden hacer uso del recurso. En cambio posibilita un uso de conveniencia o de oportunidad del recurso por quien no asumió



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

la carga de recurrir en un primer momento y dificultando con ello posteriormente la conclusión del trámite y la firmeza de la sentencia si se desiste de la apelación (artículo 849 LEC). Se generan al propio tiempo situaciones no resueltas en el Anteproyecto, que no contiene reglas especiales sobre el desistimiento del recurso. Respetando indudablemente el margen del legislador en la configuración del acceso al recurso, no parece que en la utilización del recurso por una de las partes se encuentre un elemento determinante para abrir de nuevo la posibilidad de su interposición a las demás partes. Si existió gravamen para la parte ("pronunciamientos perjudiciales", artículo 469.1 del Anteproyecto), debió utilizar el remedio procesal tempestiva y diligentemente. Si no existió inicialmente tal gravamen, que es condición previa de legitimación, tampoco surge como consecuencia del recurso de las demás partes. En cambio, de la posibilidad de la adhesión ulterior del apelado surge un elemento adicional de precariedad y de provisionalidad en el pronunciamiento judicial, que queda a expensas, no solamente de los recursos interpuestos en el primer momento, sino de otros que se puedan presentar más tarde bajo la forma de adhesión a la apelación. Otra cosa sería la posibilidad de un allanamiento total o parcial a las pretensiones del recurrente. Además deben señalarse las situaciones anteriormente aludidas, procesalmente paradójicas, que puede crear esta figura, como la de que el recurso se inicia por una parte pero puede subsistir a pesar de que esa misma parte pretenda ponerle fin (artículo 849 LEC). Cabría, en todo caso, asumir la figura del "recurso supeditado", de modo que el recurso adhesivo pueda quedar desierto si el apelante principal no mantuviera el suyo, en términos análogos a los previstos en el art. 846 bis b) tercero de la Ley de Enjuiciamiento



Criminal en las causas sustanciadas por el Tribunal del Jurado (Disposición Final Segunda nº 13, L.O. 5/1995, de 22 de mayo), figura que no tiene un ámbito de aplicación necesariamente restringido al ámbito penal.



En cuanto a la vista, su celebración debe resultar, bien de la solicitud concorde de todas las partes, bien de la decisión del Tribunal, lo haya solicitado o no alguna de ellas, y en todo caso cuando se hubiera practicado prueba en la segunda instancia. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse a la relativización del valor de la vista cuando existe una adecuada formalización escrita, salvo que otras circunstancias la hagan necesaria, como cuando se practica nueva prueba (STC 3/1996 citada).

Mención separada debe hacerse de la práctica de prueba en la segunda instancia. De acuerdo con lo indicado en otros apartados de este Informe, la prueba en segunda instancia debe quedar principalmente para aquellos casos en los que se trata de nuevos elementos de prueba, no disponibles en su momento o de aparición posterior al momento de quedar los autos vistos para sentencia, para conseguir que toda la prueba útil y pertinente quede practicada en la instancia y no se prive a las partes de un pleno pronunciamiento jurisdiccional en ambos grados de jurisdicción, permitiendo también que el fallo de apelación sea plenamente revisorio y no originario, e innovador por tanto, sobre todos los aspectos esenciales, de hecho y de derecho, del pleito o litigio. Por ello los supuestos en los que es posible practicar prueba en la segunda instancia (artículo 468.2 del Anteproyecto) presentan una amplitud



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

excesiva. Además de reducirse la posibilidad de prueba, en los términos señalados, la práctica de la prueba debe desarrollarse ante la totalidad de los integrantes del Tribunal, poniéndose después de manifiesto a las partes su resultado hasta el día de celebración de la vista, en lugar de celebrarse en una vista colegiada como la que indica el Anteproyecto (artículo 471), a la que difícilmente podrían aplicarse las normas previstas para el juicio verbal, como pretende el mismo Anteproyecto.

En cuanto a la prueba ilícita, como materia susceptible de alegación y de posible proposición de prueba de contradicción en el trámite de impugnación (artículos 469.3 y 470.1 del Anteproyecto), no parece necesario un nuevo y específico trámite de audiencia y menos aún en la forma de vista, con práctica de nuevos medios de prueba, distintos de los que pudieran proponerse en la impugnación (artículo 470.2). Favorable juicio merece, en cambio, la posibilidad de aportación documental en esta fase (artículos 468.1, 469.2 y 470.1), que puede solventar algunos de los problemas de constitucionalidad que estuvieron en el origen del actual artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral (STC 158/1985).

Excepcionalmente puede darse lugar también a la práctica de diligencias finales, sobre algún extremo concreto de hecho absolutamente determinante para el signo del pronunciamiento y cuya omisión no puede quedar por entero al poder de disposición de las partes sobre el proceso, con posibilidad de alegar sobre el efectivo alcance e importancia del resultado de tales diligencias, en la forma establecida actualmente en el artículo 342 de la Ley procesal. De la misma forma,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

puede ocurrir que, como exigencia del principio de legalidad, para posibilitar la materialización del imperio de la ley y conforme a las exigencias del *iura novit curia*, sea necesario resolver en línea radicalmente divergente con los postulados que sobre el derecho aplicable han suministrado las partes. En este caso debería posibilitarse que el Tribunal de apelación, cuando ello pudiera comportar una radical alteración de los términos del debate procesal, ponga de manifiesto a las partes esta circunstancia para que aleguen al respecto lo que a su derecho convenga, satisfaciendo así el principio de contradicción y de audiencia procesal.

5.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta nueva modalidad de recurso, de naturaleza análoga a la casación o, mejor aún, paracasacional, se establece con carácter extraordinario, no sólo por su denominación, sino porque se basa además en motivos tasados (artículo 475.1), está sujeto a requisitos formales, sin que puedan suscitarse cuestiones nuevas (artículos 475, 476.1, 477, 478.2.1) y es de cognición limitada (artículo 481.2), configurándose además como optativo (artículo 472.1), alternativo respecto de la casación y excluyente de éste último (artículo 472.2).

El objeto del recurso es someter al conocimiento de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia (artículo 474), basados en (artículo 475):



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

- infracción de normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional,
- infracción de las normas relativas a la sentencia
- infracción de normas y garantías procesales
- vulneración de derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución.

Responde esta modalidad de recurso al declarado propósito de reservar la casación "para los aspectos jurídico-materiales o sustantivos", a fin de ampliar e intensificar "la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década la mayor parte de los litigios" (Introducción al Anteproyecto, pág. VI).

Sin embargo, el recurso presenta objeciones, que lo hacen sumamente inconveniente para los fines pretendidos. En primer lugar, sólo mediante el recurso en interés de la Ley podrá el Tribunal Supremo llegar a actuar efectivamente como superior en todos los órdenes jurisdiccionales (artículo 123 de la Constitución) si se atribuyen de manera generalizada a los Tribunales Superiores de Justicia las cuestiones procesales, recurso que como demuestra sobradamente la experiencia solamente se ha utilizado en supuestos muy limitados, consagrándose una situación de dispersión doctrinal en estas mismas materias entre los distintos Tribunales Superiores y ámbitos territoriales. No existe en este caso un fundamento competencial a favor de las Comunidades Autónomas, puesto que el ordenamiento procesal civil es competencia exclusiva del Estado, y solamente se contempla la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28011 MADRID

excepción relativa a "las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas" (artículo 149.1.6 C.E.).



En segundo lugar, la separación de los derechos fundamentales de contenido procesal, y en general de las exigencias formales, respecto de las cuestiones de fondo, es sumamente compleja, de modo que no podrá sostenerse una diferencia tan drástica en el acceso a la casación. Cabe recordar en este punto la experiencia del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden laboral, en el cual, después de algunas dudas sobre la posibilidad del acceso a la casación para unificación de doctrina de los supuestos de infracción de normas procesales, se abrió paso al recurso en estas materias, por encima de las posibles dificultades que planteaba la exigencia de identidad de supuestos de hecho (SSTS-4ª, de 4 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1992).

En tercer lugar, el hecho de establecer una vía procesal de recurso alternativa a la casación para las cuestiones procesales no proporciona ventajas apreciables, puesto que una vez seguida esta vía de recurso, si la sentencia es estimatoria y se anulan las actuaciones, después podrá acudir en casación en cuanto al fondo, e incluso reiterarse previamente el recurso extraordinario por infracción procesal si se funda "en infracciones y cuestiones diferentes de la que fue objeto del primer recurso" (artículo 473 del Anteproyecto). El hecho de que una vez seguida esta vía, si el recurso es desestimado, no se pueda interponer la casación no es obstáculo tampoco para la anterior conclusión. En efecto, las partes se pensarán dos veces la utilización de esta vía, salvo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

que cuenten con un concreto precedente doctrinal de su Tribunal Superior, puesto que con ella pierden la oportunidad de someter al Tribunal Supremo la cuestión de fondo.

En cuarto lugar, no parece tampoco razonable que la utilización de un recurso estrictamente procesal lleve consigo la carga de la pérdida del posible recurso en cuanto al fondo. Además, la resolución de cuestiones procesales de manera totalmente desvinculada de la cuestión sustantiva, en una vía que, con esta u otra denominación, pretende explícitamente constituir la vía judicial de amparo de determinados derechos fundamentales, hace perder por entero la perspectiva del denominado "efecto útil" que es predicable de la solicitud de amparo procesal, para evitar una nulidad de efectos puramente formales cuyo único resultado posible sea un nuevo pronunciamiento desestimatorio (SSTC 38/1993, 172/1993). A su vez, si se abriera incondicionadamente la posibilidad de recurrir más tarde en casación, se posibilitaría la utilización con fines dilatorios del recurso, efecto que posiblemente el Anteproyecto intenta evitar al configurar el recurso extraordinario por infracción procesal como alternativa excluyente de la casación.

Cierto es que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia presentan un déficit competencial apreciable, extremo que ha puesto reiteradamente de manifiesto este Consejo General del Poder Judicial y que la atribución de competencias relacionadas con el proceso civil se acomoda más a la naturaleza, contenido y funciones de estos órganos jurisdiccionales mencionados, que otras diversas atribuciones competenciales, más forzadas y



artificiosas, que pudieran pensarse. Pero las disposiciones orgánicas y de planta deben estar al servicio de las exigencias procesales derivadas de la tutela judicial que ha de prestarse al ciudadano y no al revés. Más razonable sería, en todo caso, concebir un recurso directo, sustantivo y procesal, si bien de configuración casacional, es decir, extraordinario, por motivos tasados y de cognición limitada, contra determinadas resoluciones definitivas dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, en aquellas materias que por su cuantía y trascendencia limitada no deban acceder directamente a la casación.

6.- Recurso de casación.

Bajo una misma denominación, el Anteproyecto engloba en realidad dos modalidades de recurso de casación:

a) Recurso de casación en sentido estricto

- recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en materia de derechos fundamentales, salvo los del art. 24 CE (art. 482.1), sin mención al requisito de se hayan infringido normas,

- recurso de casación por infracción de normas e inexistencia de jurisprudencia sobre las mismas, cuando dichas normas no llevarán más de cinco años en vigor y no existiere jurisprudencia relativa a normas anteriores de igual o similar contenido (art. 482.5º).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

b) Recurso de casación para unificación de doctrina

Recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, cuando se resolvieren en contradicción con lo resuelto, en situaciones sustancialmente iguales (hechos y fundamentos alegados y pretensiones deducidas) por,

- el Tribunal Supremo en una o más sentencias en recursos de casación (art. 482.2º)
- los Tribunales Superiores de Justicia en una o más sentencias al conocer de los recursos de casación (art. 482.3º),
- la misma o distintas Audiencias Provinciales en una o más sentencias (art. 482.4º).

El sistema se completa con otros recursos distintos del de casación pero que en realidad vienen a desempeñar funciones hasta ahora atribuidas al mismo:

- Recurso extraordinario por infracción procesal ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, contra sentencias y autos de las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia por infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia relativas al procedimiento, quebrantamiento de forma en las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 6
28071 MADRID

dos modalidades del vigente ordinal 3º del art. 1692 LEC y vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE (Arts. 474 y 475), sobre el cual se ha tenido ocasión de efectuar las correspondientes consideraciones.

- Recurso en interés de la Ley para la unificación de doctrina jurisprudencial, contra sentencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia resolutorias de recursos de amparo judicial cuando sostuvieran criterios discrepantes (art. 493), destinado a fijar la doctrina jurisprudencial (art. 496).

A su vez habrá de tenerse en cuenta la subsistencia del recurso de casación basado en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, atribuido a las Salas de lo Civil y Penal, en términos prácticamente idénticos a los actuales (art. 483.2), así como la incompatibilidad entre el recurso por infracción procesal y el de casación, según lo anteriormente razonado, ya que si la misma parte prepara los dos contra una misma resolución se tendrá por desistido el recurso de casación (art. 473.2.).

Varios son los inconvenientes advertidos en el esquema básico anteriormente descrito.

Ante todo, ofrece serios reparos la escisión del régimen de garantía de los derechos fundamentales en la fase de recurso, aunque sea extraordinario, derivando los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución hacia los Tribunales Superiores de Justicia, sin acceso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID



ulterior al pronunciamiento del Tribunal Supremo salvo por la incierta y precaria vía del recurso en interés de la Ley, a cargo del Ministerio Fiscal, que además de su escasa o nula utilización se basa necesariamente en la no alteración de la situación jurídica creada por el fallo, aunque se estime el recurso; mientras que los demás derechos fundamentales pueden ser objeto del recurso de casación. Ello no constituye, desde luego, una forma satisfactoria de regular la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas prevista en el artículo 53.2 de la Constitución. En efecto, es evidente que los derechos fundamentales y libertades públicas de carácter sustantivo deben tutelarse, de manera específica, mediante el procedimiento judicial de garantía, preferente y sumario, del artículo 53.2 de la Constitución, con independencia de que, por la prevalente posición de estos mismos derechos y libertades, en cualquier proceso ordinario puedan y deban ser también objeto de tutela, en su caso. Por su parte, los derechos y garantías de carácter procesal se tutelan, ante todo, en el propio proceso, mediante las instancias y recursos establecidos, con la posibilidad ulterior de acudir al amparo en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Pero no es necesario establecer un procedimiento dentro del procedimiento, una completa y separada instancia, como recurso singular y específico, medida que puede afectar a otros valores e intereses igualmente fundamentales, incluso de los reconocidos en el propio artículo 24, como es del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino hace viable que en las distintas actuaciones, fases procesales e instancias exista la posibilidad de reparar a las partes la tutela necesaria, por encima incluso de las propias previsiones del texto procesal (STC 158/85).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28001 MADRID

El amparo judicial de carácter procesal sobreviene así en un procedimiento jurisdiccional en curso, en el que se ha ocasionado, eventualmente, una vulneración de derechos o libertades fundamentales, a diferencia de los supuestos en que la vulneración del derecho o libertad fundamental requiere, ante todo, la iniciación de un procedimiento de tutela.

Por otra parte, como antes se puso de manifiesto, no parece razonable dividir tan radicalmente la infracción de normas sustantivas (recurso de casación) y la infracción de normas procesales (recurso extraordinario por infracción procesal) atribuyendo su conocimiento a órganos distintos (Tribunal Supremo o Tribunales Superiores de Justicia), sobre todo si se recuerdan las frecuentes zonas limítrofes entre forma y fondo que pueden aparecer al tratarse temas como la congruencia y motivación de las sentencias, legitimación activa y pasiva, legitimación *ad causam* y *ad processum*, o el litisconsorcio pasivo necesario. Parece menos razonable todavía, según lo anteriormente razonado, obligar al litigante a optar por uno u otro recurso, con el efecto de que, si lo hace por el de amparo judicial procesal y éste se desestima, no tendrá ya oportunidad de recurrir en casación sobre el fondo (art. 482.4).

La posibilidad de dos vías de recurso en un mismo procedimiento da lugar también a situaciones complejas, de muy difícil solución, a las que intenta responder el Anteproyecto con reglas como las establecidas en los artículos 492 y 485.1 párrafo segundo para el caso de distintos litigantes optasen por cada una de las vías de recurso, quedando en suspenso la casación, e incluso quedando sin efecto este último recurso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

(artículo 492.3 del Anteproyecto).

Además, la subsistencia del recurso de casación en materia de derecho foral en términos semejantes a los actuales, pero dentro de un esquema general del recurso de casación sustancialmente distinto, ofrece graves dificultades técnicas que el texto no se ocupa de resolver. Entre ellas cabe destacar el hecho de que, al corresponder a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de Derecho Común y de Derecho foral, se puede acabar creando una corriente jurisprudencial sobre normas de Derecho común propia de los Tribunales Superiores de Justicia, eventualmente distinta e incluso contrapuesta a la del Tribunal Supremo, sin posibilidad alguna de unificación, ya que el recurso en interés de Ley, además de poseer nula o muy escasa eficacia práctica, se limita a los recursos extraordinarios por infracción procesal y, por tanto, no puede venir referido a cuestiones sustantivas. Además, nada se dice acerca de si las Audiencias Provinciales cuyas sentencias entren en contradicción con la recurrida en casación han de ser o no de la misma Comunidad Autónoma, cuestión que en materia de Derecho foral puede plantearse sólo excepcionalmente, o en contados casos, pero que en materia de Derecho común, acumulable a la anterior, es posible que se presente muy frecuentemente.

1.- Resoluciones recurribles.

- El texto examinado se caracteriza por abrir el acceso a la casación a todo tipo de litigios y materias, prescindiendo totalmente del tradicional



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

criterio de la cuantía litigiosa como uno de los básicos en la delimitación de las resoluciones recurribles.

La "Introducción" del texto analizado declara haber partido "de la imposibilidad de lograr una casación civil en la que no se descarte ninguna materia civil o mercantil y en la que tampoco se descarte ninguna sentencia de segunda instancia" para, en el párrafo siguiente, manifestar "el carácter irrenunciable del propósito de no excluir de la casación ninguna materia civil o mercantil".

Respondiendo más bien a este propósito irrenunciable que a aquel punto de partida, el Anteproyecto establece que cabe recurso de casación:

- contra las sentencias civiles que dicten las Audiencias Provinciales en materia de derechos fundamentales,
- contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando, con infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, se resolviese en contradicción con lo resuelto en otra u otras sentencias del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores y de las Audiencias Provinciales, en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas (art. 482).

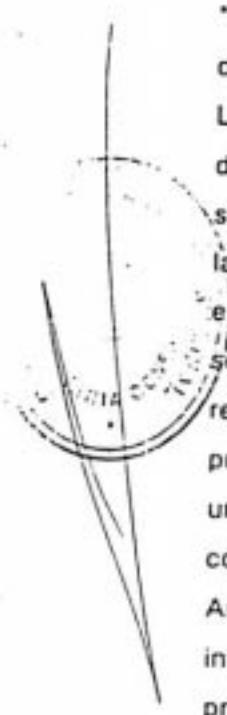
contra las sentencias de las Audiencias Provinciales, por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

infracción de normas, cuando no llevaran estas más de cinco años en vigor y no existiere jurisprudencia relativa a disposiciones normativas anteriores de igual o similar contenido.



En cambio, se suprimen el anómalo recurso de casación directo o "per saltum" (artículo 1688 LEC) y el recurso de casación contra autos dictados en la fase de ejecución de las sentencias (artículo 1687.2 LEC). La medida es acertada en el primer caso, puesto que se abre una vía directa de acceso a la casación, escasamente utilizada por cierto, soslayando la apelación, al tiempo que queda sometida a la voluntad de las partes la vía de recurso ante uno u otro Tribunal. En el segundo caso, en cambio, la propuesta presenta inconvenientes, siempre que la sentencia que se encuentra en fase de ejecución sea susceptible del recurso de casación directo, por razón de la materia o del tipo de proceso. La resolución de cuestiones nuevas en la fase de ejecución es una materia que puede dar origen a controversias tanto de tipo procesal como sustantivas, cuestiones éstas últimas que en el sistema del Anteproyecto no están excluidas *a priori* de la casación. En cuanto a la integridad de la ejecutoria, las cuestiones de índole procesal resueltas por primera vez en la ejecutoria, por las razones antes aludidas deben someterse a un mismo régimen de impugnación restringido exclusivamente a los supuestos en los que se haya producido una drástica o total alteración de los términos de la ejecutoria, teniendo en cuenta además determinadas innovaciones procesales en la fase de ejecución que el Anteproyecto contiene, o que se propugnan en este Informe. Lo mismo cabe decir de la tutela de los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución en la fase de ejecución, teniendo en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva protege también la ejecución de las resoluciones judiciales (STC 210/1993).

El ámbito del recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se amplía notablemente, por lo demás, con las dos únicas excepciones señaladas en el párrafo anterior, de una manera que puede resultar excesiva y ocasionar una situación de colapso como resultado de la acumulación de recursos.

Al atribuirse a los Jueces de Primera Instancia la competencia para conocer en general de los asuntos civiles (art. 40) y ser recurribles en apelación ante las Audiencias Provinciales todas las sentencias y autos definitivos, tanto de los juicios ordinarios como de los verbales (art. 462), se prescinde de cualquier delimitación por razón de la cuantía o de la materia. De este modo, cabrá recurso de casación en procesos sobre materias hasta ahora excluidas del mismo, aunque la sentencia recurrida tenga limitados sus efectos de cosa juzgada material (así, juicios posesorios sumarios, juicios para la efectividad de derechos reales inscritos, desahucio por precario, juicios para la posesión de los bienes hereditarios, para la paralización de una obra nueva con carácter sumario o para la demolición o derribo de una obra, a tramitar todos ellos como juicio verbal según el art. 247). También al margen de los procesos declarativos ordinarios (juicio ordinario y verbal, art. 245), cabe recurso de casación siempre que se resuelva por sentencia y ésta sea apelable, como sucede en el proceso monitorio, aunque la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada (art. 815), en el juicio cambiario o en los procesos matrimoniales (art. 777.8). Incluso en algún supuesto el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

articulado se desvía del criterio general de que sólo quepa recurso de casación contra sentencias, admitiéndose contra resoluciones en forma de auto (así, en materia de inadecuación del procedimiento, art. 324.2), con la agravante, en este caso, de olvidar que la "infracción de las normas relativas al procedimiento que haya de seguirse" es motivo del recurso por infracción procesal (art. 475.2) y no del de casación. En cuanto a las sentencias que dicten las Audiencias Provinciales en materia de derechos fundamentales, parece que habrán de ser las que resuelvan la segunda instancia de los juicios verbales a que se refiere el art. 247.1-

1º

De todo lo expuesto se desprende que, si bien debe asegurarse el acceso al Tribunal Supremo, fuera del ámbito de la casación foral, de aquellas cuestiones litigiosas que ofrezcan interés casacional, para asegurar su posición de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (artículo 123 C.E.), y la correcta y completa formación de la jurisprudencia, no puede darse un acceso incondicionado o absoluto a la casación, que impediría el cumplimiento efectivo de las anteriores finalidades esenciales. No deben quedar, desde luego, zonas inmunes al pronunciamiento de la Sala Primera, como las que ha propiciado la reforma procesal efectuada por la Ley 10/1968, de 20 de junio, pero solamente aquellas situaciones individuales en las que esté en juego un interés casacional, en defensa del *ius constitutionis*, justificarán un pronunciamiento del Tribunal Supremo, que al tiempo que establece la doctrina correcta en torno a la cuestión controvertida, satisfecerá también el *ius litigatoris* o concreto interés subyacente a la misma.



Cabe pensar, por tanto, en que solamente determinados procesos y materias accedan necesariamente a la casación, a la vez que ha de quedar abierta la posibilidad de que cualquier cuestión doctrinal suficientemente relevante pueda ser sometida en su momento al pronunciamiento del órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. Sobre esta cuestión el Libro Blanco de la Justicia (pág. 170), tras apuntar que no debe propiciarse una Sala de proporciones desmesuradas, recuerda que no debe renunciarse a ninguna de las finalidades esenciales de la casación, la función uniformadora y creadora de la jurisprudencia y la tutela de los derechos de los litigantes. Señala que, al abordar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben atenderse algunos criterios básicos. El primero de ellos es, de modo preferente, el interés casacional. En segundo lugar, hay que resaltar la imposibilidad de seguir regulando la admisibilidad del recurso sobre bases principal o exclusivamente cuantitativas, sino que ha de introducirse alguna técnica que permita que el recurso de casación cumpla íntegramente sus fines propios, aun reconociendo que determinadas cuantías tengan por sí interés casacional. Finalmente, hay que pensar en la introducción de una cláusula general de recurribilidad en casación que pondere la necesidad de que el Tribunal Supremo, y no otro, se pronuncie sobre determinados temas. En consecuencia, formula unas determinadas líneas de reflexión, como son las siguientes:

1) Mantener las funciones tradicionales de la casación española, de modo que se satisfaga tanto el *ius constitutionis* como el *ius litigatoris*, haciendo que el interés casacional sea el criterio esencial para el acceso a la casación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

2) Se ha de presumir, en todo caso, interés casacional a los asuntos de determinadas cuantías. Al mismo tiempo, con independencia de la cuantía, ha de regularse la posibilidad de que las resoluciones sean revisadas en casación por el Tribunal Supremo:

- Cuando versen sobre una cuestión de interés general sobre la que no se haya pronunciado con anterioridad el Tribunal Supremo,

- Cuando la doctrina jurisprudencial sea evidentemente contradictoria,

- Cuando exista contradicción entre las resoluciones de las distintas Audiencias,

- Cuando se trate de interpretar una legislación nueva.

Por lo que se refiere a los motivos de casación, lo fundamental es combinar el sistema de valoración de la prueba con los motivos de casación. La solución puede ser vincular la admisibilidad del recurso con la motivación de la sentencia civil, de manera que sea la falta de motivación, y no la motivación misma, la que constituya el núcleo casacional en materia de prueba. A partir de ahí la casación puede centrarse en los motivos tradicionales de infracción de ley o de la jurisprudencia, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

Hasta ahí los criterios avanzados por el Libro Blanco de la Justicia, que no coinciden, con los que inspiran el Anteproyecto, los cuales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

presentan, por otra parte, notables inconvenientes. La identidad de supuestos o situaciones de hecho (apartados 2 a 4 del artículo 482), que suministra un elemento útil de referencia en otros procesos en los que se reproducen una serie indefinida de supuestos prácticamente idénticos, es de más difícil aplicación al proceso civil, dada la peculiaridad de los distintos casos que se presentan, en los cuales, por encima de la casuística de cada uno de los litigios, subyace una cuestión doctrinal de la mayor trascendencia, que es necesario pueda acceder a la casación.

En los procesos cuya resolución final puede repercutir sobre una colectividad o grupo, para la tutela de los intereses difusos, en cambio, la razón del acceso a los recursos es precisamente otra, la afectación presente o futura de gran número de situaciones generales, y no tanto la identidad de situaciones. En este sentido el artículo 18.3 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, señala que "en las acciones de cesación, retractación o declarativa, cualquiera que sea su cuantía, se admitirá siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo". A su vez, en el Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Dictamen de la Comisión, BOCG de 23 de marzo de 1998) se establece la procedencia "en todo caso" del recurso de casación cuando se declare nula o conforme a Derecho una disposición general (artículo 83.3). Puede hablarse, por tanto, de una tendencia legislativa favorable a la aceptación del interés casacional como fundamento del acceso a la casación, por encima del concreto interés de las partes, que constituye en cambio presupuesto del sistema ordinario de recursos, con independencia de que también en el recurso de casación de finalidad esencialmente jurisprudencial deba



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

satisfacerse igualmente este otro interés.



Más aún, la experiencia del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción ha puesto de manifiesto cómo la utilización como elemento principal de la identidad de situación lleva a que tengan un acceso privilegiado a la casación determinados litigios que, por numerosos y reiterados (procesos prestacionales, colectivos cuasifuncionariales y de personal estatutario) ofrecen mayores posibilidades de identificación de un precedente idéntico. En cambio materias esenciales (despido, contrato de trabajo, accidente de trabajo) quedan casi inevitablemente fuera del acceso a la casación por su peculiaridad y componente casuístico, pese a la evidente presencia de un interés casacional en la fijación de la doctrina jurisprudencial sobre estas cuestiones. Este mismo inconveniente podría presentarse para los recursos de casación para unificación de la doctrina en el orden civil si se utilizara como único elemento determinante la identidad de supuestos de hecho.

Del mismo modo, la novedosa figura contenida en el número 5 del mismo artículo 482 que proporciona acceso a la casación para la interpretación de aquellas normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiere jurisprudencia sobre normas anteriores análogas, pretendiendo indudablemente cubrir un vacío jurisprudencial, tampoco parece acertada. El plazo de cinco años, si se basa en la duración estimada de las cuestiones y procesos que puedan ir accediendo normalmente a la casación, para posibilitar entre tanto un pronunciamiento jurisprudencial inexistente hasta el momento, resulta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

excesivo, puesto que el Anteproyecto debería pretender que la duración de un proceso, casación incluida, fuera notablemente más reducida. A la vez, en cuanto a cuestiones que no den lugar en un primer momento a la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, puede ocasionar un efecto indebido de congelación de la posibilidad de acceder a la casación, si la cuestión se plantea ante el Tribunal Supremo una vez pasados los cinco años. En cualquier caso un lapso temporal rígido es muy difícilmente aplicable a los fines pretendidos. Sería preferible combinar la falta de previo pronunciamiento con la afectación presente o futura de un gran número de intereses o situaciones análogos, y no tanto la novedad de la norma. De hecho, el propio plazo de cinco años es relativo, puesto que, a pesar de lo que sugiere la dicción literal del artículo 482 5º del Anteproyecto, si antes de los cinco años ha recaído ya interpretación jurisprudencial de la nueva norma, se puede inadmitir el recurso (art. 487.2.4º).

Al considerar la fórmula propuesta por el Anteproyecto, es casi inevitable pensar en las instrucciones interpretativas generales sobre nuevas normas, que prohíbe expresamente el artículo 12.3 de la Ley Orgánica, por extrañas a nuestro sistema judicial, aunque cuenten con precedentes de referencia en otros ordenamientos. Es cierto que se trataría de resoluciones recaídas dentro del sistema ordinario de recursos (artículo 12.2 LOPJ), por el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123 C.E.), pero el hecho de la novedad de la norma y la ausencia de un previo pronunciamiento, aun cuando deba tenerse en cuenta como situación de hecho o punto de partida al configurar el acceso a la casación, particularmente si se relaciona con el puro



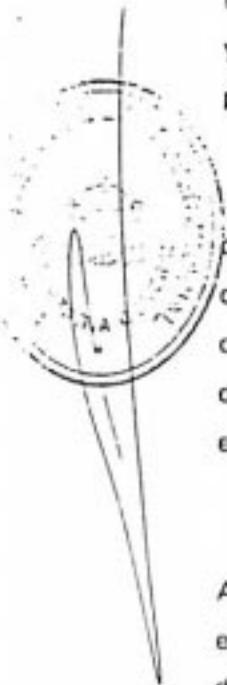
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

elemento cronológico de la fecha de su vigencia, como hace el Anteproyecto, puede distorsionar innecesariamente el sistema en su conjunto.

A la hora de regular el acceso al recurso, pues, siempre a falta de un proceso de instancia específico para las cuestiones de mayor cuantía y complejidad, que pudiera concluir naturalmente en la casación, las posibilidades son diversas.



En primer lugar, debe establecerse un sistema general coherente de recurribilidad de las resoluciones dictadas en el orden jurisdiccional civil, distinguiendo entre procesos de única instancia, en asuntos de cuantía reducida o en pronunciamientos de eficacia limitada, y procesos de doble grado de jurisdicción, en línea de lo razonado en otro punto de este mismo informe.

En segundo lugar, de las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, unas no tendrían recurso ulterior y contra otras, en función de su cuantía, complejidad, contradicción doctrinal entre las distintas Audiencias Provinciales y afectación de intereses generales, podría establecerse un recurso extraordinario, de configuración análoga a la casación, ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin escindir artificiosamente, como pretende el Anteproyecto hacer, las cuestiones sustantivas y las procesales. El elemento de contradicción doctrinal entre distintas Audiencias Provinciales permitiría suplementar el déficit de cuantía o de objeto, a la hora de posibilitar el pronunciamiento unificador del Tribunal Superior,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

pero, a la vez, en aquellos supuestos, nitidamente individualizados, pero que constituyen un número apreciable de procesos, en los que no estuviera justificado el acceso al recurso, la vía procesal concluiría en la Audiencia Provincial, tras dos sucesivos pronunciamientos jurisdiccionales.

En tercer lugar, este último recurso puede establecerse solamente para determinadas resoluciones de las Audiencias Provinciales, mientras que otras, en función de la materia, del tipo de proceso, de la afectación de intereses generales y de la cuantía, fijado este último dato en términos tales que objetive el interés casacional, podrían tener acceso directo a la casación. A su vez también la unificación de la doctrina contradictoria establecida por los distintos Tribunales Superiores de Justicia al conocer de recursos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales podría constituir igualmente objeto del recurso de casación, en su modalidad de recurso de unificación de doctrina, en el que al propio tiempo se satisficaría el concreto interés tutelable, una vez apreciado, en el caso concreto, el interés casacional derivado del quebranto en la unidad doctrinal y del necesidad de un pronunciamiento al respecto, en el proceso de formación de la jurisprudencia.

El esquema de recursos requeriría necesariamente unas reglas claras y sencillas de acceso al recurso, sumamente objetivadas, en las que el recurrente habría de atenerse, ante todo, a la indicación hecha por el Tribunal en el momento de notificar la resolución objeto del recurso. Habrían igualmente de ser reforzadas las facultades de inadmisión del Tribunal Supremo en función de la falta de interés casacional,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28001 MADRID

particularmente teniendo en cuenta que ya se han agotado sucesivas instancias previas.

De esta forma, el acceso a la casación podría ser procedente:



a) Como resultado de la clase y naturaleza del proceso, en vía de recurso de casación directo frente a sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, para materias concretas y determinadas, de las que la tutela de derechos fundamentales, en el procedimiento de tutela jurisdiccional civil de derechos fundamentales, siempre que esté específicamente referido a esta materia, constituiría el ejemplo paradigmático, siempre que la sentencia sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como, en idéntico caso, cuando la cuantía del asunto, naturalmente sobre la base de un decisivo incremento cuantitativo sobre la cifra actual, hiciera presumir objetivamente el interés casacional del mismo,

b) Cuando exista una manifiesta situación de contradicción doctrinal entre los Tribunales Superiores de Justicia en torno a la concreta cuestión debatida, con el mismo requisito anterior de que la sentencia recurrida sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

c) Cuando no haya un previo pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la concreta cuestión jurídica planteada y ésta afecte o pueda afectar de futuro a gran número de situaciones o posea un contenido de generalidad, en un ámbito superior al de un determinado Tribunal Superior, bien por notoriedad, bien en virtud de previa alegación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

y prueba al respecto en el trascurso del proceso.

Como observaciones adicionales cabe señalar que la actualización de la cuantía necesaria para el recurso debe deslegalizarse y conferirse al Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, como establece el Anteproyecto (Disposición Adicional Segunda), de modo análogo a lo dispuesto para el recurso de suplicación laboral (Disposición Adicional Segunda de la Ley de Procedimiento Laboral), criterio que igualmente debe ser aplicado a las demás cuantías señaladas en el Anteproyecto, en lo que no resulten afectadas por una necesaria reserva de ley.

En cualquier caso, el establecimiento de este sistema de recursos, que está evidentemente en función del propio esquema de procesos que finalmente se implante en la instancia, debería partir de un análisis de los distintos procesos y recursos actualmente en trámite, a fin de establecer qué necesidades deben ser atendidas mediante los diferentes recursos y, al propio tiempo, no sobrecargar de trabajo a algunos órganos jurisdiccionales dejando sin asuntos a otros, ni debiendo tampoco sobredimensionar la plantilla del Tribunal Supremo. En este sentido debe señalarse que son especialmente necesarios los estudios y análisis cuantitativos y cualitativos previos cuya ausencia se ha puesto de manifiesto en otro lugar de este informe.

Finalmente, es necesario poner de manifiesto que el Anteproyecto no regula el recurso establecido respecto de las sentencias que dicten las Salas de los Civil de los Tribunales Superiores de Justicia al conocer de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

demandas de responsabilidad civil contra Jueces, Magistrados, Fiscales y Altos Cargos de las Comunidades Autónomas (art. 76.2 LOPJ). Como el recurso de casación sólo cabe contra sentencias de las Audiencias Provinciales, parece que, o no cabe recurso alguno, o por vía de interpretación habría de concluirse que cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sin ulterior recurso.

2.- Preparación, Interposición y admisión a trámite.

A) Preparación

El trámite de preparación, de acuerdo con el Anteproyecto, tiene que efectuarse dentro del plazo de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia (art. 484.1).

a) Si el recurso se interpone en proceso sobre derechos fundamentales, bastará con expresar cuál es la sentencia que se pretende recurrir y exponer sucintamente la vulneración del derecho fundamental que se considere cometida (art. 484, apdos. 1 y 2).

b) Si el recurso es por contradicción, deberá expresarse la infracción jurídica que se considera cometida y contener cita las sentencias que pongan de manifiesto la discrepancia (art. 484, apdos. 1 y 3).

c) Cuando el recurso sigue la vía del número 5 del artículo 482 del Anteproyecto, es decir, interpretación de nuevas normas cuando no haya previa jurisprudencia sobre precedentes normativos similares, ha de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

expresarse sucintamente la infracción jurídica cometida y la concurrencia de los requisitos exigidos.

B) Personación e Interposición.

La personación ante el Tribunal Supremo y la interposición del recurso han de efectuarse dentro del plazo de veinte días, conforme al emplazamiento que en este sentido ha de efectuar el Tribunal autor de la resolución recurrida (artículo 485.1 y 486.1 del Anteproyecto).

a) Como único requisito general del escrito de interposición, común a las distintas modalidades de recurso, el Anteproyecto requiere que se expongan "con la necesaria extensión" sus fundamentos (art. 486.1).

b) Si el recurso es por contradicción será necesario, además, hacer una relación precisa de las identidades determinantes de la contradicción que se alegue y acompañar certificaciones de la sentencia impugnada y de las que se aduzcan como contradictorias, o, en defecto de estas certificaciones, copia simple del texto de las sentencias y justificación documental de haberse solicitado las certificaciones, sin mayores precisiones sobre la forma de aportar o reclamar de oficio las mismas posteriormente (artículo 486.2).

c) En los supuestos de nuevas normas y de ausencia de previa jurisprudencia sobre anteriores precedentes similares, además de fundamentarse el recurso, ha de manifestarse razonadamente "cuanto se refiera a la inexistencia de jurisprudencia relativa a la norma que se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

estime infringida (artículo 486.3).

C) Admisión.

El trámite de admisión se desarrolla sin intervención del Ministerio Fiscal. Son causas de inadmisión las siguientes (artículo 487.2):

- a) Que el recurso se haya tenido indebidamente por preparado al no ser recurrible en casación la sentencia impugnada o por cualquier defecto de forma no subsanable en la preparación (art. 487.2.1º).
- b) Que el escrito de interposición no cumpliera los requisitos exigidos en cada caso (art. 487.2.2º).
- c) Cuando el recurso fuera por contradicción, si resultara manifiesto que las sentencias aducidas no resolvieron casos sustancialmente iguales o no incurrieron en la contradicción aducida (art. 487.2.3º).
- d) En la modalidad de recurso por inexistencia de jurisprudencia, si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dichas normas o sobre otras anteriores de contenido igual o similar (art. 487.2.4).

El Texto del Anteproyecto se caracteriza por reducir al mínimo los requisitos de preparación e interposición y las causas de inadmisión,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

combinación de criterios que, unida al amplísimo ámbito de resoluciones recurribles, transformaría al recurso de casación, hasta ahora especialmente riguroso y formalista, en un medio de impugnación más, distinto de la apelación pero muy distinto al recurso de casación en su configuración tradicional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en diversas ocasiones, tanto sobre la casación-civil como la casación en otros órdenes jurisdiccionales, y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 19.12.97, en el asunto "BRUALLA GOMEZ DE LA TORRE"), han establecido la proporcionalidad que existe entre el acceso a la máxima instancia jurisdiccional y el establecimiento de determinados requisitos de admisión.

En el Anteproyecto, si el recurso es en materia de derechos fundamentales los requisitos de preparación e interposición se reducen al cumplimiento del plazo, la exposición sucinta de la supuesta vulneración en el escrito preparatorio y la exposición de sus fundamentos, "con la necesaria extensión", en el de interposición. Como las únicas causas de inadmisión previstas para este recurso son la preparación indebida, por no ser recurrible en casación la resolución de que se trate o no cumplirse los requisitos exigidos, y el incumplimiento de los requisitos del escrito de interposición, parece que cuando se cumplan las plazos y la sentencia se recurra por supuesta vulneración de derechos fundamentales, es de suponer que no como cuestión nueva, el recurso habrá de admitirse salvo que al prepararlo o al interponerlo se omita en absoluto cualquier razonamiento sobre su fundamentación, ya que el requisito de la "necesaria extensión" es tan relativo e indeterminado que prácticamente se inhabilita como un verdadero



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

requisito exigible y valorable con un mínimo de seguridad jurídica. Desde luego, no deja de ser sumamente llamativo que se omita la exigencia de indicar con claridad y precisión, mediante la concreta cita del precepto de la Constitución o norma orgánica o de convenio internacional en esta materia, así como, en su caso, la doctrina o jurisprudencia que interpretan el mismo, con la necesaria argumentación y fundamentación jurídica de la infracción presuntamente cometida. Similares precisiones serían necesarias también en las demás modalidades de recurso de casación, de modo que, sin posibilitar interpretaciones rigoristas o formalistas, se pudiera asegurar el suficiente nivel de conocimiento por la Sala y por las demás partes del contenido exacto de la pretensión casacional.

En cuanto al recurso por contradicción, sus requisitos y por tanto sus posibilidades de inadmisión son algo mayores aunque en cualquier caso también insuficientes, pues el número de recursos que por esta vía puede llegar a la Sala de lo Civil es potencialmente tan elevado que examinarlos con detalle, para comprobar lo manifiesto de la ausencia de contradicción o de identidades fácticas, generará un auténtico colapso en la fase de admisión, dando así lugar a que la unificación se produzca siempre tardíamente y a que en consecuencia sigan produciéndose eventuales contradicciones.

Por otra parte, no debe dejar de llamarse la atención sobre uno de los principales insuficiencias que presenta en sí mismo el recurso por contradicción. Este defecto consiste en que si la sentencia de una Audiencia infringe patentemente la ley o la jurisprudencia pero de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

momento no existe ninguna otra sentencia de Audiencia resolviendo el supuesto de forma distinta, el litigante perjudicado carecerá de la posibilidad de recurrir en casación, que en cambio sí tendrá el litigante del segundo asunto aunque en éste la sentencia de la Audiencia hubiera aplicado correctamente la ley o la jurisprudencia, ya que sólo será este último quien pueda invocar la discrepancia y acompañar las sentencias contradictorias. De ahí que sea necesario distinguir, como se sugiere en otro punto de este Informe, entre el acceso al recurso por un objetivo interés casacional fundado en una situación suficientemente objetivada y contrastada de controversia doctrinal entre Tribunales inferiores, y la posibilidad de acceso por haber recaído resoluciones contradictorias entre las mismas partes y en torno al mismo asunto. Aunque en ambos casos haya que resolver también sobre el concreto interés del litigante, en el primero de ellos se contribuye a restablecer la igualdad en la aplicación de la ley en términos generales, aunque ya no podrán verse afectadas las situaciones jurídicas creadas por los anteriores pronunciamientos que constituyen la situación de contradicción doctrinal, pero quedando indudablemente satisfechos solamente en parte los derechos de cada uno de los litigantes y partes afectados en los previos procesos. En cambio, si se toma como referencia la contradicción existente entre la sentencia recurrida y otra anterior entre las mismas partes en igualdad de situación (artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral) la finalidad del recurso sería, ante todo, restablecer el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley de esos concretos sujetos litigantes, aun cuando a la vez se creara doctrina.

Finalmente, debe resaltarse en el Anteproyecto, también la falta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

de requisitos formales en cuanto a la necesaria concreción y precisión en la fundamentación de los recursos por infracción de normas o jurisprudencia, así como de una delimitación que aclarara si es posible o no denunciar la infracción de las normas interpretativas de los contratos o de valoración de la prueba, ahora contenidas en la propia LEC (así, art. 370.1 sobre el interrogatorio de las partes, art. 373 sobre los documentos públicos o art. 379.1 sobre los documentos privados), evitando que pueda suscitarse la duda de si las relativas a valoración de la prueba van a poder sustentar el recurso de casación o el recurso por infracción procesal.

3.- Tramitación del recurso.

Se estructura siguiendo la tradicional distinción en fases de preparación, interposición, admisión y decisión.

Se elimina el requisito del depósito, mientras que el de consignar las rentas debidas en los procesos arrendaticios se limita a los desahucios por falta de pago (art. 456). Procede en este punto reiterar las consideraciones expuestas a este propósito en torno al recurso de apelación.

La innovación más destacable se halla en la extensión de la intervención de las partes en la fase de admisión, mientras que se suprime la intervención del Ministerio Fiscal. Así el art. 487.3 establece con carácter preceptivo el trámite de audiencia de las partes antes de resolver sobre la admisión para que aleguen sobre la causa que hubiera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

detectado la Sala. Además, se da al recurrido una triple oportunidad de oponerse a la admisión: al comparecer ante la Sala (art. 485.1), en el trámite específico de audiencia (art. 487.3) y al oponerse al recurso tras su admisión (art. 489.2). En realidad, podría simplificarse notablemente este esquema si se obliga al recurrente a razonar en los escritos de preparación e interposición sobre la procedencia del recurso, facilitando así en gran medida las posibilidades de contradicción de la parte contraria, la labor del Tribunal ante el cual se prepara y la del Tribunal Supremo que ha de resolver más tarde sobre la admisión a trámite. La audiencia del recurrente en el trámite de inadmisión podría tener a su vez carácter facultativo, teniendo en cuenta las conclusiones expuestas por el Tribunal Constitucional a propósito de la regla del artículo 1710.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de recordar que el recurrente ya es oído sobre este aspecto en el momento de la formalización o interposición, por lo que no se resuelve *inaudita parte* (STC, Pleno, 37/1995, f.j. 5).

De manera correlativa puede concentrarse también la audiencia de la parte o partes recurridas para oponerse, en su caso, a la admisión, a cuyos efectos bastaría con ofrecerles expresamente en el texto legal esta posibilidad en el propio trámite de personación, a renglón seguido del emplazamiento efectuado por el Tribunal *a quo* (artículo 485.1), trasladando a este momento procesal el contenido actual del artículo 489.º del Anteproyecto, excepto, naturalmente, la mención a las causas "que no hayan sido rechazadas por el Tribunal", puesto que por definición aún no se habrá rechazado ninguna. El recurrido dispondrá, además, de la posibilidad de alegar lo procedente sobre estos aspectos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

en el trámite de impugnación, puesto que la desestimación preliminar de la causa de inadmisión no impedirá necesariamente la reproducción en la Sentencia, como causa de desestimación, de tal alegación de inadmisibilidad.



La tramitación del recurso de casación prevista en el Anteproyecto, que no presenta complejidad excesiva, no ofrece, por lo demás, graves problemas. Se observa, como se hizo notar en la apelación, una distinción artificiosa, en el caso del recurrente, entre personación e interposición. De hecho el artículo 485 del Anteproyecto se refiere al "emplazamiento de las partes para su comparecencia", mientras que el artículo 486 del propio Anteproyecto señala que el recurrente, dentro del plazo concedido, "habrá de personarse y presentar ante la Sala de casación el escrito de interposición del recurso". A fin de evitar equívocos como los que han suscitado la intervención del Tribunal Constitucional a propósito de la personación e interposición del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social (STC 239/1993), sería preferible establecer expresamente en el texto legal que el emplazamiento del artículo 485 es, en el caso del recurrente, para la interposición directa del recurso, acto que constituye en sí mismo un acto de personación, mientras que en el caso de las demás partes, el emplazamiento es para su personación dentro de igual plazo.

En los escritos de interposición y de personación, respectivamente, las partes habrán de fijar un domicilio para notificaciones en la sede del Tribunal Supremo, exigencia que sería de suma utilidad extender a cualquier trámite análogo de personación o de formalización en cualquiera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

de los recursos, de apelación o extraordinario, que se sustancian ante un Tribunal radicado en sede diferente del Juzgado o Tribunal autor de la resolución recurrida. En efecto, aunque sea exigible la dirección letrada y representación procesal, pueden suscitarse innumerables incidencias (solicitud de asistencia justicia gratuita, renuncia a la dirección o representación, nueva designación de profesionales, baja de éstos en el ejercicio...) que hagan necesario para el Tribunal disponer de un domicilio para notificaciones en la propia sede.

Con independencia de lo anterior, la supresión del requisito del previo depósito, así como la eliminación de requisitos formales, la falta de limitación de las sentencias de las Audiencias Provinciales recurribles en casación y las dificultades de inadmisión, constituyen un conjunto de factores que pueden desembocar en un incremento de la litigiosidad infundada y en la utilización abusiva del recurso. Procedería por ello mantener el requisito del previo depósito, actualizando su cuantía, que no parece un requisito exorbitante o injustificado, teniendo en cuenta el carácter extraordinario del recurso, la instancia procesal a la que se accede y la dilación que ocasiona sobre el proceso, una vez que han recaído al menos dos previos pronunciamientos judiciales, así como la imposición de las costas al recurrente cuyo recurso fuera desestimando, al menos en la parte alicuota cuando sean varios los recurrentes, modificando el artículo 295.2 del Anteproyecto.

Es necesario también formalizar en mayor medida el contenido del escrito de interposición. Reiterando en este punto las consideraciones expuestas en torno al escrito de formalización del recurso de apelación,



en mayor medida y con mayor intensidad dado el contenido y naturaleza del recurso de casación y su utilización como tercera instancia procesal, así como la posición jerárquica del órgano al que se dirige, es necesario delimitar con mayor precisión y rigor cuál ha de ser el contenido del escrito, salvando siempre toda interpretación puramente formalista y rigorista, para posibilitar mayor eficacia en la impugnación de la parte recurrida y en la resolución posterior del recurso por el Tribunal.



En otro orden de cosas, convendría que el Ministerio Fiscal continuara interviniendo como hasta ahora, dada su condición de defensor de la legalidad, de modo similar a lo que ocurre en otros sistemas del Derecho Comparado, a fin de suministrar al Tribunal un criterio técnico objetivo, imparcial y externo, sobre la admisibilidad y fundamentación del recurso, que puede suponer una importante contribución, como lo viene siendo hasta el momento, en el proceso de formación de la Jurisprudencia.

7.- Otros medios de impugnación.

En cuanto al recurso en interés de la ley, quedó manifestado antes que no ha sido de utilidad en el pasado y no hay dato alguno que permita suponer que pueda tener alguna aplicación práctica en el futuro. Su finalidad dentro del sistema del Anteproyecto, que es mantener unificada la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (Introducción, pág. VI), es desproporcionada respecto de los muy limitados efectos que pueda tener sobre alguna cuestión singular. Es por ello dentro del recurso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

de casación, mediante una modalidad diferente cuyos rasgos quedaron apuntados, donde puede lograrse esta finalidad, mediante un recurso que esté, si bien con carácter extraordinario y en supuestos sumamente tasados, a disposición de las partes.

En cuanto al recurso de queja es deseable la unificación que supone el texto del Anteproyecto entre los dos diferentes recursos de queja actualmente establecidos en la Ley procesal civil para la apelación y para la casación (arts. 398 y 1698 LEC, respectivamente). Cabe señalar, en todo caso, que el plazo de diez días puede reducirse a cinco días en el caso de las Audiencias Provinciales.

El recurso de "nueva audiencia al demandado rebelde", que en realidad puede ser la primera audiencia de que dispondrá si estuvo en rebeldía desde el primer emplazamiento, debe ser configurado atendiendo a los criterios establecidos en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 15/1996). No ofrece por lo demás especiales problemas, aunque debe relacionarse mejor con los demás recursos y remedios procesales contra sentencias definitivas, para evitar la superposición de unos y otros remedios procesales.

En primer lugar, en línea con lo apuntado en otro apartado de este mismo Informe, la resolución declaratoria de la rebeldía se intentará notificar al demandado, además de por edictos, en el domicilio conocido que tuviere o en el último que hubiere tenido, y en cualquier otro que resulte de las actuaciones o que faciliten el demandante o las demás partes personadas, debiendo la ley establecer expresamente la obligación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28001 MADRID

que todos ellos tienen de participar al Tribunal esta circunstancia, como obligación derivada del principio de colaboración con los Juzgados y Tribunales (art. 118 C.E.). Asimismo debe establecerse la obligación de fijar un domicilio desde la primera actuación o comparecencia, tanto para el demandante como para los demandados o personados en cualquier otro concepto, con independencia de que actúen por medio de un representante procesal, así como la obligación de participar cualquier cambio, con la carga procesal añadida de que si no participaren el cambio pudieran surtir plenos efectos las notificaciones intentadas en el mismo, siendo de su cargo los daños y perjuicios que a las demás partes se les pudiesen ocasionar por esta circunstancia, que podría exigirseles por el Juzgado o Tribunal en forma análoga a lo establecido en el artículo 75.3 de la Ley de Procedimiento Laboral.

A su vez, la sentencia o resolución final del proceso se intentará notificar al demandado personalmente (artículo 500.2 del Anteproyecto), si bien tal notificación puede intentarse simultáneamente, en función de los antecedentes de que disponga el órgano jurisdiccional, por edictos y por correo. La comunicación de la pendencia del proceso (artículo 501) no debe hacerse únicamente a instancia de parte. Además es necesario especificar la obligación del demandado rebelde de personarse, tan pronto tenga noticia de la pendencia del proceso, así como especificar también que la personación del rebelde (artículo 502) irá seguida de la puesta de manifiesto de las actuaciones por término de una audiencia, quedando desde ese momento, haga uso o no de la facultad de examinar lo actuado, notificado de cuantas actuaciones se hubieran practicado y de todas las resoluciones previamente dictadas en el procedimiento, a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

efectos de la interposición de cualquier recurso.

En lo que se refiere al ejercicio de los recursos ordinarios por el demandado rebelde (artículo 503), debe señalarse que el demandado rebelde a quien haya sido notificada la sentencia, no sólo personalmente como dice el Anteproyecto, sino por correo o por edictos, habiendo llegado a su conocimiento como consecuencia de dicha notificación o por cualquier otro medio, deberá interponer los recursos establecidos contra la misma dentro del plazo legal, surtiendo en caso contrario plenos efectos, salvo la posibilidad de solicitar la rescisión en los supuestos establecidos en el artículo 504 del Anteproyecto. En coherencia con lo anterior, la propia audiencia debe solicitarse (artículo 505.1.1) dentro de los veinte días siguientes a la notificación personal o por cualquier otro medio mediante el cual haya tenido conocimiento de la misma sentencia, salvo, naturalmente, la notificación edictal, en cuyo caso el plazo es de cuatro meses. Se entiende que se trata de la sentencia que haya podido devenir firme más tarde y no de la "sentencia firme" como dice el Anteproyecto, salvo si se establecen procesos de única instancia.

Ha de regularse también que el recurso establecido contra la sentencia, de cuya existencia y plazo se ha de informar en la notificación, es el medio impugnatorio preferente y ordinario, cuando se esté en plazo para su utilización cuando se alegue alguna infracción procesal, salvo en los supuestos en que proceda la audiencia al rebelde, en los que no existe tal infracción, sino una situación objetiva de desconocimiento de la pendencia del pleito por causas no imputables al declarado rebelde (artículo 504 del Anteproyecto). Es necesario igualmente precisar qué



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

órgano es competente para resolver, es decir, si es aquél ante el cual se solicita la audiencia, el Juez o Tribunal que haya dictado la resolución (artículo 504 párrafo primero) o se trata necesariamente un Tribunal superior, como parece sugerir el artículo 510 al señalar que la sentencia que estime la pretensión rescisoria se remitirá "al tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia".

Respecto del recurso de revisión, el artículo 512.2º del Anteproyecto incurre en el error, que se aprecia también en la norma vigente (art. 1796.2º LEC), de ligar la revisión a la cuestión de fondo, cuando aquélla ha de fundamentarse en motivos distintos. De mayor trascendencia aún es la remisión a la tramitación de los juicios verbales (art. 517.2 del Anteproyecto), con la innecesaria e improcedente complicación que supone convertir en un proceso declarativo, siquiera concentrado, un medio impugnatorio, además de que habría que precisar, entre otros extremos, si es un verbal con contestación escrita o sin ella. Mucho más razonable sería mantener el esquema actual de su tramitación, o incluso simplificarlo mediante su interposición escrita, admisión, solicitud de actuaciones u otros antecedentes, impugnación, traslado al Fiscal y resolución. En materia de suspensión es más sencillo y razonable lo dispuesto en el artículo 1803 actual que la remisión al artículo 569 que se hace en el artículo 518 del Anteproyecto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

LIBRO III

DE LA EJECUCIÓN FORZOSA Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El Libro III del Anteproyecto se divide en dos grandes bloques normativos: el correspondiente a la ejecución y el relativo a las medidas cautelares. Este último será objeto de especial consideración al comentar el contenido del Título VI del Libro.

El artículo 118 de la Constitución de 1978 hace obligado el cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Constituye su precedente lógico y sistemático el artículo 117.3 de la Norma fundamental que atribuye a Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

La ejecución forzosa, por oposición a la voluntaria, que se produce cuando se cumple el mandato judicial voluntariamente por quien está legalmente obligado a hacerlo, es la que tiene lugar cuando el obligado se niega o no lo cumple, propiciando con ello el despliegue de la fuerza coactiva de los órganos del Estado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

El cumplimiento del mandato que la sentencia contiene, mediante la imposición forzosa a la parte vencida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, "ya que si no fuera así, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna" (STC 152/1990, de 4 de octubre).

A pesar de esta doctrina constitucional, es de común reconocimiento que la regulación de la ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil es deficiente y adolece de una evidente dispersión sistemática y de numerosas lagunas, todo lo cual ha generado y genera desconfianza del ciudadano hacia la Administración de Justicia, que ve inviable en muchas ocasiones su aspiración de conseguir una verdadera y real tutela judicial efectiva de sus derechos.

El Consejo General del Poder Judicial asume que hay pocas cuestiones en que exista un nivel de acuerdo mayor que en la ineficacia del sistema procesal de ejecución de sentencia, hasta compartir la mayoritaria crítica de que el camino hasta obtener la satisfacción efectiva de la pretensión es incluso más complicado que el de obtener la declaración del derecho.

La existencia de toda clase de incidentes en la ejecución -con tramitación escrita- la inexistencia de mecanismos de interpretación del título y la falta de colaboración de deudor y terceros, permiten el beneficio del incumplidor sistemático, en lugar de favorecer, como sería



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

más lógico, a quien ha visto reconocido su derecho en sentencia firme, sin que el Juez tenga en su mano mecanismos que ayuden a hacer efectivo el derecho del ejecutante.

Dos de las disfunciones mayores en la ejecución radican en la determinación y averiguación de los bienes a embargar, y en los medios de realización forzosa de los bienes embargados.

En el primer caso, el sistema de averiguación de los bienes descansa excesivamente sobre las manifestaciones del ejecutante sin permitir que el Juez realice averiguaciones de oficio de forma sistemática y generalizada como si el cumplimiento de las resoluciones judiciales tuviera solamente un contenido privado. Ello se evitaría si se potenciara el mecanismo de averiguación de oficio para tratar que las resoluciones judiciales quedaran en meros pronunciamientos teóricos.

En el segundo, nuestro ordenamiento jurídico no conoce otro sistema de venta forzosa que la subasta pública, salvo cuando se trata de bienes que cotizan en mercados oficiales o del embargo de créditos realizables en el acto o de dinero. Los conocidos problemas que el legal sistema acarrea aconsejan simplificar el sistema de venta, la publicidad adecuada de lo que es objeto de realización forzosa y la introducción de mecanismos alternativos a la subasta pública, de modo que se permita un acercamiento real de los interesados a la venta y una conexión entre los criterios del mercado y los de venta de los bienes realizados por los Juzgados.

LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

El Consejo General del Poder Judicial en su Libro Blanco de la Justicia apunta algunos criterios que, a su juicio, deberían regir la nueva regulación de la ejecución civil en el marco al que se refiere este informe. Éstos son los siguientes:

a) Aun asumiendo el principio dispositivo en la ejecución, prever la posibilidad de que el Juez o, en su caso, el Secretario, en una sola resolución, acuerde todos los trámites conducentes a la satisfacción del derecho del ejecutante, cuando ello sea posible, del mismo modo que, una vez instada la ejecución, se continúe de oficio, adoptándose de oficio por el órgano judicial todas las medidas tendentes al cumplimiento de lo ejecutoriado, sin perjuicio de que el ejecutante pueda en cualquier momento desistir de la ejecución o solicitar su paralización por un plazo de tiempo determinado.

b) Una vez decretada la ejecución por el Juez, se debería atribuir al Secretario Judicial el resto del trámite. No obsta a lo anterior la posibilidad de que el Juez pueda revisar las resoluciones del Secretario cuando sean impugnadas por las partes, pero debe tener capacidad explícita reconocida en la ley de acordar por sí mismo, sin necesidad de refrendo o visado judicial y de forma autónoma, todo lo conducente a lograr la ejecución salvo cuando estén en juego derechos fundamentales en cuyo caso debe intervenir el Juez. Pero con esta excepción, el Secretario Judicial tiene que estar dotado de la capacidad de acordar el sistema de venta, de liquidar las cargas, presidir las subastas, adjudicar el bien y realizar las inscripciones precedentes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

c) Los incidentes en la ejecución debieran resolverse introduciendo generalizadamente el sistema de comparencias previsto en la actual Ley de Procedimiento Laboral.

d) El proceso de ejecución ha de permitir, sin necesidad de acudir a un procedimiento declarativo autónomo y siempre que ello sea posible, la interpretación del título de ejecución dentro del propio proceso, así como los mecanismos para que los daños y perjuicios causados por el deudor dentro de la ejecución sean asumidos por éste en el mismo proceso.

e) Además del deber de colaboración del deudor y de los terceros en orden a la manifestación y determinación de los bienes objeto de embargo con trascendencia incluso penal, deben preverse mecanismos de incentivar la colaboración a través de los apremios pecuniarios y las multas coercitivas ya introducidas en el proceso laboral.

f) Deben establecerse, de forma alternativa a la subasta pública, otros sistemas de venta forzosa de bienes, entre los que cabe considerar, con las debidas garantías, la venta por el deudor, la venta por el ejecutante, la venta por interventor, la venta por entidad autorizada y la venta en subasta, judicial o notarial, pero reducida sensiblemente.

El Libro III del Anteproyecto aborda los presupuestos de la efectividad de la ejecución y los medios y formas de llevarla a cabo. Para ello parte, como presupuesto de la ejecución, de la existencia de títulos ejecutivos de los que deriva la acción ejecutiva, contempla una amplia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

posibilidad de ejecución provisional, regula detalladamente las medidas cautelares y deslinda los dos grandes campos en que se ha de mover la ejecución desde el punto de vista de su contenido: las ejecuciones dinerarias y no dinerarias.

La nueva disposición normativa, como pone de manifiesto en su preámbulo, aspira a presentar una regulación más clara, sencilla y completa que la actual, regulando un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse "genuino título ejecutivo, sea judicial, o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, con "un conjunto de normas que protegen más enérgicamente que hasta ahora al acreedor, cuyo derecho revista suficiente constancia jurídica".

El Anteproyecto, así, pretende ofrecer una regulación unitaria, con reducción del articulado, ordenación sistemática de las instituciones, simplificación procedimental e incorporando procedimientos dispersos en otras leyes. Y una impresión global de dicha regulación es, por fuerza, positiva, ya que evidencia una voluntad de mejora de la normativa actual sin perjuicio de algunos matices de detalle que se abordarán más adelante.

Ello no obstante, el Anteproyecto, sin bien efectivamente reduce, sistematiza y simplifica mediante la regulación unitaria que establece, al obligar a todo ejecutante a someterse al proceso unitario provoca en ocasiones importantes disfunciones, complicando innecesariamente el procedimiento al forzar el sometimiento de distintas situaciones a la

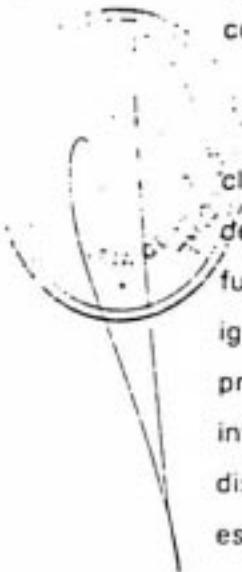
LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

rígida estructura común y al salpicar, en otras ocasiones, el texto proyectado, de excepciones y salvedades puntuales para unos y otros títulos. En este sentido se puede apuntar, a título de ejemplo, el artículo 540 del Anteproyecto, que obliga a instar la ejecución de sentencias, acuerdos o transacciones que consten en autos en forma de demanda (lo que complica y encarece inevitablemente el proceso), a la que se deberá acompañar (art. 541.1.2º) el poder otorgado a Procurador, cuando ya consta sobradamente en autos.



Además, el nuevo texto normativo no potencia ni define con claridad las funciones del Secretario Judicial en el ámbito de la ejecución, de modo que pueda dictar resoluciones autónomas, sin perjuicio de las funciones del Juez en garantía de los derechos fundamentales. Sería igualmente conveniente que en el Anteproyecto se detallaran con más precisión los cometidos de cada una de las autoridades o funcionarios intervinientes en la ejecución, en evitación de que se produzcan disfunciones en la práctica material de los actos procesales propios de esta fase procesal.

Resulta en todo caso absolutamente necesario que el Anteproyecto recoja expresamente la posibilidad de establecer servicios comunes de ejecución, aunque para ello sea preciso modificar los preceptos que correspondan de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La adecuada gestión de los asuntos en sede de ejecución exige el establecimiento de criterios comunes de actuación que racionalicen la tramitación de los procedimientos y eviten situaciones de efectiva desigualdad en la realización de créditos y obligaciones de la misma naturaleza. Estos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

servicios solucionarían también los problemas derivados de la intervención de múltiples órganos judiciales ejecutores sobre unos mismos bienes.

Finalmente, y sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, deben darse por reproducidas aquí las observaciones que ya se hicieran en el Libro segundo respecto de las multas coercitivas, los apremios personales y la posibilidad de deducir testimonio por presunta comisión de delito en caso de incumplimiento de las prevenciones judiciales.



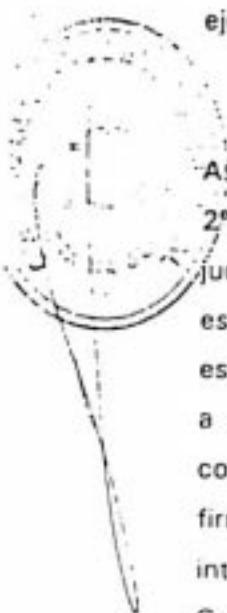
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TÍTULO I

De los títulos ejecutivos

El Título I del Libro III lleva por rúbrica "De los títulos ejecutivos" y se compone de dos capítulos dedicados, respectivamente, a las "Sentencias y títulos ejecutivos" (Capítulo I) y a los "Tribunales ejecutivos extranjeros" (Capítulo II).



El artículo 520 enumera los títulos que llevan aparejada ejecución. Así entiende como *títulos ejecutivos*: 1º) La sentencia de condena firme. 2º) Los laudos o resoluciones arbitrales firmes. 3º) Las transacciones judiciales y los acuerdos judicialmente homologados o aprobados. 4º) Las escrituras públicas, 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, o que se expida con la conformidad de todas las partes. 5º) Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por Corredor colegiado de Comercio que los intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dichos Corredores acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos. 6º) Los 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 éstos, en todo caso, con los libros talonarios. Si la confrontación mostrara conformidad, se despachará la ejecución aunque se alegue falsedad del título en el requerimiento de pago, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución. 7º) Los certificados no caducados expedidos por las entidades

LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado del Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión. 8º) El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. 9º) Las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición legal, lleven aparejada ejecución.

Y tras dedicar el artículo 521 a la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, regula los efectos de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, incidiendo en la obligación de acatamiento y cumplimiento de las sentencias constitutivas. Finalmente, en su artículo 524, aborda la caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial o resolución arbitral.

Son dignos de mención dos pronunciamientos: 1.- No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas. Y 2.- Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución.

Desde el punto técnico-jurídico, no cabe duda que la concentración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

procedimental y la unificación del tratamiento procesal de todos los títulos que llevan aparejada ejecución es una buena opción legislativa. Otro tanto ha de decirse respecto de la consideración del actual juicio ejecutivo como un proceso de auténtica ejecución forzosa asimilando los títulos extrajudiciales a los judiciales y arbitrales.

Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, y dado que lo que se trata de regular es una especie de parte general de la ejecución forzosa, debería llevarse el artículo 524 a continuación del artículo 520, reflejando el orden de los títulos ejecutivos que enumera, y separar, mediante algún tipo de especificación formal, los dos preceptos (arts. 522 y 523) dedicados a regular los efectos de las sentencias meramente declarativas y constitutivas.

Debe llamarse la atención sobre la aparente contradicción por doble regulación de la Jura de Cuentas, que constituiría un título que lleva aparejada ejecución al amparo del número 9 del artículo 520 y, a su vez, aparece regulada en el artículo 31 (Cuenta del Procurador). Se propone eliminar la figura autónoma de la Jura de Cuentas y darle un tratamiento homogéneo con los demás títulos ejecutivos del artículo 520 del Anteproyecto, lo que permitiría, en consonancia con el Libro Blanco, dar la oportunidad al deudor de formular oposición conforme a las reglas generales en pie de igualdad respecto de los demás deudores afectados por un título ejecutivo.

De igual modo, parece quedar sin definición el tratamiento de las sentencias meramente declarativas frente a los pronunciamientos de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

procedimental y la unificación del tratamiento procesal de todos los títulos que llevan aparejada ejecución es una buena opción legislativa. Otro tanto ha de decirse respecto de la consideración del actual juicio ejecutivo como un proceso de auténtica ejecución forzosa asimilando los títulos extrajudiciales a los judiciales y arbitrales.

Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, y dado que lo que se trata de regular es una especie de parte general de la ejecución forzosa, debería llevarse el artículo 524 a continuación del artículo 520, reflejando el orden de los títulos ejecutivos que enumera, y separar, mediante algún tipo de especificación formal, los dos preceptos (arts. 522 y 523) dedicados a regular los efectos de las sentencias meramente declarativas y constitutivas.

Debe llamarse la atención sobre la aparente contradicción por doble regulación de la Jura de Cuentas, que constituiría un título que lleva aparejada ejecución al amparo del número 9 del artículo 520 y, a su vez, aparece regulada en el artículo 31 (Cuenta del Procurador). Se propone eliminar la figura autónoma de la Jura de Cuentas y darle un tratamiento homogéneo con los demás títulos ejecutivos del artículo 520 del Anteproyecto, lo que permitiría, en consonancia con el Libro Blanco, dar la oportunidad al deudor de formular oposición conforme a las reglas generales en pie de igualdad respecto de los demás deudores afectados por un título ejecutivo.

De igual modo, parece quedar sin definición el tratamiento de las sentencias meramente declarativas frente a los pronunciamientos de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

sentencias constitutivas.

Se establece en el artículo 525 del Anteproyecto una regla general:
"Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y en las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional."

Y, a continuación, se regula la preferencia del régimen jurídico de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su ejecución, salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes para España en cada momento.

El precepto, que recoge la doctrina jurisprudencial existente en materia de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros y las exigencias derivadas del Mercado Único Europeo, apela a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional.

Sin perjuicio de llamar la atención sobre la necesidad de que esa norma interna esté aprobada para dar contenido al precepto, y de sugerir una redefinición de la regulación contenida en la Ley de Arbitraje respecto de la cual sólo existe previsión en las Disposiciones Finales del Anteproyecto, a la vista de la evolución sufrida en el ámbito del espacio judicial europeo, se echa de menos una apelación a los Convenios Europeos de ejecución de resoluciones en materia civil (p. ej. Convenios Europeos de ejecución de resoluciones en materia civil (p. ej. Convenios de Lugano de 16 de septiembre de 1988, Bruselas de 27 de septiembre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

de 1968, y su Protocolo, firmado en Luxemburgo el 3 de junio de 1971), que, participando de la naturaleza de Tratados internacionales, tienen un carácter diferenciado por extender su ámbito al de la Unión Europea y a los países, también europeos de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Finalmente, ha de hacerse mención a la falta de pronunciamiento sobre la posibilidad de ejecutar o no provisionalmente las sentencias extranjeras.



TÍTULO II.

De la ejecución provisional de las resoluciones judiciales

El Título II del Libro III se divide en tres capítulos que tratan de las "Disposiciones generales" (Capítulo I), "La ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia" (Capítulo II) y "La ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en segunda instancia" (Capítulo III).

El efecto suspensivo que los recursos procesales producen, por regla general, en la eficacia del contenido de los fallos de las sentencias dictadas por Jueces y Tribunales puede constituir un estímulo para que el litigante vencido retrase el cumplimiento de aquellos a los que viene obligado mediante la interposición de toda clase de recursos.

Esa forma de proceder, que genera un volumen apreciable de litigiosidad, suele ser abordada desde el punto de vista legislativo a través de la regulación de las costas procesales. Junto a ello se constituye en un importante referente la regulación de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales que, en el régimen vigente, viene condicionada a la prestación de caución, que no es otra cosa que una garantía destinada a asegurar que la ejecución provisional no provoque un perjuicio definitivo en el caso de que la resolución judicial sea modificada o revocada por mor del recurso interpuesto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

El Libro Blanco de la Justicia entendió obligado regular la ejecución provisional de forma que las cauciones actualmente exigibles a quien obtuvo sentencia a su favor no imposibiliten de hecho su utilización, o, al menos, la permitan solamente a quienes son capaces de soportar económicamente un recurso de la contraparte.

Atendiendo al planteamiento del Libro Blanco de la Justicia, el punto VIII de la Introducción del Anteproyecto, que trata de explicar la filosofía que lo ilumina, señala que se opta por la ejecución provisional sin necesidad de prestar fianza o caución, aunque "no sin un prudente régimen de oposición a dicha ejecución, de suspensión -que dejaría en pie, no obstante, los embargos y trabas- . . .".

Desde un punto de vista general, es preciso señalar que el Anteproyecto hace una clara distinción entre el planteamiento de la ejecución provisional y el procedimiento para llevarla a cabo. La regulación del Proyecto es extremadamente detallada en comparación con la redacción del antiguo artículo 385. Son datos de interés los siguientes:

Aunque, aparentemente, se retira al Juez la facultad de ejecutar provisionalmente resoluciones de naturaleza distinta de la condena dineraria en función del perjuicio irreparable que pudiera irrogarse de su no ejecución, el artículo 532.2 se deja subsistente un amplio margen de discrecionalidad ponderativa a la hora de resolver sobre la idoneidad de concretas medidas ejecutivas o en el ámbito de las sentencias de condena no dineraria.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Se amplía el ámbito de las resoluciones no ejecutables provisionalmente, añadiendo el artículo 527 las siguientes: a) dictadas en procesos de nulidad y separación matrimonial, excluyendo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y derechos patrimoniales. b) sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. c) sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.

La ejecución provisional se refiere exclusivamente a sentencias con pronunciamiento de condena, dineraria o no, ("se despachará salvo que se trate de sentencia comprendida en el artículo 527 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante") dice el artículo 528.3, permitiéndose, sin embargo, la anotación preventiva de fallos que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos.

Se suprime la sujeción a la constitución de fianza u aval como regla general, "sin simultánea prestación de caución" dice el artículo 528.1, pero subsiste como facultativa en el caso de sentencia de condena no dineraria en el artículo 531.3 del Anteproyecto.

Se permite la ejecución provisional de las sentencias recurridas en apelación, así se infiere del artículo 528 del Anteproyecto, en casación, según resulta del artículo 537, o por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal. Pero la competencia para su sustanciación viene expresamente atribuida al órgano de primera instancia, de acuerdo con el artículo. 526 del Anteproyecto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Se regula con detalle un procedimiento de oposición por parte del ejecutado, con causas tasadas en el artículo 530. El planteamiento de la oposición no produce efectos suspensivos, según el artículo 532.1 del Anteproyecto, salvo que se produzca la ponderación de intereses a que hace referencia el párrafo segundo de ese precepto.

Contra el Auto que acuerda la ejecución provisional sólo cabe plantear oposición. Contra el Auto que la decide no cabe recurso. Contra el Auto que la deniega cabe, sin embargo, recurso de apelación.

Finalmente, se regula un llamado "sobreseimiento" de la ejecución provisional que en realidad es un cumplimiento o acatamiento del fallo en ejecuciones dinerarias (cfr. art. 533 del Anteproyecto) al que correspondería una resolución de archivo, así como los efectos de la revocación o confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada.

No cabe duda de que, en su afán por proteger las expectativas de quien obtiene una resolución favorable de un Juez o Tribunal (el Anteproyecto legitima a quien ha obtenido a su favor un pronunciamiento), se opta por un robustecimiento de la posición del ejecutante frente al ejecutado.

Este posicionamiento debe recibir, desde luego, un juicio favorable desde el punto de vista de la tutela efectiva contemplada en el artículo 24 de la Constitución, sin que pueda, en principio, entenderse afectado el principio de igualdad de armas procesales a que hace referencia el artículo 6 del Convenio Europeo.

LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

El favorecimiento de las expectativas del solicitante tiene múltiples consecuencias. Entre las más significativas se encuentran la no prestación obligada de fianza o aval, el que contra la iniciación de la ejecución provisional sólo quepa oposición, con motivos tasados, y que contra el Auto que desestima ésta no quepa recurso. El ejecutado ha de soportar la ejecución provisional aunque acuda al incidente de oposición. Se le ofrece un trámite de audiencia escrita, sin posibilidad de articular prueba y de cognitio restringida a concretos motivos.

Alguna prevención plantea, por contra, la introducción de idéntico trámite de oposición respecto de cada medida concreta adoptada por el órgano judicial. El Anteproyecto opta por conservar idénticas garantías respecto del pronunciamiento básico que respecto de lo que son sólo actos de ejecución de ese pronunciamiento. La indefinición de lo que ha de entenderse por "actividades ejecutivas concretas" puede provocar en la práctica una cadena de incidentes de oposición en cada acto individualizado.

Una alternativa a esta posibilidad sería que las concretas medidas se determinaran expresamente en el Auto acordando la ejecución provisional y que sólo cupiera formular oposición contra resoluciones que revistieran esa forma y supusieran modificación de las medidas ya predefinidas.

Téngase en cuenta que, respecto de estas medidas ejecutivas, el artículo 532 del Anteproyecto se pronuncia sobre supuestos en los que es posible adoptar otras medidas de eficacia similar indicando que, en



esos casos, se debe estimar la oposición si se trata de ejecución de un pronunciamiento de condena dineraria.

Una segunda cuestión es la introducción de un supuesto "sobreseimiento", cuya terminología en el ámbito civil siempre trae reminiscencias de la absolución en la instancia, que en realidad implica el archivo de la ejecución provisional por agotamiento de la pretensión esgrimida. Sería, pues, conveniente sustituir el término sobreseimiento por el de archivo.

Finalmente, debe ponerse en contacto la regulación de la ejecución provisional con las medidas cautelares, reguladas en el Título VI del Anteproyecto y con el artículo 774 que hace referencia a las medidas definitivas adoptadas en sentencias dictadas en procesos matrimoniales.

Si las medidas cautelares están adoptadas desde un principio, debería prevenirse algún tipo de cautela que coordine la eficacia de las concretas medidas aseguratorias respecto de las propias de la ejecución provisional del fallo. En ese sentido podría recogerse en el Anteproyecto un texto similar al contemplado en el citado artículo 774: "Los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas cautelares adoptadas previamente conforme a los artículos 720 y ss. de esta Ley, y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 745".



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

TÍTULO III.

De la demanda ejecutiva y del despacho de la ejecución

El Título III del Libro III se refiere en sus cinco capítulos a "La demanda ejecutiva y las partes de la ejecución" (Capítulo I), "El Tribunal competente" (Capítulo II), "Las disposiciones comunes a toda ejecución y despacho de ésta" (Capítulo III), "La oposición a la ejecución y la impugnación de sus actos contrarios a la ley o al título ejecutivo" (Capítulo IV) y "La suspensión de la ejecución" (Capítulo V).

Al regular el Anteproyecto un auténtico y único proceso de ejecución, opta por establecer un mismo procedimiento para llevar a efecto los títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales, suprimiendo procedimientos especiales e incluyendo las especialidades relativas a los distintos títulos ejecutivos de forma dispersa a lo largo del articulado. Así, por ejemplo, el artículo 541.1.1º precisa que a la demanda ejecutiva debe acompañarse el título ejecutivo, salvo que la ejecución se funde en sentencia, acuerdo o transacción que conste en los autos. O el artículo 543, que establece la representación y defensa por medio de Procurador y Letrado, salvo que se trate de la ejecución de sentencias dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales.

En coherencia con la opción legislativa adoptada, se trata, en lo posible, de mantener la homogeneidad del procedimiento establecido, lo que provoca, en ocasiones, alguna recarga innecesaria: así, por ejemplo,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

la demanda ejecutiva podría simplificarse, especialmente cuando el órgano ejecutor sea el mismo ante el que se hubiere constituido el título de ejecución y se trate de títulos judiciales.

Tras de la demanda, se ocupa el Anteproyecto de lo atinente a las partes, cuando lo lógico sería seguir el orden inverso, como ya se hizo en el proceso de declaración, donde no sería comprensible que, a lo largo del juicio ordinario, se contemplara a la partes tras los requisitos de la demanda. Igual ocurre con la competencia, que debió conocerse antes que los requisitos de la demanda, y sin embargo es objeto de regulación en el Capítulo II.

El requisito más relevante que contribuye a configurar las partes en el proceso de ejecución es el de su legitimación: la ejecución únicamente puede despacharse a instancia de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo y sólo puede obtenerse frente a quien en dicho título aparezca como deudor. Esta perspectiva también sirve para construir la situación del tercero, del que sin embargo falta un concepto general y una definición de su posición procesal, en contraste con el artículo 238 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque es laudable que, al menos, se prevean dos singulares supuestos de terceros protegidos, en el artículo 549. 2 y 3, a los que se otorgan los mismos medios de defensa que la ley concede al ejecutado.

Una importante novedad del Anteproyecto es la tarea delimitadora que realiza en torno a quienes sean los auténticos legitimados en el proceso: supuestos de sucesión; ejecución en bienes gananciales;



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

deudores solidarios; asociaciones o entidades temporales y entidades sin personalidad.

Alguna mejora debiera introducirse en la previsión de la sucesión en la ejecución, en especial del ejecutado: así, en los casos en que se inicie o pida la ejecución contra alguien no designado en el título como deudor, no debe bastar oír al designado en el título como deudor, sino también a la persona contra la que se pretenda se despache ejecución. Debería regularse o remitirse al específico incidente, en el interior de la ejecución, con posibilidad de articular pruebas y previsión de recurso.

Deberían introducirse mayores precisiones para los casos de ejecución frente a comunidades de propietarios de la Ley de Propiedad Horizontal o frente a empresas articuladas jurídicamente en comunidades de bienes, que puedan simplificar los procesos de ejecución en los normales supuestos de insuficiencia de los bienes comunes, en que deba ampliarse la ejecución a los bienes privativos.

En cualquiera de los casos, el proceso de ejecución se asienta directamente en el principio de iniciativa de parte o de justicia rogada, de forma que, en el Anteproyecto, no se procede a ella sino a instancia de parte. Aunque la ejecución forzosa comenzará con el Auto en que se despache ejecución (art.552), en su artículo 540 prescribe que sólo se despachará ejecución a petición de parte, en forma de demanda, y habla de los actos de ejecución "que se soliciten" (art. 554.1), y en su artículo 542.3 establece que "únicamente podrá despacharse ejecución a instancia de quien aparezca como acreedor".



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28011 MADRID

El Anteproyecto atribuye la competencia para conocer del proceso de ejecución al Juez de Primera Instancia en todo caso.

Este Juez, tratándose de resoluciones judiciales, es el que conoció el asunto en primera instancia. La cuestión es clara en la medida en que la expresión indicada se identifique con sentencias de condena firme, autos y demás resoluciones judiciales que por disposición legal lleven aparejada ejecución (núms. 1º, 8º y 9º del párr. 2 del art. 520). Pero pueden surgir dudas en los supuestos de transacciones judiciales y acuerdos judicialmente homologados o aprobados. En estos supuestos, lo literalmente elevado a título apremiable es el acuerdo, la transacción, no la resolución aprobatoria. Y la más aconsejable seguridad en la interpretación aconsejaría precisar la competencia en estos supuestos en favor del Juez autorizante, haciendo una más detallada previsión similar a la efectuada para los supuestos de "bienes especialmente hipotecados o pignorados", además de la posible antinomia con la previsión competencial contenida en el artículo 57 del Anteproyecto, y el contraste que supondría con el artículo 235. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Como ya hemos referido con anterioridad,, el Anteproyecto debería potenciar más intensamente las competencias del Secretario Judicial en el proceso de ejecución. Ciertamente le atribuye la presidencia del acto de la subasta y actuaciones posteriores, pero pudiera haberle atribuido todo el desarrollo del proceso de ejecución, una vez decretada la misma por el Juez.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

En los supuestos de títulos ejecutivos extrajudiciales distintos de los anteriores, la competencia se atribuye al Juez del domicilio de ejecutado. Ello puede resultar extraño en el caso de laudos arbitrales, habida cuenta que la ley especial sobre el arbitraje tiene prevista la competencia del Juez de Primera Instancia del lugar donde se hubiere dictado (L. 36/1988, de 5 de diciembre, art. 53).

La competencia puede y debe ser examinada de oficio por el Juez cuando la sumisión no esté autorizada. El ejecutado, por su parte, dispone de una impugnación de la competencia territorial del juez que ha comenzado a conocer, planteable como declinatoria. Debiera preverse, tal vez, en aras a evitar una dilación intencionada del proceso, la posibilidad de sancionar específicamente el planteamiento injustificado de la declinatoria, incrementando intereses por demora para resarcir posibles perjuicios. En realidad, la no sustracción de los títulos judiciales a la posibilidad de esta cuestión competencial no se explica, salvo por la confusión generada por la mezcla de títulos en un único proceso.

La rúbrica del Capítulo tercero del Título IV es ligeramente errónea, en cuanto no se refiere a "toda ejecución", sino a la definitiva.

El Anteproyecto prescribe un plazo de espera de la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales de veinte días, posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado. La finalidad del plazo es indudablemente esperar al cumplimiento voluntario de la obligación. Sin embargo, no se entiende bien que este plazo no esté previsto para otros títulos ejecutivos ni que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

no se admitan excepciones para evitar riesgos o esperas infructuosas (deudores en rebeldía o presumiblemente insolventes).

Expresamente se indica que la resolución judicial que despache ejecución ha de revestir la forma de Auto, eliminando dudas que se producían en la práctica de algunos Juzgados y en sintonía con la Ley de Procedimiento Laboral, en la que se da por supuesta la necesidad de empleo de esta resolución judicial al mencionar más de una vez al "auto" por el que se despacha la ejecución.

En este Auto, a la vista de las obligaciones y responsabilidades que el Anteproyecto atribuye a las partes a lo largo del proceso, debiera advertirse a ejecutante y ejecutado de sus derechos, obligaciones y responsabilidades derivadas de la ejecución.

En el Auto despachando ejecución pueden acordarse medidas ejecutivas, incluido el embargo de bienes concretos. Ello supone una importante modificación del sistema actual que exige que la traba de bienes se realice en diligencia de embargo practicada en el domicilio del deudor; por tanto se puede acordar directamente la traba de bienes concretos. Ello determina que en este momento el Juez deba analizar si los bienes cuyo embargo se solicita reúnen los requisitos necesarios para ser embargados: alienabilidad, pertenencia al ejecutado, patrimonialidad y embargabilidad.

Los problemas derivados de la mezcla de títulos con distinto origen y naturaleza se aprecian de nuevo al posibilitar que el ejecutante acuda



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

al juicio ordinario una vez firme el Auto que deniegue el despacho de ejecución, que si bien tiene sentido en caso de escrituras públicas o letras, supone, en caso de sentencias firmes, privar de valor definitivo a lo actuado en la ejecución. Además, obligaría, por ejemplo, a acudir necesariamente al juicio ordinario antes de intentar recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.



Resulta encomiable que el Anteproyecto haya sistematizado y abordado con criterios de unidad y orden sistemático la oposición a la ejecución, a la vista de los defectos e insuficiencias del inconexo y asistemático sistema actual, en que cada Título cuenta con su peculiar régimen de oposición. En todo caso, habrían de considerarse supuestos en los que la remisión del artículo 563 del Anteproyecto al juicio verbal sería innecesaria (p.ej.: pagos acreditados documentalmente, transacciones que constan en documentos públicos,...etc). En los referidos casos bastaría con una comparecencia ante el Juez, previa a su resolución de plano a la vista de la documentación que se presente.

El resultado no obstante es muy complejo, al mezclar la regulación de los diversos títulos, la oposición por motivos de fondo y forma e incluso variar los procedimientos en atención al objeto de condena.

Distingue el Anteproyecto la oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales y de transacciones y acuerdos aprobados judicialmente de la relativa a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, añadiendo normas específicas para el caso de impugnaciones de infracciones legales cometidas en el curso de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

ejecución.

En el primer caso, la opción legislativa del Anteproyecto es restringir las causas de oposición a los motivos específicos y tasados contenidos en el artículo 560. Sin embargo, quizás hubiera sido preferible haberse servido de una cláusula general o abstracta, con la precisión de que los hechos argüidos fueran de producción posterior al fallo.

En el segundo, el distinto carácter y naturaleza del Título justifica una motivación opositora más amplia, que incluye también la negación del derecho y la alegación de hechos impeditivos o excluyentes del mismo. Al tiempo, la distinta calidad del Título provoca que la ejecución quede en suspenso en tanto se tramita y resuelve la oposición, a diferencia del caso anterior, en el que la oposición no suspende su curso.

La impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución no es una auténtica oposición frente a la ejecución. El legislador se limita a articular remedios y recursos frente a concretos actos ejecutivos, lo que quizás aconsejaría otra ubicación sistemática.

El Anteproyecto parte del principio de suspensión del proceso de ejecución únicamente en los casos en que la ley lo ordene de modo expreso. Y en todos los casos prevé la adopción o mantenimiento de medidas de garantía de los embargos acordados, y previa caución o fianza que cubra el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieran irrogarse del retraso o la inexecución.



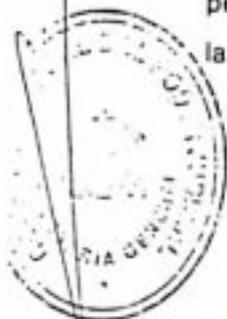
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

No obstante lo anterior, y en consonancia con el régimen previsto en el artículo 244 de la Ley de Procedimiento Laboral, podría haberse previsto un régimen más amplio y abierto, posibilitando la suspensión cautelar antes de la admisión de los recursos por el Tribunal correspondiente y a la espera de ello.

Del mismo modo, debería posibilitarse una excepcional suspensión a criterio judicial, cuando pudieran causarse con la ejecución inmediata perjuicios desproporcionados al propio ejecutado o a terceros, análoga a la prevista en el artículo 243 de la Ley de Procedimiento Laboral.





TÍTULO IV.

De la ejecución dineraria

Los cinco capítulos que forman parte del Título IV del Libro III se titulan "Disposiciones generales" (Capítulo I), "Del requerimiento de pago" (Capítulo II), "Del embargo de bienes" (Capítulo III), "Del procedimiento de apremio" (Capítulo IV) y "De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados" (Capítulo V).

El procedimiento de ejecución dineraria previsto en el Título IV del Libro III se aplicará cuando la ejecución forzosa proceda de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida. Es la modalidad que unánimemente se tiene por común, ordinaria, lo que se explica porque la mayor parte de las ejecuciones, directa o indirectamente, acaban en un apremio dinerario.

Se inicia con unas disposiciones generales, que determinan el ámbito de aplicación de las normas contenidas en el Título, y disposiciones que contribuyen a determinar las cantidades por las que se despachará ejecución, en caso de cantidad líquida, saldo de cuentas, moneda extranjera, vencimiento de nuevos plazos o de la totalidad de la deuda, bienes especialmente hipotecados o pignorados.

La regulación se refiere también a los supuestos de ejecución en casos de intereses variables, que resultaría mejorada si incluyera mayores



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

garantías para el deudor exigiendo que con la demanda se acompañe el documento que permita comprobar la liquidación practicada y no únicamente el expresivo de las operaciones de cálculo detalladas y de las que deriva la cuantía cuya ejecución se reclama.

Incluye finalmente el precepto regulador de los intereses de la mora procesal, que resulta criticable por reiterar algunos de los defectos y omisiones del actual artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no incrementando los intereses en determinados casos de demora apreciable los intereses moratorios y no refiriéndose a otros títulos distintos de la resolución judicial.

Constituyen elementos positivos la regulación expresa y sistematizada del requerimiento de pago así como la exclusión del pago de costas en caso de pago dentro de plazo. La inclusión del último inciso del párrafo 2 del artículo 585 evitará un ánimo hacia la morosidad.

No es preciso el requerimiento de pago en la ejecución basada en títulos judiciales, lo que se justifica porque hubo necesariamente notificación previa de la resolución y, más aún, por el plazo de espera de veinte días, a partir de la notificación, para posible cumplimiento voluntario de lo dispuesto en aquélla.

En otro caso, se requerirá de pago al ejecutado (salvo que conste fehacientemente haberse verificado el requerimiento con anterioridad), y si no pagase en el acto, se procederá al embargo de sus bienes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 6
28071 MADRID

La exclusión de costas en caso de pago evitará demandas sorpresivas con incremento de gastos artificiales, pero el carácter tajante de la misma puede amparar conductas dilatorias en el pago por parte de deudores morosos hasta el último momento, con la indeseada consecuencia de haber incurrido el ejecutante en obligados gastos de los que no se resarcirá.

El Anteproyecto regula el embargo de forma pormenorizada, perfeccionando en lo general la regulación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, solucionando problemas y clarificando situaciones indudablemente conflictivas. Especialmente destacables son las normas que se refieren al momento de efectividad del embargo, prohibición de embargos indeterminados, imposición de obligaciones al ejecutado en cuanto a la designación de bienes y del deber de colaboración a personas y entidades, respeto a los pactos en la ejecución, y regulación sistematizada de las garantías de las trabas verificadas sobre muebles o derechos y sobre inmuebles y otros derechos inscritos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula de forma insuficiente la búsqueda y localización de los bienes del deudor, cuya carga corresponde al acreedor ejecutante. El Anteproyecto, a semejanza de la Ley de Procedimiento Laboral (art. 239) establece para el deudor el deber de manifestar todos sus bienes, con instrucción de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no son suyos y excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvelare las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren. Asimismo



TÍTULO VI.
Las medidas cautelares

El Anteproyecto dedica a las medidas cautelares el Título VI del Libro III, Título que se divide en cinco capítulos relativos, respectivamente, a las disposiciones generales (Capítulo I), el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares (Capítulo II), la oposición a las medidas cautelares (Capítulo III), la revisión y alzamiento de las medidas cautelares (Capítulo IV) y el enervamiento de las medidas cautelares (Capítulo V).

No hay duda que la tutela cautelar ha cobrado especial significación en los últimos tiempos, sobre todo a raíz de su consideración por el Tribunal Constitucional como parte integrante del derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

En este sentido, es sobradamente conocida la doctrina del Tribunal Constitucional que aúna la efectividad predicable de la tutela judicial a "la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el 'proceso'" (SSTC 14/1992 y 148/1993). La potestad de los Jueces y Tribunales de adoptar medidas cautelares responde así "a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional" evitando que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede "desprovisto de la eficacia por la conservación o



consolidación irreversibles de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento" (STC 238/1992).

Los países de nuestro entorno han avanzado a lo largo de los últimos años en el campo de la tutela cautelar, modificando sus legislaciones y extendiendo las potestades de jueces y tribunales en la búsqueda de construcciones legales capaces de dar respuesta a los problemas que se plantean en este ámbito de actuación procesal.

Pero quizás donde se manifieste más intensamente esta evolución sea en el marco del Derecho Comunitario. Desde las famosas sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik*, de 19 de junio de 1990 y 21 de febrero de 1991, respectivamente, hasta la más reciente sentencia *Atlanta*, de 9 de noviembre de 1995, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha llegado a reconocer al Juez nacional, no ya la facultad de suspender cautelarmente las leyes del país que estuvieran en contra del Derecho Comunitario o los propios Reglamentos comunitarios cuando existieran dudas sobre su validez, sino la posibilidad incluso de adoptar medidas positivas frente a la aplicación de dichos Reglamentos.

La normativa procesal civil en materia cautelar actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, además de insuficiente y confusa, se encuentra dispersa en una multiplicidad de textos legales procedimentales y sustantivos. Dicha circunstancia, fruto de un incorrecto planteamiento legislativo, no encuentra la más mínima justificación en la especificidad de cada medida cautelar, que en absoluto debe ir acompañada de un diferente tratamiento procedimental.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Ante esta situación, no es de extrañar que el Libro Blanco de la Justicia exprese la conveniencia de diseñar un sistema de medidas cautelares dotado de la suficiente amplitud, rapidez y flexibilidad como para permitir, cuando menos, evitar la oposición a la pretensión del actor basada exclusivamente en motivos dilatorios.

Este sistema exigiría, según se sostiene en el Libro, un tratamiento común de todas las medidas cautelares distinguiendo únicamente las patrimoniales de las personales, dado que las características comunes a todas ellas permiten someterlas a condiciones comunes aunque la pretensión en la que se basen sea distinta.

El Anteproyecto se encuentra próximo a cumplimentar esta exigencia, sustituyendo las actuales normas procesales cautelares dispersas -según expresa en su Introducción- por un conjunto ordenado de preceptos, y optando por una regulación unitaria de los presupuestos materiales y procesales aplicables a todas las medidas cautelares. Desde esta perspectiva, no hay duda que ha de ser valorado muy positivamente.

No puede merecer no obstante una crítica favorable la ubicación sistemática de la tutela cautelar. Las medidas cautelares se regulan en el Título VI del Libro III del Anteproyecto, titulado "De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares", compartiendo el Libro III con los títulos ejecutivos (Título I), la ejecución provisional (Título II), la demanda ejecutiva y el despacho de la ejecución (Título III), la ejecución dineraria (Título IV) y la ejecución forzosa no dineraria (Título V).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

2807 MADRID

El posicionamiento de las medidas cautelares en el ámbito de la ejecución forzosa de las sentencias condenatorias encuentra su fundamento en una concepción restrictiva de la tutela cautelar como instrumento tendente a asegurar, singularmente, la ejecución de las resoluciones de condena, y a esta idea parece responder la literalidad de alguno de los preceptos del Anteproyecto (véanse el párrafo primero del art. 720, el número primero del párrafo primero del art. 725 o el art. 727.1). Esta ubicación sistemática obstaculiza dogmáticamente el reconocimiento de las medidas cautelares dirigidas a garantizar la eficacia de pronunciamientos declarativos o constitutivos, o -cualquiera que sea la denominación que se les atribuya- de las medidas anticipatorias de la sentencia.

Por esta circunstancia, tal vez el Anteproyecto debiera sustituir la expresión "sentencias de condena" por la más comprensiva de "sentencias estimatorias". Se evitaría así cualquier duda interpretativa que pudiera conducir a restringir la tutela cautelar en aquellos procedimientos donde se persiguiera un pronunciamiento meramente declarativo o constitutivo. Ello se entiende sin perjuicio de que una interpretación sistemática del texto normativo nos permite considerar viables las medidas cautelares en este tipo de procesos.

Hechas estas consideraciones generales, debemos entrar ya en el examen del articulado del Título VI, comenzando con el correspondiente a su primer Capítulo dedicado a las disposiciones generales.

El artículo 720 sienta el principio general de que las medidas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

cautelares habrán de acordarse siempre a instancia de parte y bajo la responsabilidad del solicitante, manteniendo categóricamente que en ningún caso podrá el tribunal acordar de oficio medidas cautelares.

Tan inflexible afirmación, aunque entendida exclusivamente respecto de las medidas cautelares previstas en este Título, choca frontalmente con la posibilidad de acordar medidas cautelares de oficio en alguno de los procedimientos especiales. Sería por ello conveniente añadir a la redacción del precepto una salvedad atinente a dicho régimen excepcional.

Ha de considerarse muy positiva la mención que se hace en el artículo 721 a la posibilidad de acordar medidas cautelares en procedimientos arbitrales y en litigios extranjeros, en este último caso de acuerdo con los Tratados o Convenios internacionales aplicables, como acertadamente se recuerda en el precepto.

También con carácter general entendemos acertadas las reglas de competencia establecidas en los artículos 722, 723 y 724 del Anteproyecto.

Ello no obstante, nos parece discutible la atribución de la competencia para la adopción de las medidas que se insten en vía de recurso al tribunal que conoció en primera instancia de la demanda principal, como previene el artículo 722 en su párrafo segundo. No debe olvidarse que, una vez formalizado el recurso, el Juez de instancia pierde la competente para el conocimiento del asunto principal, del que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

cautelar es siempre accesorio, y que el órgano jurisdiccional que conoce del pleito en cada momento es el que cuenta con más elementos de juicio para adoptar cualquier decisión que pueda afectarle. Han de valorarse además los problemas que suelen acompañar al traslado de autos de unos a otros órganos judiciales. Por todo ello quizás fuera más conveniente prevenir que una vez acordadas las medidas cautelares por el órgano judicial que estuviera conociendo del asunto, se remitieran al Juez de instancia para su ejecución.

Enlazando con esta última cuestión, y para facilitar la correcta ordenación del procedimiento, sería conveniente que en sede de disposiciones generales se mencionara expresamente que la tramitación de las medidas cautelares ha de llevarse a cabo siempre en pieza separada.

Tampoco puede merecer un juicio crítico favorable la singular redacción del párrafo segundo del artículo 723, precepto que atribuye la competencia al tribunal ante el que se haya presentado la solicitud, siempre que las medidas solicitadas, en todo o en parte, deban producir sus efectos en territorio de su jurisdicción, si por no resultar aplicables las reglas anteriores "o por cualquier otra causa, surgiera duda sobre la competencia". Entendemos que tan imprecisa, insegura y aleatoria regla de determinación competencial debe desaparecer del texto del Anteproyecto.

Por otro lado, el párrafo primero del artículo 774, al referirse al examen por el juez de su propia competencia cuando las medidas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

caso necesarias y prudentes.

Debemos considerar acertada la técnica legislativa seguida en el Anteproyecto, consistente en delimitar primero las características a las que han de ajustarse todas las medidas cautelares, para posteriormente enumerar, a título de ejemplo, las más típicas, dejando siempre abierta la posibilidad al tribunal de acordar cualquier otra medida respecto de los bienes y derechos del demandado no recogido expresamente, siempre, claro está, que se ajuste a las presupuestos generales.

Como ya hemos mencionado con anterioridad, el Anteproyecto se inclina por considerar la tutela cautelar como instrumento tendente a garantizar la ejecución futura de resoluciones de condena, y así se pone de manifiesto en el nº 1 del artículo 725, al exigir que la medida cautelar sea exclusivamente conducente a hacer posible la ejecución de una eventual sentencia condenatoria de modo que su efectividad no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

No obstante esta exigencia general, de la enumeración del artículo 726 resulta la posibilidad de adoptar medidas de carácter anticipatorio o previas a sentencias declarativas o constitutorias, por lo que debemos reiterar aquí la conveniencia de sustituir la expresión "sentencias de condena" por la de "sentencias estimatorias".

El artículo 725 establece también, como requisitos a los que debe ajustarse toda medida cautelar, el del mínimo perjuicio para el demandado

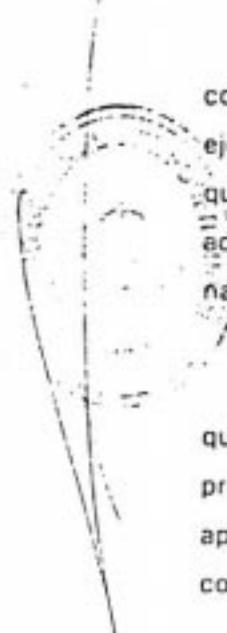


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

y el de subordinación a la satisfacción que obtendría el actor con la completa estimación de la pretensión. A ellos quizás debiera unirse también esta imposibilidad de que la medida cautelar pueda prejuzgar la resolución final que deba dictarse en el procedimiento.



Antes de concluir con el comentario a estos dos artículos, conviene advertir que algunas de las medidas cautelares que, a título de ejemplo, recoge el artículo 726, incorporan características específicas que deben entenderse como referidas exclusivamente a la medida que acompañan, y nunca exigibles en relación con otras medidas de la misma naturaleza.

Si el artículo 725 del Anteproyecto comprende las características que debe reunir toda medida cautelar, el artículo 727 establece los presupuestos para su adopción. Y éstos son dos: la caución y la apariencia de buen derecho, ambos citados en el Libro Blanco como comunes a todas las medidas cautelares.

Por lo que se refiere a la caución, establece el párrafo primero del artículo 727 que, salvo que expresamente se disponga otra cosa, sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita presta caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar.

El precepto no delimita la clase de caución exigible, omisión que aun presentando como ventaja dejar al Juez un amplio arbitrio para decidir sobre la admisibilidad de aquélla, propicia la inseguridad jurídica



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

y va a motivar, muy probablemente, la existencia de diferentes criterios judiciales en la interpretación de la norma. Consideramos por ello más conveniente especificar, siquiera genéricamente, los caracteres que deben concurrir en la caución o los tipos de caución admisibles.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, el párrafo segundo del artículo 727 dispone que el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante ofrecerá otros medios o principios de prueba.

La disposición normativa ha de considerarse acertada en cuanto recoge con amplia formulación el concepto de la apariencia de buen derecho, profusamente desarrollado en el ámbito del Derecho administrativo, como criterio determinante de la adopción de las medidas cautelares, permitiendo además su acreditación por cualquier medio de prueba. Convendría no obstante advertir que la valoración de la apariencia de buen derecho como presupuesto para la adopción de la medida cautelar en ningún caso puede conducir a un procedimiento de cognición plena que sustituya el juicio principal. Por esta razón, tal vez la ordenación del presupuesto mejoraría si se exigiera del órgano jurisdiccional exclusivamente "...un juicio provisional indiciario favorable...".

El Capítulo II de Título se refiere al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, y forman parte del mismo los artículos 729 a

LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

739.

Por lo que se refiere al procedimiento en el que deben ventilarse las medidas cautelares, el Libro Blanco de la Justicia exige exclusivamente que se garantice la audiencia del demandado -salvo supuestos de extrema urgencia- y su posible oposición, y que se tramite por un sistema de simple comparecencia oral.

Ambas consideraciones han sido tenidas en cuenta en el Anteproyecto, singularmente en los artículos 731 y 732, por lo que procede su valoración positiva en dicho particular.

El examen pormenorizado del articulado del Capítulo nos obliga no obstante a hacer las siguientes observaciones:

El artículo 729 se refiere al momento en que deben ser solicitadas las medidas cautelares, distinguiendo según se insten junto con la demanda principal, o con anterioridad o posterioridad a la misma en los casos previstos en los artículos 737 y 739. La disposición concluye en su párrafo cuarto estableciendo que en ningún caso se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal hubiera terminado o quedado en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida.

El precepto parece acertado, pero quizás mejoraría la sistemática del Anteproyecto si se incorporaran a su contenido las previsiones normativas contenidas en los artículos 737 y 738 -referentes a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

petición de medidas con anterioridad a la demanda- y en el artículo 739 - relativo a la petición de medidas con posterioridad a la demanda-. Además su párrafo cuarto debería ubicarse en el Capítulo V, referente a la enervación de las medidas.

Sería igualmente conveniente suprimir el párrafo segundo del artículo 737, ya que la posibilidad de adoptar las medidas cautelares sin audiencia del demandado se encuentra regulada en el artículo 731.2.

Ha de considerarse muy positiva la expresa previsión recogida en el párrafo segundo del artículo 731 sobre la posibilidad de acordar medidas cautelares *inaudita parte* cuando así lo solicite el actor y el tribunal entienda que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa podría comprometer el buen fin de la medida cautelar. En este sentido conviene recordar que la tutela judicial cautelar ha de ser "efectiva" y que dicha efectividad -presupuesto integrado en el núcleo esencial del derecho fundamental- exige en algunos casos sacrificar la audiencia previa del afectado por la medida cautelar.

Idéntico acierto se aprecia en el Anteproyecto al exigir que en estos supuestos no sólo deba justificarse en la resolución judicial la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar, sino, separadamente, las razones que han aconsejado acordarla sin oír al "deudor", aunque entendemos que debe decir al "demandado".

La regulación de la comparecencia en el artículo 732 es básicamente correcta, debiendo destacarse favorablemente la expresa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

previsión de que pueda celebrarse sin necesidad de respetar el orden de los asuntos pendientes, cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar. Sería conveniente no obstante exigir también en estos casos del órgano jurisdiccional una justificación especial.

En todo caso, no se recogen en el artículo 732 los plazos para la celebración de la comparecencia, o para la práctica del reconocimiento judicial. Consideramos que en ambos supuestos sería conveniente prevenir expresamente plazos máximos, no sólo por razones de seguridad jurídica, sino porque de esta forma se contaría con un punto de referencia para considerar indebida cualquier improcedente dilación en el señalamiento de dichas diligencias.

Finalmente, la práctica ha puesto de manifiesto que una de las discrepancias más comunes entre las partes en el ámbito de la tutela cautelar es la relativa a la determinación y cuantía de la caución. Parece por ello oportuno prevenir en forma expresa que dicha cuestión pueda ser objeto de examen en la comparecencia, tanto más si consideramos que una vez fijada la caución por el Juez sólo cabrá su revisión en vía de recurso.

No debemos concluir el examen de este Capítulo sin advertir que no se expresa en el artículo 733, ni en ningún otro, el régimen de recursos contra el auto estimatorio de la adopción de medidas cautelares cuando éstas fueran acordadas previa audiencia del demandado, omisión que abre la puerta a peligrosas divergencias interpretativas, fácilmente remediables ahora incorporando al texto del Anteproyecto dicha previsión



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

normativa.



El Capítulo III se refiere a la oposición a las medidas cautelares cuando hubieren sido acordadas sin previa audiencia del demandado, estableciendo en estos casos un trámite de oposición por demanda (art. 740), donde el demandado puede esgrimir los hechos y razones que considere convenientes (art. 741), el traslado de la demanda de oposición al solicitante de la medida, la celebración de una vista -para la que una vez más no se señala plazo-, y la resolución judicial mediante auto (art. 742). El capítulo concluye con la previsión de que, una vez firme el auto que estime la oposición, el tribunal procederá, a petición del demandado y por los trámites previstos en los artículos 711 y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios producidos por la medida cautelar revocada (art. 743).

La regulación merece con carácter general un juicio favorable, si bien salvando dos cuestiones menores. En primer lugar, quizás fuera más correcta técnicamente la dicción "apelable en un solo efecto" que la de "apelable sin efecto suspensivo", utilizada en el artículo 742.3 del Anteproyecto; en segundo lugar, la previsión del artículo 743 debe entenderse condicionada a la efectiva producción de daños y perjuicios, y así sería conveniente referirlo expresamente en el precepto.

Finalmente, los Capítulos IV y V del Anteproyecto tratan, respectivamente, de la revisión y alzamiento, y del enervamiento de las medidas cautelares.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

La regulación de la revisión y del alzamiento ha de considerarse acertada, aunque tal vez fuera conveniente condicionar el incremento de la caución, prevenido en el artículo 745 para el supuesto de que las medidas cautelares se mantuvieran tras la sentencia absolutoria, a la libre decisión del tribunal una vez valoradas las circunstancias concurrentes en el caso.

Especial consideración merece la regulación del enervamiento, recogida concretamente en los artículos 747 y 748 del Anteproyecto.

El artículo 747 previene expresamente la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser enervadas por aquél frente a quien se hubieren acordado, previsión que merece, en términos generales, un juicio favorable. También han de considerarse acertados los presupuestos a valorar por el tribunal antes de considerar la petición de enervación; concretamente, el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena, la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado, o la restricción o dificultad que la medida cautelar pueda suponer para la actividad patrimonial o económica del demandado en función del aseguramiento que para el actor represente la misma.

No podemos, sin embargo, considerar acertado el diferente régimen jurídico al que parece someterse la enervación cuando se funde en la restricción o dificultad que la medida cautelar pueda suponer para la actividad patrimonial o económica del demandado, ya que, en este caso, del tenor literal del párrafo tercero del artículo 747 se desprende



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Enaenada, 8
28071 MADRID

la obligada sujeción del tribunal a la caución sustitutoria.

Entendemos que deberían incorporarse a un solo párrafo todos los presupuestos de enervación previstos en los párrafos segundo y tercero del artículo 747, dejando siempre a la libre y ponderada valoración del tribunal la decisión sobre la estimación de aquélla.

Tampoco es acertada la regulación del procedimiento para el enjuiciamiento de la enervación, previsto en el artículo 748 del Anteproyecto. El citado precepto establece que la solicitud de la aceptación de caución sustitutoria se hará por el demandado en escrito motivado, al que podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre su solvencia, las consecuencias de la adopción de la medida y la más precisa valoración del peligro de la mora procesal. De dicho escrito, dispone también la norma, se dará traslado al solicitante por cinco días, antes de que el tribunal resuelva mediante auto en el mismo plazo.

No se distingue en el precepto según la enervación se solicite antes de que hubieran sido acordadas las medidas cautelares, en cuyo caso debería ser objeto de examen en la comparecencia prevista en el artículo 732, o con posterioridad, supuesto en el que lo razonable sería convocar a las partes a una comparecencia una vez presentado el escrito instando aquélla.

Debe tenerse en cuenta, además, que la tramitación exclusivamente escrita del incidente impide proponer y practicar pruebas,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

y es poco conforme con el principio de oralidad, presupuesto básico sobre el que debe asentarse el procedimiento civil.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

LIBRO IV

DE LOS PROCESOS ESPECIALES

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil dedica el Libro IV a los procedimientos especiales, distinguiendo en sus tres títulos los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio (Título I), división judicial de la herencia (Título II) y monitorio y cambiario (Título III), procedimientos que, según la Introducción del Anteproyecto, son los imprescindibles.

No hay duda de que uno de los más graves problemas de la jurisdicción civil es la ingente cantidad de procedimientos especiales y especialidades procedimentales, que se encuentran dispersos, no sólo en textos normativos de naturaleza procesal, sino en disposiciones de carácter sustantivo. Muchas de estas especialidades no justifican su singularidad, ni siquiera considerando la particular naturaleza de las pretensiones que las fundamentan.

La existencia de tan diversa singularidad procesal ha originado la pervivencia de una extensa maraña de normas atinentes a muy diferentes procedimientos, lo que dificulta considerablemente la labor judicial dando lugar a un peculiar fenómeno: el proceso ha pasado de ser un adecuado cauce para la satisfacción de las pretensiones a convertirse, no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

infrecuentemente, en un obstáculo para la obtención de la justicia material.

Incluso puede afirmarse que el actual "status" procesal bordea principios y derechos de contenido constitucional, como el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución o el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24 de nuestra Carta Magna.

Sensible a esta realidad, el Consejo General del Poder Judicial, en su Libro Blanco de la Justicia, ha puesto de manifiesto no sólo la necesidad de reformar a fondo el proceso civil ordinario, sino la conveniencia de evitar la inclusión en el ordenamiento procesal de nuevos tipos de procesos siempre que se reforme un texto sustantivo o una ley especial. Se concluye así en el referido Libro -siguiendo la opinión unánime de todas las consultas realizadas- que la reforma global del proceso civil y la eliminación de los procesos especiales contenidos en las leyes no procedimentales ha de ser una de las prioridades a la hora de abordar los aspectos procesales de la jurisdicción civil.

Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente se harán, el Anteproyecto de Ley ahora sometido a informe, en cuanto reduce drásticamente los procedimientos especiales actualmente vigentes, ha de considerarse positivamente.

Sentado lo anterior, se hace necesario revisar la idoneidad de los singulares procedimientos recogidos en el Libro IV del Anteproyecto.

LIBRO IV



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Sobre este particular no hay duda de que las opiniones pueden ser muchas y muy variadas y, probablemente, la mayoría de ellas con suficiente fundamento. El Consejo ya ha expresado la suya en el Libro Blanco al que, una vez más, debemos remitirnos.

El Libro Blanco de la Justicia advierte sobre la conveniencia de reducir los procesos especiales de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los siguientes: un procedimiento incidental para la resolución de las cuestiones que puedan plantearse durante la sustanciación del proceso y que hagan imposible la continuación del procedimiento; el juicio ejecutivo para los litigios propios del tráfico mercantil; un procedimiento monitorio basado en documentos donde conste la firma del deudor, y en el que sea posible seguir adelante con la ejecución si no mediara su oposición; un proceso de tutela cautelar; un procedimiento para la protección de intereses colectivos difusos; un procedimiento en materia de familia, incapacitación y filiación; y un procedimiento para la división de patrimonios.

El Anteproyecto ha seguido básicamente el referido esquema, si bien no ha considerado la creación de un procedimiento para la tramitación de pretensiones atinentes a intereses colectivos difusos, ni ha previsto un proceso para la división de patrimonios, aunque relacionado con éste, dedica su título segundo a la división judicial de la herencia.

De ambas divergencias, ésta última merece especial atención. En efecto, como se pone de manifiesto en el Libro Blanco, un procedimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

2807 MADRID

especial que tuviera por objeto la división de patrimonios, basado en el principio de concentración procesal, permitiría un tratamiento unitario para todos los supuestos existentes en la actualidad. Se daría así solución a los graves problemas procedimentales consecuentes a la división de alguno de estos patrimonios, como los propios del régimen económico matrimonial. No parece suficiente, respecto de estos últimos, la aplicación subsidiaria de las normas sobre la división judicial de la herencia.

En otro orden de cosas, no debe desconocerse la circunstancia de que muchos de los contenidos normativos procesales recogidos en el Libro Cuarto se encuentran reflejados en disposiciones de derecho material, especialmente en el Código Civil. Por ello no estaría de más, en aras de evitar dificultades en la interpretación y aplicación de las normas, que el legislador aprovechara tan singular ocasión para depurar aquellos particulares procesales contenidos en las normas sustantivas, así como, a la inversa, aquellos otros de derecho material incluidos en el Anteproyecto.

Finalmente, y aun reconociendo la dificultad de reducir los procedimientos prevenidos en el texto que se somete a informe, habida cuenta de la singularidad de las pretensiones que los fundamentan, quizás debiera tenderse en el Anteproyecto a una mayor simplificación sobre la base del mantenimiento de singularidades procesales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

podrá también imponer multas coercitivas al ejecutado que no respondiere debidamente a este requerimiento.

El carácter de estas multas coercitivas es indiscutiblemente instrumental, en cuanto pueden modificarse e incluso dejarse sin efecto en atención a la ulterior conducta del requerido: su objetivo es por tanto incentivar la colaboración más que retribuir la desatención al requerimiento judicial (vid. art. 239 LPL).

De otro lado, resulta destacable que el Anteproyecto consagre con claridad el deber de colaboración de todas las entidades públicas y privadas, que están obligadas a prestar su colaboración en las diligencias de ejecución y a entregar al Tribunal cuantos documentos y datos tengan en su poder, sin más limitaciones que las que impone el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes. Y también que prevea apremios coercitivos periódicos a las personas y entidades que no presten la colaboración que les sea requerida.

No se regula, sin embargo, el posible secreto de los datos suministrados, en cuanto excediera de lo necesario a los fines de la ejecución.

Resultan loables las precisiones (art. 589 LEC) sobre la determinación del momento en que se entiende hecho el embargo, desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción del bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún



medidas de garantía o publicidad de la traba, dejando a salvo la buena fe de terceros.

El tratamiento de los límites del embargo en el Anteproyecto es en general positivo, contribuyendo a evitar eventuales abusos perjudiciales para el deudor y escasamente efectivos para el ejecutante (normas que prevén la inembargabilidad de determinados bienes, limitación de la traba a los bienes que sean suficientes y el respeto al orden señalado en la Ley).

Resulta beneficiosa la inclusión del principio de proporcionalidad en las cantidades a embargar por intereses y costas en el artículo 586.2, fijando una estimación provisional, a efectos de la traba, en un treinta por ciento del importe del principal (vid. art. 249 LPL). Sin embargo, resulta excesivamente indeterminada e imprecisa la norma general contenida en el artículo 586.1, más permisiva y abierta que el actual 1442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en la práctica, puede conducir a un embargo general de bienes, sin más límites que la conocida existencia de los mismos, en cuanto el artículo 590 del Anteproyecto sanciona la nulidad del embargo indeterminado.

Las normas sobre inembargabilidad incorporan el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil, perfeccionándolo, e incluyendo una cláusula de remisión a otros preceptos legales que contribuirán a solucionar la generalidad de los problemas que puedan plantearse.

En relación con el orden de selección de los bienes a embargar,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

el Anteproyecto prevé y otorga la debida prioridad a los pactos que existieran entre las partes en orden a la ejecución, con la previsión de que no podrán oponerse a terceros de buena fe, mención legal en la que debiera expresamente incluirse a acreedores concurrentes.

A salvo lo anterior, el Anteproyecto introduce un elemento que en realidad transforma el sistema: atribuye al Juez la función de proceder al embargo, conforme a los principios de mayor facilidad de la enajenación de los bienes y menor onerosidad de los mismos. Únicamente si no pudieran aplicarse los anteriores criterios se estará al orden prevenido en el artículo 595. Las discrepancias de las partes frente a la posible resolución judicial podrán solucionarse utilizando los medios de impugnación de las infracciones legales cometidas en el curso de la ejecución.

No prevé el Anteproyecto la posible adopción de oficio de medidas sobre mejora, reducción o modificación del embargo, lo que puede provocar la vulneración del principio de proporcionalidad por modificación de las circunstancias iniciales.

Si que se refiere detallada y muy sistematizadamente a las posibles medidas de aseguramiento del embargo, diferenciando entre bienes muebles y derechos (dinero, cuentas corrientes y saldos, valores o instrumentos financieros, títulos al portador o a la orden, intereses, rentas y frutos y otros bienes muebles) y bienes inmuebles y otros derechos inscritos, lo que permite la configuración ordenada, según los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

2807 MADRID

casos, de depósitos judiciales, notificaciones y retenciones asegurativas, anotaciones registrales preventivas, y administración judicial de bienes. Sobre el particular, resulta especialmente destacable la asignación expresa a las cantidades y bienes muebles embargados de la condición de caudales públicos (art. 628), y regular, en general, las garantías de la traba, atendiendo a la diversa naturaleza de los bienes embargados, aunque falta una norma general similar a la contenida en el artículo 75.2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral para exigir responsabilidad a los que incumplieran las obligaciones impuestas judicialmente.

Las tercerías de dominio o de mejor derecho dejan de constituir un grupo normativo como en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1523 a 1543), pasando a vincularse a los actos a que conciernen: el acto del embargo en la tercería de dominio y el acto de pago al ejecutante en la de mejor derecho. Los efectos de la tercería, en ambos casos, lo son exclusivamente a los efectos de la ejecución: en el primer caso se resuelve sobre la pertenencia del bien y la procedencia del embargo; en el segundo, resolver sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos. No se prejuzgan, por tanto, otras acciones que a cada uno pudieran corresponder.

En la tercería de mejor derecho debieran incluirse previsiones específicas en relación con la posibilidad de prosecución del apremio por el tercerista, si el ejecutante desiste de ello, así como en cuanto a la participación del tercerista en los gastos de la ejecución cuyos frutos se le atribuyen en detrimento del ejecutante vencido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Debiera introducirse algún mecanismo que garantice la notificación de la inminencia de la traba, dados los efectos de irreivindicabilidad del bien, que la incomparecencia del tercero resulta injustificada y que las dudas judiciales sobre su pasividad son mayores que las que existen sobre la ajenidad del bien.

La valoración del tratamiento que realiza el Anteproyecto del procedimiento de apremio ha de ser en términos generales positiva: mejora indiscutiblemente la situación actual, flexibiliza y simplifica el régimen de subasta pública vigente e introduce importantes novedades que persiguen alcanzar más eficaz y eficientemente la obtención de su derecho por el ejecutante, hasta el punto de que puede afirmarse que el Anteproyecto prefiere los sistemas de ejecución pactada frente al de subasta judicial.

En la tasación de bienes, la judicial es siempre supletoria de la convencional; el perito es normalmente único y nombrado por el Juez. Sin perjuicio de ello, las partes podrán presentar informes suscritos por perito tasador, en los que se exprese la valoración económica del bien o bienes que hubieren de evaluarse. No se posibilita sin embargo el que existan peritos tasadores adscritos a los órganos judiciales, al prever únicamente la selección de entre los que figuren en las listas que suministren entidades públicas competentes y Colegios profesionales.

Se ocupa el Anteproyecto, aun en otra ubicación sistemática, de la valoración de inmuebles para su subasta, que llevará a cabo el Secretario. Debería, en consonancia con la análoga previsión contenida



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

en el artículo 260 de la Ley de Procedimiento Laboral, prever la posibilidad de que el Secretario Judicial, no necesariamente experto tasador, pudiera recabar la colaboración pericial para realizar las operaciones oportunas.

El Anteproyecto regula, en el procedimiento de apremio, los casos en que se procederá a la entrega directa al ejecutante de los bienes embargados, aquéllos en que se procederá a su venta en mercados secundarios y el procedimiento de realización en los casos de acciones y otras formas de participación sociales. De otro lado, simplifica y reduce los trámites del procedimiento de venta en pública subasta, que continúa configurándose como sistema ordinario de realización forzosa de bienes embargados a salvo los supuestos antes citados, a diferencia de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo artículo 261 prevé la subasta judicial únicamente en los casos en que no se empleen los procedimientos de venta en entidad autorizada administrativamente o subasta ante fedatario público.

La realización de bienes muebles y derechos se lleva a cabo por el procedimiento de subasta, simplificada (una, y no tres como en la LEC), eliminando los dilatorios y objetados tres señalamientos: la licitación terminará de una vez con un resultado (aprobación del remate o adjudicación en pago) o sin él (licitación desierta), pero no quedará paralizada "sine die", pudiendo verificarse pronto si existen posibilidades de éxito o no; se evitarán así maniobras y tácticas claramente dilatorias y perjudiciales.

LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

La publicidad oficial prevista es meramente formal, incluso "dentro del Juzgado", lo que la privará normalmente de la más mínima eficacia, en cuanto únicamente aquellos que tengan contacto habitual con el interior del Juzgado accederán a la información. Quizás debiera hacerse referencia expresa a la publicidad en el exterior de dependencias judiciales y, en caso de ciudades o pueblos con más de un Juzgado, en un lugar centralizado para información judicial (Decanato, Oficina de Información, Servicio común, ...). Sólo si el Tribunal lo juzga conveniente, a instancia de parte, se dará a la subasta la publicidad que resulte razonable, sin que se determine regla alguna sobre abono de costes cuando se acuerde de oficio en medios distintos de edictos en periódicos oficiales (art. 141. 2).

Pese a que el Anteproyecto se cuida de indicar que no se convocará subasta cuando, según su tasación o valoración definitiva sea previsible que con su realización no se obtendrá una cantidad de dinero que supere, cuando menos, los gastos originados por la propia subasta, no impide la venta por cantidades irrisorias si el ejecutante no se quiere adjudicar los bienes por la mitad del valor de tasación (art. 650.3).



TÍTULO V.

De la ejecución forzosa no dineraria

La ejecución forzosa concluye en el Libro III con el Título V, relativo a la ejecución forzosa no dineraria y dividido en cuatro capítulos atinentes a las "Disposiciones comunes" (Capítulo I), "La ejecución por deberes de entregar cosas" (Capítulo II), "La ejecución por deberes de hacer y no hacer" (Capítulo III) y "La liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas" (Capítulo IV).

En la práctica habitual de nuestros Tribunales, frente a la ejecución dineraria que suele concretarse en la realización de bienes del deudor, se alza la ejecución no dineraria que exige que el deudor, de alguna manera, colabore al buen fin de la ejecución con su actividad, contemplando la indemnización de daños y perjuicios como respuesta subsidiaria frente a esa inactividad. La determinación de ese cuántum indemnizatorio constituye así la pieza clave de la regulación legal actual.

En este ámbito, como ya hemos referido anteriormente, el Libro Blanco de la Justicia hace expresa mención a la existencia de incidentes en la ejecución sujetos a un procedimiento de corte escrito, lo que retarda su tramitación y opta por el sistema de comparencias de la Ley de Procedimiento Laboral para resolver esos incidentes. Sistema de comparencias que, desde la perspectiva de sus redactores, implica la existencia no sólo de posibilidad de alegación y contra-alegación sino,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

también, la posibilidad de práctica de prueba en lo que podríamos definir como un Juicio Verbal en sentido estricto.

También aboga porque la regulación de la ejecución civil incentive la colaboración del deudor y de los terceros a través de los apremios pecuniarios y las multas coercitivas recogidas ya en el Ordenamiento Laboral.

El Anteproyecto regula la ejecución no dineraria que no tenga como contenido el que el deudor haga o no haga algo (art. 699), partiendo de un requerimiento de cumplimiento en plazo determinado de lo establecido en el título ejecutivo en el que ya se le pueden hacer al ejecutado apercibimientos de apremios personales o multas pecuniarias.

De forma complementaria, y también en las ejecuciones de hacer y no hacer, se puede interesar la prestación de fianza, con apercibimiento de embargo de bienes, que se llevaría a efecto, en su caso, en la forma establecida para las ejecuciones dinerarias.

A continuación, el Anteproyecto hace referencia a dos tipos característicos de ejecución no dineraria, la que tiene por objeto la entrega de cosas y la que tiene por objeto obligaciones de hacer o no hacer.

Respecto de la primera, el haz de facultades del Tribunal es amplio. Incluso, para la puesta en posesión de la cosa debida se pueden emplear los apremios precisos ordenando la entrada en lugares cerrados con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

auxilio de la fuerza pública, si fuere preciso.

Para el caso de la negativa a la manifestación por parte del ejecutado o de terceros sobre el paradero del bien, el Anteproyecto contempla el apercibimiento de "incurrir en desobediencia". A este respecto se dan por reproducidas las consideraciones que, en cuanto a este apercibimiento, se hacen en sede de actos de comunicación.

Y si, la cosa no es habida, se recurre a la sustitución por una satisfacción pecuniaria.

En el caso de las cosas fungibles, el ejecutante puede adquirirlas a costa del ejecutado, lo que se trata de garantizar con el simultáneo embargo de bienes para sufragar la adquisición.

De forma detallada se refiere el Anteproyecto a la entrega de inmuebles contemplando la existencia de terceros ocupantes de los mismos a los que se confiere la posibilidad de discutir la existencia de título para esa ocupación en los términos señalados por el artículo 672 para la ejecución por vía de apremio.

La ejecución por deberes de hacer y no hacer aporta una completa regulación de la condena a emitir una declaración de voluntad que puede ser dictada por el Tribunal cuando no existe indeterminación en los elementos esenciales. En este tipo de deberes es continua la apelación a las multas coercitivas, cuya cuantía se determina en el artículo 710 del Anteproyecto.

LIBRO III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Finalmente, los artículos 711 al 718 establecen el procedimiento de liquidación de los daños, los perjuicios, los frutos y las rentas, así como una breve mención a la rendición de cuentas de una administración.

El Anteproyecto opta por el juicio verbal para la sustanciación de la oposición a la cuenta presentada en todos esos supuestos, con posibilidad de acordar de oficio un peritaje, si fuere necesario. Y, como complemento, el Auto de fijación, aun siendo apelable, no produce efectos suspensivos.

Se asimila el procedimiento de rendición de cuentas de una administración al de la liquidación de frutos y rentas, pero con posibilidad de ampliar los plazos para llevarla a cabo.

La regulación del Anteproyecto en materia de ejecuciones no dinerarias merece un juicio positivo. Sin perjuicio de dar por reproducidas las observaciones expresadas con anterioridad respecto de la ejecución en general, tres son los aspectos a que debe referirse expresamente este informe.

El primero es el notable cambio que supone el que en la ejecución el Tribunal adopte un papel activo requiriendo, apercibiendo, adoptando medidas ejecutivas tales como la autorización de entrada en lugar cerrado, fijando responsabilidades pecuniarias o determinando apremios personales. Y todo ello con un amplio margen de actuación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

28071 MADRID

El segundo es la adecuada utilización de mecanismos sustitutivos que nunca habían tenido reflejo en las leyes procesales. Entre ellos, la posibilidad de facultar al ejecutante para que adquiera las cosas fungibles a costa del ejecutado cuando éste no las hubiere entregado por sí mismo, y ello satisfaga su interés legítimo.

Y en tercer lugar, el adecuado tratamiento que de la intervención de terceros en este tipo de ejecución hace el Anteproyecto. La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido clara en el sentido de que tales terceros afectados por la ejecución (SSTC 4/1985, 58/1988 y 6/1992) tienen derecho a ser oídos en un procedimiento contradictorio tramitado con todas las garantías necesarias que les permitan ejercitar el derecho de defensa.

El artículo 704 cumple la exigencia de notificación a los terceros ocupantes del inmueble que debe entregarse y arbitra la posibilidad de que éstos presenten los títulos que justifiquen su situación. A su vista, el ejecutante puede iniciar un incidente de lanzamiento que el Tribunal resolverá por Auto irrecurrible.

El procedimiento es claramente sumario, tal como exige la naturaleza de la pretensión, pero queda algo difuminado al reducirse a una comparecencia para alegaciones y acreditación "de lo que consideren oportuno respecto de su situación".

Si el Tribunal Constitucional está exigiendo un procedimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

contradictorio con igualdad de armas entre las partes, parece más adecuado que esa comparecencia se sustituya por la tramitación de un incidente con posibilidad de prueba que podría ser similar a la apelación al juicio verbal, *stricto sensu*, en términos de los artículos 448 y ss. del Anteproyecto.



TÍTULO I.

De los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio

1.- Introducción y disposiciones generales

El Título I del Libro IV está dedicado, como se expresa en su rúbrica, a los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio. Fiel a su enunciado, el Título se divide en cuatro capítulos que tratan, respectivamente, de las disposiciones generales (Capítulo I), los procesos sobre capacidad de las personas (Capítulo II), los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (Capítulo III) y los procesos matrimoniales (Capítulo IV).

No ofrece dudas la oportunidad de regular en la Ley procesal, y agrupar en un único título, los procedimientos referidos a la capacidad, filiación y matrimonio. Se trata de materias que tienen en común una multiplicidad de singularidades merecedoras de un tratamiento particularizado, y de hecho, como antes hemos referido, el propio Libro Blanco pone de manifiesto la conveniencia del establecimiento de un procedimiento especial con dichos contenidos. El Anteproyecto "trae así a la Ley procesal común, terminando con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora ha sido necesario rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas", como se señala expresamente en la Introducción.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Parece sin embargo conveniente, si se quiere mantener un criterio de razonable unidad sistemática, que dentro de estos procedimientos especiales se incluyan también los que puedan surgir como consecuencia de las reclamaciones contra las resoluciones de entidades públicas en materia de guarda, acogimiento, tutela y adopción. Dichas reclamaciones han sido remitidas a la jurisdicción voluntaria por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, pese a la evidente existencia en su sede de efectiva controversia.

En todo caso, resulta imprescindible que en los procedimientos recogidos en este Título se comprendan también las pretensiones relacionadas con la patria potestad, acogimiento, guarda, custodia, etc., de los hijos no matrimoniales, así como las consecuentes a las relaciones de las parejas de hecho, siempre que, en este último supuesto, así venga determinado por la regulación sustantiva.

Ambas consideraciones conducen a una obligada modificación de la propia denominación del Título, que en vez de llamarse procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio, debería llevar la rúbrica más comprensiva de procesos sobre capacidad, filiación y familia, siguiendo la singular denominación utilizada por el Libro Blanco, salvo en el particular que antepone el término familia.

Salvada esta denominación, el citado bloque normativo sería coherente con las estructura jurisdiccional propuesta por el Libro Blanco en el particular relativo a la instauración de un nuevo tipo de órganos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marcos de la Ensenada, 8

2807 MADRID

especializados en el orden jurisdiccional civil: los Juzgados de estado civil. Estos Juzgados se encargarían de la llevanza del Registro Civil y, además, conocerían de los procedimientos, ya contenciosos ya de jurisdicción voluntaria, sobre materia vinculada al estado civil de las personas: declaraciones de incapacitación, tutelas y curatelas; internamientos, reclamación e impugnación de la filiación, paternidad o maternidad, títulos nobiliarios, adopciones, emancipaciones judiciales y habilitaciones de edad, dispensas para contraer matrimonio y declaraciones de ausencia y fallecimiento. Con estos Juzgados se alcanzaría una especialización, de amplio contenido, sobre todas las cuestiones atinentes al estado civil de las personas físicas lo que, de una parte, facilita la unificación de criterios y prácticas en tan delicadas materias, y, de otra, confiere funciones específicamente jurisdiccionales a los actuales jueces de Registros Civiles Únicos. Quizás sea este un buen momento para llevar a cabo las reformas orgánicas necesarias que permitan la puesta en funcionamiento de este tipo de órganos jurisdiccionales.

Entrando en el examen singularizado de cada uno de los capítulos del Título, como ya dijéramos con anterioridad, el Capítulo I -artículos 749 a 755- recoge una serie de disposiciones generales.

El artículo 749 se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal, estableciendo que en los procesos sobre incapacitación y en los de nulidad matrimonial será siempre parte y en los procesos de declaración de prodigalidad, en los de determinación e impugnación de la filiación y en los de separación o divorcio será preceptiva su intervención siempre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Márques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o ausente.

El precepto no plantea singulares problemas salvo cuando establece el carácter no preceptivo de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de determinación e impugnación de la filiación. Hay que tener en cuenta a este respecto que algunas de las resoluciones dictadas en dichos procedimientos implican la rectificación de asientos del Registro Civil -a cuyos efectos el artículo 755 del Anteproyecto dispone la comunicación de oficio de las mismas a los Registros Civiles en que consten las inscripciones de nacimiento y matrimonio de las partes-, y que el artículo 50 de la Ley de Registro Civil dispone que no podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que pruebe el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal. Deberá por tanto considerarse, ya la modificación del precepto registral, ya la intervención obligatoria en estos procedimientos del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, quizás fuera conveniente sustituir la dicción "ausente" por "o se encuentre en situación de ausencia legal", excluyendo así cualquier interpretación que pudiera conducir a entender que la norma se refiere a un estado de ausencia de hecho.

El párrafo segundo del artículo 750 establece que en los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, podrán valerse éstos de una sola defensa y representación. El precepto sigue el criterio sentado por la disposición adicional sexta,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

apartado noveno, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y al referirse exclusivamente a los procedimientos matrimoniales quizás debiera ubicarse en el Capítulo III del Título. En todo caso, y al margen de su correcta ubicación sistemática, plantea problemas de aplicación cuando, por discrepancias posteriores a la solicitud inicial de separación o divorcio, alguna de la partes se ve obligada a buscar un nuevo Letrado. Por ello, en estos casos debiera articularse en el Anteproyecto alguna prevención que impidiera la situación privilegiada del cónyuge que continúa con la defensa que conoció el asunto desde el inicio.

El artículo 751 dispone en su número primero que en los procesos a que se refiere este Título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. Parece evidente que la norma general en este tipo de procedimientos ha de ser la indisponibilidad de la acción procesal, pero no debe olvidarse que junto a las pretensiones principales de las partes suelen articularse en algunos de estos procesos peticiones accesorias, respecto de las que no existe obstáculo alguno para permitir la utilización de mecanismos de disposición.

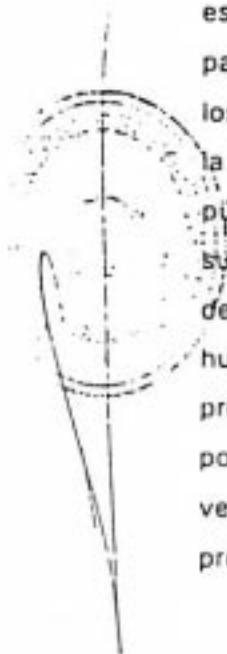
En otro orden de cosas, el número segundo del mismo precepto establece la necesidad de que el desistimiento requiera la conformidad del Ministerio Fiscal en una serie de supuestos, previsión normativa que debe ir acompañada de otra que aclare la posición que ha de ocupar el Ministerio Público respecto del sostenimiento de la acción si se opusiera al desistimiento.

El artículo 752 del Anteproyecto recoge una serie de disposiciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID



procesales acordes con el carácter mixto de estos procedimientos y que suponen excepciones a los principios tradicionales del proceso civil. Así, la posibilidad de que el Tribunal pueda decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, la no vinculación del mismo a la conformidad de las partes sobre los hechos o al silencio o respuestas evasivas en cuanto a los hechos-alegados por la contraria, ni a las propias disposiciones sobre la fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos, y la obligada sujeción de la resolución judicial a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, son previsiones normativas que deben ser valoradas positivamente en cuanto responden a una finalidad última: alcanzar la verdad real, al servicio de la justicia material, esencial en este tipo de procedimientos.

Conviene no obstante poner de manifiesto la reiteración que se produce en los números segundo y cuarto respecto de la posibilidad de que el Tribunal pueda acordar pruebas de oficio en primera y segunda instancias.

Consideramos acertada la remisión general al juicio verbal que hace el Anteproyecto en el artículo 753 para la tramitación de los procesos a que se refiere el Título, así como la posibilidad, recogida en la misma norma, de examinar de oficio la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario, si bien, en cuanto a este último particular, quizás debiera añadirse un párrafo que permitiera al órgano jurisdiccional requerir a las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

partes para que facilitaran la localización de quienes hubieran de ser parte en el procedimiento cuando no fuere posible la identificación o localización de aquellas por los datos obrantes en las actuaciones.

No se entiende la necesidad de establecer un régimen especial para la publicidad de las actuaciones judiciales en los procedimientos correspondientes a este Título, como hace el artículo 754 del Anteproyecto, sobre todo si se tiene en cuenta que la amplísima redacción del artículo 137 del Anteproyecto hace difícil pensar en un caso justificado de exclusión la publicidad de las actuaciones orales que no se comprenda en la citada norma.

Finalmente, el artículo 755 en su párrafo segundo establece que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere el Título, cuando proceda, se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que consten las inscripciones de nacimiento y matrimonio de las partes. El precepto, aun siendo acertado, debería formularse en términos más generales, dejando abierta la puerta a posibles inscripciones en los folios registrales de quienes no hayan sido parte en el procedimiento -por ejemplo, los hijos en los procesos matrimoniales- y a la práctica de asientos en otros registros públicos distintos del Registro Civil.

2.- De los procesos sobre capacidad

Los procesos sobre capacidad de las personas se encuentran



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

recogidos en el Capítulo II del Título I, integrado por los artículos 756 a 763.

La nueva regulación pretende sustituir la actualmente contenida en el Código Civil, lugar absolutamente inadecuado para la ubicación de disposiciones de naturaleza procesal, trasladando al texto procedimental las normas de la ley sustantiva e introduciendo algunas modificaciones, la mayor parte de ellas de escasa entidad. Consecuentemente, en la disposición derogatoria segunda se dejan sin contenido los artículos 202 a 214, 294 a 296 y 298 del Código Civil.

El Anteproyecto integra en un solo Capítulo el procedimiento de incapacitación, con sus singularidades propias para el supuesto de prodigalidad y las normas atinentes al internamiento por trastorno psíquico. Tal vez fuere conveniente, no obstante, dividir el Capítulo en dos secciones, dedicando una específica a las disposiciones procesales del internamiento, ante las especialidades que ofrecen los internamientos involuntarios, no necesariamente dependientes del proceso de incapacitación.

Sentado lo anterior, no debemos desconocer la importancia y relevancia social que presentan los procesos de incapacitación e internamiento. Fiel reflejo de ello es la atribución a los mismos de una sección específica en el Libro Blanco. Se hace por tanto obligado un examen particularizado de la regulación recogida en el Anteproyecto, sobre todo en los particulares que modifican la normativa actual. Y dicho examen particularizado nos conduce a hacer las siguientes

LIBRO IV



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

observaciones:

En cuanto a la competencia, parece acertado que el conocimiento de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad se atribuya al Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite, tal como previene el artículo 756 del Anteproyecto. Sería igualmente conveniente que la referida competencia se previniera también expresamente respecto del conocimiento de las solicitudes de internamiento ordinario, atribuyendo la competencia para el conocimiento del internamiento urgente al Juez de Primera Instancia del lugar en que aquél se llevara a cabo.

Lógica y consecuente ha de considerarse la previsión recogida en el artículo 759.2 del Anteproyecto, que obliga a practicar también en segunda instancia las diligencias probatorias de audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen de éste y el dictamen de un facultativo. Difícilmente puede concluirse en un juicio sobre la capacidad de una persona sin la práctica de dichas diligencias. Debería no obstante sustituirse la expresión "oirá el dictamen de un facultativo" por la de "recabará el dictamen de un facultativo", término más acorde con la naturaleza que presenta la referida actuación procesal.

El artículo 760 del Anteproyecto podría facultar para el nombramiento de tutor y curador en la misma sentencia, cuando así hubiera sido solicitado por las partes y el órgano jurisdiccional contara con suficientes elementos de juicio para llevar a cabo la elección del cargo tutelar. Se evitaría así acudir a un nuevo procedimiento para dicha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

designación, procedimiento que ordinariamente implica reiterar las diligencias de examen del incapaz y audiencia de sus familiares practicadas en el proceso de incapacitación.

No se recoge en el artículo 762 trámite procedimental alguno para la adopción de las medidas cautelares respecto de la persona y bienes del presunto incapaz. Sería razonable que se exigiera al menos la audiencia, siempre que fuera posible, de aquellas personas que pudieran resultar afectadas por la adopción de las medidas. Tampoco se contempla la posibilidad de adoptar medidas respecto de aquellos enfermos mentales no incurso en causas de incapacitación, por no padecer una enfermedad persistente, pero sujetos a un trastorno que les incapacita transitoriamente.

En cuanto al internamiento involuntario, el artículo 763 continúa sin dar solución a muchos de los problemas que reiteradamente se manifiestan en este ámbito de actuación judicial. Así, la nueva regulación no concreta la autoridad del médico para llevar a cabo el internamiento por la vía de urgencia; tampoco establece un diferente régimen para el control del internamientos según afecte a enfermos mentales con brotes reiterados pero discontinuos, en cuyo caso el internamiento suele ser siempre inferior a seis meses, o a enfermos con trastornos continuos y progresivos, supuestos en los que el internamiento ordinariamente deviene definitivo; obvia el problema del internamiento de drogodependientes o alcohólicos; y, lo que es más importante, no ofrece soluciones alternativas al internamiento, como la posibilidad de someter al enfermo a tratamiento médico ambulatorio o a un concreto régimen de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

medicación.

El nuevo texto introduce además un último párrafo donde se somete al control judicial la finalización del internamiento, previsión de dudosa oportunidad y conveniencia, ya que exigirá duplicar los recursos materiales y personales afectos al cometido judicial y motivará de seguro el mantenimiento del internamiento más allá del tiempo imprescindible en numerosas ocasiones, al hacer depender el alta de un nuevo examen del enfermo por parte del Juez.

Además, y en todo caso, a la redacción de la norma debe añadirse una referencia expresa a la intervención de un facultativo designado por el Juez como presupuesto previo a la resolución judicial que autorice el alta, por cuanto difícilmente puede asentarse la decisión del Juez exclusivamente en su examen del paciente. Por ello, quizás el reconocimiento por un facultativo nombrado judicialmente sea garantía suficiente para controlar la finalización del ingreso, sin necesidad de nuevo reconocimiento judicial salvo en los supuestos que el Juez así lo considere necesario.

En otro orden de cosas, los sucesivos internamientos atinentes a cada enfermo deberían tramitarse en un único expediente, lo que facilitaría su control médico.

Finalmente, no parece razonable que el procedimiento para la esterilización de presuntos incapaces se encuentre regulado en el artículo 156.2 del Código Penal y no venga referido expresamente en alguna



disposición de este Capítulo.

3.- De los procesos sobre filiación

Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad vienen regulados en el Capítulo III del Título I, del que forman parte los artículos 764 a 768.

La nueva ordenación pretende, también en este caso, traer a la Ley procesal algunas disposiciones normativas procedimentales ubicadas en el Código Civil. En concreto, el Anteproyecto incorpora a su texto, con algunas innovaciones, el contenido de los artículos 127 a 130 de la Ley sustantiva, preceptos que deroga expresamente en su disposición derogatoria segunda.

La selección de preceptos que se pretenden trasladar al texto procesal nos ha de conducir a una primera crítica. En efecto, las citadas normas integran exclusivamente la sección 1ª del Capítulo III del Título V del Código Civil, dedicada a las disposiciones generales de las acciones de filiación, por lo que se mantienen en el Código las secciones 2ª y 3ª del mismo Capítulo relativas a las acciones de reclamación e impugnación de la filiación y, consecuentemente, las disposiciones procesales atinentes a las mismas. Además, el Anteproyecto recoge alguna disposición de dudosa naturaleza procesal, como la contenida en el artículo 767.3, precepto que reproduce literalmente el artículo 135 del Código Civil no derogado expresamente. La falta de derogación expresa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

se pone igualmente de manifiesto con relación a alguna otra norma recogida en el texto procesal.

Sería por ello conveniente depurar el contenido de este Capítulo, poniéndolo en relación con el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil, a los efectos de concluir en una regulación unitaria y coherente que delimite con precisión los particulares procesales propios de estos singulares procesos de aquellos contenidos normativos sustantivos que les sirvan de fundamento.

Hechas estas consideraciones generales, se hace necesario proceder al examen concreto del articulado del Anteproyecto.

El artículo 764, en su párrafo primero, establece que "podrá pedirse de los tribunales civiles la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en el Código Civil". El precepto, amén de no considerar la legislación foral, carece de sustantividad propia y, por tanto, de justificación autónoma.

El párrafo segundo del mismo artículo añade que en ningún caso se estimará "la impugnación de la filiación determinada por sentencia firme, ni se determinará una filiación contradictoria con otra que hubiere sido determinada por sentencia firme", advertencia evidente e igualmente innecesaria que se expresa también parcialmente en el párrafo segundo del artículo 134 del Código Civil, no derogado expresamente por el Anteproyecto. En dicho precepto no se hace además referencia a la

LIBRO IV



inevitable necesidad de que la sentencia sea firme.

El artículo 765 se limita a reproducir el contenido de los artículos 129 y 130 del Código Civil, disposiciones de marcado carácter procesal y por tanto de obligada ubicación en el Anteproyecto.



Lo mismo cabe decir respecto del artículo 766, que establece la legitimación pasiva en este tipo de procedimientos, cuando no hubieran interpuesto la demanda, de las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, si se pide la determinación de la filiación, y de quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, si se impugnare ésta, medida que ha de valorarse positivamente en cuanto llama al proceso a personas que forzosamente habrán de resultar afectadas por la resolución que deba recaer en el mismo.

El artículo 767 se refiere, en sus apartados 1º, 2º y 4º, a una serie de especialidades probatorias peculiares de este tipo de procedimientos y, por tanto, de acertada inclusión en el texto procesal. Las dos primeras reproducen el actual artículo 127 del Código Civil.

Especial consideración positiva merece la previsión recogida en el ordinal cuarto. Dispone la citada norma que "la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que la evidencia sobre la paternidad o maternidad no pueda obtenerse a través de otros medios probatorios". El precepto da carta de naturaleza a la doctrina sentada por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

el Tribunal Constitucional en las SSTC 276/1996, de 2 de octubre, y 7/1994, de 17 de enero, sobre la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas biológicas en los procedimientos de filiación.

El Alto Tribunal concluye en dichas resoluciones que, aunque la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas no debe conducir necesariamente al reconocimiento de la filiación, la resistencia a las mismas ha de valorarse como un indicio -tanto más consistente cuanto más reiterado sea- que, en conjunto con las restantes pruebas aportadas por la demandante, pueda llevar al Tribunal al convencimiento de aquélla. Desde esta perspectiva, la referencia del Anteproyecto a que la negativa "permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada" merece un juicio técnico muy favorable.

Finalmente, el artículo 768 dispone la posibilidad de que el Tribunal adopte las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, así como, reclamada judicialmente la filiación, acuerde alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, las medidas de protección referidas.

Tampoco aquí, como en los procesos de incapacidad, se precisa el procedimiento idóneo para la tramitación de las medidas cautelares, la legitimación para solicitarlas, la necesidad o no de prestar caución, etc. Convendría por ello hacer una remisión genérica a los artículos 720 y ss. del Anteproyecto, atinentes a las medidas cautelares, recogiendo expresamente en este Capítulo las singularidades que merezcan en estos



procedimientos.

4. - De los procesos sobre matrimonio

Los procesos matrimoniales se encuentran regulados en el Capítulo IV del Título I, concretamente en los artículos 769 a 777.

La actual regulación procesal en el ámbito del Derecho de familia es, sin duda, una de las más criticadas por la doctrina científica y, en general, por todos los profesionales relacionados de alguna manera con esta rama del ordenamiento jurídico. La propia ubicación de la normativa procedimental en las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, texto básicamente sustantivo cuya finalidad fue la modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil, pone ya de manifiesto un deficiente criterio de sistemática legislativa. A ello hay que añadir la compleja ordenación de los procedimientos, poco acordes con la naturaleza de las pretensiones que ventilan y con la celeridad que exige la resolución de las mismas.

Ha sido, pues, una demanda expresada en todos los foros jurídicos procesales la necesidad de acometer una profunda reforma de los procedimientos de Derecho de familia, en sede de ley procesal civil, sobre la base de su simplificación y adecuación a la realidad social. De dicha demanda se ha hecho eco, el Libro Blanco de la Justicia, advirtiendo que la reforma del Derecho procesal de familia ha de estar presidida por la consideración de los principios de oralidad, inmediación y concentración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

absoluta en los procesos para facilitar la resolución en un solo procedimiento del mayor número posible de pretensiones.

Sobre estos postulados, una primera aproximación a la regulación contenida en el Anteproyecto debe conducirnos a una valoración muy positiva.

En efecto, el Anteproyecto procede a reducir sensiblemente los procedimientos recogidos en las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981. De esta forma, si la normativa actual acoge, al margen del cauce procesal para la resolución de las medidas provisionales y provisionales, dos procedimientos para las pretensiones de separación y divorcio y otros dos para las basadas en causas de nulidad, es decir cuatro procedimientos, el Anteproyecto establece sólo dos: uno para las demandas de separación y divorcio no consensuales, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil (art. 770), y otro para las peticiones de separación y divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (art. 776).

Además, el nuevo texto se inclina abiertamente por la oralidad en la ordenación de los procedimientos, así como en sede de medidas provisionales y modificación de las definitivas, sujetando el proceso que podríamos denominar "ordinario" a los trámites del juicio verbal y estableciendo para la adopción de las medidas cautelares la celebración de una comparecencia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

Junto a ambas consideraciones positivas, debemos insistir de nuevo en la conveniencia de extender el marco procesal contenido de este Título, y especialmente en el Capítulo que informamos, a todas las relaciones jurídicas derivadas del estatus familiar, matrimonial o no matrimonial.

En cuanto al particular examen del articulado, referiremos especialmente las innovaciones que introduce el Anteproyecto respecto de la regulación procesal anterior, valorando singularmente la adecuación de las mismas a las previsiones del Libro Blanco.

Comenzando por la competencia para el conocimiento de los procedimientos regulados en este Capítulo, el artículo 769 reproduce la disposición adicional tercera de la Ley 31/1981, no sometiendo, entendemos que injustificadamente, al régimen general competencial las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos. En efecto, en relación con estas últimas no prevé expresamente el artículo 777 del Anteproyecto, como hace el párrafo segundo del artículo 769, que si los cónyuges no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor.

Sería conveniente, además, referir expresamente en el ordinal segundo de este precepto que el Juez examinará de oficio su competencia antes de advertir, como se hace en la norma, que no cabrán

LIBRO IV



los acuerdos de las partes sobre aquélla.

Como ya dijimos anteriormente, el Anteproyecto simplifica considerablemente los procedimientos matrimoniales, y buena prueba de ello es el artículo 770 que regula el procedimiento ordinario remitiéndose a los trámites del juicio verbal.

De esta forma el texto procesal se ajusta al Libro Blanco, que refería la conveniencia de que el juicio principal en materia de familia estuviera basado en los principios de inmediación, oralidad y concentración, y se sujetara a los siguientes parámetros: demanda y contestación escrita, proposición de prueba en los escritos de demanda y contestación, admisión en el señalamiento y práctica en el acto del juicio.

Ahora bien, aunque el artículo 770 del Anteproyecto parte del esquema del juicio verbal, lo que presupone que las pruebas habrán de practicarse en la vista oral, su apartado 4º deja abierta la puerta a la posibilidad de un incesante devenir de diligencias probatorias posteriores al acto del juicio. En este sentido, la norma permite que las pruebas que no puedan practicarse en la vista se lleven a cabo en los treinta días siguientes; autoriza a las partes durante este plazo a completar su proposición de prueba; y deja abierta la puerta al tribunal para acordar de oficio las pruebas que estime necesarias. El mismo precepto dispone que cuando alguno de los litigantes proponga prueba dentro de los dos últimos días de plazo, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos en el plazo de dos días desde



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

que se les hubiera trasladado el escrito de proposición.

No consideramos que esta disposición favorezca la necesaria concentración procesal. Es más, muy probablemente, de mantenerse con la redacción actual su aplicación práctica conducirá a un régimen procedimental donde la vista se convierta en un simple trámite⁷ previo a la apertura de la fase probatoria. Sería conveniente por ello que la práctica de pruebas a instancia de parte con posterioridad a la vista tuviera carácter excepcional, previa solicitud en el mismo acto del juicio -nunca con posterioridad- y decisión judicial de admisión motivada, con señalamiento de un plazo para llevar a cabo la diligencia, que en ningún caso habrá de sobrepasar el máximo que a tales efectos se fije legalmente.

Al margen de la referida consideración, no parece oportuno establecer plazos comunes para proponer y practicar prueba, habiéndose puesto de manifiesto en la práctica que los referidos plazos son fuente constante de problemas y dilaciones en la tramitación de los procesos, especialmente cuando alguna de las partes pretende agotarlos.

Finalmente, ha de valorarse positivamente el contenido del ordinal 3º del artículo 770 del Anteproyecto, en cuanto sanciona la incomparecencia injustificada de alguna de las partes a la vista con la posibilidad de que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge que hubiere comparecido para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. Con ello se incentiva la asistencia a la vista, trámite que debe configurarse como núcleo esencial



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

del procedimiento.

Los artículos 771 a 773 del Anteproyecto regulan las medidas provisionales, distinguiendo las medidas provisionales previas a la demanda (art. 771), la confirmación y modificación de éstas una vez admitida la demanda (art. 772) y las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda (art. 773).

El Libro Blanco pone de manifiesto, respecto de las medidas cautelares en los procedimientos matrimoniales, la conveniencia de que las actuales medidas provisionales y provisionales sean adoptadas en un proceso único, bastando a tal efecto el escrito de la parte que las promueva para que el Juez cite a ambas partes a una comparecencia, a la que habrán de asistir los cónyuges con sus defensores y representantes con los medios de pruebas de que intenten valerse y donde -salvo excepciones muy justificadas- se habrá de practicar la totalidad de la prueba admitida. Se observa igualmente en el Libro la conveniencia de que en su resolución el Juez pueda decidir tanto con relación a las medidas cautelares personales como respecto de las patrimoniales, así como que dicha resolución no pueda ser objeto de ulterior recurso, sin perjuicio de la sustitución de las medidas acordadas en la sentencia de instancia y, eventualmente, en la que resuelva el recurso de apelación.

Todas estas consideraciones han sido tenidas en cuenta en el Anteproyecto, por lo que en este particular no cabe sino una valoración positiva.

LIBRO IV



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

A las medidas definitivas se refiere el artículo 774, precepto que debe ser examinado en sus apartados primero, cuarto y último. Dispone el apartado primero que en la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.

Insistiendo una vez más en la necesidad de que el centro del procedimiento matrimonial se residencie en la vista del juicio, momento procesal idóneo para la práctica de las pruebas, la puesta en conocimiento de los acuerdos a que hubieren llegado las partes y la proposición de pruebas atinentes a éstos deberían producirse con anterioridad a la vista, de forma que las pruebas propuestas pudieran practicarse en aquella.

El apartado cuarto por su parte establece que en defecto de acuerdo entre las partes el tribunal determinará en la propia sentencia las medidas que habrán de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, así como las adicionales que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. La norma debería comprender también las medidas atinentes a la pensión compensatoria y los alimentos de los hijos, así como las necesarias para la administración de los bienes gananciales o comunes, refiriéndose en todo caso a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

LIBRO IV



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

2807 MADRID

Muy positivamente ha de valorarse el último apartado de este mismo artículo, por cuanto dispone que los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado, propuesta que se ajusta a las previsiones del Libro Blanco.

Se considera también acertada la previsión recogida del artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil, sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que varíaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo.

Junto al que podríamos denominar procedimiento ordinario, recogido en el artículo 770, el artículo 776 del Anteproyecto se refiere al procedimiento para los supuestos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

En este particular proceso el Anteproyecto retrocede sensiblemente respecto de la actual regulación recogida en la disposición adicional 6ª de la Ley 30/1991, por lo que debiera tender, si no a reproducir la misma, a una mayor simplificación, especialmente acortando los plazos previstos para la práctica de las diferentes diligencias. Sería conveniente precisar además, en coherencia con el nº 5º del artículo 774, que el recurso de apelación contra la sentencia o el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

auto que acuerde una medida que se separe de los términos del convenio propuestos por los cónyuges no suspenderá su eficacia.

El último de los preceptos recogidos en este capítulo es el artículo 777, dedicado a la eficacia civil de resoluciones de los Tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rito y no consumado.

El artículo 777, tras establecer la competencia para el conocimiento de estas demandas -que debería ser la misma que la establecida para el resto de los procedimientos matrimoniales como ya hemos referido-, determina que, si no se pidiera en la demanda la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá, por medio de auto, lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, concluyendo en su párrafo tercero que, cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770.

El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico encuentra sus orígenes en el artículo 6º del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos concluido entre la Santa Sede y el Gobierno español el 3 de enero de 1979. En base a dicha disposición, el artículo 80 del Código Civil establece que tales resoluciones tendrán



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8
28011 MADRID

eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil.

En el ámbito procesal, la disposición adicional 2ª de la Ley 30/1981 establece igualmente que, presentada la demanda en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal, y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y se ajusta al derecho del estado, acordará por auto su eficacia en el orden civil, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre las causas de nulidad y disolución. La norma añade que contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.

La regulación recogida en la referida disposición adicional 2ª de la Ley 30/1991 ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como incorrecta y ambigua (STC 265/1988, de 23 de enero). El mismo Tribunal ha considerado el procedimiento previsto en la citada disposición como un proceso de jurisdicción voluntaria en el que el Juez lleva a cabo una primera intervención para el supuesto de que no se formule oposición, dejando a salvo el derecho de las partes, si hubiera oposición, para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente. El Alto Tribunal hace hincapié en que "el procedimiento... responde a una actividad de constatación encomendada



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

al Juez civil en cuanto no está previsto como cauce procedimental para el supuesto en que se formule una contrapuesta a la solicitud del actor, supuesto en que se hace contencioso el expediente y hay que acudir al proceso previsto por el Ordenamiento" (SSTC 93/1983, de 8 de noviembre).

Lo que no cabe hacer una vez que se haya formulado oposición - afirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 265/1988- es dictar un auto de concesión de efectos civiles -con la consecuencia de unas inscripciones registrales de evidente trascendencia, que abre la posibilidad de un nuevo vínculo y de la aparición de efectos difícilmente revisables-, dejando sin recurso a la parte y obligándola a instar un proceso con todo lo que éste puede suponer de inseguridad jurídica en el terreno personal y patrimonial, hasta tanto se resuelve sobre la eficacia definitiva de la inscripción acordada.

Con estos antecedentes, el Anteproyecto quizás debiera delimitar con más precisión en su artículo 777 este particular procedimiento precisando las consecuencias de una resolución judicial que deniegue la eficacia civil de la decisión eclesiástica, si contra la referida resolución cabe recurso o las partes deben acudir a un nuevo procedimiento, cuál ha de ser este procedimiento, qué ocurre entonces con las medidas que se hubieran adoptado, etc.

No debemos concluir el examen de este Capítulo sin poner de manifiesto la ausencia en su sede de regulación específica sobre uno de los más conflictivos problemas que se plantean en la tramitación de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

procedimientos matrimoniales. Nos estamos refiriendo a la ejecución y, dentro de ella, especialmente a la liquidación del régimen económico matrimonial.

En cuanto a la ejecución, el Libro Blanco expresa la conveniencia de que, en el ámbito patrimonial, la ejecución en materia de familia siga el mismo régimen que la general, si bien con las especialidades propias del Derecho de familia, como su carácter necesario, circunstancia que justifica la investigación de oficio de los bienes, el impulso y aun la ejecución de oficio y la resolución de cualquier incidente por comparecencias continuas y decisiones inmediatas del Juez. El trámite de la comparecencia aparece también como idóneo para la resolución de los incidentes de carácter personal que se puedan presentar en la ejecución.

Por lo que se refiere a la liquidación de la sociedad conyugal, el Anteproyecto establece en su artículo 774.4 que, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas en relación con la liquidación -debería decir disolución y liquidación- del régimen económico.

Salvando las consideraciones que ya hiciéramos con relación al contenido que debería tener el citado precepto, la liquidación del régimen económico matrimonial y todos los incidentes que ordinariamente la acompañan habrían de ser objeto de enjuiciamiento y resolución en el procedimiento especial para la división de patrimonios referido con

LIBRO IV



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

anterioridad en este mismo informe.

Una firma manuscrita que comienza con una línea vertical descendente y se curva hacia la derecha para formar un bucle que rodea un espacio central, probablemente un nombre o un apodofo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

TÍTULO II.

De la división judicial de la herencia.

Junto a los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio y los procesos monitorio y cambiario, el Libro IV dedica su Título II a los procedimientos de división judicial de la herencia, distinguiendo el procedimiento para la división de la herencia (Capítulo I), la intervención del caudal hereditario (Capítulo II) y la administración del caudal hereditario (Capítulo III).

Se trata de incluir en la Ley Procesal los procesos sucesorios necesarios para solventar cuestiones de esta índole que no se hayan querido o podido resolver sin contienda judicial, según reza la Introducción del Anteproyecto.

Ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad en este informe, y en más de una ocasión, la conveniencia de establecer un procedimiento unitario para la división de patrimonios basado en "la mayor concentración posible y en la unificación de todos los supuestos que se producen en la actualidad". Este procedimiento podría muy bien ubicarse en este Título del Anteproyecto, sin perjuicio de la conservación de aquellas peculiaridades propias de los procedimientos sucesorios que fueran imprescindibles.

Sentado lo anterior, pocas consideraciones más pueden hacerse a la regulación recogida en el Título, si bien nos parece conveniente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

reseñar algunas observaciones generales tendentes a mejorar su sistemática o redacción.

Desde esta perspectiva, una primera aproximación al articulado del Título II debe conducirnos a reconocer que la regulación de la división judicial de la herencia mejora y simplifica considerablemente la actualmente contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ordenando coherentemente y con una correcta técnica normativa los institutos procesales propios del Derecho hereditario.

Quizás fuera conveniente no obstante dividir el Título en dos capítulos: uno dedicado a la intervención del caudal hereditario y a su administración, y otro al procedimiento para la división judicial de la herencia. Se respetaría así el orden cronológico en que ordinariamente se suceden estas actuaciones.

Se observan además a lo largo del texto específicas previsiones normativas que establecen como trámite procesal para la resolución de las controversias que se pudieran plantear en el procedimiento la citación de los interesados a una comparecencia, ajustándose así a los principios de oralidad, inmediación y concentración procesal. De esta forma, el artículo 779 previene la convocatoria de una junta para designar contador y peritos; el artículo 783 dispone el trámite de la comparecencia cuando en tiempo hábil se hubiere formalizado oposición a las operaciones divisorias; y el artículo 797 establece idéntica tramitación antes de autorizar al administrador para que lleve a cabo las reparaciones o gastos extraordinarios que sean indispensables para la conservación de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

bienes.

También favorece la oralidad, inmediación y concentración procesal la remisión que se hace a los trámites del juicio verbal si no hubiere conformidad respecto de la aprobación de las operaciones divisorias en el artículo 783; o para resolver la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, según el artículo 790 -aquí el Anteproyecto quizás debiera especificar que dicha remisión se entiende al margen del valor de los bienes cuya inclusión se discute-; o, conforme al artículo 796, para la impugnación de las cuentas del administrador.

En relación con la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, cuestión singularmente relevante en la práctica, el artículo 790 concluye que la sentencia que se pronuncie sobre el particular dejará a salvo los derechos de terceros, que podrán ejercitar contra quien y cómo corresponda, lo que conduce a entender que la citada resolución no producirá los efectos de la cosa juzgada respecto a los referidos terceros.

La ordenación de los procesos sucesorios se cierra, lógicamente, manteniendo la vigencia de la actual regulación de la declaración de herederos "abintestato" hasta la aprobación de la futura Ley de la Jurisdicción Voluntaria (disp. derogatoria primera, 2º).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TÍTULO III.

De los procesos monitorio y cambiario

1.- Del proceso monitorio



Sin duda una de las más novedosas aportaciones del Anteproyecto en el ámbito de los procedimientos especiales es la incorporación a nuestro ordenamiento del denominado procedimiento monitorio, que se recoge, junto con el proceso cambiario, en el Título III del Libro IV, concretamente en el Capítulo I del referido Título.

Según se expresa literalmente en la Introducción del Anteproyecto, "la ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito de muchos profesionales y empresarios medianos y pequeños". Sobre la base, continúa la Introducción, de una buena apariencia jurídica, documentalmente cimentada, el Juez sitúa al deudor ante la opción de pagar o "dar razones", de suerte que si el deudor no comparece o no se opone, esté suficientemente justificado despachar ejecución. En cambio, si se "dan razones", si el deudor se opone, su discrepancia con el demandante se sustancia por sencillos cauces procesales ordinarios, suficientes en sí mismos y mucho más en el caso de reclamaciones de cantidad no superiores a los tres millones de pesetas.

El procedimiento monitorio, de considerable arraigo en varios países de nuestro entorno -especialmente Francia, Alemania e Italia- es



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28011 MADRID

ajeno a la tradición jurídica española y aunque, como ha sostenido algún autor, tan singular proceso pudo existir como una práctica extralegal, no se encuentran referencias al mismo en nuestras fuentes legales históricas.

Ello no obstante, la introducción del procedimiento monitorio en nuestra normativa procesal ha sido demandada por amplios sectores doctrinales, que ven en este tipo de proceso un cauce eficaz para la resolución de gran número de pretensiones. Y de acuerdo con esta postura doctrinal, el Libro Blanco de la Justicia se ha manifestado a favor de incluir, entre los procedimientos especiales, "un proceso tipo monitorio, válido para documentos en los que conste la firma del deudor, con la posibilidad de que, si no media oposición del deudor, pueda seguirse adelante con la ejecución".

Por todo ello, al margen de las críticas que la particular regulación de este nuevo procedimiento especial pueda motivar, debemos valorar muy favorablemente su inclusión en el Anteproyecto.

Sentado lo anterior, y antes de proceder al examen singular del articulado, conviene recordar que la idea que preside el procedimiento monitorio es atribuir a determinados títulos, privados de la fehaciencia propia de los ejecutivos pero con ciertas garantías de autenticidad, un cauce procesal que permita la rápida y segura exigencia de la deuda que incorporan. Para conseguir esta finalidad, se confiere a dichos títulos un estatus jurídico similar al de los títulos ejecutivos siempre que no se produzca la oposición del deudor.

LIBRO IV



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Sobre esta base, como se expresa por la doctrina, el proceso monitorio puede conocer diversas variantes en función de la exigencia o no de acreditación inicial documental de la existencia de la deuda, la exigencia o no de las cuantías mínimas o máximas para su utilización, la existencia o no de desplazamiento de la posición procesal al formular la oposición, o la facilidad o no para obtener el embargo preventivo de los bienes.



La regulación del procedimiento monitorio en el Anteproyecto se fundamenta en la acreditación inicial de la deuda -si bien mediante un título que puede confeccionar el propio demandante-, el establecimiento de un límite cuantitativo mínimo para su formalización, el desplazamiento de la carga de la prueba al formular la oposición y la ausencia de referencia expresa a la posibilidad de proceder al embargo preventivo.

En todo caso, la redacción del Anteproyecto sometido a informe ha mejorado considerablemente la recogida en borradores previos, sin duda porque ha tenido en cuenta muchas de las sugerencias que a aquéllos se hicieron. Debe reputarse por ello, con carácter general, satisfactoria, si bien quizás pudiera mejorar si tomara en consideración algunas de las observaciones que a continuación se hacen.

El artículo 802 establece los supuestos en que procede el procedimiento monitorio, disponiendo que podrá instar el proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada inferior a tres millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas



siguientes:

1ª) Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

2ª) Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

Aunque la limitación cuantitativa de la deuda como presupuesto del procedimiento monitorio ha sido discutida por la doctrina, se justifica en la finalidad que persigue este instrumento procesal, que no es otra que la de facilitar el cobro de sus créditos a los profesionales y a los pequeños y medianos empresarios. No debe desconocerse además que la gran mayoría de los procedimientos entablados ante los tribunales del orden jurisdiccional civil son de cuantía inferior a tres millones de pesetas.

Elo no obstante, parece conveniente que se concrete en forma más precisa los documentos que abrirán la puerta a este procedimiento especial, ya que de mantenerse la redacción actual del artículo 802 surgirán sin duda problemas interpretativos y criterios judiciales divergentes sobre lo que debe entenderse por documento a tales efectos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

Ha de valorarse positivamente que el procedimiento monitorio pueda iniciarse por petición extendida en impreso o formulario, como previene el artículo 804 del Anteproyecto. No debemos olvidar a este respecto que en el Libro Blanco de la Justicia se aconseja no descartar la posibilidad de reconducir la iniciativa de los ciudadanos en el ejercicio de concretas y específicas pretensiones a las denominadas "demandas formulario", si bien garantizando que las funciones de representación y defensa en los procedimientos que aquéllas originen no puedan ser asumidas por otros profesionales que los abogados, procuradores o, en el ámbito de la jurisdicción social, los graduados sociales.

En otro orden de cosas, sería conveniente que en el párrafo primero del artículo 805 se fijara con más claridad y precisión la extensión de la posible oposición del deudor a la pretensión del actor, sustituyendo la equívoca frase "las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada", por otra u otras que puntualicen si la oposición está o no sujeta a motivos tasados y, en este último caso, cuáles han de ser estos concretos motivos.

Como en otros procedimientos especiales recogidos en el Anteproyecto, tampoco aquí se incluye previsión expresa sobre medidas cautelares, por lo que convendría hacer al menos una remisión genérica al Título VI del Libro III.



2.- Del proceso cambiario

La regulación del Libro IV del Anteproyecto concluye con el procedimiento cambiario, contenido en el Capítulo II del Título III, artículos 809 a 818.

La introducción en el Anteproyecto de ley procesal de un procedimiento especial cambiario responde, al menos en parte, a las previsiones del Libro Blanco, donde se expresa la utilidad del juicio ejecutivo para el tráfico mercantil y la necesidad, no sólo de mantenerlo, sino de potenciarlo.

Con carácter general, puede decirse que la ordenación del proceso cambiario recogida en el Anteproyecto simplifica considerablemente la actual, resuelve el problema jurídico de la naturaleza de esta clase de juicios -que desde ahora deberán considerarse en todo caso declarativos- y, consecuentemente, separa definitivamente el ejercicio de las acciones cambiarias de la ejecución, y ello con independencia de que se encuentren los títulos intervenidos por fedatario público, ya que la referida intervención va a tener como única consecuencia procesal la de impedir el levantamiento del embargo preventivo.

Junto a estas consideraciones favorables, debe valorarse negativamente que el Anteproyecto mantenga la posibilidad de acudir al procedimiento ordinario para hacer valer la pretensión derivada del título, posibilidad que se transforma en exigencia cuando se pretendan oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré causas o motivos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

oposición distintos de los previstos en el artículo 67 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. Consecuentemente, el Anteproyecto limita los efectos de cosa juzgada material de la sentencia a las cuestiones que pudieron ser alegadas y discutidas a lo largo del procedimiento.

La amplitud de los motivos de oposición recogidos en el artículo 67 de la Ley 19/1985 difícilmente justifica el mantenimiento de una doble vía procedimental para el conocimiento de las pretensiones cambiarias. Además, la posibilidad de acudir a más de un procedimiento permitirá al actor utilizar distintos cauces procesales para demandar a los diferentes obligados por el título.

Sería por ello conveniente imponer un único procedimiento para este tipo de acciones, el juicio cambiario, ya haciendo desaparecer la limitación en cuanto a los medios de oposición prevista en el artículo 67 de la Ley Cambiaria, ya diferenciando el trámite procesal posterior a la oposición, según la misma se fundara o no en alguna de las causas o motivos recogidos de aquel precepto. Con ello se simplificaría considerablemente el marco procesal de estas pretensiones.

Al margen de estas consideraciones generales, la regulación del Anteproyecto, por lo que se refiere a este proceso especial, parece coherente y adecuada a la naturaleza de las acciones cambiarias, aunque debería tener en cuenta las siguientes observaciones de redacción:

En el artículo 810.1 sería conveniente suprimir de la expresión "del



domicilio del demandado según el título cambiario" la referencia al título, ya que puede que en éste no figure el domicilio del demandado.

El artículo 813.2, en vez de decir "No se levantará el embargo si el deudor cambiario se encuentra", debería indicar: "No se levantará el embargo en los casos siguientes*...", por cuanto el primero de los supuestos que refiere seguidamente nada tiene que ver con la posición del deudor cambiario.

El artículo 815.1 establece que cuando "el deudor no interpusiere demanda de oposiciónse trabará embargo si no se hubiere llegado a practicar...", previsión que no se entiende si se pone en colación con el artículo 811.2.2º, que impone el inmediato embargo preventivo en todo caso. Quizás la norma se refiera a los supuestos en que, intentado el embargo, no pudo llevarse a cabo, en cuyo caso debería decir "...si no se hubiera podido practicar...".

Finalmente, el artículo 817 debe redactarse en forma más sencilla y clara, estableciendo en primer lugar el plazo para dictar sentencia y, posteriormente, las consecuencias de ésta según sea estimatoria o desestimatoria.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28011 MADRID

DISPOSICIONES ADICIONALES

Tres previsiones normativas singulares se contienen en las correspondientes disposiciones adicionales del Anteproyecto que merecen, al menos, algún comentario.

La disposición adicional primera invoca correctamente el título competencial al amparo del cual se dictaría la futura ley, que no es otro que el relativo a la "legislación procesal", como competencia exclusiva del Estado reconocida en el artículo 149.1.6º CE. No habiendo nada que objetar a esta adecuada previsión, debe recordarse no obstante que el citado artículo 149.1.6º CE atribuye efectivamente al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal, pero "sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas". Siendo ello así, y al objeto de que las prescripciones constitucionales encuentran exacto reflejo en la legislación que las desarrolla, sería conveniente incluir el inciso transcrito en el texto del precepto comentado.

La disposición adicional segunda establece una cláusula normativa de estabilización de las cuantías señaladas en el Anteproyecto, autorizando al Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, para actualizar las mismas cada cinco



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28014 MADRID

años. La oportunidad de esta previsión no puede sino merecer un informe favorable; aunque, dado que aquella medida actualizadora deberá revestir en su día la pertinente forma normativa, sería oportuno que en el precepto se precisase la que específicamente se deberá adoptar y que, atribuyéndose la correspondiente potestad al Gobierno, no podrá ser otra que la de Real Decreto.

Según el artículo 147.1 del Anteproyecto, *"las actuaciones orales se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen"*. Este mandato se complementa con lo establecido en la disposición adicional tercera del mismo Anteproyecto, en virtud de la cual, *"en el plazo de un año a partir de la aprobación de esta Ley, el Gobierno de la Nación y los Gobiernos (mejor sería decir los Consejos de Gobierno de acuerdo con la terminología acuñada en el artículo 152.1 CE y en los Estatutos de Autonomía) de las Comunidades Autónomas que tengan transferida la correspondiente competencia, pondrán a disposición de los Juzgados y Tribunales los medios materiales y los recursos humanos necesarios para la constancia de las actuaciones orales conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de la presente Ley"*. A lo que se ha expuesto en este informe en relación directa con el citado artículo 147 del Anteproyecto, debe ahora añadirse y destacarse con especial énfasis la envergadura de la tarea y de la inversión económica que supondrá el exacto cumplimiento del mandato contenido en la disposición adicional tercera del Anteproyecto en el plazo fijado en la misma. Siendo positivamente valorable la concreción al propósito expresado de un término tan breve, se deberá ser consciente de las exigencias de diversa índole (de gestión, presupuestarias, etc...) que comporta y de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

dificultades de su cumplimiento, el cual, si estas previsiones temporales del Anteproyecto alcanzan estado legislativo definitivo, será controlado en detalle por el Consejo General del Poder Judicial en el ámbito de sus competencias, con el fin de evitar que la previsión comentada resulte de incierto futuro.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

DISPOSICIONES TRANSITORIAS



En consonancia con la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión, el artículo 2 del Anteproyecto afirma en el ámbito procesal civil la regla "tempus regit actum" como criterio general de aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles y la irretroactividad de las mismas (STC 4/1990, de 18 de enero). Esta genérica prescripción se modula relativamente en las disposiciones transitorias, en las que, con lógica razonable, se prevé la extensión de la vigencia de la legislación precedente, a pesar del cese de sus efectos previsto en la disposición derogatoria primera del Anteproyecto, hasta el cierre de la fase procesal en la que los asuntos se hallasen al tiempo de la entrada en vigor de la nueva Ley: primera instancia (disposición transitoria primera), segunda instancia (disposición transitoria segunda) o casación (disposición transitoria cuarta).

Las concretas previsiones contenidas en las disposiciones transitorias quinta y sexta y primera y séptima sobre aplicación de la nueva Ley y eficacia temporal de la anterior legislación en los juicios ejecutivos y procesos de ejecución y respecto de las resoluciones interlocutorias o no definitivas y las medidas cautelares, resultan asimismo acertadas en atención a la singular naturaleza de estos procesos y resoluciones judiciales.



DISPOSICIONES DEROGATORIAS Y FINALES

Es propósito del autor de la iniciativa legislativa objeto de informe - explícita e implícitamente confesado en su Exposición de Motivos- la simplificación legislativa de la normativa procesal civil en un sólo texto normativo común, alcanzando así un notable efecto codificador en la materia. Tal es el objetivo que se persigue no sólo, aunque principalmente, con la regulación sustantiva de la materia que se contiene en el articulado del Anteproyecto, sino también con la derogación y reforma para su adaptación a la futura ley de las normas procesales civiles generales y especiales preexistentes que se lleva a cabo a través de las disposiciones derogatorias primera y segunda y finales primera a undécima, cuyo tratamiento sustantivo se realiza en aquellas partes de este informe en las que se abordan las cuestiones materiales reguladas por las normas reformadas o derogadas. Es destacable sin embargo la llamativa omisión de una cláusula derogatoria general que disponga el cese en la vigencia de cualquier otra disposición de igual o inferior rango que se oponga a lo dispuesto en la nueva ley, lo que, por razones de seguridad jurídica, sería razonable prever en una nueva disposición derogatoria. Asimismo llama la atención la derogación que se dispone en los apartados 3º y 4º de la disposición derogatoria segunda del Anteproyecto respecto de determinados preceptos contenidos en sendas leyes orgánicas, concretamente, en la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, cuando resulta procedente que dicho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

manado derogatorio se incluya en una ley orgánica, como, por ejemplo, en la de reforma de la LOPJ cuya Anteproyecto acompaña al que ahora se informa, y no en una disposición legislativa de carácter ordinario.

No se alcanza conscientemente sin embargo una completa unificación legislativa del ordenamiento procesal civil, toda vez que se excluye de su ámbito, siguiendo el modelo generalizado en el Derecho comparado y el parecer mayoritario de la doctrina científica especializada, las materias relativas a la denominada jurisdicción voluntaria y al Derecho concursal. Esta solución merece el parecer favorable del Consejo General del Poder Judicial en atención a las singularidades sustantivas de las materias indicadas. Por esta razón, la disposición derogatoria primera del Anteproyecto mantiene en vigor, de una parte, los Títulos XII (sobre el concurso de acreedores) y XIII (sobre el orden de proceder en las quiebras) del Libro Segundo y, de otro lado, el Libro Tercero (de la jurisdicción voluntaria), el artículo 11 y el Título I del Libro Segundo (sobre la conciliación) y la Sección Segunda del Título IX del Libro Segundo (sobre declaración de herederos abintestato) de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta que no se aprueben respectivamente las futuras leyes concursal y sobre jurisdicción voluntaria, a cuyo efecto, las disposiciones finales duodécima y decimotercera obligan al Gobierno a remitir a las Cortes Generales los correspondientes proyectos de ley en el plazo de dos años y un año, respectivamente, desde la entrada en vigor de la nueva Ley.

Por otras razones y hasta tanto no se apruebe la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil actualmente en trámite,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

la disposición derogatoria primera del Anteproyecto mantiene asimismo en vigor los artículos 951 a 958 LEC, sobre eficacia en España de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

Una mención singular merece para el Consejo General del Poder Judicial la disposición final décima del Anteproyecto. Dicha norma modifica el artículo 235.1 LPL, suprimiendo la referencia a los juicios verbales, de modo que la ejecución de las sentencias en este orden jurisdiccional social se llevará a efecto en la forma que la LEC establece para las sentencias. La modificación tiene fundamento, no sólo por coherencia con el articulado del Anteproyecto, sino porque este precepto constituía ya en la LPL un anacronismo legislativo, dado que como consecuencia de la Ley de Medidas de Reforma Procesal de 1992, que derogó el artículo 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existía una disposición especial para la ejecución en el juicio verbal. Pero ofrece el inconveniente de que importantes particularidades de la ejecución laboral, que responden a una dilatada y especializada experiencia de este orden jurisdiccional, depuradas y aquilatadas a lo largo de las diversas normas procesales laborales, en especial las leyes de procedimiento laboral de 1980 y 1990, pudieran verse directa o indirectamente afectadas por este precepto. Por ello sería conveniente suprimir este precepto, siendo suficiente la cláusula general de supletoriedad de la disposición final primera.1 del propio Texto Refundido del Procedimiento Laboral. De mantenerse el texto del Anteproyecto, debería añadirse la expresión "con las especialidades establecidas en esta Ley" u otra análoga. No obstante, ello no debe ser óbice para proceder ulteriormente a la revisión del Texto Refundido del Procedimiento Laboral, a fin de proporcionar coherencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

normativa a los dos sistemas de ejecución y recoger aquellas mejoras técnicas que contiene el Anteproyecto, muchas de las cuales pueden ser objeto de recepción normativa en el proceso laboral mejorando incluso el diseño legal de este último proceso.

Finalmente, el término de seis meses de "vacatio legis" desde la publicación oficial de la Ley para su entrada en vigor se encuentra justificado en su extensión como excepción al plazo de los veinte días previstos en el artículo 2.1 CC dada la importancia y complejidad de la nueva ley procesal civil y a fin de asegurar su debido y completo conocimiento por los futuros aplicadores de la norma desde el mismo día en que haya de desplegar plenos efectos.

Y para que conste, extiendo y firmo la presente en Madrid, a once de Mayo de mil novecientos noventa y ocho.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

INDICE

TITULO PRELIMINAR

LIBRO I: DISPOSICIONES GENERALES

TITULO I: De la comparecencia y actuación en juicio

Capítulo I: Capacidad para ser parte

Capítulo II y III: Pluralidad de partes y sucesión procesal

Capítulo IV: Poder de disposición sobre el proceso y sobre sus pretensiones

Capítulo V: Representación procesal y defensa técnica

TITULO II: De la jurisdicción y de la competencia

1.- La jurisdicción y la competencia en el Anteproyecto

2.- La proyección constitucional de la materia

3.- Examen material del contenido del Anteproyecto

A) Competencia internacional

B) Competencia objetiva y funcional

C) Competencia territorial

D) Control de los presupuestos procesales

E) Cuestiones prejudiciales

F) Reparto de los asuntos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TÍTULO III: De la acumulación de acciones y de autos

TÍTULO IV: De la abstención y la recusación

1.- La abstención y la recusación en el Anteproyecto

2.- Regulación actual de la abstención y de la recusación

3.- Proyección constitucional de la materia

4.- Contenido del Título IV del Anteproyecto

TÍTULO V: De las actuaciones del juicio

1.- Observaciones generales

2.- Examen material del contenido del Anteproyecto

TÍTULO VI: De la cesación de las actuaciones judiciales y caducidad

TÍTULO VII: De la tasación de costas

TÍTULO VIII: De las correcciones disciplinarias

LIBRO II: DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS

TÍTULO I: De los procesos declarativos ordinarios

Primer Parte: De los procesos declarativos ordinarios: juicio ordinario y juicio verbal (Capítulo Primero, Secciones Primera a Cuarta del Capítulo Segundo y Capítulo Tercero)



- 1.- Consideraciones previas.
- 1.2.- Los procesos declarativos ordinarios en el Anteproyecto: El juicio ordinario y el juicio verbal
- 1.3.- El proceso civil de tutela de los derechos fundamentales

- 2.- Aspectos comunes a las distintas clases de procesos
- 2.1.- Diligencias preliminares
- 2.2.- Cuestiones incidentales
- 2.3.- Costas

Segunda parte. De la proposición y práctica de la prueba, de los medios de prueba, de la conclusión del proceso y de la sentencia (Capítulo Segundo, Secciones quinta a séptima)

- 1.- Cuestiones generales
- 2.- Análisis del Articulado

- A) De la proposición y práctica de la prueba y disposiciones generales sobre la misma
- B) De los medios de prueba y las presunciones
- C) De la conclusión del proceso y la sentencia

TITULOS II, III y IV: De los recursos, de la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde y de la reposición de sentencias firmes

- 1.- El sistema de recursos en el Orden Jurisdiccional Civil
- 2.- Sistema de recursos del Anteproyecto
- 3.- Recurso de reposición



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8.
28071 MADRID

- 4.- Recurso de apelación
- 5.- Recurso extraordinario por infracción procesal
- 6.- Recurso de casación
- 7.- Otros medios de impugnación

LIBRO III: DE LA EJECUCIÓN FORZOSA Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

TÍTULO I: De los títulos ejecutivos

TÍTULO II: De la ejecución provisional de las resoluciones judiciales

TÍTULO III: De la demanda ejecutiva y del despacho de la ejecución

TÍTULO IV: De la ejecución dineraria

TÍTULO V: De la ejecución forzosa no dineraria

TÍTULO VI: Las medidas cautelares

LIBRO IV: DE LOS PROCESOS ESPECIALES

TÍTULO I: De los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio

- 1.- Introducción y disposiciones generales
- 2.- De los procesos sobre capacidad
- 3.- De los procesos sobre filiación
- 4.- De los procesos sobre matrimonio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

TÍTULO II: De la división judicial de la herencia

TÍTULO III: De los procesos monitorio y cambiario

1.- Del proceso monitorio

2.- Del proceso cambiario

DISPOSICIONES ADICIONALES

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

DISPOSICIONES DEROGATORIAS Y FINALES



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

C E R T I F I C O: Que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día de la fecha, ha aprobado el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo del siguiente tenor literal:

Con fecha 13 de Enero de 1998, tiene entrada en este Consejo General del Poder Judicial una comunicación del Ministerio de Justicia de fecha 12 de enero por la que se remite el Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se solicita la emisión del informe al amparo de lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Comisión de Estudios e Informes, en su reunión del día 20 de enero inició el estudio del Anteproyecto y designó Ponentes a D^a. Elisa Veiga Nicole y a D. Rubén A. Jiménez Fernández. Posteriormente en las sesiones de los días 18 y 24 de febrero, 31 de marzo, 21 y 27 de abril y 4 de mayo, procedió a deliberar sobre el presente informe, acordando en las sesiones de los días 24 de febrero y 31 de marzo, dirigirse al Pleno para instar sucesivas prórrogas del plazo establecido para su emisión, habida cuenta de la complejidad del informe y de la extensión del Anteproyecto. Finalmente, en la sesión de 5 de mayo acordó aprobar el presente informe para su elevación al Pleno de este Consejo General del Poder Judicial.



El Anteproyecto remitido se presenta como complemento indisociable del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que, con igual fecha, se ha enviado asimismo por el Ministerio de Justicia al Consejo General del Poder Judicial para informe, en relación con aquellas materias reservadas o reguladas en la LOPJ y, por tanto, en inexcusable y directa relación con dicha iniciativa legislativa ha de ser examinado.

Consta su texto de dos artículos, una disposición derogatoria y una disposición final y su contenido puede ser resumido en la forma siguiente:

- El artículo 1 del Anteproyecto modifica *"el apartado primero del artículo 73.1"* (debería decir *"el apartado primero del artículo 73"* o *"el artículo 73.1"*) LOPJ, incorporando al precepto una nueva letra c), en virtud de la cual las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, conocerán, además de los recursos de casación y extraordinarios de revisión legalmente previstos en la actualidad, *"del recurso extraordinario por infracción procesal que establezca la ley contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma"*. Esta modificación legislativa se propone como consecuencia de la introducción en el seno del proceso civil,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

a través de los artículos 474 y siguientes del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, del mencionado *"recurso extraordinario por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia"* y cuyo conocimiento se atribuye efectivamente a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma: *"La aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que se introduce el recurso extraordinario por infracción procesal, exige una nueva redacción del apartado 1 del artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre atribuciones de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, a fin de que dichas Salas puedan conocer de aquel recurso, contra sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias provinciales"*.

El artículo 2 del Anteproyecto añade una nueva letra r) en el artículo 110.2 LOPJ, en el que se delimita el ámbito material al que se extiende la potestad reglamentaria de desarrollo de la LOPJ reconocida al Consejo General del Poder Judicial, atribuyendo a éste la competencia para *"aprobar los sistemas, programas y aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia, garantizando su compatibilidad a fin de que sea posible la comunicación entre los órganos jurisdiccionales y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales para la comunicación entre aquéllos y las partes u otros sujetos del proceso"*. En este caso, la modificación legislativa trae causa del cese de la vigencia del artículo 230.5 LOPJ que se decreta desde



la disposición derogatoria del propio Anteproyecto. Así, la Exposición de Motivos del Anteproyecto reconoce que *"es necesario añadir, además, una letra en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de que en ésta siga expresándose la competencia del Consejo General del Poder Judicial recogida en el artículo 230 de dicha Ley, que por la presente se deroga"*.

La disposición derogatoria del Anteproyecto deja sin efecto las siguientes disposiciones de la LOPJ, como consecuencia de la regulación que, respecto de las materias correspondientes, se incluye en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil:

- Artículo 5.4 LOPJ, como consecuencia de la nueva regulación sobre recursos y, en particular, sobre los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, incluida en el Título II del Libro Segundo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Capítulo Segundo del Título I del Libro Tercero, sobre tiempo hábil para las actuaciones judiciales, como consecuencia de la nueva regulación sobre la misma materia, incluida en la Sección 1ª del Capítulo II del Título V del Libro Primero del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Capítulos Tercero y Quinto del Título II del Libro Tercero,



sobre el Magistrado Ponente y la abstención y recusación, como consecuencia de la nueva regulación sobre las mismas materias, incluida en los artículos 178 y 179 y Título IV del Libro Primero del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Capítulo Primero a Séptimo, incluido, del Título III del Libro Tercero, sobre oralidad, publicidad y lengua oficial, impulso procesal, nulidad de los actos judiciales, resoluciones judiciales, vista, votación y fallo, lugar en que deben practicarse las actuaciones y notificaciones, como consecuencia de la regulación de las mismas materias, incluida en el Título V del Libro Primero del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

En términos generales, las derogaciones propuestas en coherencia con lo previsto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil responden a la intención del autor de esta iniciativa legislativa de configurar este último cuerpo legal como ley procesal común, a cuyo efecto, se sustrae de la LOPJ las materias relacionadas para ser objeto de tratamiento en la futura Ley de Enjuiciamiento Civil. Con claridad se expresa esta idea en la Exposición de Motivos del Anteproyecto: *"Por otra parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil necesariamente ha de contener todos los preceptos procesales propios de un texto legal semejante. Es conforme a una más que secular tradición, aceptada sin discusión, el carácter de ley procesal común, en cuanto*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

supletoria, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que acentúa aún más la exigencia de que no se omita en esta Ley de Enjuiciamiento ninguna regulación de las que, en todo el mundo, contienen leyes similares. Ocorre, sin embargo, que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, siguiendo el precedente de su antecesora de 1870, incluyó en su seno la ordenación de numerosas materias procesales, que no son propias de los asuntos y cuestiones relativos a la Justicia, a los que se ha dado en llamar "orgánicos". Para terminar con esa dualidad, como mínimo, de normas procesales, se propone su derogación en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que así responderá exactamente a su denominación y se ajustará más a lo que indica el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución".

Por último, la disposición final del Anteproyecto prevé la entrada en vigor de la nueva ley a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, haciendo coincidir dicho periodo de tiempo con el que asimismo se contempla en la disposición final decimocuarta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

II

Dado que, como ya se ha expresado, el artículo 1 del Anteproyecto se limita a incluir en el ámbito de competencia propio de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, el conocimiento de los recursos extraordinarios



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marques de la Ensenada, 8

28071 MADRID

por infracción procesal que legalmente procedan contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales correspondientes, el precepto comentado constituye una norma orgánica atributiva de competencias, necesariamente complementaria de los artículos 474 y siguientes del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que introducen en el seno del proceso civil el instituto impugnatorio citado y, como tal, nada habría que objetar a la misma. Simplemente procedería advertir que así como el artículo 1 del Anteproyecto se refiere a la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, para conocer de los mencionados recursos extraordinarios por infracción procesal contra las "sentencias" de las Audiencias Provinciales, el artículo 474 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil afirma dicha competencia en favor del mismo órgano jurisdiccional en relación con las "sentencias y autos" dictados por las Audiencias Provinciales.

En todo caso, han de entenderse ahora reproducidas las observaciones que sobre el recurso extraordinario por infracción procesal se formulan por el Consejo General del Poder Judicial en el informe correspondiente al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular, en la parte relativa al Capítulo IV del Título II del Libro Segundo, que a aquél se dedica.

III

Como consecuencia de la cesación de la vigencia del artículo 230



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

LOPJ que resulta de la disposición derogatoria del Anteproyecto, el artículo 2 de dicho texto mantiene en el ámbito material de la potestad reglamentaria de desarrollo de la LOPJ atribuida al Consejo General del Poder Judicial la aprobación de los sistemas, programas y aplicaciones informáticas que utilicen en la Administración de Justicia, en términos análogos a como hasta ahora reconocen los párrafos segundo y tercero del artículo 230.5 LOPJ.

En relación con esta propuesta normativa deben formularse por el Consejo General del Poder Judicial alguna consideración de índole esencialmente formal.

En primer lugar, según la literalidad del artículo 110.2 r) LOPJ, una vez que fuera reformado por el artículo 2 del Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial podría dictar reglamentos en materia de "aprobación" de los sistemas, programas y aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia. Debe observarse a este respecto que, en puridad, la aprobación constituye en si misma un acto administrativo singular sin contenido normativo propio, tal y como actualmente se concibe en los párrafos segundo y tercero del artículo 230.5 LOPJ, que, en el presente caso, recaería sobre el o los productos informáticos indicados de que se trate. Sería ciertamente oportuno que se reconociese en el artículo 110.2 r) LOPJ al Consejo General del Poder Judicial potestad reglamentaria para regular las características generales y requisitos básicos de los sistemas, programas y aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia, con el propósito de garantizar efectivamente "su compatibilidad a fin de que sea



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Marqués de la Ensenada, 8

28071 MADRID

posible la comunicación entre los órganos jurisdiccionales y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales para la comunicación entre aquéllos y las partes u otros sujetos del proceso". Pero si así se pretende, aquella potestad reglamentaria no debería referirse expresamente al acto administrativo de "aprobación" de los sistemas, programas y aplicaciones informáticas como hace el artículo 2 del Anteproyecto, sino precisamente a la "fijación de las características generales y requisitos básicos" de tales productos con alcance normativo general. Ello, sin perjuicio, por supuesto, de mantener asimismo en el ámbito de competencias propias del Consejo General del Poder Judicial la aprobación formal de los sistemas, programas y aplicaciones informáticas que cumplan con las características generales y requisitos básicos previamente reglamentados por él mismo.

Hecha esta observación, debe destacarse, en segundo lugar, que la aplicación conjunta del artículo 2 y la disposición derogatoria del Anteproyecto, aunque preservaría las aludidas competencias del Consejo General del Poder Judicial en la aprobación (y, en su caso, reglamentación) de los sistemas, programas y aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia en términos análogos a los actualmente previstos en el segundo y tercer párrafo del artículo 230.5 LOPJ, dejaría no obstante sin efecto el contenido material de los demás apartados y párrafos del mismo artículo 230 LOPJ, relativos a la tramitación de procesos judiciales con soporte técnico, electrónico, informático y telemático, aspectos estos respecto de los que deben entenderse incorporadas al presente Informe las observaciones que sobre la derogación del artículo 230 LOPJ se incluyen en el Informe del Consejo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marqués de la Ensenada, 8
28071 MADRID

General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV

La disposición derogatoria del Anteproyecto deja sin efecto un importante catálogo de normas de la LOPJ que anteriormente se ha relacionado. La razón de esta previsión derogatoria se encuentra en la nueva regulación que sobre las mismas materias se propone en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil sometido igualmente a informe de este Consejo General del Poder Judicial.

Si bien es cierto que la derogación de los mencionados preceptos de la LOPJ constituye formalmente un presupuesto jurídico necesario de la nueva regulación que sobre las mismas materias se contiene en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y, en tal sentido adquiere plena lógica la disposición derogatoria comentada con el fin de evitar duplicidades normativas inconvenientes, deben traerse ahora a colación las consideraciones que por el Consejo General del Poder Judicial se sostienen en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la regulación de dichas materias en la LOPJ o en la ley procesal civil, a las que es obligado remitirse.

Por otro lado, puede comprobarse que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que acompaña al que ahora se informa incide directa o indirectamente en contenidos materiales que actualmente son objeto de regulación en la LOPJ, sobre todo, a través del Libro Primero, Título



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Marques de la Ensenada, 8
28071 MADRID

V, sin que el presente Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial incluya las correspondientes previsiones derogatorias de aquellos preceptos. Estas materias son comentadas con detalle en el Informe de este Consejo General del Poder Judicial sobre el citado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, al que es obligado remitirse a este respecto, aunque la solución al problema apuntado haya de abordarse por medio del Anteproyecto que ahora se informa.

V

Nada hay que objetar al período de seis meses que se establece en la disposición final del Anteproyecto, desde la publicación oficial de la norma hasta la entrada en vigor de la misma, toda vez que los cambios legislativos que a su través se articulan, en relación con la nueva y completa regulación del proceso civil que en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se pretende, requieren de una período de vacación legal que asegure el debido conocimiento de las normas por sus destinatarios en el momento mismo en que hayan de desplegar todos sus efectos.

Y para que conste, extiendo y firmo la presente en Madrid, a once de Mayo de mil novecientos noventa y ocho.