



Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de
1998 relativo al Anteproyecto de Ley de
Enjuiciamiento Civil.

CONSEJO DE ESTADO

Nº: 1.571/98/1.479/98/RL

SEÑORES:

Cavero Lataillade, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Arozamena Sierra
De Mateo Lage
Sánchez del Corral y del Río
Manzanares Samaniego
Vizcaino Márquez
Pérez-Tenessa Hernández
Martín Oviedo, Secretario General

La Comisión Permanente del
Consejo de Estado, en sesión celebrada el
día 17 de septiembre de 1998, con
asistencia de los señores que al margen se
expresan, emitió, por unanimidad, el
siguiente dictamen:

"En cumplimiento de la Orden
comunicada de V.E., de 3 de marzo de 1998 (registro de entrada 13 de marzo),
el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al Anteproyecto de
Ley de Enjuiciamiento Civil.

ANTECEDENTES

De antecedentes resulta que:

Primero.- Remisión inicial del expediente.

En el estado en que fue inicialmente remitido a este Consejo, el expediente
aparecía únicamente integrado por la Orden comunicada de V.E. a que se ha
hecho inicialmente mención y por un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento
Civil, que la citada Orden precisa que se aprobó por el Consejo de Ministros en
su reunión de 26 de diciembre de 1997 -fecha que se inserta en ese
Anteproyecto- y que se inicia con una denominada "Introducción", que, tras



CONSEJO DE ESTADO

recordar el valor histórico y cultural de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entiende que han quedado ya agotadas las posibilidades de introducir en ella reformas parciales y que los cambios sociales consolidados desde su aprobación y las nuevas exigencias jurídicas aconsejan aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que se beneficie, en todo caso, de los evidentes aciertos de la Ley de 1881 y de la jurisprudencia y doctrina consolidadas a su amparo.

Seguidamente, la Introducción pasa a dar cuenta de los principios inspiradores del Anteproyecto, entre los que destaca la exclusión de la denominada jurisdicción voluntaria y de la materia concursal, así como la decisión de desgajar de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 las cuestiones procesales y trasladarlas a la Ley de Enjuiciamiento Civil en su condición de ley procesal común.

Por lo que hace a las disposiciones generales, destaca las novedades en materia de actos de comunicación, Procuradores de los Tribunales, disposiciones generales sobre jurisdicción y competencia, actos y diligencias, resoluciones judiciales, recursos y sujetos del proceso y reseña, a propósito de estos últimos, las novedades en materia de capacidad, representación y defensa, actos de disposición, satisfacción extraprocesal, carga de la alegación y prueba.

El siguiente capítulo se dedica a los juicios declarativos, contruidos sobre dos únicos procesos, el juicio ordinario y el juicio verbal, en los que se aspira a refundir los cuatro procesos ordinarios actualmente existentes.

Respecto de la ordenación de esos procesos declarativos, la Introducción se hace eco de los principios de inmediación, publicidad y oralidad y de las novedades introducidas en los medios probatorios, mientras que, en lo que concierne a la segunda instancia, reseña la creación de un único recurso de apelación que ponga fin a la diversidad actualmente existentes.

Dedica su segundo capítulo la Introducción a los procesos especiales, que reduce al mínimo imprescindible, aludiendo, en ese sentido, a la unificación de los litigios en asuntos de capacidad, filiación y matrimoniales y a los procesos universales sucesorios, así como la creación del proceso monitorio y del juicio cambiario.



CONSEJO DE ESTADO

Pasa, a continuación, a dar cuenta de los recursos extraordinarios, que el Anteproyecto aborda desde las premisas de respetar la función nomofiláctica que corresponde al Tribunal Supremo, no excluir de la casación ninguna materia civil o mercantil y encomendar la protección de los aspectos procesales a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia.

Arrancando de tales premisas, el Anteproyecto recoge el recurso de casación, crea un recurso extraordinario por infracción procesal y mantiene el recurso en interés de la ley.

La Introducción considera que una de las principales innovaciones del Anteproyecto es la regulación que dedica a la ejecución provisional y la decidida opción de confiar en la Administración de Justicia y en los pronunciamientos de su primera instancia, mientras que, en lo que hace a la ejecución forzosa y medidas cautelares, dedica sus últimos apartados a destacar la unificación, sistematización y adiciones que el Anteproyecto contiene.

Por lo que hace a la parte dispositiva, el Anteproyecto aparece integrado por 818 artículos, tres disposiciones finales, siete disposiciones transitorias, dos disposiciones derogatorias y catorce disposiciones adicionales.

Los cuatro primeros artículos integran un Título Preliminar, sin rúbrica, mientras que el resto del articulado se estructura del siguiente modo:

Libro Primero- Disposiciones generales (artículos 5 a 519), subdividido en los siguiente apartados:

- Título I- De la comparecencia y actuación en juicio, en el que se integran los artículos 5 a 32. El primero de tales artículos no aparece encuadrado en subdivisión alguna, mientras que los restantes se agrupan del siguiente modo:

- Capítulo I- Capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación (artículos 6 a 10).

- Capítulo II- Pluralidad de partes (artículos 11 a 13).

- Capítulo III- Sucesión procesal (artículos 14 y 15).



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo IV- Poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones (artículos 16 a 19).
- Capítulo V- Representación procesal y defensa técnica (artículos 20 a 32).
- Título II- De la jurisdicción y de la competencia (artículos 33 a 67), subdividido en los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Jurisdicción de los tribunales civiles y cuestiones prejudiciales (artículos 33 a 40), subdividido en las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- Competencia internacional y jurisdicción de los tribunales civiles (artículos 33 a 36).
 - Sección Segunda- Cuestiones prejudiciales (artículos 37 a 40).
 - Capítulo II, titulado "Reglas para determinar la competencia" e integrado por los artículos 41 a 58, el primero de los cuales no se encuadra en subdivisión alguna, mientras que los restantes se sistematizan en las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- De la competencia objetiva (artículos 42 a 45).
 - Sección Segunda- De la competencia territorial (artículos 46 a 56).
 - Sección Tercera- De la competencia funcional (artículos 57 y 58).
 - Capítulo III, rubricado "De la declinatoria" e integrado por los artículos 59 a 62, el primero de los cuales no aparece encuadrado en subdivisión alguna, mientras que los restantes si lo están en las siguientes Secciones:



CONSEJO DE ESTADO

- Sección Primera- De la declinatoria formulada por escrito (artículos 60 y 61).
- Sección Segunda- De la declinatoria formulada verbalmente (artículo 62).
- Capítulo IV- De los recursos en materia de jurisdicción y competencia (artículos 63 y 64).
- Capítulo V- Del reparto de los asuntos (artículos 65 a 67).
- Título III- De la acumulación de acciones y de autos (artículos 68 a 96), que se estructura en los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- De la acumulación de acciones (artículos 68 a 70).
 - Capítulo II- De la acumulación de autos (artículos 71 a 96), que incluye las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- Disposiciones generales (artículos 71 a 78).
 - Sección Segunda- De la acumulación de procesos pendientes ante un mismo tribunal (artículos 79 a 83).
 - Sección Tercera- Acumulación de procesos pendientes ante distintos tribunales (artículos 84 a 95).
 - Sección Cuarta- Acumulación de procesos singulares a procesos universales (artículo 96).
- Título IV- De la abstención y la recusación (artículos 97 a 127), subdividida en los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Disposiciones generales (artículos 97 a 100).
 - Capítulo II- De la abstención de Jueces, Magistrados, Secretarios, Fiscales y del personal al servicio de los tribunales civiles (artículos 101 a 105).



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo III- De la recusación de jueces y Magistrados (artículos 106 a 112).
- Capítulo IV- De la recusación de los Secretarios de los tribunales civiles (artículos 113 a 118).
- Capítulo V- De la recusación de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia (artículos 119 a 122).
- Capítulo VI- De la recusación de los peritos (artículos 123 a 127).
- Título V- De las actuaciones del juicio (artículos 128 a 229), que se subdivide en los siguientes capítulos:
 - Capítulo I- Lugar de las actuaciones del juicio (artículo 128).
 - Capítulo II- Del tiempo de las actuaciones judiciales (artículos 129 a 135), que integra las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- Días y horas hábiles (artículos 129 y 130).
 - Sección Segunda- De los plazos y términos (artículos 131 a 135).
 - Capítulo III- Inmediación, publicidad y lengua oficial (artículos 136 a 144).
 - Capítulo IV- De la fe pública judicial y de la documentación de las actuaciones (artículos 145 a 148).
 - Capítulo V- De las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos (artículos 149 a 165).
 - Capítulo VI- Del auxilio judicial (artículos 166 a 175).
 - Capítulo VII- De la sustanciación, vista y decisión de los asuntos (artículos 176 a 206), subdividido en las siguientes Secciones:



CONSEJO DE ESTADO

- Sección Primera- Del despacho ordinario (artículos 176 a 179).
- Sección Segunda- De las vistas (artículos 180 a 191).
- Sección Tercera- De las votaciones y fallos de los asuntos (artículos 192 a 206).
- Capítulo VIII- De las resoluciones judiciales y de las diligencias de ordenación (artículos 207 a 229), que incluye las siguientes subdivisiones:
 - Sección Primera- Clases, forma y contenido de las resoluciones judiciales (artículos 207 a 213).
 - Sección Segunda- De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos (artículos 214 a 221).
 - Sección Tercera- De las diligencias de ordenación (artículos 222 y 223).
- Capítulo IX- De la nulidad de las actuaciones judiciales (artículos 224 a 229).
- Título VI- De la cesación de las actuaciones judiciales y de la caducidad de la instancia (artículos 230 a 234).
- Título VII- De la tasación de costas (artículos 235 a 240).
- Título VIII- De las correcciones disciplinarias (artículos 241 a 249).
- Libro Segundo- De los procesos declarativos (artículos 250 a 519), que incluye los siguientes Títulos:
 - Título I- De los procesos declarativos ordinarios (artículos 250 a 453), subdividido en los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Disposiciones comunes (artículos 250 a 295), que aparece integrado por las siguientes subdivisiones:



CONSEJO DE ESTADO

- Sección Primera- Reglas para determinar el proceso correspondiente (artículo 250 a 257).
- Sección Segunda- De las diligencias preliminares (artículo 258 a 265).
- Sección Tercera- De la presentación de documentos (artículo 266 a 275).
- Sección Cuarta- Copias de los escritos y documentos y su traslado (artículos 276 a 283).
- Sección Quinta- De las cuestiones incidentales (artículos 284 a 290).
- Sección Sexta- De la condena en costas (artículos 291 a 295).
- Capítulo II- Del juicio ordinario (artículos 296 a 441), subdividido en las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- De la demanda y su objeto (artículos 296 a 300).
 - Sección Segunda- De la contestación a la demanda y de la reconvención (artículos 301 a 305).
 - Sección Tercera- De los efectos de la pendencia del proceso (artículos 306 a 309).
 - Sección Cuarta- De la comparecencia (artículos 310 a 326).
 - Sección Quinta- De la proposición y práctica de la prueba y disposiciones generales sobre la misma (artículos 327 a 350), que aparecen sistematizados en las siguientes subdivisiones:



CONSEJO DE ESTADO

- Parágrafo Primero- Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba (artículos 327 a 328).

- Parágrafo Segundo- De la proposición y admisión de la prueba (artículos 329 a 333).

- Parágrafo Tercero- De los periodos ordinario y extraordinario de prueba (artículos 334 a 337).

- Parágrafo Cuarto- Otras disposiciones generales sobre la práctica de la prueba (artículos 338 a 340).

- Parágrafo Quinto- De la anticipación y del aseguramiento de la prueba (artículos 341 a 346).

- Parágrafo Sexto- De la audiencia para la práctica de la prueba (artículos 347 a 350).

- Sección Sexta- De los medios de prueba y las presunciones, en la que se integran los artículos 351 a 435, el primero de los cuales no aparece encuadrado en subdivisión alguna, mientras que los restantes se agrupan del siguiente modo:

- Parágrafo Primero- Del interrogatorio de las partes (artículos 352 a 367).

- Parágrafo Segundo- De los documentos públicos (artículos 368 a 374).

- Parágrafo Tercero- De los documentos privados (artículos 375 a 378).

- Parágrafo Cuarto- Disposiciones comunes a los dos anteriores (artículos 379 a 385).

- Parágrafo Quinto- Del dictamen de peritos (artículos 386 a 402).



CONSEJO DE ESTADO

- Parágrafo Sexto- Del reconocimiento judicial (artículos 403 a 408).

- Parágrafo Séptimo- Del interrogatorio de testigos (artículos 409 a 431).

- Parágrafo Octavo- De los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (artículos 432 y 433).

- Parágrafo Noveno- De las presunciones (artículos 434 y 435).

- Sección Séptima- De la conclusión del proceso y de la sentencia (artículos 436 a 441).

- Capítulo III- De los juicios verbales (artículos 442 a 453).

- Título II- De los recursos (artículos 454 a 498), integrado por los siguientes Capítulos:

- Capítulo I- Disposiciones generales sobre los recursos (artículos 454 a 456).

- Capítulo II- Del recurso de reposición (artículos 457 a 460).

- Capítulo III- Del recurso de apelación y de la segunda instancia (artículos 461 a 473), subdividido en las siguientes Secciones:

- Sección Primera- Disposiciones generales (artículos 461 y 462).

- Sección Segunda- De la sustanciación de la apelación (artículos 463 a 473).

- Capítulo IV- Del recurso extraordinario por infracción procesal (artículos 474 a 481).

- Capítulo V- Del recurso de casación (artículos 482 a 492).



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo VI- Del recurso en interés de la ley (artículos 493 a 496).
- Capítulo VII- Del recurso de queja (artículos 497 y 498).
- Título III- De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde (artículos 499 a 511).
- Título IV- De la revisión de sentencias firmes (artículos 512 a 519).
- Libro Tercero- De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares (artículos 520 a 748), que incluye los siguientes Títulos:
 - Título I- De los títulos ejecutivos (artículos 520 a 525), que incluye las siguientes subdivisiones:
 - Capítulo I- De las sentencias y demás títulos ejecutivos (artículos 520 a 524).
 - Capítulo II- De los títulos ejecutivos extranjeros (artículo 525).
 - Título II- De la ejecución provisional de resoluciones judiciales (artículos 526 a 539), en el que se incluyen los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Disposiciones generales (artículos 526 y 527).
 - Capítulo II- De la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia (artículos 528 a 536), que incorpora las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- De la ejecución provisional y de la oposición a ella (artículos 528 a 533).
 - Sección Segunda- De la revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada (artículos 534 a 536).
 - Capítulo III- De la ejecución provisional de las sentencias de condena dictadas en segunda instancia (artículos 537 a 539).



CONSEJO DE ESTADO

- Título III- De la demanda ejecutiva y del despacho de la ejecución (artículos 540 a 572), integrado por los siguientes Capítulos:

- Capítulo I- De la demanda ejecutiva y de las partes de la ejecución (artículos 540 a 548).
- Capítulo II- Del tribunal competente (artículos 549 a 551).
- Capítulo III- De las disposiciones comunes a toda ejecución y despacho de ésta (artículos 552 a 558).
- Capítulo IV- De la oposición a la ejecución y de la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo (artículos 559 a 567).
- Capítulo V- De la suspensión de la ejecución (artículos 568 a 572).

- Título IV- De la ejecución dineraria (artículos 573 a 698), que incluye los siguientes Capítulos:

- Capítulo I- Disposiciones generales (artículos 573 a 582).
- Capítulo II- Del requerimiento de pago (artículos 583 a 585).
- Capítulo III- Del embargo de bienes (artículos 586 a 636), que se subdivide en las siguientes Secciones:
 - Sección Primera- De la traba de los bienes (artículos 586 a 595).
 - Sección Segunda- Embargo de bienes de terceros y tercería de dominio (artículos 596 a 607).
 - Sección Tercera- Bienes embargables (artículos 608 a 615).
 - Sección Cuarta- Prioridad del embargante y tercería de mejor derecho (artículos 616 a 622).



CONSEJO DE ESTADO

- Sección Quinta- De la garantía de la traba de bienes muebles y derechos (artículos 623 a 631).
- Sección Sexta- De la garantía del embargo de inmuebles y de otros bienes inscritos (artículo 632).
- Sección Séptima- De la administración judicial (artículo 633 a 636).
- Capítulo IV- Del procedimiento de apremio (artículos 637 a 680), que incluye las siguientes subdivisiones:
 - Sección Primera- Entrega directa y venta en mercados reglados (artículos 637 a 639).
 - Sección Segunda- Del avalúo de los bienes (artículos 640 a 642).
 - Sección Tercera- Realización forzosa de bienes muebles y derechos (artículos 643 a 653).
 - Sección Cuarta- De la subasta de bienes inmuebles (artículos 654 a 672).
 - Sección Quinta- Medios especiales de realización forzosa (artículos 673 a 675).
 - Sección Sexta- Administración para pago (artículos 676 a 680).
- Capítulo V- De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (artículos 681 a 698).
- Título V- De la ejecución forzosa no dineraria (artículos 699 a 719), que incluye los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Disposiciones comunes (artículos 699 y 700).



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo II- Ejecución por deberes de entregar cosas (artículos 701 a 704).
- Capítulo III- Ejecución por deberes de hacer y no hacer (artículos 705 a 710).
- Capítulo IV- De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas (artículos 711 a 719).
- Título VI- Las medidas cautelares (artículos 720 a 748), que incluye los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Disposiciones generales (artículos 720 a 728).
 - Capítulo II- Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares (artículos 729 a 739).
 - Capítulo III- De la oposición a las medidas cautelares (artículos 740 a 743).
 - Capítulo IV- Revisión y alzamiento de las medidas cautelares (artículos 744 a 746).
 - Capítulo V- Del enervamiento de las medidas cautelares (artículos 747 y 748).
- Libro Cuarto- De los procesos especiales (artículos 749 a 818), que se ordena en los siguientes Títulos:
 - Título I- De los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio (artículos 749 a 777), que incluye los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Disposiciones generales (artículos 749 a 755).
 - Capítulo II- Procesos sobre la capacidad de las personas (artículos 756 a 763).
 - Capítulo III- Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (artículos 764 a 768).



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo IV- Procesos matrimoniales (artículos 769 a 777).
- Título II- De la división judicial de la herencia (artículos 778 a 801), que incluye los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Del procedimiento para la división de la herencia (artículos 778 a 785).
 - Capítulo II- De la intervención del caudal hereditario (artículos 786 a 792).
 - Capítulo III- De la administración del caudal hereditario (artículo 793 a 801).
- Título III- De los procesos monitorio y cambiario (artículos 802 a 818), que incluye los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I- Del proceso monitorio (artículos 802 a 808).
 - Capítulo II- Del juicio cambiario (artículos 809 a 818).

La primera de las disposiciones derogatorias afecta a la Ley de Enjuiciamiento Civil con las siguientes excepciones:

- Los Títulos XII y XIII del Libro Segundo y el Libro Tercero, que quedarán en vigor hasta la aprobación de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente.
- El Título I del Libro Segundo, el artículo 11 y la Sección Segunda del Título IX del Libro Segundo, que se declaran en vigor hasta la aprobación de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.
- Los artículos 951 a 958, con vigencia prolongada hasta la aprobación de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

Por su parte, la disposición derogatoria segunda alcanza a diversos artículos del Código Civil, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, Ley Orgánica



CONSEJO DE ESTADO

3/1989, de 21 de junio de Actualización del Código Penal, Ley de Propiedad Horizontal, Ley de Préstamos Usurarios, Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley Hipotecaria, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, Ley de Hipoteca Naval, Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, Ley Cambiaria y del Cheque, Ley de Competencia Desleal, Ley General de Publicidad, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Patentes y Decreto-Ley de 10 de octubre de 1969 sobre Embargo de Empresas. Las tres disposiciones adicionales abordan el título competencial para aprobar la proyectada Ley, la actualización de las cuantías previstas en ella y los medios materiales y recursos humanos para la constancia de vistas, audiencias y comparecencias, respectivamente.

Por lo que hace a las disposiciones transitorias, se refieren al régimen de recursos contra resoluciones interlocutorias o no definitivas, procesos en primera instancia, procesos en segunda instancia, asuntos en casación, juicios ejecutivos, ejecución forzosa y medidas cautelares, respectivamente.

Por último, las disposiciones finales primera a undécima reforman diversos preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Sociedades Anónimas, Ley General de Cooperativas, Ley de Competencia Desleal, Ley de Patentes, Ley de Arbitraje, Ley Hipotecaria, Ley Cambiaria y del Cheque, Ley de Procedimiento Laboral y Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras que las disposiciones finales duodécima y decimotercera encomiendan al Gobierno remitir a las Cortes Generales sendos proyectos de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria y Ley Concursal, ocupándose la disposición final decimocuarta en precisar que la proyectada regulación entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo.- Segunda remisión de actuaciones.

En virtud de una Orden comunicada de V.E. de 7 de abril de 1998 (registro de entrada 8 de abril), se remitieron a este Consejo:



CONSEJO DE ESTADO

a) Un borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, fechado en abril de 1997 y cuya sistemática y contenido anticipan los de la versión del Anteproyecto sometido a dictamen de este Consejo.

b) Un conjunto de informes generales que incluyen los suscritos por las siguientes entidades y personas:

- Asociación Profesional de la Magistratura, de 23 de Febrero de 1998.
- Un grupo de magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de Julio de 1997.
- Un conjunto de Magistrados y otro personal jurisdiccional, coordinado por el Decanato de los Juzgados de Jaén, de 27 de Junio de 1997.
- El Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, de 30 de Junio de 1997.
- La Unión Progresista de Secretarios Judiciales, de Junio de 1997.
- El Consejo General de la Abogacía Española, de 2 de Octubre de 1997.
- El Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya, de 25 de Julio de 1997.
- El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de septiembre de 1997.
- El Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, de 27 de junio de 1997.
- El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, de 24 de julio de 1997.



CONSEJO DE ESTADO

- La Asociación Española de Banca Privada, de 10 de diciembre de 1997.
- La Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, de 10 de diciembre de 1997.
- Dos Académicos de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de 16 de junio y 27 de agosto, ambos de 1997, respectivamente.
- El Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, de noviembre de 1997.

c) Un conjunto de informes parciales a determinados aspectos y materias del Anteproyecto, que incluyen los presentados por las siguientes entidades y personas:

- El Consejo General del Notariado, de 7 de julio de 1997.
- La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 2 de julio de 1997.
- Un Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación.

La Orden de V.E. precisó que, con independencia de los informes acompañados, obraban en poder del Ministerio otros, que incluían:

- 1- Diversos informes generales adicionales, suscritos por las siguientes entidades y personas:
 - El Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares, de 4 de noviembre de 1997.
 - La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 5 de junio de 1997.
 - La Dirección General de los Registros y del Notariado, de mayo de 1997.



CONSEJO DE ESTADO

- El Ministerio de Economía y Hacienda.
 - La Asociación de Fiscales, sin fecha.
 - Un Secretario Judicial, de 24 de junio de 1997.
 - El Presidente de la Comisión de Peticiones, de 26 de agosto de 1997.
 - La Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, de octubre de 1997.
 - Varios Catedráticos, Profesores Titulares y Asociados de Derecho Procesal de las Universidades de Zaragoza, Lleida, Pública de Navarra, Santiago de Compostela, Cádiz y Barcelona, de 30 de mayo de 1997, 23 de junio de 1997 y otras fechas no precisadas.
- En segundo lugar, los informes sobre aspectos parciales elaborados por las siguientes personas y entidades:
- El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, de 23 de julio de 1997.
 - La Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios-CSI-CSIF, de 24 de julio de 1997.
 - La Subdirección General de Informática, de 21 de marzo de 1997.
 - La Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, de 19 de mayo de 1997.
 - El Instituto Nacional de Consumo, de 13 de enero de 1998.
 - La Asociación Hipotecaria Española, de 24 de julio de 1997.
 - La Asociación Profesional de Sociedades de Valoración de España (ATASA), de octubre de 1997.



CONSEJO DE ESTADO

- 
- Un Catedrático y un Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, de 27 de junio de 1997.
 - Un Profesor de Derecho Mercantil y otro Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, de 5 de junio de 1997.
 - Dos Catedráticos de Derecho Mercantil, de 13 de junio de 1997.
 - Diversos Jueces de Familia de Madrid, de 11 de abril de 1997.
 - Un Magistrado de la Audiencia Provincial de Huesca.
 - Un Magistrado por encargo del Decanato de los Juzgados de Gerona, de 25 de junio de 1997.
 - Dos Magistrados de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Zamora y de Santa Cruz de Tenerife, de 24 y 31 de julio de 1997.
 - El Magistrado Decano de los Juzgados de Logroño, de 14 de mayo de 1997.
 - Un Fiscal, de 12 de junio de 1997.
 - Un Registrador de la Propiedad.
 - Un Notario de Madrid.
 - Varios Abogados, de 5 de mayo, 3 de junio y 30 de julio de 1997 y sin fecha precisada.

Tercero.- Remisión del informe del Consejo General del Poder Judicial.

Por último, y en virtud de una nueva Orden comunicada de V.E., de 4 de junio de 1998 (registro de entrada 10 de junio), se remitió a este Consejo el informe que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial emitió el 11 de mayo de 1998 a propósito del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en la versión sometida a dictamen de este Consejo.



CONSEJO DE ESTADO

El informe sigue la sistemática de la proyectada regulación y aborda sucesivamente los siguientes apartados y cuestiones:

- Título Preliminar.
- Título I del Libro Primero, comentando la capacidad para ser parte, la pluralidad de las partes y la sucesión procesal, el poder de disposición sobre el proceso y sobre sus pretensiones y la representación procesal y defensa técnica.
- El Título II del Libro Primero, respecto del que analiza, con carácter general, la jurisdicción y la competencia en el Anteproyecto y la proyección constitucional de la materia, para pasar seguidamente a un examen detenido de la competencia internacional, competencia objetiva y funcional, competencia territorial, control de los presupuestos procesales, cuestiones prejudiciales y reparto de los asuntos.
- Título III del Libro I, abordando la acumulación de acciones y de autos.
- Título IV del Libro I, respecto del que centra la atención en la abstención y la recusación.
- Título V del Libro I, efectuando un examen general sobre las actuaciones del juicio y analizando el contenido de las previsiones que el Anteproyecto le dedica.
- Los Títulos VI, VII y VIII del Libro I, a propósito de la cesación de las actuaciones judiciales y caducidad, tasación de costas y correcciones disciplinarias, respectivamente.
- Título I del Libro II, respecto del que se formulan un conjunto de consideraciones sobre los procesos declarativos ordinarios con carácter general para pasar seguidamente a analizar, más pormenorizadamente, la proposición y práctica de la prueba, la conclusión del proceso y la sentencia.
- Títulos II, III y IV del Libro II, centrándose la atención en el sistema de recursos del Anteproyecto, los recursos de reposición, apelación,



CONSEJO DE ESTADO

extraordinario por infracción procesal y de casación y en los restantes medios de impugnación.

- Todos los Titulos integrados en el Libro III del Anteproyecto.
- Los diversos procesos especiales incluidos en el Libro IV del Anteproyecto, con un examen detenido de cada uno de ellos.
- Las disposiciones complementarias del Anteproyecto (adicionales, transitorias, derogatorias y finales).

Cuarto.- Remisión de las memorias del Anteproyecto de Ley.

Por último, y en virtud de una nueva Orden comunicada de V.E., de 20 de julio de 1998 (registro de entrada 21 de julio), tuvieron entrada en este Consejo:

M

a) Una Memoria justificativa del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, sin fecha, que empieza por destacar las críticas que mereció la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 desde su propia fecha de aprobación por no responder ya entonces a las transformaciones que venia experimentando la sociedad española y por la ausencia de una adecuada dogmática y sistemática.

Seguidamente, la Memoria alude a las sucesivas reformas parciales que ha experimentado esa Ley y a los intentos de sustituirla por una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tras resumir que el Anteproyecto deriva de un borrador finalizado en abril de 1997 y de hacerse eco del amplio proceso de consultas a que se le sometió, la Memoria recuerda los medios personales y materiales que inciden en el incorrecto funcionamiento de la justicia civil, así como en la necesidad de modificar diversos comportamientos en los litigantes y asesores.

Sin embargo, la Memoria se centra específicamente en la regulación procesal de la justicia civil y se hace eco de su lentitud, complejidad e ineficacia.



CONSEJO DE ESTADO

Por último, y tras destacar que el Anteproyecto respeta en lo posible la estructura y terminología de la vigente Ley, la Memoria resume su contenido en unos términos similares a los que figuran en la denominada "Introducción" del texto remitido a la consideración de este Consejo.

c) Una Memoria económica del Anteproyecto, sin fecha, que se reduce a afirmar que el Anteproyecto no conllevará coste alguno.

Quinto.- Audiencias ante este Consejo.

Con posterioridad a que el expediente hubiera tenido entrada en este Consejo, solicitó ante él audiencia el Presidente del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, que le fue concedida a propuesta de la Sección Segunda y que se materializó en un escrito de alegaciones presentado el 23 de julio de 1998.

Ese escrito se inicia con unas consideraciones de carácter general, centradas en la falta de unas auténticas memorias justificativa y económica, el problema de los plazos procesales y de su cumplimiento y la confusión de las medidas de ejecución y del juicio ejecutivo.

La segunda parte del escrito de alegaciones del mencionado Consejo General aborda la regulación de la prueba y la configuración del documento público, la determinación y concreción de la deuda mediante el correspondiente certificado de liquidación, la insuficiencia de la regulación de la subasta y la necesaria aclaración de diversos aspectos del proceso monitorio.

Por otra parte la Asociación ACBDP Intercomunitaria de Detectives remitió directamente a este Consejo el 21 de julio de 1998 un escrito de alegaciones referido a la carga de la prueba (proponiendo la adición de un sexto apartado al artículo 216 del Anteproyecto) y a los medios de prueba y las presunciones (sugiriendo la adición de un nuevo párrafo a la Sección Sexta del Capítulo II del Título I del Libro Segundo).



CONSEJO DE ESTADO

CONSIDERACIONES

Primera. Tal y como precisó expresamente la inicial Orden comunicada de V.E., el expediente remitido a dictamen de este Consejo se refiere a una de las consultas potestativas expresamente previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que está centrada, en este caso, en un Anteproyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Faltando todo pronunciamiento en las Órdenes de V.E. respecto del concreto órgano del que se recaba esta consulta, corresponde evacuarla a la Comisión Permanente de este Alto Cuerpo Consultivo, tal y como se desprende de una aplicación analógica de lo expresamente previsto para las consultas preceptivas por el artículo 22, número 19, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Segunda. Por lo que hace al orden con que ha sido tramitado, obran en el expediente:

- Un Borrador del Anteproyecto, fechado en abril de 1997 (apartado segundo, a), de antecedentes).
- Un conjunto de informes y alegaciones recabadas de diversas personas y entidades, que han expresado sus puntos de vista respecto de ese Borrador inicial (apartados segundo, b) y c), de antecedentes).
- El informe del Consejo General del Poder Judicial (punto tercero de antecedentes), referido al Anteproyecto y preceptivamente requerido por el artículo 108, número 1, e), de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se trata de un importante y detenido pronunciamiento acerca del Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al que pueden añadirse las también significativas reflexiones contenidas en el Libro Blanco de la Justicia que el referido Consejo General aprobó el 8 de septiembre de 1997, de modo que la presente consulta prestará una especial atención a los puntos de vista expresados en ambos documentos.



CONSEJO DE ESTADO

Ha de notarse que el citado informe del Consejo General del Poder Judicial contiene múltiples sugerencias y propuestas de cambios en el Anteproyecto, tanto de carácter general como particular, respecto de las que, a la hora de emitir este dictamen, no se dispone de la opinión que le merecen al Departamento proponente.

Tal circunstancia deriva del hecho de que el expediente ahora considerado y el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a que se refiere han sido simultáneamente remitidos al Consejo General del Poder Judicial y a este Alto Cuerpo Consultivo.

Existe una diferencia en el carácter con que ambos informes han sido recabados, puesto que, frente al ya aludido carácter preceptivo del informe del Consejo General del Poder Judicial, el dictamen de este Consejo tiene, en el presente caso, un alcance meramente potestativo.

Sin embargo, tal carácter no desvirtúa la óptica y posición desde la que este Consejo emite todas sus consultas, que no es otra que brindar una visión global a la autoridad consultante sobre la cuestión dictaminada una vez que ha concluido su preparación y está, por tanto, en la fase inmediatamente anterior a ser decidida.

En el caso de los proyectos de disposiciones, esa fase se refiere al momento en que la pretendida nueva regulación está ya culminada.

Aplicando esa apreciación de carácter general al concreto caso del expediente ahora dictaminado, se llega a la conclusión de que el presente dictamen debiera haberse recabado sobre una versión del Anteproyecto cerrada después de examinar las sugerencias y observaciones del Consejo General del Poder Judicial y conociendo, por tanto, la opinión que su informe merece a la autoridad consultante.

- Las Memorias justificativa y económica del Anteproyecto (punto cuarto de antecedentes).



CONSEJO DE ESTADO

Junto con un diagnóstico de los problemas que presenta nuestra jurisdicción civil, la primera reproduce la denominada "Introducción" del Anteproyecto.

La segunda se limita a afirmar que el Anteproyecto no conllevará gasto alguno, lo que sí puede ser cierto en lo que se refiere a la estricta puesta formal en vigor de la proyectada regulación, no lo es, en cambio, en lo que concierne a la efectiva aplicación de algunas de las más novedosas y ambiciosas previsiones en ella contenidas (como son los casos de la constancia de determinadas actuaciones procesales y del importante reforzamiento de las actuales competencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia).

Por ello, este Consejo estima necesario destacar la importancia capital que tiene una adecuada planificación y afectación de recursos para conseguir los objetivos que se propone una reforma legislativa procesal tan relevante como la que ahora se examina. Sin los correspondientes recursos, proporcionados al tipo y entidad de la reforma proyectada, ésta última no será sencillamente viable.

Por ello mismo, hubiese sido preferible contar con algún pronunciamiento inicial acerca del modo con que está proyectándose asegurar la rápida y eficaz puesta en práctica de tales novedades y de los recursos personales y materiales necesarios para ello.

A las anteriores actuaciones han de añadirse los escritos de alegaciones directamente remitidos a este Consejo y el presentado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio como consecuencia del trámite de audiencia que solicitó y le fue concedido ante este Consejo (punto quinto de antecedentes).

Por último, debe igualmente notarse que, al mismo tiempo que el expediente ahora examinado y con expresas menciones en él, se remitió a este Consejo un expediente relativo a un Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial (expediente número 1180/98), que constituye el complemento indispensable del Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como queda explicitado en la "Introducción" de éste último.



CONSEJO DE ESTADO

Sin perjuicio de las reservas anteriormente indicadas, los anteriores datos representan antecedentes suficientes para poder emitir el dictamen recabado de este Consejo.

Tercera. Pasando a examinar los términos en que está concebida, la proyectada regulación suscita cuestiones muy diversas, tal y como es obligado dada la relevancia capital de la materia a la que se refiere.

Por eso mismo, los informes recogidos en el expediente contienen múltiples observaciones y alegaciones, de índole muy diferenciada, a las que deben añadirse las que han sido planteadas a lo largo de los estudios, iniciativas y trabajos que, en ámbitos muy variados, se han ocupado de los trabajos preparatorios del Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ante esa heterogeneidad de extremos a considerar, y siguiendo uno de los métodos que aplica en su intervención en proyectos normativos, este Consejo concentrará su atención en el texto finalmente preparado y formalmente sometido a su consideración y, al hilo de su examen, abordará también las observaciones de mayor calado formuladas al respecto pero no incorporadas al Anteproyecto.

Avanzado así su enfoque general, puede igualmente anunciarse que el subsiguiente examen se iniciará con unas consideraciones generales respecto del Anteproyecto y de las cuestiones de principio que el mismo sugiere, para seguir ulteriormente su misma sistemática y abordar sucesivamente y por separado cada uno de los diversos Títulos en que aparece estructurado, salvo en algunos casos en que los apartados de las consideraciones estarán dedicados a varios Títulos, en razón de la índole de la materia en cuestión.

A los efectos de simplificar la redacción de esta consulta y de evitar repeticiones innecesarias, se aludirá abreviadamente en lo sucesivo al texto remitido como "el Anteproyecto".

Cuarta. Las consideraciones generales de la presente consulta están centradas en las siguientes cuestiones:

- La conveniencia de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.



CONSEJO DE ESTADO

- El grado de amplitud que debe tener.
- La preparación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil por la vía de la legislación ordinaria.
- La depuración conceptual y terminológica de la proyectada regulación.
- La técnica y sistemática jurídicas preconizables para la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

A) La conveniencia de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.
Existe un consenso científico acerca de los defectos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, no es aventurado afirmar que esa Ley no alcanzó el nivel esperado a la hora de abordarla y, con carácter más general, que no es un texto que esté a la altura de lo que dio de sí en otros ámbitos el movimiento codificador español.

Ese negativo balance explica las muy numerosas modificaciones parciales pero de gran amplitud a que se ha visto sometida desde la fecha en que fue aprobada.

Surge con ello, como primera cuestión a considerar, si bastaría con otra de esas modificaciones más o menos amplia o si es preciso, por el contrario, decantarse por la nueva regulación completa por la que opta el expediente.

Para contestar esa alternativa, estima este Consejo que la primera cuestión a sopesar es el estado en que se encuentra nuestra jurisdicción civil.

Se aprecia al respecto un nuevo consenso generalizado, y esta vez no referido únicamente a la doctrina científica y a los círculos especializados sino extendido a amplios sectores de la vida social y económica, en torno a las deficiencias de ese orden jurisdiccional. En ese sentido, poco hay que añadir a los taxativos términos con que la Memoria justificativa del Anteproyecto y el Libro Blanco de la Justicia describen la lentitud, complejidad e ineficacia de nuestra justicia civil.

Es evidente que las aludidas deficiencias no podrán únicamente solucionarse a través de regulaciones procesales, puesto que responden a factores muy



CONSEJO DE ESTADO

diversos, que encuentran de nuevo un buen reflejo en la Memoria justificativa del Anteproyecto y en el aludido Libro Blanco.

Sin embargo, la importante construcción doctrinal y jurisprudencial sentada durante la vigencia de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil ha detectado que varias de esas deficiencias derivan de algunas de las orientaciones básicas de ésta última, como son, muy señaladamente, la formalista concepción y el acusado carácter escrito de su juicio-tipo (el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía).

Con independencia de ello, y a la hora de plantearse una modificación de nuestra legislación procesal civil, deben igualmente recordarse otras facetas relevantes, cuales son:

- En primer lugar, las lagunas y omisiones que la doctrina científica y jurisprudencial han coincidido en detectar dentro de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y que afectan a cuestiones tan capitales como las partes en el proceso civil.
- En segundo lugar, las materias que, aun estando abordadas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser reconsideradas a la luz de la experiencia adquirida y de las nuevas circunstancias económicas, sociales y culturales, como serían los casos de la ejecución procesal y de las medidas cautelares.
- Finalmente, la diversidad de regulaciones procesales civiles especiales que han ido creándose fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil para atender diversas necesidades perentorias y sin responder a unos principios inspiradores uniformes.

Valorando conjuntamente las anteriores circunstancias, estima este Consejo que existen fundadas razones que apoyan la tesis de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil como forma de abordar, con una óptica unitaria y sistemática, todos los frentes anteriormente indicados.

En ese sentido, el Anteproyecto ahora examinado se alinea con los numerosos intentos previos de sustituir "in toto" la Ley de 1881.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado se congratula de esa iniciativa, que está en línea con sus frecuentes recomendaciones de recabar el concurso de la citada Comisión para preparar las modificaciones que deseen acometerse en los principales textos normativos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

En todo caso, la unánime aspiración de reformar la legislación concursal habrá de tener en cuenta los dos planos que esa legislación debe abordar (jurídico-sustantivo y jurídico-procesal) y las estrechas interconexiones entre ellos existentes, lo que postula claramente que esa nueva regulación aborde, de una forma unitaria, esos dos planos.

Por lo mismo, resulta justificado desgajar la vertiente procesal de esa regulación y no incluirla en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, sería igualmente necesario que se respetase el plazo que el propio Anteproyecto marca al Gobierno para que remita a las Cortes Generales el Proyecto de esa nueva y unitaria Ley Concursal (disposición final decimotercera).

- Por último, el arbitraje civil y mercantil. Aunque sería posible integrar su regulación dentro de la nueva Ley ritaria proyectada, el hecho de que haya sido objeto de la reciente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, permite estimar igualmente justificado que el Anteproyecto no englobe esa materia, máxime cuando lo que sí hace es proyectar en ella sus principales innovaciones (apreciación de la jurisdicción y competencia judicial, ejecución de laudos arbitrales,...).

En consecuencia, se llega a la conclusión de que son razonables la amplitud del Anteproyecto en cuanto Ley procesal civil general y las remisiones de ciertas materias procesales civiles a textos normativos separados.

C) La preparación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil por la vía de la legislación ordinaria. El Anteproyecto se ha inclinado por esa técnica jurídica, distinta de la que se utilizó para aprobar la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que se canalizó a través de la legislación delegada (Ley de Bases de 21 de junio de 1880 y texto articulado aprobado por Real Decreto de 3 de febrero de 1881).



CONSEJO DE ESTADO

Además de ese precedente histórico, la complejidad, extensión y diversidad de aspectos que debe abordar una Ley ritualia civil de carácter general suscitan la duda de si no hubiese sido preferible acudir, de nuevo, a una delegación legislativa, de modo que las Cortes Generales centrasen su intervención en la definición de los caracteres, objetivos y restantes rasgos generales de nuestra jurisdicción civil, dejando su articulación detallada a las instancias técnicas propias de la legislación delegada.

En todo caso, dado que la decisión de someter a las Cortes Generales un proyecto normativo plenamente articulado es una de las formas con que el Gobierno puede ejercer la potestad de iniciativa legislativa que le reconoce el artículo 87 de la Constitución y que se cuenta ya con un Anteproyecto detallado, el subsiguiente examen ha de centrarse en éste último.

D)- La depuración conceptual y terminológica de la proyectada regulación.

Es claro que el desafío de elaborar una nueva Ley procesal civil general obliga a reconsiderar el andamiaje conceptual y terminológico existente.

La Memoria justificativa del Anteproyecto aborda la cuestión destacando la posición equilibrada que éste último trata de ocupar al respecto, respetando buena parte de la tradicional terminología procesal española pero añadiendo, al mismo tiempo, las actualizaciones precisas y ya consagradas en la doctrina y jurisprudencia.

Por lo que hace a la primera de esas orientaciones, y presuponiendo que la terminología tradicional exprese adecuadamente la correspondiente realidad, es claro que su conservación representa un claro acierto desde un punto de vista histórico y cultural.

Un ejemplo lo ello lo brinda la propia rúbrica general del Anteproyecto, que mantiene la tradicional fórmula "Enjuiciamiento Civil", altamente expresiva y adecuadamente precisa, lo que la hace preferible a otras posibilidades, tales como podrían ser "Código Procesal Civil", "Ley de la Jurisdicción Civil",...

Desde esa óptica general se examinarán las concretas previsiones del Anteproyecto, sugiriéndose cambios al respecto en la medida en que los



CONSEJO DE ESTADO

conceptos y términos históricos y tradicionales hayan dejado de reflejar adecuadamente determinadas realidades jurídico-procesales.

Por lo que hace a la segunda faceta- la introducción de novedades-, constituye un sano principio jurídico que los textos normativos de amplio alcance y de deseable estabilidad –como es, sin duda alguna, la regulación general de la jurisdicción civil- utilicen los conceptos y términos ya acuñados en el estadio de la evolución jurídica en que son elaborados y que, por lo mismo, no tercier en polémicas doctrinales o científicas vivas, tomando partido por alguna de las tesis todavía no consolidadas.

Todavía en relación con este enfoque terminológico, ha de notarse que el Anteproyecto contrapone en numerosas ocasiones a "Jueces" y "Tribunales", cuando lo correcto es referir esa distinción a "Juzgados" y "Tribunales".

En un orden similar de consideraciones, se observa que, en muchas ocasiones, el Anteproyecto alude a "Tribunal" para identificar actuaciones que pueden darse también ante Juzgados, de modo que sería preferible sustituir tales alusiones, y posiblemente también las que comprenden a "Juzgados y Tribunales", por menciones genéricas a "órganos judiciales".

E)- La técnica y sistemática jurídicas preconizables para la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Parecida oportunidad a la detectada a propósito de los conceptos y términos existentes la brinda el Anteproyecto respecto de la técnica y sistemática de nuestra actual regulación procesal civil.

En concreto, la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil requiere repensar la técnica y sistemática de la existente, especialmente si se tiene en cuenta que en tales aspectos se concentran buena parte de las críticas a nuestra actual Ley ritual civil.

Al hilo del examen particularizado que se efectúa en las siguientes consideraciones de esta consulta tendrá ocasión de aplicarse esa apreciación general.

Con un carácter común, y por lo que concierne a la titulación de sus diversos apartados y artículos, se observa que el Anteproyecto ha optado por dotarlos en



CONSEJO DE ESTADO

todos los casos de una rúbrica explicativa de su contenido, lo que coincide con una reiterada sugerencia que este Consejo efectúa al examinar proyectos de disposiciones, por cuanto facilita sobremanera la comprensión e interpretación de los textos normativos y su adecuada utilización por sus destinatarios.

Partiendo de ese juicio favorable, cabe avanzar una doble indicación de carácter general, cual es:

- De un lado, convendría evitar que las rúbricas de los artículos consten de varias oraciones –lo que resulta excesivamente prolijo- o utilicen el formato académico de enlazar varios conceptos con dos puntos seguido, defectos que afectan a numerosos preceptos tales como los artículos 23, 68, 70, 79, 110, 122, 152, 155, 206, 208,...

- De otro, sería preferible que el Anteproyecto uniformizase la orientación con que rubrica sus diversas subdivisiones internas, puesto que, en ocasiones utiliza la fórmula tradicional de encabezarlas con la preposición "de", seguida por la indicación de su contenido, mientras que, en otras, consigna directamente la definición de ese contenido.

Es cierto que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil también combina esos dos criterios, pero lo hace de un modo ordenado, que consiste en utilizar la primera de esas técnicas para rubricar Libros, Títulos y Capítulos y en aplicar la segunda a las Secciones y ulteriores divisiones.

Por el contrario, el Anteproyecto combina desordenadamente las dos técnicas, de modo que ambas se aplican, según los casos, a Libros, Capítulos, Secciones y Parágrafos.

A los efectos de corregir esa situación, puede recurrirse tanto al criterio de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, como al más tradicional de encabezar todas las rúbricas de subdivisiones sistemáticas con la fórmula "De...".

Con independencia de su carácter señero –puesto que se utiliza, con un carácter claramente dominante, en textos tan capitales como nuestra Constitución y en textos tan clásicos como nuestro Código Civil-, el



CONSEJO DE ESTADO

hecho de que perviva en textos tan próximos a la materia ahora examinada como es la Ley Orgánica del Poder Judicial parece inclinar la opción a favor del segundo de esos criterios.

Dentro todavía de este capítulo de observaciones comunes, y por lo que hace a la sistemática del Anteproyecto, debería eliminar el término de "parágrafos" para denominar algunas de sus subdivisiones internas, ya que procede de ámbitos normativos comparados donde no tiene ese significado –sino el de normas o preceptos concretos- y puede ser sustituido con ventaja por otra denominación –"Subsecciones"- que está consagrada en algunos de nuestros importantes textos legales de carácter general (Ley Hipotecaria, Reglamento del Registro Civil,...).

Esta observación afecta, en concreto, a las Secciones Quinta y Sexta del Capítulo II del Libro Segundo del Anteproyecto.

Para concluir este apartado de las presentes consideraciones, se sugiere que la subdivisión de los artículos del Anteproyecto se ajuste a las directrices generales aprobadas para confeccionar los proyectos de textos normativos, de modo que, en lugar de incluir unas primeras numeraciones cardinales y unas siguientes ordinales –que se prestan a confusión con las anteriores-, se opte por unas primeras divisiones en números cardinales y unas ulteriores divisiones alfabéticas (a), b)...).

Quinta. Una cuestión previa para entrar en el examen del contenido del Anteproyecto son sus relaciones con la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta última Ley Orgánica viene impuesta por el artículo 122, número 1, de la Constitución, que encomienda a la Ley Orgánica del Poder Judicial "la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera... y del personal al servicio de la Administración de Justicia".

Se trata de una reserva de Ley Orgánica que, al igual que algunas otras, tiene la peculiaridad de que, no sólo establece una reserva material de Ley Orgánica a efectos del artículo 81 de la Constitución, sino que establece además una



CONSEJO DE ESTADO

reserva formal de una concreta Ley Orgánica que integre de forma conjunta y ordenada la correspondiente regulación.

En este caso, el antecedente histórico es la existencia de una legislación "orgánica" de los tribunales, que tenía un sentido bien distinto del previsto por el artículo 122 de la Constitución. En efecto, la Legislación de 1870 tenía un contenido puramente de organización de los Juzgados y Tribunales y dejó a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de algunos aspectos general del proceso, integrando la regulación común de los procesos y del funcionamiento de los órganos judiciales, criterio que no ha seguido la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, que ha incorporado en su seno materias tales como el tiempo hábil para las actuaciones judiciales (Capítulo II del Título I de su Libro III) el modo de constituirse los Juzgados y Tribunales, el Magistrado ponente, las sustituciones y la abstención y recusación (Título II de su Libro III), la oralidad, publicidad y lengua oficial de las actuaciones judiciales; el impulso procesal; la nulidad de las actuaciones judiciales; las resoluciones judiciales; la vista, votación y fallo de los asuntos el lugar en que deben practicarse las actuaciones judiciales y su notificación (Título III de su Libro III).

El Anteproyecto no sigue este criterio, puesto que uno de sus objetivos es convertir la Ley Orgánica del Poder Judicial en una norma de contenido exclusivamente "orgánico", para lo que se propone desgajar esas normas que en ella se insertaron, considerándolas como "procesales" y trasladándolas a la nueva Ley procesal civil en su condición de ley procesal común.

Al servicio de ese objetivo, complemento indispensable e inseparable del Anteproyecto es el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial (expediente número 1180/98).

Esa opción del Anteproyecto se justifica por su "Introducción" invocando la aspiración de volver al sistema existente bajo la vigencia de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870.

Ese motivo no es especialmente relevante, puesto que los actuales condicionantes constitucionales, dados los términos en que se expresa el artículo 122 de la Constitución, no existían en la época en que se aprobó la Ley de 1870. Pero es que, además, la evolución de nuestro ordenamiento jurídico y



CONSEJO DE ESTADO

su proceso de descodificación implican que ni el Código Civil ni el proceso civil tienen hoy en día la centralidad que tenían en 1870.

Aparte de ello, un cambio tan radical en el desarrollo legal de un precepto constitucional, interpretado ahora con un alcance mucho más restrictivo que aquel con que pacíficamente se había venido entendiendo, debería haber respondido a expresas razones, de indole constitucional o de otro tipo, más sólidas que la mera vuelta a un pasado construido en un momento ya muy lejano y en una situación sumamente alterada. El problema no es sólo si, dados sus términos, el artículo 122 de la Constitución permite este nuevo enfoque, sino, además, si existen razones de fondo que justifiquen la concreta solución por la que opta el Anteproyecto.

El Consejo General del Poder Judicial ha formulado dudas acerca del desplazamiento del lugar de regulación de determinadas reglas hasta ahora incluidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial como propias de la reserva prevista en el artículo 122 de la Constitución o que en ella deben encontrar su "natural ubicación". El propio Tribunal Constitucional ha destacado que no existe en la doctrina una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en la reserva de Ley Orgánica del referido artículo 122 y ha sugerido que es posible un contenido mínimo de esa reserva junto a un margen de colaboración entre la Ley Orgánica y la legislación procesal ordinaria (Sentencia 224/93). Algunos de los contenidos de esa reserva no suscitan cuestión alguna tampoco en relación con el contenido del Anteproyecto y de las relaciones entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la "constitución y gobierno de los Juzgados y Tribunales" y el "estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia". Mayores problemas puede plantear la referencia constitucional a "el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales" y "el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera", ya que la primera pudiera incluir los extremos necesarios de la actuación de los Juzgados y Tribunales, y la segunda las facetas caracterizadoras del especial régimen a que han de ajustarse en el desarrollo de sus atribuciones públicas. No cabe excluir que una ley ordinaria complete y precise el marco orgánico, pero es menos claro que, como se propone el Anteproyecto, se excluya por completo de ese marco orgánico los principios generales y comunes de temas tales como el tiempo y la



CONSEJO DE ESTADO

lengua de las actuaciones judiciales, las causas de recusación y abstención, las clases de resoluciones judiciales, etc.

Pero, aun aceptando la constitucionalidad de la solución proyectada ante los términos tan abiertos del artículo 122 de la Constitución, razones de conveniencia permiten también cuestionar que el Anteproyecto no sólo contenga reglas específicas sobre esas materias y que las mismas sean "derecho procesal común", al aplicarse con carácter subsidiario a los procesos en los demás órdenes jurisdiccionales, sino que sustituya, además, aunque con notables mejoras, la regulación contenida hasta ahora en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, pues parece más razonable que las normas relativas a la organización, gobierno y desenvolvimiento de las actuaciones jurisdiccionales estén recogidas en un único texto —lo que garantiza que estarán reguladas de un modo unitario, sistemático y coherente— y también en un texto legal que haya obtenido un amplio consenso político.

Por todo ello, el Consejo de Estado se permite llamar la atención sobre la necesidad de sopesar las ventajas e inconvenientes de la solución proyectada y, si se mantiene, estima que las razones de esa elección legislativa debieran expresarse de forma más convincente en la Memoria y en la Exposición de Motivos.

Sexta.- "Introducción". El Anteproyecto se inicia con lo que incorrectamente denomina "Introducción", término inadecuado en textos legales y que debería sustituirse por el de "Exposición de Motivos", que, además de estar consagrado en el artículo 88 de la Constitución, tiene a su favor su carácter tradicional y sumamente expresivo.

Nótese, por otra parte, que ese es el término que utiliza el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que complementa al Anteproyecto.

Séptima.- Título Preliminar. Por lo que hace al Título Preliminar con el que se abre el articulado del Anteproyecto, se echa en falta una rúbrica explicativa de su propósito y contenido, a diferencia de lo que ocurre en otros importantes textos legales que disponen igualmente de un Título de esas características, como son el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.



CONSEJO DE ESTADO

Esa omisión podría salvarse rubricando ese Título con las fórmulas "De la Jurisdicción Civil", "De las disposiciones generales sobre la Jurisdicción Civil" u otra similar.

El artículo 1 del Anteproyecto enuncia el principio de legalidad procesal desde la misma óptica tradicional que inspira al actual artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, centrada en la "comparecencia en juicio" y en las "formas procesales". Frente a ella, parece conceptualmente previo y más depurado referir el citado principio de legalidad al desenvolvimiento de la jurisdicción civil, lo que podría lograrse reformulando ese artículo en una línea próxima o similar a la siguiente:

"La actuación de los órganos integrantes de la jurisdicción civil y de cuantos ante ellos acudan se ajustará a lo establecido en esta Ley."

Octava.- Comparecencia y actuación en juicio (Título I del Libro Primero). Bajo la rúbrica "De la comparecencia y actuación en juicio", ese Título abre el Libro Primero del Anteproyecto con una regulación que contiene importantes y positivas novedades respecto de la actual regulación.

En concreto, y subsanando una de las carencias unánimemente reprochadas a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, el Anteproyecto inserta en ese Título una regulación general de las partes procesales, acogiendo conceptos y figuras firmemente asentadas en la dogmática jurídico-procesal (capacidad para ser parte, capacidad procesal, intervención de terceros,...).

Constatado el acierto general de ese Título I, existen algunas cuestiones que suscitan varias precisiones y sugerencias, como son:

a) **La capacidad procesal.** En un plano terminológico, y coincidiendo con el Consejo General del Poder Judicial, parece preferible que el artículo 6, número 1, 4º, del Anteproyecto utilizase el término más consagrado de "patrimonios separados" en lugar del de "masas patrimoniales".

b) **La capacidad procesal de las entidades sin personalidad jurídica.** Dada la novedad de esa figura en nuestra regulación procesal civil, a fin



CONSEJO DE ESTADO

de despejar cualquier duda al respecto, y compartiendo la sugerencia efectuada por el Consejo General del Poder Judicial, convendría que, en lugar de aludir a "podrán comparecer", el artículo 7, número 7, del Anteproyecto estuviese formulado en unos términos más enérgicos, previendo que, en nombre de tales entidades, "comparecerán" forzosamente las personas que actúen en su nombre.

M

c) **La legitimación procesal.** Aunque al referirla a la titularidad de la "relación jurídica u objeto litigioso", el artículo 9 del Anteproyecto utiliza conceptos bien precisos, no coinciden con las orientaciones dominantes en la dogmática y legislación procesal y tienen el inconveniente adicional de que, precisamente por su sentido bien delimitado, pueden impedir acoger algunas nuevas modalidades y vertientes de legitimación procesal.

En consecuencia, y coincidiendo de nuevo con el del Poder Judicial, este Consejo sugiere que el referido artículo 9 predique la legitimación procesal de la titularidad de un derecho o interés legítimo, conceptos que no son extraños al propio Anteproyecto, puesto que los utiliza en diversos pasajes centrados en la legitimación "ad causam" (artículos 12, número 1, 19, número 2, y 47, número 1).

d) **La pluralidad de partes procesales.** Al contraponer lo que califican respectivamente de "litisconsorcio" y de "intervención" de otras personas, los artículos 11, de un lado, y 12 y 13, de otro, del Anteproyecto parecen estar contemplando la clásica contraposición entre los casos en que existen varias personas en una misma parte o posición demandante o demandada o en ambas ("litisconsortes") y aquellos otros en que terceras personas se suman a un proceso no en esas mismas posiciones, sino en otras distintas, ya sea en apoyo subordinado de alguna de las partes principales ya existentes ("coadyuvantes"), ya sea en una posición nueva, autónoma y diferenciada de la parte demandante y demandada ("terceros procesales").



CONSEJO DE ESTADO

En concreto, el artículo 11 enuncia con exactitud la figura del litisconsorcio, y el artículo 13 recoge la llamada al proceso de los terceros interesados

Sin embargo, el concreto destinatario del artículo 12 dista de ser tan claro.

Así, las referencias que efectúa a que ciertas personas pueden ser admitidas "como demandante o demandado" (apartado número 1) y a que ese tipo de interviniente "podrá ser considerado parte en el proceso a todos los efectos" (apartado número 3) sugieren la figura del litisconsorte, tal y como lo confirman las ulteriores alusiones expresas a ese término, lo que plantea las dudas de sus exactas relaciones con el previo artículo 11.

No obstante, la rúbrica de ese artículo 12 contradice tal orientación, puesto que su referencia a "sujetos no demandantes ni demandados" tiene por objeto una posición procesal conceptualmente distinta de los litisconsortes, que son necesariamente demandantes o demandados.

Por otra parte, ninguno de los artículos comentados recoge explícitamente la figura del "coadyuvante", entendido en el sentido inicialmente indicado.

El eventual acogimiento expreso de esta última figura en la futura Ley de Enjuiciamiento Civil está, por otra parte, en función del modo en que quede finalmente concebida la legitimación de las partes. En concreto, en el caso de que se construya utilizando ampliamente los derechos e intereses legítimos, la figura del coadyuvante podría llegar a quedarse sin contenido específico, tal y como ha ocurrido en la reciente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En consecuencia, resulta preciso matizar los artículos 11 a 13 del Anteproyecto con el fin de que la regulación general de nuestro proceso civil recoja y distinga con nitidez las diversas categorías de partes procesales.



CONSEJO DE ESTADO

e) La sucesión procesal por muerte. El primer apartado del artículo 14 del Anteproyecto debería distinguir con más claridad entre dos consecuencias de la sucesión "mortis causa", estrechamente interrelacionadas pero diferentes, cuales son:

- De un lado, el hecho genérico de que el sucesor "mortis causa" se coloca, con carácter general, en la misma posición jurídica que tenía a quien sucede, lo que es un efecto directo y "ope legis" de ese tipo de sucesiones.
- De otro, la concreta posición procesal del sucesor en los juicios en los que su causante fuere parte, lo que dependerá de la voluntad de aquél y, más específicamente, de si decide personarse en tales procesos.

Reflejando tal distinción, el apartado número 1 de ese artículo 14 no debería hablar de que los sucesores "mortis causa" "continuarán ocupando en dicho juicio la misma posición que éste (el causante), a todos los efectos" y de que bastará la acreditación de esa sucesión para tener "por personado al sucesor, sin más trámites", sino que tendría que referirse al derecho de tales sucesores o ocupar la posición procesal de sus causantes desde el mismo momento en que esté acreditada su sucesión.

En esa línea más matizada está ya enunciado el apartado número 2 de ese mismo artículo 14.

f) El poder de disposición de las partes sobre el proceso. Constituye éste uno de los clásicos campos de discusión en la dogmática procesal, que recoge múltiples y muy diversas concepciones sobre el exacto poder que debe reconocerse a las partes.

Dentro de esa discusión están comprendidas, desde luego, las clásicas figuras de la renuncia, desistimiento, allanamiento y sumisión a arbitraje y transacción.



CONSEJO DE ESTADO

En la actual fase de evolución de nuestro Derecho, no resulta admisible dejar esas figuras a la entera disposición de las partes y, en ese sentido, son acertadas las cautelas del artículo 16 del Anteproyecto, al prever que no se admitirán en los casos en que normas imperativas las prohiban o resulten contrarias al interés general o a los derechos de terceros. Esas fórmulas generales resultan suficientemente enérgicas, por lo que, en el criterio de este Consejo, no necesitan ser reforzadas en la línea de someterlas a la expresa aprobación judicial sugerida por el Consejo General del Poder Judicial.

Otra de las manifestaciones clásicas del poder de disposición de las partes sobre los procesos civiles es la posibilidad de pedir su suspensión, escuetamente enunciada en el segundo párrafo del artículo 16, número 1, del Anteproyecto.

Sin embargo, el resto del Capítulo IV del Título I donde figura ese artículo no contiene detalle alguno sobre esas suspensiones, que son aisladamente evocadas en algunos otros pasajes del Anteproyecto (por ejemplo, sus artículos 177, número 2, y 186, 7ª).

El Consejo de Estado entiende que los crecientemente importantes intereses públicos involucrados y recursos destinados al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia se oponen a que las partes de los procesos civiles tengan una facultad ilimitada para pedir su suspensión y ulteriores reanudaciones.

Por el contrario, esos intereses y recursos públicos abogan decididamente por restringir al máximo posible ese tipo de suspensiones, exigiendo que se justifiquen adecuadamente y que queden limitadas al tiempo mínimo imprescindible, que deberá estar, a su vez, en función de que subsistan las causas que las determinaron.

La fórmula más conveniente al respecto es exigir que los litigantes aporten las oportunas pruebas y alegaciones al respecto y dotar a los Juzgados y Tribunales de una facultad discrecional para resolver al respecto y para revisar las decisiones que adoptaron, tanto de oficio, como a instancia de alguna de las partes.



CONSEJO DE ESTADO

En tal sentido habría, pues, que completar el citado Capítulo IV del Título I del Libro Primero del Anteproyecto y reconsiderar sus diversos preceptos que se refieren a la suspensión que se viene comentando.

g) La terminación anormal del proceso. Se observa al respecto una cierta discordancia entre la rúbrica del artículo 19 del Anteproyecto —que incluye ese tipo de terminación por “carencia sobrevenida de objeto”- y su contenido, que sólo incluyen unas inespecíficas alusiones a la terminación “por cualquier otra causa” y a la oposición a ese tipo de terminaciones “con otros argumentos”.

En la misma línea anteriormente ya esbozada de conceder una especial atención a los intereses y recursos públicos involucrados en la Administración de Justicia, parece necesario que el Anteproyecto concrete la forma en que las partes deberán invocar y el Tribunal actuante apreciar esa carencia sobrevenida de objeto.

h) La intervención de Abogado y Procurador. El Anteproyecto incorpora al respecto importantes novedades respecto del régimen actual, mereciendo un comentario particularizado los siguientes aspectos:

1- Los casos en que es preceptiva esa postulación y dirección especializadas. El Anteproyecto reformula esta cuestión, que ya había sido suscitada en el Libro Blanco de la Justicia y vuelve a ser planteada en el informe del Consejo General del Poder Judicial.

Dentro del margen muy considerable de libre apreciación de que el legislador dispone para configurar esos casos de intervención obligatoria de Abogado y Procurador, es claro que podrán ser excluidos aquellos supuestos material y procesalmente sencillos y en los que la participación de profesionales jurídicos aporte un menor valor añadido.

Es igualmente claro que los casos en que no es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador pueden responder a



CONSEJO DE ESTADO

criterios distintos. Así lo hacen los artículos 20 y 28 del Anteproyecto en lo que concierne a los casos que se excluyen de esa intervención por razones cualitativas. Por lo mismo, sería posible que la intervención potestativa de esos profesionales en razón de la cuantía del objeto litigioso estuviese regulada diferentemente a propósito de los Abogados y de los Procuradores.

En todo caso, los casos que seleccionan al efecto los artículos 20 y 28, combinando criterios cualitativos y cuantitativos, no suscitan objeciones sustanciales.

Siendo dignas de considerar las sugerencias del Consejo General del Poder Judicial de elevar la cuantía de 300.000 pesetas como límite cuantitativo para esa intervención obligatoria en los juicios verbales sin contestación a la demanda por escrito y de admitir la sola intervención obligatoria de Abogado en algunas intervenciones concretas, no vienen acompañadas de propuestas concretas, sin que existan, por otra parte, otros datos justificativos que obliguen a juzgarlas preferibles a los criterios que inspiran al Anteproyecto.

Al imponer acertadamente a quien quiera valerse de Procurador y Abogado cuya intervención no sea preceptiva la obligación de comunicarlo previamente al correspondiente Tribunal, para que la otra parte pueda decidir si quiere contar con esa representación y asistencia, el artículo 29, número 1, del Anteproyecto debiera precisar si refiere solamente esa intervención técnica a una concreta actuación procesal o comprende también el caso de quien quiera actuar con tal tipo de asistencia a lo largo de todo un proceso.

Para concluir el análisis de esta materia, este Consejo entiende que el citado artículo 29, número 2, "in fine", debería anunciar los criterios generales que pueden excepcionalmente llevar a que, no siendo preceptiva la intervención de Procurador y Abogado, la



CONSEJO DE ESTADO

condena en costas de la parte contraria a la que hubiese contado con ella comprenda los derechos y honorarios de esos profesionales

Parece que tales criterios debieran consistir en valorar factores tales como la posición sustantiva y procesal sostenida por la parte condenada, la posición y cualificación personal y profesional de la parte beneficiada por la condena en costas, la carga que la parte perjudicada le impuso de recurrir al amparo judicial, las circunstancias distintivas del caso y otros datos análogos.

2- Los apoderamientos procesales. Dentro de ese capítulo, el Anteproyecto suprime el requisito de su "bastanteo"; novedad que este Consejo valora de un modo especialmente positivo, ya que, en la actual fase de evolución de nuestro Derecho y a la vista de la estandarización de los poderes, ese requisito se había convertido en un mero formalismo desprovisto de todo valor sustantivo y con un coste adicional e injustificado para los litigantes.

Manteniendo la distinción tradicional entre los poderes generales para pleitos -destinados a canalizar todas las actuaciones procesales ordinarias- y los poderes especiales, requerido para determinados actos procesales específicos, sería conveniente que el artículo 22 del Anteproyecto ofreciese a los justiciables un claro marco de referencia.

En ese sentido, nada hay que objetar a que aluda a los casos especiales en que otras leyes puedan exigir un poder especial.

Por el contrario, convendría que el apartado número 2 de ese artículo 22 recogiese todos los casos en que el Anteproyecto requiere un poder especial, lo que no ocurre en la actualidad, puesto que, por ejemplo, el artículo 106 exige poder especial para que los Procuradores puedan recusar, supuesto que no aparece incluido en el citado artículo 22.



CONSEJO DE ESTADO

En todo caso, y por lo que hace a los casos en que están exigidos esos poderes especiales, no parece necesano incluir entre ellos a la mencionada recusación, mientras que, por las apreciaciones ya efectuadas en torno a la suspensión de los procesos civiles, parece conveniente mantener la exigencia de poder especial para tal caso, discrepándose en este punto del informe del Consejo General del Poder Judicial.

Por último, y en lo que concierne a la rúbrica general del Libro Primero que se inicia con el Título I que acaba de comentarse, ganaría en precisión si aludiese a "De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles".

Novena. Jurisdicción y competencia (Título II del Libro Primero) Ya su rúbrica "De la jurisdicción y de la competencia" revela que el segundo Título del Anteproyecto identifica y ordena adecuadamente los dos requisitos previos esenciales para que pueda plantearse correctamente un proceso.

Partiendo de ese arranque afortunado, el Título II contiene numerosas novedades claramente positivas y plantea varias cuestiones especialmente relevantes dentro de nuestra legislación procesal civil, entre las que merecen un comentario particularizado:

a) La competencia internacional. El Consejo General del Poder Judicial ha entendido que existe una indeseable dispanidad entre el tratamiento que los artículos 22, 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 33 del Anteproyecto dan a la competencia territorial internacional y que sería preferible suprimir éste último, especialmente en su apartado 3º.

Antes de ello, el citado artículo 33 empieza por plantear un problema de discordancia entre su rúbrica y contenido, puesto que la primera afirma que el precepto tiene por objeto "la falta de competencia internacional apreciable de oficio", siendo así que el contenido se centra en los casos en que los tribunales civiles españoles tendrán competencia en cuestiones con proyección internacional.

Detectada esta primera cuestión técnica requerida de subsanación, se observa adicionalmente que los dos primeros apartados del artículo 33



CONSEJO DE ESTADO

del Anteproyecto se ocupan de recordar el papel esencial que las normas jurídico-internacionales tienen para fijar los supuestos de inmunidad de jurisdicción o de ejecución y aquéllos otros en que la competencia jurisdiccional está reservada a otro Estado, cuestiones que ya están suficientemente recogidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que tales apartados podrían suprimirse.

M

Volviendo finalmente la atención sobre el apartado 3º de ese artículo 33, está centrado, en realidad, en particularizar cuándo puede concluirse que un demandado se ha sometido tácitamente a los Tribunales españoles, estableciendo que no se da tal tipo de sometimiento en los casos en que un demandado válidamente emplazado no comparezca ante los Tribunales españoles en el plazo que éstos últimos le hubiesen señalado al efecto.

Así entendido, el referido apartado no se opone en modo alguno a la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que el artículo 22, 2º, de ésta última se limita a señalar que los Tribunales civiles españoles serán competentes en los casos en que a ellos se hubiesen sometido, expresa o tácitamente, las partes, sin detallar la forma en que puede producirse ese sometimiento tácito, cuestión que consiguientemente puede ser detallada por la correspondiente legislación procesal y, dentro de ésta, por la civil.

Por consiguiente, no existe objeción alguna que oponer a ese apartado 3º del artículo 33 del Anteproyecto, si bien resulta necesario corregir la discordancia que se aprecia entre él y el ulterior artículo 52, 2º, del Anteproyecto, que sienta que la sumisión tácita se entenderá producida por el hecho de que quien sea válidamente emplazado no comparezca en juicio.

Probablemente esa discordancia deriva de que el artículo 33 se refiere únicamente a los casos de competencia internacional de los Tribunales españoles, mientras que el artículo 55, 2º es un precepto de alcance general. Sin embargo, resulta necesario despejar cualquier duda al respecto y aclarar debidamente el campo de aplicación de cada uno de



CONSEJO DE ESTADO

ellos, lo que podría efectuarse insertando el citado apartado 3º del artículo 33, a título de norma especial, dentro del ulterior artículo 55, 2º.

b) La falta de jurisdicción. En el actual estadio de evolución de nuestro Derecho procesal, la jurisdicción militar se inserta dentro de la actividad jurisdiccional del Estado (artículo 117 de la Constitución) y debe ser conceptuada, tal y como lo hace la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción militar, como una "jurisdicción especializada" sujeta a los principios constitucionales.

Teniendo en cuenta esa configuración, resultan innecesarias las alusiones que los artículos 34, números 1 y 2, y 39, número 1, efectúan a la "jurisdicción ordinaria".

También en relación con la falta de jurisdicción, los artículos 34 y 35 del Anteproyecto podrían hacerse eco de la que deriva de haber sometido las partes a arbitraje la cuestión de que se trate, posibilidad que si está expresamente recogida en el artículo 36 del Anteproyecto.

c) La prejudicialidad civil. Resulta imprecisa la alusión que el artículo 40 del Anteproyecto efectúa a que se suspenderá un proceso civil cuando su resolución final dependa de lo que se decida en otro proceso civil que esté "próximo a su terminación".

Dado, por otra parte, que esa suspensión exige una petición conforme de ambas partes o de una de ellas con audiencia de la otra, parecería preferible sustituir esa alusión por una más genérica al estado en que se encuentre el otro proceso, que debería sopesarse, caso a caso, por el Juzgado o Tribunal actuante.

d) La competencia objetiva. Notando que el Anteproyecto aborda al respecto las competencias de los Juzgados de Paz y de Primera Instancia (artículos 42 y 43), ha de añadirse que la Ley Orgánica del Poder Judicial se remite a lo que dispongan las Leyes en el caso de los Juzgados de Paz (artículo 100, número 1) y atribuye a los de Primera Instancia las que no estén reservadas a otros Tribunales (artículo 85, 1º).



CONSEJO DE ESTADO

En consecuencia, la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé expresamente que la Ley ordinaria pueda detallar la competencia objetiva de los Juzgados de Paz, por lo que no existe objeción alguna que oponer a las previsiones que contiene al respecto el artículo 43 del Anteproyecto y, en el caso de los Juzgados de Primera Instancia, las escasas y muy específicas competencias de primera instancia que la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva a otros Tribunales civiles es plenamente compatible con la cláusula general de competencia formulada por el artículo 42 del Anteproyecto.

Por lo que hace al juicio de fondo que merece esa doble configuración de competencias, supone elevar el límite cuantitativo máximo de 8.000 pesetas actualmente atribuido a la competencia de los Juzgados de Paz (artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dejándolo en 15.000 pesetas.

Se trata de una cuestión respecto de la que se dispone de un amplio margen de libre decisión y que es controvertida dentro de la doctrina procesalista, en la que existen incluso importantes posiciones favorables a privar a los Juzgados de Paz de competencias civiles en primera instancia.

Dado ese margen de libre apreciación, no existe objeción que oponer a la concreta solución incluida en el Anteproyecto, debiendo recordarse que el único límite absoluto que actualmente existe está representado por el hecho de que el citado artículo 100, número 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial llama a los Juzgados de Paz a conocer en primera instancia de algunos asuntos civiles, lo que conlleva que una eventual supresión de esa competencia exigiera reformar la citada Ley Orgánica.

En todo caso, la citada cuantía de 15.000 pesetas resulta muy reducida lo que recomienda plantear su consideración.

e) La competencia territorial. El Anteproyecto mantiene acertadamente al respecto la tradicional distinción entre los fueros generales aplicables en defecto de sumisión de las partes a determinado fuero territorial y algunos fueros especiales de carácter imperativo (artículo 50).



CONSEJO DE ESTADO

Partiendo de esa premisa, existen algunos aspectos específicos que merecen un comentario particularizado, como son:

1- El fuero de las personas jurídicas. Junto al de su domicilio, el artículo 47 del Anteproyecto recoge el del "lugar donde la relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efecto", expresión que puede no ser la más afortunada si se atribuye un sentido riguroso y preciso al concepto "relación jurídica".

Podría por ello quizá optarse por una fórmula más genérica del tipo "lugar donde se haya planteado o al que se refiera el objeto del litigio".

Por otra parte, mientras que resulta adecuado condicionar ese segundo fuero territorial a que la entidad en cuestión tenga en ese lugar "establecimiento abierto al público", no lo es, en cambio, la condición alternativa de que cuente con "representante autorizado para comparecer en juicio en nombre de la entidad", puesto que no queda claro el tipo de poder que se exigiría a esos representantes (poder con proyección procesal o poderes sustantivos y, en este último caso, con qué extensión) y, en todo caso, se arroja sobre los demandantes la indebida carga de conocer el alcance de tales poderes.

En consecuencia, se sugiere que esa segunda condición quede limitada a una mención a "representante autorizado a actuar en su nombre".

2- El fuero territorial de Estado. Compartiendo la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial, este Consejo entiende que la Sección Segunda del Capítulo II del Título II del Libro Primero del Anteproyecto debiera contener una expresa alusión al especial fuero territorial del Estado previsto por el artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.



CONSEJO DE ESTADO

3- La sumisión expresa a determinado fuero territorial. El Consejo General del Poder Judicial recuerda la jurisprudencia ya consolidada que, al hilo de la legislación comunitaria europea y española sobre protección de los usuarios y consumidores, ha limitado las cláusulas de sumisión expresa a determinado fuero territorial que se inserten en los contratos de adhesión, juzgando razonable este Consejo que el Anteproyecto contuviese una alusión al respecto.

4- Los fueros territoriales imperativos. Por lo que hace al catálogo de supuestos recogido en el artículo 48 del Anteproyecto, debe comentarse particularizadamente el aplicable en materia de protección civil de los derechos fundamentales. Junto al del "lugar donde se haya producido el hecho", el apartado número 1, 6º, recoge al efecto el del lugar "donde radique el registro u oficina en que deba manifestarse", fórmula oscura y difícilmente aplicable en muchos casos con carácter alternativo al del lugar de producción del hecho, especialmente en aquéllos en que tal producción no esté localizada, supuesto que se da con gran frecuencia en lo que concierne al concreto derecho fundamental que el citado apartado menciona expresamente (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Parecería preferible que ese segundo fuero especial se sustituyese por la libre elección del demandante en aquellos casos en que no pudiese localizarse geográficamente el lugar donde se produjo la lesión del derecho que se desee proteger.

Por otra parte, y con el fin de mejorar la redacción del apartado número 2 de ese mismo artículo 48, se sugiere reformular su inciso inicial en los siguientes o parecidos términos:

"Cuando las normas del apartado anterior de este artículo no fueren aplicables a los litigios en materia de...."

Para terminar el examen de esta cuestión, ha de volverse la atención sobre el artículo 54 del Anteproyecto, que acertadamente



CONSEJO DE ESTADO

recoge la apreciación de oficio de la competencia territorial derivada de las reglas imperativas previstas en su previo artículo 48.

Al ordenar remitir las actuaciones al Tribunal competente en el caso de que el inicialmente actuante se estime incompetente, ese precepto se plantea el caso de "fuesen de aplicación varios electivos" y prevé que en tales casos, el Tribunal deberá estar a lo que manifieste el demandante.

Dado que ese artículo se refiere a los fueros territoriales imperativos, no es muy afortunada esa alusión a los "electivos". Probablemente, lo que el citado artículo 54 está contemplando, en realidad, son los casos en que esos fueros territoriales imperativos contienen diversas posibilidades, eventualidad que efectivamente concurre en varios de los supuestos recogidos en el artículo 48 del Anteproyecto.

Sin embargo, este último artículo no deja todos esos casos de pluralidad de fueros a la libre elección del demandante. Esa facultad se aplica, por ejemplo, a los supuestos recogidos en los apartados números 1º, 2º y 11º del citado artículo, pero no a los incluidos en sus apartados números 4º y 6º.

A la vista de esa diversidad de casos donde existen diversos fueros territoriales imperativos, es poco consistente que el artículo 54 del Anteproyecto —que se refiere precisamente a ese tipo de fueros territoriales— ordene atender siempre a la decisión del demandante.

Por lo mismo, es necesario que ese artículo 54 se alinee con el artículo 48 del Anteproyecto, ordenando que, en los casos en que exista una diversidad de fueros territoriales imperativos aplicables, habrá que atender a la voluntad del demandante en los casos en que así esté previsto por el segundo de esos artículos, mientras que, en los restantes y siempre que desconozca al competente, el Juzgado o Tribunal ante el que se planteó la demanda deberá



CONSEJO DE ESTADO

recordar al demandante los diversos fueros aplicables, a fin de que el actor pueda efectuar las oportunas averiguaciones y deducir su pretensión en sede territorial adecuada.

5- Los conflictos negativos de competencia territorial. Partiendo de recordar que el Anteproyecto prevé que las inhibiciones de competencia pueden declararse de oficio o en virtud de declinatoria promovida por alguna de las partes y de que ambos cauces exigen el trámite esencial de oír a todas las partes (artículos 54 y 59), no parece acertada la solución que el artículo 56, número 2, del Anteproyecto instrumenta para los casos en que se prescinda de esa audiencia esencial, permitiendo que el Juzgado o Tribunal al que se hayan remitido las actuaciones aprecie de oficio si es o no realmente competente por motivos territoriales imperativos y, en caso de que alcance una conclusión negativa al respecto, remita las actuaciones al Tribunal superior inmediato común a él y al Juzgado o Tribunal ante el que se planteó la demanda.

Una solución más sencilla al respecto podría consistir en devolver las actuaciones al Juzgado o Tribunal inicialmente actuante para que, previa práctica de la audiencia, adopte la decisión que estime pertinente.

Por último, debería corregirse la rúbrica del artículo 55 del Anteproyecto, sustituyendo su actual alusión a "vigilancia de la competencia territorial" por la más acuñada de "apreciación de la competencia territorial".

f) La declinatoria. Frente al clásico principio de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 72), de permitir que las cuestiones de competencia puedan plantearse por el doble cauce de las inhibitorias y de las declinatorias, el Anteproyecto opta por el conducto exclusivo de las declinatorias (artículo 59).

El Consejo de Estado no se opone a esa opción, en la medida en que puede simplificar el cauce para depurar los presupuestos (jurisdicción y



CONSEJO DE ESTADO

competencia) de los procesos civiles, sometiéndolos directamente a los Juzgados o Tribunales ante los que se interpongan las demandas.

Es cierto, tal y como acertadamente ha puesto de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial, que esa opción traslada a los demandados ante Juzgados y Tribunales no radicados en sus lugares de residencia la carga de comparecer ante ellos para plantear la correspondiente declinatoria.

Sin embargo, se trata de una carga que puede fácilmente reconducirse sin gravar innecesariamente a los afectados.

En ese sentido, y anticipando una línea argumental sobre la que tendrá ulteriormente ocasión de volverse, el Consejo de Estado entiende que han de apurarse las posibilidades que brinda el hecho de que los Juzgados y Tribunales forman parte de una realidad unitaria —la Administración de Justicia— a la que es exigible una actuación eficaz y coordinada.

En concreto, y coincidiendo de nuevo con el Consejo General del Poder Judicial, este Consejo estima que la innecesaria carga de promover una declinatoria lejos del lugar de residencia de los afectados debería solucionarse permitiendo a los interesados valerse de los Juzgados y Tribunales de su lugar de residencia como oficinas de presentación y remisión de las declinatorias al Juzgado o Tribunal competente para resolverlas.

Avanzando igualmente ulteriores reflexiones, deben apurarse al respecto las posibilidades que brindan los Servicios Comunes y los Registros Generales ya previstos por el artículo 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los que habría que añadir la creación de los Servicios especializados necesarios en los casos en que no procediese crear Servicios Comunes por no existir varios Juzgados en una misma población.

Hechas esas apreciaciones de carácter general, queda únicamente por apuntar la conveniencia de que el Anteproyecto precise cuáles serán los



CONSEJO DE ESTADO

recursos admisibles contra los autos que estimen las declinatorias por falta de jurisdicción derivada de haberse sometido la cuestión a arbitraje, puesto que su actual artículo 63, número 2, sólo recoge los recursos contra los autos que estimen las declinatorias por falta de jurisdicción derivada de corresponder el asunto a otro orden jurisdiccional.

En atención a esa proximidad de supuestos, similar parece que ha de ser su régimen de recursos, por lo que podrían incluirse los aludidos autos dentro del referido artículo 62, número 2.

g) **El reparto de asuntos.** Dirigiéndose a organizar el modo en que se asignan los diversos asuntos sometidos a los órganos jurisdiccionales, el reparto representa, conceptual y temporalmente, un "prius" para el estricto ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Recordada esa naturaleza, y examinando las concretas previsiones que el Anteproyecto dedica a esta materia, ha de centrarse la atención en dos extremos relevantes (artículo 65, número 4), cuales son:

- De un lado, la posibilidad de que cualquier litigante impugne la infracción de las normas de reparto por la vía de los recursos jurisdiccionales ordinarios.

Frente a esa opción, la comentada naturaleza gubernativa del reparto, que se extiende a sus normas y decisiones, debiera llevar a canalizar tales impugnaciones por la vía gubernativa.

Ocurre, sin embargo, que la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo precisa actualmente con claridad el régimen de recursos contra los acuerdos de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 158, número 2), que es aplicable, desde luego, a los acuerdos por los que aprueben las normas de reparto de asuntos.

Por el contrario, resulta menos claro el régimen de recursos gubernativos contra los concretos acuerdos y decisiones de reparto, aludiéndose genéricamente al respecto a las



CONSEJO DE ESTADO

competencias de los Jueces Decanos para "resolver con carácter gubernativo interno las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse, adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que procedan" (artículo 167, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El Consejo de Estado entiende que ese tipo de previsiones es insuficiente para garantizar la objetividad y neutralidad que deben respetar las normas y acuerdos de reparto, en la medida en que están conectados, en última instancia, con el derecho constitucional al juez predeterminado por la Ley.

Por ello, este Consejo estima que debiera introducirse en la Ley Orgánica del Poder Judicial un preciso régimen de recursos gubernativos contra las decisiones concretas que se adopten en materia de reparto de asuntos entre órganos jurisdiccionales.

Recuérdese al respecto que

A fin de no frustrar la consecución de los aludidos objetivos, y de no perturbar, al mismo tiempo, el ágil funcionamiento de la Administración de Justicia, ese régimen de impugnación debería revestirse de marcadas singularidades, entre las que habría de figurar un trámite rápido y preferente de despacho de los recursos, su eficacia suspensiva respecto de las actuaciones judiciales en cuestión y las oportunas garantías de que no será utilizado con fines dilatorios, entre las que podrían figurar un trámite de inadmisión de las impugnaciones infundadas y unas correcciones enérgicas a quienes hicieren un uso desviado de tales recursos.

- De otro, la nulidad con que el citado artículo 65, número 4, del Anteproyecto califica a las resoluciones "perjudiciales" que se dicten por parte de Juzgados o Tribunales que intervengan contraviniendo las normas de reparto, permitiendo que sean declaradas nulas a instancia de la parte perjudicada.



CONSEJO DE ESTADO

Parece que esa reacción jurídica es excesiva para la índole de problemas que puede suscitar la infracción de las normas de reparto, máxime cuando tales problemas pueden solucionarse a través de vías más templadas, cuales son el citado régimen de recursos gubernativos especiales o la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal al que se encomiende finalmente el asunto pueda reconsiderar de oficio y a instancia de parte las resoluciones que hubiese eventualmente adoptado el Juzgado o Tribunal que intervino indebidamente contraviniendo las normas de reparto.

MF
Para concluir el examen de esta materia, ha de salvarse la errata de numeración en que se ha incurrido al numerar como IV el Capítulo que se ocupa del reparto de asuntos, ya que, dentro de la sistemática del Título II del Libro Primero del Anteproyecto, es, en realidad, el Capítulo V.

Décima.- Acumulación (Título III del Libro Primero). Al optar por referir la acumulación a las "acciones" y a los "autos", el Título III del Anteproyecto mantiene, desde su rúbrica inicial y a lo largo de su articulado, la tradicional terminología ya utilizada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

De acuerdo con lo que se indicó en el apartado D) de la cuarta consideración de este dictamen, el Anteproyecto brinda una buena oportunidad para reflexionar acerca de esa terminología y, yendo más lejos, sobre los propios conceptos procesales recogidos en la actual Ley ritaria civil.

Por lo que hace al concreto Título ahora examinado, esa reflexión podría llevar a reconsiderar la tradicional fórmula de la "acumulación de acciones" para sustituirla por la más precisa de "acumulación de pretensiones", que está, por otra parte, en línea con la propia concepción de tutela judicial recogida en el artículo 5, número 1, del Anteproyecto, si bien ese cambio podría tener el inconveniente de parecer que la proyectada regulación toma demasiado partido en las clásicas discusiones doctrinales entre las acciones y las pretensiones procesales.

Lo que sí parece necesario, en todo caso, es que el Anteproyecto sustituya la fórmula histórica de "acumulación de autos" por la de "acumulación de procesos



CONSEJO DE ESTADO

o de juicios", toda vez que ésta última tiene una mayor altura conceptual frente a la primera, que está excesivamente apegada al mero dato instrumental de la documentación de las actuaciones.

Hechas esas iniciales precisiones conceptuales y terminológicas, se constata que las previsiones que el Anteproyecto dedica a esos dos tipos de acumulaciones contienen una clara mejora respecto de la actual regulación procesal civil y recogen las conclusiones más valiosas de la elaborada construcción dogmática ya recaída al respecto.

Dado ese juicio favorable, existen únicamente algunas precisiones concretas que sugerir, que afectan a los siguientes aspectos:

m

a) **Los supuestos de improcedente acumulación de procesos.** El apartado número 2 del artículo 74 del Anteproyecto estaría mejor construido si su alusión a "pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los autos distintos" se sustituyese por "las pretensiones y cuestiones suscitadas en otros juicios".

b) **Los procesos acumulables.** Compartiendo la sugerencia que el Consejo General del Poder Judicial efectúa al respecto, el Consejo de Estado entiende que debería mantenerse la regla de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 165) que impide acumular otro proceso a uno que esté ya concluido para sentencia, por lo que sugiere suprimir el inciso final del artículo 75, número 2, del Anteproyecto.

Por otra parte, y dado que el artículo 76, número 1, del Anteproyecto permite acumular procesos que se sustancien por los mismos trámites o por trámites sustancialmente similares, sería preferible matizar la forma en que está enunciada esta segunda posibilidad, lo que podría conseguirse añadiendo el calificativo "sustanciales" a la alusión que contiene a "cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales".

c) **La denegación del requerimiento de acumulación de procesos.** Para esa eventualidad en el caso de acumulación de procesos planteados ante distintos Juzgados o Tribunales, el artículo 89, número



CONSEJO DE ESTADO

2, "in fine", debería precisar las causas en que el Juzgado o Tribunal requerido podrá basarse para oponerse a la pretendida acumulación cuando no se hayan opuesto a ella las partes o no hayan aportado datos distintos de los que invocaron ante el Juzgado o Tribunal requirente.

De acuerdo con ese artículo 89, número 2, y las disposiciones generales que el Anteproyecto contiene a propósito de la acumulación de procesos (artículos 73 a 78), parece que la única causa invocable al efecto es que el proceso más antiguo se sustancie ante el Tribunal requerido.

M

d) **La tramitación de las acumulaciones de procesos.** Aunque el Consejo General del Poder Judicial ha propugnado simplificar la tramitación de esas acumulaciones en el caso de que los procesos en cuestión pendan ante el mismo Juzgado o Tribunal, este Consejo entiende que las previsiones que el Anteproyecto le dedica son sencillas y adecuadas.

Por el contrario, si parece que debe tenerse en cuenta la sugerencia de ese Consejo General de que se incorpore al Anteproyecto la posibilidad de que la acumulación pueda decidirse de oficio por el Juzgado o Tribunal actuante, previa audiencia de las partes.

Por lo que hace a la tramitación de las acumulaciones de procesos tramitados ante dos Juzgados o Tribunales distintos y, más en concreto, de aquellas acumulaciones en las que el Juzgado o Tribunal requerido de acumulación se oponga a ella, este Consejo entiende que podría claramente prescindirse de la audiencia a las partes ante el Tribunal superior inmediato común al Tribunal requirente y requerido (artículo 92, número 2, del Anteproyecto), puesto que los previos artículos 81 y 88 ya garantizan a las partes personadas ante esos dos Tribunales el derecho a ser ante ellos oídas.

Sin embargo, esa audiencia ante el Juzgado o Tribunal superior inmediato común si es necesaria en los casos en que determinado Juzgado o Tribunal sea requerido de acumulación por dos o más Juzgados o Tribunales, ya que, en esos casos, esa audiencia común



CONSEJO DE ESTADO

ante el Tribunal inmediato superior es una forma de ordenar y simplificar la tramitación de tales acumulaciones múltiples.

Undécima.- Abstención y recusación (Titulo IV del Libro Primero). Ese Titulo se ocupa de la abstención y recusación desde una óptica sumamente amplia, puesto que no se limita a la de los Jueces y Magistrados, sino que la extiende a cuantos intervienen en los procesos civiles (Secretarios, personal al servicio de la Administración de Justicia y peritos).

Dada la importancia que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional le ha reconocido, esta materia requiere un examen particularizado, dentro del que cabe distinguir unas apreciaciones de carácter general y unos ulteriores comentarios mucho más concretos.

Dentro del primer bloque, están comprendidas las siguientes materias:

a) **La relación entre el Anteproyecto y la Ley Orgánica del Poder Judicial.** El Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de ésta última -que es complemento indispensable del Anteproyecto ahora dictaminado- no deroga ni reforma diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se ocupan actualmente de la recusación de los integrantes de los órganos jurisdiccionales colegiados, como son los artículos 60, número 1, y 61, número 1, 2º (Tribunal Supremo), 68, número 1, y 69 (Audiencia Nacional), 76 y 77, número 1 (Tribunales Superiores de Justicia) y 82, número 5, b) (Audiencia Provinciales).

De aprobarse el Anteproyecto en los términos en que está actualmente concebido, esta circunstancia, acertadamente destacada por el Consejo General del Poder Judicial conllevaría una insegura y confusa duplicidad de regulaciones que debe ser evitada.

Con independencia de lo anterior, parece que el régimen de abstención y recusación del personal jurisdiccional sea objeto de un pronunciamiento legislativo ampliamente convenido y elaborado de un modo unitario, sistemático y ordenado, evitando las lagunas, disparidades y contradicciones que pueden surgir en el caso de que se fragmente tal



CONSEJO DE ESTADO

régimen en una diversidad de instrumentos normativos respectivamente aplicables a los diversos órdenes jurisdiccionales.

Pues bien, y tal y como también ha apuntado el Consejo General del Poder Judicial, el Anteproyecto brinda algunos ejemplos de lo que acaba de indicarse, pudiendo citarse en ese sentido:

- De un lado, el silencio que guarda respecto de quién decidirá los incidentes de recusación que afecten a dos o más Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.
- De otro, la falta de tratamiento en que deja a algunos casos que no pueden suscitarse en la jurisdicción civil, pero sí en la contencioso-administrativa, como son los incidentes de recusación de los Magistrados de la Audiencia Nacional.

MJ

b) La unificación de la tramitación de las abstenciones y recusaciones. Este Consejo entiende que la sugerencia efectuada en ese sentido por el Consejo General del Poder Judicial debe ser tenida en cuenta puesto que abstenciones y recusaciones son, en última instancia, dos aspectos de una misma preocupación o, si se prefiere, dos técnicas jurídicas al servicio del mismo objetivo de imparcialidad e independencia en las actividades jurisdiccionales.

Esa sugerencia afecta, muy especialmente, a la distinta naturaleza de los órganos que el Anteproyecto llama a conocer de cada una de esas técnicas, que, en el caso de las abstenciones, es de naturaleza gubernativa -la Sala de Gobierno del correspondiente Tribunal (artículo 101), mientras que en el de las recusaciones es de naturaleza jurisdiccional (diversos casos del artículo 109), debiendo optarse por esta última solución.

c) Las medidas disuasorias del uso indebido de las recusaciones. El Consejo General del Poder Judicial ha hecho especial hincapié al respecto, mostrando su genérica preocupación por desincentivar enérgicamente las recusaciones claramente injustificadas y sugiriendo para ello tanto la posibilidad de que pudiesen ser inadmitidas de oficio



CONSEJO DE ESTADO

como que las manifiestamente improcedentes permitiesen imponer a sus promotores enérgicas correcciones disciplinarias.

Movido por su deseo de que la importante iniciativa legislativa ahora examinada sirva efectivamente para mejorar sustancialmente no sólo el funcionamiento de la jurisdicción civil, sino, con carácter más general, el de toda la Administración de Justicia, el Consejo de Estado vuelve a coincidir en este punto con el del Poder Judicial y entiende que las dos sugerencias avanzadas por éste último debieran incorporarse a los proyectos legislativos que finalmente se aprueben.

d) Las competencias para resolver las recusaciones. El Consejo General del Poder Judicial ha avanzado al respecto su criterio favorable a que tales competencias se atribuyan, en todos los casos, a órganos colegiados, fundamentando tal parecer en la conexión que la recusación tiene con el derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley.

Este Consejo comparte también esa posición de principio, cuyo único campo problemático de aplicación está representado por los Jueces de Paz.

Dada la peculiar posición institucional de éstos últimos y la índole de las funciones jurisdiccionales que les están encomendadas, parece excesivo aplicar a su eventual recusación el aludido principio de colegialidad, que llevaría a reputar competentes al respecto a las Audiencias Provinciales.

Por el contrario, los datos anteriormente apuntados permiten entender que es suficiente garantía atribuir a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para resolver las recusaciones de los de Paz.

e) La resolución de las abstenciones. El artículo 101, número 4, del Anteproyecto admite, en la misma línea que el actual artículo 222 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que las abstenciones pueden decidirse por silencio, técnica claramente susceptible de plantear problemas en su aplicación práctica, lo que lleva a este Consejo a coincidir nuevamente con el del Poder Judicial en la conveniencia de exigir en todos los casos una decisión expresa al respecto.



CONSEJO DE ESTADO

Despejadas las anteriores cuestiones de carácter general, quedan algunos extremos más concretos que comentar, que incluyen:

1- Las causas generales de recusación. Como precisión menor referida al artículo 98 del Anteproyecto, debe salvarse la errata de numeración consistente en haberse omitido su apartado número 2.

Finalmente, dado que el artículo 99, número 2, del Anteproyecto ya precisa que el citado cuadro general de causas de abstención y recusación es aplicable a los peritos, resulta redundante el inciso inicial del artículo 104, número 1.

2- La instrucción de los incidentes de recusación de Jueces y Magistrados. Del catálogo detallado de casos previstos por el artículo 107 del Anteproyecto, falta por recoger la competencia para instruir los incidentes de recusación que afecten a un Magistrado del Tribunal Supremo o a un Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia.

3- El tiempo de las recusaciones. Por lo que hace a las de los Jueces y Magistrados derivadas de causas conocidas con anterioridad a un pleito, el artículo 106, número 1, del Anteproyecto la sitúa "al inicio" del correspondiente proceso, expresión vaga que sería sustituida con ventaja aludiendo a la primera actuación procesal que efectúe la parte conocedora de la concreta causa de recusación.

En lo que concierne a las recusaciones de Secretarios, el artículo 113, número 1, del Anteproyecto prohíbe efectuarlas durante la práctica de una determinada actuación que se les hubiese encomendado, norma general que resulta aceptable si se la matiza con una excepción que permita invocar las eventuales causas de recusación que sean conocidas inmediatamente antes de la concreta actuación en cuestión.

Finalmente, y por lo que concierne a las recusaciones de peritos, las menciones que el artículo 124, número 2, contiene a las causas anteriores y posteriores a la designación de perito deben reformularse como causas conocidas antes o después de tal designación.



CONSEJO DE ESTADO

4- La prueba en los incidentes de recusación. Se aprecia que el Anteproyecto recoge al respecto diversos criterios divergentes.

Así, el artículo 108, número 4, -centrado en las recusaciones de Jueces y Magistrados- parece circunscribir la prueba a la que sea propuesta por las partes, mientras que el ulterior artículo 122 abre al instructor de las recusaciones del personal al servicio de la Administración de Justicia la posibilidad de decidir de oficio pruebas que estime necesarias.

El objetivo anteriormente ya comentado de reforzar el rigor en las recusaciones lleva a este Consejo a estimar preferible que se generalizase el segundo de tales criterios.

Con independencia de lo anterior, el citado artículo 108, número 4, ciñe la admisión de la prueba propuesta a que "fuera pertinente o versare sobre hecho no reconocidos por el recusado", surgiendo la duda de si ello supone que el instructor está forzosamente obligado a admitir toda la prueba sobre esos hechos no reconocidos o conserva, por el contrario, también su facultad general de declararla improcedente, resultando conveniente despejar esa relativa oscuridad a favor de esa facultad general.

En un orden similar de consideraciones, la dicción literal del artículo 126, número 3, del Anteproyecto parece sugerir que el Juzgado o Tribunal actuante debe admitir las pruebas que se le presenten en apoyo de la recusación de los peritos por ellos designados, lo que diverge de la ya comentada facultad general de decisión respecto de la prueba admisible, que el Anteproyecto aplica a un caso concreto próximo, cual es la recusación del personal al servicio de la Administración de Justicia (artículo 122, número 2).

5- La recusación de peritos. Por lo que hace específicamente a ese caso, y teniendo en cuenta que se refiere a peritos designados por los Juzgados o Tribunales, parece excesivamente estricto que baste la admisión de una determinada causa de recusación por el interesado para que se le tenga directamente por recusado (artículo 125), por lo que



CONSEJO DE ESTADO

debiera sopesarse reconocer un cierto margen de apreciación al Juzgado o Tribunal actuante.

Nótese al respecto que el Anteproyecto aplica este último criterio a las recusaciones del personal al servicio de la Administración de Justicia, previendo un trámite de admisión destinado a que la instancia competente (el Secretario) aprecie si concurre la causa de recusación y situando el eventual reconocimiento del interesado después de tal trámite (artículos 121 y 122).

Decimosegunda.- Las actuaciones del juicio (Título V del Libro Primero). Agrupa el mencionado Título V un centenar de artículos dedicados a diversos aspectos de las actuaciones procesales y que coinciden sustancialmente con el actual contenido del Título III del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El examen del contenido de ese Título recomienda abordar sucesivamente las distintas materias en él comprendidas.

a) El lugar de las actuaciones judiciales. El Consejo de Estado estima que la sustitución de la amplia regulación contenida en los artículos 268 y 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por las escasas previsiones del artículo 128 del Anteproyecto no solamente no encaja en los casos en que una Ley procesal sectorial puede complementar las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que supone un retroceso en la flexibilización de la clásica rigidez de las normas sobre la territorialidad de las actuaciones judiciales.

De ese juicio crítico sólo escapa el párrafo final del apartado número 3 del citado artículo 128 y las especiales previsiones que dedica a la práctica de actuaciones probatorias.

b) El tiempo de las actuaciones judiciales. A diferencia del comentado artículo 128, los que integran el Capítulo II del Título V —dedicado a ese tiempo— merecen un juicio general favorable, existiendo, en todo caso, diversos extremos que requieren algunos comentarios particularizados, cuales son:



CONSEJO DE ESTADO

1- Los días y horas hábiles. Trayendo de nuevo a colación su deseo de que el Anteproyecto se convierta en una pieza eficaz en la solución global de los problemas que afectan a nuestra jurisdicción civil, este Consejo comparte la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial de que el artículo 129 del Anteproyecto precise qué, a los efectos de practicar actos de comunicación, todos los días y horas serán hábiles.

La instrumentación de esa sugerencia permitiría, por otra parte, sustituir la alusión que ese artículo 129 efectúa a "actuaciones del juicio" por la más genérica de "actuaciones judiciales", que es más precisa a los efectos de ese artículo.

Ejemplo concreto de las disfunciones que derivan de trasladar a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación que la Ley Orgánica del Poder Judicial dedica a las actuaciones judiciales son los problemas que el Consejo General del Poder Judicial señala oportunamente a propósito de la derogación del artículo 184 de la referida Ley Orgánica, que precisa la habilidad de todos los días y horas del año para la instrucción de las causas criminales, aspecto concreto que no es obviamente abordado por el Anteproyecto.

2- El cómputo de los plazos. Es innecesaria la repetición de normas que existe entre el artículo 132, número 4, y el segundo inciso del artículo 133, número 1, del Anteproyecto en lo que se refiere a la finalización de los plazos que concluyan en días inhábiles, pareciendo que la correcta ubicación de tales previsiones es el primero de tales preceptos.

3- El tiempo para la presentación de escritos. Novedad importante al respecto la contiene el artículo 134, número 1, del Anteproyecto, que permite presentar escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al de su vencimiento en la Secretaría del correspondiente Juzgado o Tribunal o en la oficina o registro central establecido, lo que se complementa con la prohibición de



CONSEJO DE ESTADO

presentar escritos relativos a procesos civiles en los Juzgados de Guardia (apartado número 2 de ese mismo artículo).

Este Consejo es consciente de las dificultades de orden práctico que plantea organizar que los escritos presentados en los registros judiciales y en los Juzgados de guardia se canalicen ágilmente hacia el Juzgado o Tribunal que conozca de las correspondientes actuaciones.

Sin embargo, y como ya ha sido anteriormente indicado en la presente consulta, uno de los frentes donde deben concentrarse las energías renovadoras de nuestra Administración de Justicia es precisamente el relativo a la organización de las tareas administrativas de ese tipo. Todos los esfuerzos que se dediquen al respecto serán claramente provechosos y altamente valorados por los ciudadanos.

Además de esas premisas, ha de tenerse en cuenta que la fórmula contenida en los referidos apartados números 1 y 2 del referido artículo 134 supone de hecho ampliar y relajar la observancia de los plazos procesales, lo que no parece estar en línea con el recomendable rigor que ha de aplicarse al respecto.

Por todo ello, el Consejo de Estado no comparte el contenido del artículo 134, números 1 y 2, y propugna que la solución de los problemas a que se refiere se canalice a través del decidido fortalecimiento de los servicios y registros de recepción de documentos, lo que exige revisar, al menos, sus medios y horarios de funcionamiento.

4- Los medios técnicos para la presentación de documentos. El apartado número 5 del artículo 134 del Anteproyecto aborda esta cuestión en unos términos excesivamente vagos, puesto que deja relativamente indefinido el modo en que se abordará el tratamiento legal de los modernos medios electrónicos de remisión de escritos y documentos. En concreto, el Anteproyecto parece dejar la utilización de tales medios a las disponibilidades de los órganos



CONSEJO DE ESTADO

jurisdiccionales y partes ante ellos intervinientes, sin abordar, por el contrario, la capital cuestión de disponer de un régimen uniforme y seguro acerca de tal utilización.

Comparte por ello este Consejo la sugerencia efectuada por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que, en lugar de sustituir el actual artículo 230, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial por el contenido del mencionado artículo 134, número 5, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la iniciativa legislativa que se instrumenta a través del tándem Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil-Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Poder Judicial se aproveche para reforzar las competencias del referido Consejo General en lo que se refiere al impulso y homologación de los mencionados medios electrónicos.

Algunas reflexiones al respecto se contienen en el dictamen que este Consejo ha emitido en esta misma fecha en relación con el expediente centrado en ese Anteproyecto de Ley Orgánica (expediente número 1180/98)

c) **La intermediación, publicidad y lengua oficial.** La regulación de esta cuestión Capítulo III del Título V del Libro Primero del Anteproyecto) brinda una buena oportunidad para traer de nuevo a colación la relación entre la proyectada nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, el Consejo General del Poder Judicial ha recordado que algunas importantes consecuencias de la publicidad de las actuaciones judiciales están huérfanas de regulación en nuestro Derecho, como son los casos de los denominados "juicios paralelos", los deberes de reserva de los profesionales forenses respecto de las actuaciones judiciales, los límites informativos exigibles a los medios de comunicación y a los profesionales que en ellos trabajan,...

Siendo ello así, y aún prescindiendo de que su regulación escapa de las posibilidades normativas de las Leyes ordinarias y requiere el concurso de las Leyes Orgánicas, parece claro que tales extremos no debieran



CONSEJO DE ESTADO

abordarse sectorialmente por las distintas leyes procesales sino ser objeto de un pronunciamiento unitario y consensuado, brindando para ello la Ley Orgánica del Poder Judicial una sede especialmente adecuada.

Con independencia de la anterior reflexión de indole general, existen diversos aspectos concretos a considerar, que comprenden:

1- La inmediación de las vistas y comparecencias de las partes. En atención a la importancia de la inmediación judicial en las vistas y comparecencias que tengan por objeto oír a las partes — adecuadamente proclamada por el artículo 136, número 2, del Anteproyecto—, resulta ostensiblemente insuficiente que el siguiente apartado de ese mismo precepto se limite a prever que la anulación de las actuaciones de ese tipo que se hubieran practicado sin tal inmediación sólo podrá decidirse a instancia de parte y mediando perjuicio.

Por el contrario, y tal y como el Consejo General del Poder Judicial ha destacado acertadamente, la infracción de esa inmediación ha de reputarse de infracción estructural del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que canaliza forzosamente su infracción hacia una nulidad ampliamente invocable.

2- Las actuaciones orales a puerta cerrada. Contiene el artículo 137, número 2, del Anteproyecto un amplio elenco de causas que permiten acordar ese modo de funcionamiento, estimando este Consejo que se proporciona con ello a los órganos jurisdiccionales unos adecuados criterios al respecto, que deberán lógicamente aplicar de un modo ponderado a las circunstancias de cada caso.

Así entendidos, no se aprecia inconveniente alguno a que, dentro de ellos, figure el "interés de la moralidad" que ha sido, sin embargo, cuestionado por el Consejo General del Poder Judicial.

3- El acceso a libros y archivos judiciales. Por el contrario, se comparte la sugerencia del referido Consejo General en el sentido



CONSEJO DE ESTADO

de que deberá precisarse la carga económica que el artículo 140 del Anteproyecto impone a los interesados de soportar el coste de los testimonios y certificaciones que recaben de los libros y archivos judiciales.

4- La utilización de traductores. El artículo 142, número 5, del Anteproyecto precisa los términos en que se utilizarán intérpretes para las actuaciones orales que se desarrollen en lenguas oficiales propias de las Comunidades Autónomas, debiendo completarse sus previsiones con las que se aplicarán a la utilización de traductores en las actuaciones escritas.

Por lo que hace a esos traductores, pero referidos ahora a los documentos redactados en lenguas extranjeras, admitir traducciones privadas e imponer a la parte que las impugne correr con los gastos de la traducción oficial en el caso de que ésta última fuese "sustancialmente idéntica a la privada" (artículo 144, número 2), supone trasladar a la parte que no tiene interés en esos documentos el deber de verificar su exacta traducción y de correr con el coste de la vía establecida para contrastarla.

Tal distribución de cargas no parece equilibrada, siendo claramente preferible:

- De un lado, que la carga de aportar una traducción indiscutida de los documentos redactados en lengua extranjera corresponda a quien tenga interés en ellos, es decir, a la parte que los traiga al proceso.
- De otro, que se eviten discusiones sobre esas traducciones y las consiguientes dilaciones procesales imponiendo a la parte aportante el deber de facilitar una traducción oficial de los documentos en cuestión.

d) La fe pública y la documentación de las actuaciones. Tal y como el Consejo General del Poder Judicial ha puesto de manifiesto, representa esta materia otro de los ejemplos en los que la actual regulación de la



CONSEJO DE ESTADO

Ley Orgánica del Poder Judicial aborda cuestiones que el Anteproyecto omite, cuales son la expedición de testimonios, el otorgamiento de representaciones en juicio,... poniéndose de manifiesto, una vez más, la conveniencia de que las normas generales sobre el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales figuren en la citada Ley Orgánica y no se desperdiquen, por el contrario, en las distintas leyes procesales sectoriales.

Junto a este primer apunte de carácter general, otro ha de hacerse trayendo a colación la necesaria evaluación de los conceptos y términos tradicionalmente usados en nuestra práctica forense, que se anunció en el apartado D) de la cuarta consideración de esta consulta.

En concreto, se trata de destacar el escaso rigor con que el Anteproyecto utiliza el término de "diligencia".

Así, aunque lo define inicialmente como una de las formas de documentar las actuaciones judiciales (artículo 146, número 1), lo cierto es que, a todo lo largo de su articulado, el Anteproyecto utiliza también ese término como sinónimo genérico de "actuación judicial".

La aludida falta de rigor llega al extremo de aplicar a este vocablo el sentido de "resolución" o "decisión", como ocurre en el artículo 149, 1º, al hablar de que el objeto de las notificaciones judiciales será "dar noticia de una resolución, diligencia o actuación". Alguna otra manifestación de esa utilización extensiva del término "diligencia" tendrá ocasión de comentarse más adelante, al analizar los distintos tipos de decisiones judiciales.

En el actual estado de evolución de nuestro Ordenamiento Jurídico, se impone una mayor depuración conceptual y terminológica y, consiguientemente, una corrección de ese uso ambivalente del término "diligencia".

En el sentir de este Consejo, tal corrección debiera encaminarse a ceñir tal término a su acepción más estricta de forma de documentar actuaciones judiciales y a preferir los términos de "actuación",



CONSEJO DE ESTADO

"resolución" y otro equivalentes para los casos en que quiera aludirse a decisiones o novedades acaecidas en el seno de un proceso.

Con independencia de ello, merecen un comentario particularizado:

De un lado, el hecho de que el artículo 146, número 1, del Anteproyecto se limite a enunciar las distintas formas de documentar las actuaciones judiciales (actas, diligencias y notas), pero no avance criterio alguno sobre los casos en que deberá utilizarse cada una de ellas, laguna que debiera colmarse para asegurar una mínima unidad y coherencia al respecto.

De otro, la conveniencia de ampliar los casos en que ciertas funciones inherentes a la fe pública y documentación de las actuaciones puedan delegarse, no sólo en los Oficiales habilitados a que alude el artículo 145, número 2, del Anteproyecto, sino en el restante personal integrado en la oficina judicial, tal y como sugiere el Consejo General del Poder Judicial.

e) Los actos de comunicación. Constituyen éstos uno de los campos donde se ponen de manifiesto algunas de las deficiencias más ostensibles de nuestra jurisdicción civil, especialmente en lo que significa de retrasos e importantes cargas de trabajo administrativo y del número excesivo de juicios "inaudita parte" y en rebeldía.

Es cierto que una parte significativa de tales deficiencias no depende de la regulación procesal civil general, sino de otras realidades, como son la organización y métodos de trabajo en las oficinas judiciales y su dotación de medios personales y materiales.

Sin embargo, una reforma general de la legislación procesal civil como es la contenida en el Anteproyecto exige igualmente considerar las mejoras normativas que deberían introducirse para contribuir a solucionar las aludidas deficiencias.



CONSEJO DE ESTADO

El subsiguiente análisis de las previsiones recogidas en el Capítulo V del Título V del Libro Primero del Anteproyecto permite identificar tres grandes áreas:

1- El ámbito objetivo de los actos de comunicación. Nuestro actual proceso civil conlleva una inmensa masa de comunicaciones cursadas a todas las partes intervinientes, por lo que una cuestión obligada es reflexionar acerca de su justificación.

En ese sentido, hay que notar que buena parte de esas comunicaciones trasladan a los profesionales intervinientes (Abogados y Procuradores de los Tribunales) decisiones puramente formales que derivan de los principios generales del proceso civil (apertura y conclusión de los trámites procesales, pase de los autos al Magistrado ponente,...).

Precisamente por ello, tales comunicaciones tienen un muy escaso valor para esos intervinientes y para el propio desarrollo del proceso, por lo que, a la hora de reducir el volumen de comunicaciones de nuestro proceso civil, debiera plantearse excluir de comunicación los referidos actos procesales.

Tal y como ha destacado el Consejo General del Poder Judicial en las interesantes apreciaciones que ha dedicado a esta cuestión, entre tales actos estarían comprendidas las diligencias de ordenación y las providencias desprovistas de todo pronunciamiento de hacer.

Con un carácter mucho más concreto, y en atención a los imprecisos contornos de su alusión a que "existan indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos", estima este Consejo que debiera suprimirse el inciso final del artículo 150, número 2, del Anteproyecto, cuyos objetivos están suficientemente servidos, por otra parte, por la previsión recogida en su primer inciso.



CONSEJO DE ESTADO

2- El ámbito subjetivo de los actos de comunicación. El Consejo de Estado entiende que la diversidad de aspectos y partes interesadas, la complejidad de cuestiones que suscitan los actos de comunicación procesales y la necesidad de concentrar los Juzgados y Tribunales en las estrictas funciones jurisdiccionales conllevan que la mejora de la actual situación de esos actos de comunicación pasa por un decidido fortalecimiento de servicios y órganos especializados.

Ya tuvo anteriormente ocasión de destacarse al respecto la utilidad de los Servicios Comunes y Registros Generales previstos por el artículo 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la conveniencia de añadirles Servicios especializados en los casos no cubiertos por aquéllos.

Insistiendo ahora en esta cuestión, este Consejo entiende que el tándem normativo Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil-Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial es muy tímido al respecto, lo que debería corregirse erigiendo a esos órganos especializados en principales actores de las comunicaciones judiciales.

Esa opción organizativa que requiere de un previo reflejo normativo permitiría, en efecto, organizar y administrar los oportunos medios materiales y personales, evitando su dispersión e infrautilización en las diversas oficinas judiciales.

Al servicio de ese objetivo general, pueden avanzarse algunas sugerencias concretas, cuales son:

- La conveniencia de que esos Servicios Comunes no tengan forzosamente que tener una base territorial ceñida a determinadas poblaciones (artículo 161, número 1, del Anteproyecto), cuestión que ha sido también planteada por el Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO DE ESTADO

- La necesidad de establecer las oportunas especialidades en el régimen de funcionamiento, personal y horario y régimen de tales órganos.
- El carácter general de las competencias que les corresponden, que exige prescindir de la habilitación caso a caso exigida por el artículo 161, número 2, del Anteproyecto.

Complemento indispensable de esa opción por tales órganos -especializados como polo activo de las comunicaciones procesales es la preferencia, que ha de darse, en cuanto polo pasivo, a los profesionales forenses (Procuradores de los Tribunales) y a los servicios también especializados por ellos creados (los Servicios de Notificaciones de los Colegios de Procuradores).

En este polo pasivo, el Anteproyecto tiene unas previsiones más enérgicas, que podrían reforzarse admitiendo, por ejemplo, que, al lado de los casos en que son de obligada creación (artículo 154, número 2), los aludidos Servicios de Notificaciones pudiesen organizarse en otros casos por decisión libremente adoptada por el correspondiente Colegio de Procuradores.

Con independencia de las anteriores reflexiones de índole general, y a título de precisión menor, resulta inconveniente que el artículo 153, número 1, exija la firma de los Procuradores de los Tribunales en los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones que se efectúen a sus poderdantes, puesto que ello parece dificultar la actuación de los Oficiales y colaboradores de los Procuradores, posibilidad que está legalmente prevista y es una clara exigencia en su quehacer profesional.

3- El desarrollo de los actos de comunicación judiciales. El aspecto más relevante al respecto son las distintas clases de los actos de comunicación y el modo de practicarlos.



CONSEJO DE ESTADO

Partiendo de la clasificación entre notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos (artículo 149), el Anteproyecto enuncia que se llevarán a cabo a través de Procurador, mediante remisión por correo u otro medio técnico equivalente y por entrega al destinatario de copia de la resolución, requerimiento, citación o emplazamiento (artículo 152, número 1).

Reteniendo esa triple modalidad de actos de comunicación, existen diversas cuestiones cuyo tratamiento debiera mejorar dentro del Anteproyecto, entre las que merecen destacarse las siguientes:

- Los domicilios relevantes. Se aprecia en el Anteproyecto una laudable preocupación al respecto, plasmada en la diversificación de los domicilios a que se permite atender (artículo 155) y en las amplias facultades con que se dota a los órganos judiciales para averiguar el domicilio de las partes (artículo 157).

Sin embargo, y coincidiendo en este punto con el Consejo General del Poder Judicial, se echa en falta una regla general taxativa sobre el domicilio al que los órganos jurisdiccionales podrán atenerse para efectuar comunicaciones a quienes no sean partes o, siéndolo, no actúen representados por Procurador.

Tal regla debería consistir:

- En conceder inicialmente preferencia al domicilio que las partes señalen, unido a los deberes de todas las partes procesales de facilitar tal domicilio en la primera actuación que desarrollen en el correspondiente proceso y a estar a él en a todos los efectos procesales en tanto no le modifiquen. En ambos casos, las partes deberían estar obligadas a designar el lugar que se correspondiese con el de su residencia efectiva.



CONSEJO DE ESTADO

- Subsidiariamente a lo anterior y de no conocerse tal residencia efectiva, en atender al domicilio correspondiente al lugar donde las personas físicas estén empadronadas, al domicilio profesional de aquellos interesados que dispongan del mismo y lo hayan públicamente divulgado y al domicilio social en el caso de personas jurídicas.

Las consecuencias de la no recepción de las comunicaciones por correo o medios equivalentes o mediante entrega personal. El artículo 155, número 4, del Anteproyecto recoge el correcto principio de que, remitida correctamente una comunicación al domicilio del destinatario, surtirá plenos efectos aún en el caso de que no conste su recepción.

Ese mismo apartado exceptúa de esa regla general a las comunicaciones que tengan por objeto la personación en juicio o la intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales, para las que, no constando que haya sido efectivamente recibida la comunicación por correo, dispone la entrega personal regida por los artículos 156 y 160 del Anteproyecto, el último de los cuales detalla las diferentes personas que pueden recibir la copia de la resolución o cédula en cuestión.

Esa relación de personas evoca que, al igual que ocurre en la regulación del procedimiento administrativo, la entrega a cualesquiera de esos interesados equivaldrá a la entrega personal al destinatario.

Sin embargo, el Anteproyecto no proclama taxativamente tal efecto, a lo que se añade que su artículo 162, que se ocupa de la comunicación edictal, la aplica, entre otros, al caso de que "no pudiere" hallársele (al destinatario de la



CONSEJO DE ESTADO

comunicación) ni efectuarse la comunicación por causas que le sean imputables", lo que plantea la duda de si debe procederse a la comunicación edictal de la resolución o cédula que no pudo entregarse personalmente al destinatario pero sí lo fue a alguna de las citadas personas.

Dada la inmediata conexión que el régimen de comunicación procesal tiene con el derecho fundamental proclamado por el artículo 24 de Constitución, resulta imprescindible aclarar esa duda, lo que, en el criterio de este Consejo, ha de efectuarse extrayendo las debidas consecuencias de que el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia exige disponer forzosamente de un lugar (el domicilio) para cursar las comunicaciones procesales, puesto que sería irrazonable pretender que los órganos jurisdiccionales deben asegurarse de que tales comunicaciones lleguen forzosamente a poder personal de sus destinatarios.

Partiendo, pues, de esa razonabilidad de la fijación de un domicilio procesal y de que a él se han cursado las notificaciones por correo o se han dirigido los responsables de las entregas personales, parece igualmente razonable establecer la plenitud de efectos de las notificaciones y entregas efectuadas a quienes se hallaren válidamente en ese lugar.

Así planteada la cuestión, queda por dilucidar las personas exactas a las que quepa atribuir esa condición, es decir, pronunciarse sobre la concreta lista recogida en el artículo 160, número 3, del Anteproyecto.

El criterio inspirador al respecto no debe ser otro que incluir en esa relación a las personas que tengan un vínculo claro con el destinatario de las comunicaciones y, por extensión, con su domicilio.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado estima que ese vínculo se da en el caso de los familiares y empleados del destinatario, así como en el del conserje o empleado de la finca.

Por el contrario, esa relación resulta excesivamente amplia e indefinida y no resulta convincente en el caso del "amigo" que se incluye igualmente en el citado artículo 160, número 3, del Anteproyecto.

Por las mismas razones, tampoco parece suficientemente preciso el "vecino más próximo que fuere habido" previsto por el artículo 268 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no se comparte la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial de incluirlo en el referido artículo 160, número 3.

Delimitadas así las personas a las que podría válidamente entregarse personalmente o por correo una comunicación cursada al destinatario, la comunicación edictal quedaría circunscrita a los casos en que fuese de todo punto imposible conocer el domicilio del destinatario de la comunicación en cuestión o efectuar la entrega personal a alguna de las citadas personas.

La importancia de que el Anteproyecto precise adecuadamente los efectos de la entrega de la comunicaciones cursadas por correo o medios equivalentes se pone especialmente de relieve en el caso concreto recogido en su artículo 159, número

Por excepción a la necesidad de entregar personalmente las comunicaciones de las que dependa la personación en juicio o la realización o intervención personal del destinatario en determinada actuación (artículo 155, número 4, "in fine"), ese artículo 159, número 3, prevé que, en el concreto caso en que el destinatario tuviera su domicilio en el partido donde radique la sede del Juzgado o Tribunal



CONSEJO DE ESTADO

actuante, esas comunicaciones podrán instrumentarse remitiéndole por correo o medio equivalente cédula de emplazamiento para comparecer y ser personalmente notificados, añadiendo que, de no atender el emplazamiento, se le tendrá por notificado.

A la vista de esos efectos asociados a no atender el emplazamiento, resulta imprescindible que el Anteproyecto precise expresamente la eficacia de las aludidas entregas a terceros, a fin de evitar que la previsión de su artículo 159, número 3, quede vaciada de contenido o propicie tácticas dilatorias de las partes interesadas, invocando problemas de citación que desemboquen en dilaciones procesales y en la necesidad de repetir las comunicaciones en cuestión.

- Las comunicaciones en el caso de rebeldía. A fin de mantener los términos generales en que está concebido, no estaría de más que el Capítulo V del Título V del Libro Primero del Anteproyecto contuviese una expresa remisión a las normas que contiene el ulterior Título III de su Libro Segundo, completada con la precisión de que, a partir del eventual momento en que llegase a ser conocido el domicilio del inicialmente declarado rebelde, se le cursarán allí las ulteriores comunicaciones.

- f) **El auxilio judicial.** La primera cuestión general que suscitan las previsiones que dedica a esta materia el Capítulo VI del Título V del Libro Primero del Anteproyecto y el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial es que no derogan las normas que regulan actualmente el auxilio judicial, contenidas en el Capítulo VIII del Título III del Libro Tercero de la referida Ley Orgánica, lo que, tal como ha suscitado igualmente el Consejo General del Poder Judicial, sería una fuente de inseguridad en la aplicación de la proyectada regulación caso de mantenerse los términos en que esta actualmente concebida.



CONSEJO DE ESTADO

Sin perjuicio de lo anterior, algunas de las cuestiones incluidas en la regulación que el Anteproyecto dedica al auxilio judicial pueden ser calificadas de especialidades propias de la jurisdicción civil, lo que aconsejaría mantenerlas en la proyectada nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

129
Son los casos de la colaboración de los Procuradores en la cumplimentación de los exhortos y la intervención de las partes en las actuaciones a que se refieran (artículos 169 y 171 a 173 del Anteproyecto), si bien ha de notarse que el eficaz concurso que los Procuradores pueden brindar en la citada cumplimentación sólo puede verse como una vía de agilizar al máximo el funcionamiento del proceso.

En consecuencia, y tal y como tendrá ocasión ulterior de insistirse, la utilización de los Procuradores de los Tribunales a esos efectos no puede hacer olvidar el principio de impulso que rige todo nuestro Derecho procesal y las consiguientes responsabilidades que corresponden en todo caso a los Juzgados y Tribunales para vigilar que los exhortos sean cumplimentados en plazo y de forma diligente.

Por ello mismo, en los eventuales casos en que no se dé ese cumplimiento, es deber ineludible de los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas alternativas necesarias para que las actuaciones a que se referían los exhortos se lleven a cabo e imponer las oportunas correcciones disciplinarias a las partes responsables, tal y como ya previene el artículo 173 del Anteproyecto.

Con independencia de esa primera reflexión general, una segunda que ha de efectuarse, de nuevo en concordancia con el Consejo General del Poder Judicial, es la conveniencia de restringir el auxilio judicial a los solos casos en que los órganos judiciales no puedan desarrollar determinadas actuaciones.

Ese carácter subsidiario y especial no está suficientemente recogido en el Anteproyecto, cuyo artículo 166, número 2, parece enunciar el auxilio judicial como una posibilidad alternativa —y, en ese sentido, ordinaria— a la



CONSEJO DE ESTADO

decisión del Juzgado o Tribunal en cuestión de desplazarse fuera de su circunscripción.

Sin perjuicio de corregir ese enunciado y de fortalecer consiguientemente las posibilidades autónomas de actuación del Juzgado o Tribunal que conozca directamente del asunto, el carácter residual del auxilio judicial no podría conseguirse con los medios de que disponen, individualmente considerados, cada uno de los Juzgados y Tribunales.

En consecuencia y coincidiendo de nuevo con el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado entiende que la reducción del auxilio judicial a unos contornos reducidos pasa necesariamente por un amplio uso y decidido refuerzo de los Servicios Comunes y órganos especializados que ya se comentaron en el anterior apartado de esta consideración a propósito de las comunicaciones judiciales.

Para concluir este apartado de observaciones generales al auxilio judicial, comparte el Consejo de Estado las objeciones que el Consejo General del Poder Judicial ha opuesto a que el artículo 167 del Anteproyecto establezca que el auxilio deberá prestarse por los Juzgados de Primera Instancia o por los de Paz.

Combinando ese enunciado alternativo con el hecho de que la circunscripción de los Juzgados de Paz está comprendida dentro de los de Primera Instancia, el resultado que deriva del referido artículo 167 es una indeseable imprecisión acerca del concreto órgano judicial encargado de prestar el auxilio judicial.

Por otra parte, los rasgos que caracterizan a los Juzgados de Paz y los medios materiales y personales de que disponen les convierten en instancias poco eficaces para prestar ese auxilio.

En consecuencia, este Consejo entiende que el referido artículo 167 debiera reformularse en el sentido de erigir exclusivamente a los Juzgados de Primera Instancia como órganos encargados de prestar el auxilio que les recaben otros órganos judiciales.



CONSEJO DE ESTADO

Cerrado el capítulo de apreciaciones de índole general a propósito del auxilio judicial, el relativo a los apuntes más concretos se centra en destacar que el Anteproyecto incluye en el auxilio judicial a los mandamientos y oficios dirigidos a recabar la colaboración de una diversidad de personas y entidades, tales como los Registros de la Propiedad y Mercantiles, Notarias,... (artículo 174), cuando lo cierto es que esas actuaciones no se dirigen a recabar el concurso de órganos jurisdiccionales.

Por ello y a fin de que el Anteproyecto mantenga la adecuada sistemática, podría optarse entre trasladar la regulación de esos mandamientos y oficios al Capítulo que dedica a los actos de comunicación (Capítulo V del Título V del Libro Primero) -solución propugnada por el Consejo General del Poder Judicial- o rubricar más ampliamente el actual Capítulo VI de ese mismo Título y Libro, de modo que pasase a ocuparse "Del auxilio judicial y de la cooperación de otras personas y entidades".

El Consejo de Estado estima preferible esta última solución, que, en lugar de atender a la índole del instrumento formal (mandamiento u oficio) por el que se recaba la colaboración de terceros, concede prioridad al hecho sustantivo de recabarse ese concurso.

Así entendido y ubicado, debiera darse mayor amplitud a los destinatarios de esa solicitud de colaboración, puesto que son imaginables más personas y entidades que las que prevé el actual artículo 174 del Anteproyecto, de modo que éste último podría incluir una cláusula final general que aludiese a todas las personas y entidades cuyo concurso fuese preciso.

g) La sustanciación, vista y decisión de los asuntos. Las previsiones que el Capítulo VII del Título V del Libro Primero dedica a estas materias suscitan diversos comentarios, que pueden agruparse en torno a las siguientes cuestiones:

- 1- Las normas generales. Mantiene al respecto el artículo 177 del Anteproyecto el principio de impulso de oficio de nuestro proceso



CONSEJO DE ESTADO

civil, continuando la rectificación esencial que el Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924 introdujo en el tradicional principio de impulso de parte de nuestro ordenamiento procesal civil.

En línea con la depuración conceptual y terminológica anunciada en el apartado D) de la cuarta consideración de esta consulta, se sugiere sustituir la inespecífica fórmula de "los proveídos necesarios" por el más técnico de "las resoluciones procedentes".

2- Las personas intervinientes al respecto. La Sección Primera del referido Capítulo (artículos 176 a 179 del Anteproyecto) configuran como tales a los Secretarios Judiciales y al Magistrado ponente, atribuyendo a los primeros la dación de cuenta de las novedades procesales acaecidas y al segundo llevar la iniciativa de las resoluciones judiciales que deban adoptarse al respecto.

En la medida en que se amplien las funciones que los Secretarios Judiciales puedan delegar o encomendar al personal integrado en las oficinas judiciales —cuestión que quedó planteada en previos apartados del presente dictamen—, habría que considerar la posibilidad de que la dación de cuenta correspondiese igualmente a ese otro personal interviniente, sugerencia que también ha formulado el Consejo General del Poder Judicial.

Por lo que se refiere al Magistrado ponente, parecen acertadas las funciones que el artículo 179 del Anteproyecto reseña con carácter especial, si bien convendría precisar la tercera en el sentido de evitar el contrasentido de las dobles propuestas, lo que podría lograrse hablando de "preparar las resoluciones que deba dictar el Tribunal, examinando al efecto las propuestas que confeccione el correspondiente Secretario Judicial".

Son dignas de incorporarse las sugerencias del Consejo General del Poder Judicial de mantener el criterio de años naturales previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial para la fijación de ponencias frente al de años judiciales por el que opta el artículo



CONSEJO DE ESTADO

178 del Anteproyecto, así como de prever especialidades en el caso de los Presidentes de los órganos judiciales colegiados.

3- El desarrollo de las vistas. El Consejo General del Poder Judicial formula al respecto diversas propuestas que debieran incorporarse al Anteproyecto, cuales son:

- La conveniencia de que el artículo 181 se haga expresamente eco del principio general recogido en el artículo 130, número 3, del Anteproyecto y precise que las vistas iniciadas en hora hábil podrán prolongarse y concluir en horas inhábiles.
- La potestad del Juez o del Presidente del Tribunal de limitar razonablemente el tiempo de intervención de las partes, que debiera incorporarse al artículo 182.
- La conveniencia de no remitir la suspensión de vistas señaladas para el mismo día y con idéntica antelación a la libre decisión del Abogado afectado, sino de someterla a un criterio objetivo, cual podría ser el del proceso más antiguo (artículo 186)..

En lo que concierne al artículo 189, número 3, del Anteproyecto, debiera matizarse su alusión a "causas que no hubieran podido conocerse antes del comienzo de la vista" con un enunciado más subjetivo del tipo de "causas que no se conocieran antes del comienzo de la vista".

Dentro del artículo 181, debe salvarse la errata de numeración de los apartados (1 y 3) en que se estructura.

4- La documentación de las vistas. Concretando la norma general contenida en el artículo 147 del Anteproyecto, su ulterior artículo 184 prevé que esa documentación consistirá en el acta y en la grabación de la vista.



CONSEJO DE ESTADO

Dada la novedad que suponen esas grabaciones de actuaciones orales, debe prestarse una atención muy especial a los medios de que deberán disponer al efecto los Juzgados y Tribunales, planificando adecuadamente su entrega y utilización. En ese sentido, habrá de organizarse, de un modo especialmente cuidadoso, el sistema de conservación y de acceso a esas grabaciones.

De nuevo hay que traer a colación aquí el papel relevante que habría que conceder a Servicios Comunes que permitan agregar los necesarios medios materiales y personales.

En todo caso, el aludido régimen de conservación habrá de tener en cuenta dos datos muy distintos pero bien relevantes al efecto, cuales son:

- De un lado, el hecho de que tales grabaciones tienen un tiempo de vida útil técnicamente limitado.
- De otro, que, al aportar una documentación directa e inmediata del desarrollo de las vistas, revisten una especial utilidad para pronunciarse respecto de cuestiones que fuesen en ellas debatidas, mientras que, por el contrario, una vez que el debate procesal haya concluido, la conservación de las grabaciones deja de tener utilidad.

La ponderación de tales factores desemboca en estimar prudente y claramente recomendable que se limite el tiempo durante el que las aludidas grabaciones deberán conservarse y que se ponga ese tiempo en función de que esté pendiente algún recurso contra la decisión que se adoptó en el proceso donde se insertó la vista en cuestión.

Esa limitación temporal permitiría resolver, al mismo tiempo, una cuestión que el Anteproyecto deja sin tratar, cual es la relación entre las actas de las vistas y sus grabaciones, buena prueba de lo cual es el detalle que su artículo 147 impone a las primeras,



CONSEJO DE ESTADO

previsión que no parece tener en cuenta la existencia de las aludidas grabaciones.

Una posible solución global a las anteriores cuestiones podría combinar los siguientes elementos:

- Establecer que las vistas serán grabadas y recogidas en unas actas sucintas, que habrían de centrarse en las posiciones sustentadas por las partes y en las decisiones adoptadas por el órgano actuante.
- Disponer que, en el caso de que la resolución que se adopte en el proceso del que la vista formó parte sea recurrida, su grabación deberá conservarse durante un determinado tiempo.
- Prever que, transcurrido ese plazo, las grabaciones se transcribirán por escrito, incorporándose el texto resultante como anexo del acta de la vista.

En todo caso, y por lo que se refiere al alcance de las grabaciones, resulta preciso armonizar las dispares previsiones que le dedican, de un lado, los artículos 184 y 185 del Anteproyecto –que la refieren, alternativamente, al sonido o al sonido e imagen- y, de otro, el artículo 147 –que enuncia acumulativamente la necesidad de grabar sonido e imagen-.

Pasando del plano de la documentación general de las vistas al de la concreta documentación de las intervenciones de las partes, el artículo 185 del Anteproyecto institucionaliza la práctica de las denominadas “notas para la vista”, documento escrito que recoge y resume tales intervenciones, previendo al respecto un trámite de alegaciones por la otra parte y la posibilidad de recurrir la decisión que finalmente adopte el Juzgado o Tribunal sobre la nota presentada por la otra parte.



CONSEJO DE ESTADO

En ese sentido, parece que los dos casos a los que el referido artículo 185 refiere tales notas –la imposibilidad de grabar el desarrollo de las vistas y la complejidad de los hechos o de las peticiones que en ellas se debatan- tienen solución natural a través del acta de la vista.

Si a lo anterior, se añaden las dilaciones que provocarán esos trámites de alegaciones y recursos contra las notas presentadas por las otras partes, se llega, en sintonía con el Consejo General del Poder Judicial, a estimarlas improcedentes.

La anterior conclusión es de carácter general, pero resulta especialmente aplicable a algunos de los concretos trámites procesales sobre los que habrá ulteriores ocasiones de volver y en los que debe concentrarse buena parte de las energías reformadoras de nuestra jurisdicción civil, como son la comparecencia inicial de las partes en el juicio ordinario y las vistas de los procesos ordinarios de cognición.

5- El procedimiento de sustanciación. La precisión de carácter más general que resulta necesario efectuar al respecto se refiere a la relación entre la deliberación y votación de lo que el Anteproyecto define como "puntos de hecho y las cuestiones y fundamentos de derecho, así como la decisión que, a su juicio (del ponente), deba recaer" (artículos 195, número 2, y 196), de un lado, y, de otro, la ulterior "redacción de las resoluciones que hayan de someterse a discusión de la Sala o Sección" (artículo 201).

En concreto, el Anteproyecto parece centrar la deliberación y votación en la primera fase, lo que se pone especialmente de relieve por el hecho de que el Magistrado ponente asumirá la redacción de la resolución salvo en el caso de que "no se conformare con el voto de la mayoría" (artículo 201, número 2).

Sin embargo, la mención que el previo apartado número 1 de ese mismo artículo 201 efectúa a la discusión sobre las resoluciones preparadas por el Magistrado ponente y el hecho de que el ulterior



CONSEJO DE ESTADO

artículo 203 admita votos particulares "en el momento de la votación o en el de la firma" parece apuntar a una segunda fase de deliberación y votación, cuyo régimen temporal y procedimental no aparece recogido en el Anteproyecto.

En consecuencia, resulta necesario aclarar y precisar la exacta relación entre esas dos fases y el modo en que se desenvolverá la segunda de ellas.

Con independencia de ese apunte de carácter más general, existen dos precisiones menores que efectuar en torno a la sustanciación de los asuntos, que afectan a las siguientes previsiones del Anteproyecto:

- El artículo 199, número 2, que, en lugar de "altere la mayoría", debería utilizar una fórmula similar a "desvirtúe" o "desnaturalice".
- El artículo 200, cuyo apartado número 4 debe remitirse al previo apartado número 2 y no a su apartado número 1.

h) Las resoluciones judiciales y las diligencias de ordenación. El contenido de Anteproyecto al respecto vuelve a suscitar la relación entre la proyectada Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Algunas de las cuestiones incluidas en el Anteproyecto –como son las diligencias de ordenación y las propuestas de resolución– son tratadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en apartados –Capítulo III del Título IV de su Libro Tercero (artículos 288 a 291)– que no son afectados por el binomio Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil-Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que, de prosperar la actual construcción de ese binomio normativo, se llegará a una indeseable duplicidad de regulaciones.

Con independencia de esa reflexión de carácter más general, el Capítulo VIII del Título V del Libro Primero del Anteproyecto contiene unas



CONSEJO DE ESTADO

previsiones de singular importancia en la ordenación general de nuestro proceso civil, suscitándose, al hilo de las mismas, diversos comentarios y precisiones que pueden agruparse en torno a las siguientes cuestiones:

1- Los tipos de decisiones adoptadas en el curso del proceso. El Anteproyecto no innova la distinción que introdujo la Ley Orgánica del Poder Judicial entre resoluciones judiciales (categoría general que integra a las providencias, autos y sentencias y que se caracterizan por ser adoptadas por el correspondiente órgano jurisdiccional) y diligencias de ordenación (decisiones sobre la ordenación formal del proceso, que corresponde adoptar al Secretario del Juzgado o Tribunal en cuestión).

Esta última denominación vuelve a insistir en el excesivo uso que la legislación procesal hace del término "diligencia", cuestión cuya corrección ya se ha apuntado anteriormente.

Con independencia de ello, y conectada con las apreciaciones que se efectuaron a propósito de las comunicaciones judiciales, la primera cuestión que surge al respecto es la justificación de tal distinción y el juego práctico que haya de dársele.

En ese sentido, y al servicio del objetivo de agilizar y simplificar nuestro proceso civil con el que el Anteproyecto quiere ligarse, entiende el Consejo de Estado que debiera ampliarse el campo en que se desenvuelven actualmente las diligencias de ordenación, de modo que una ambiciosa reforma al respecto consistiría en ampliar las competencias de ordenación formal atribuidas a los Secretarios Judiciales y en centrar la decisiones de los Juzgados y Tribunales en cuestiones sustantivas, lo que debiera instrumentarse revisando las cuestiones que, decidiéndose actualmente a través de providencias, debieran pasar a ser objeto de diligencias de ordenación.

2- Las clases de resoluciones. Como dato formal, y a fin de mantener la adecuada correspondencia con el ulterior artículo 221,



CONSEJO DE ESTADO

la rúbrica del artículo 208 del Anteproyecto debería referirse a "cosa juzgada formal".

3- La forma y contenido de las resoluciones. El contenido e indicaciones que deben contener las notificaciones de las resoluciones son una especialidad de su régimen de comunicación y así deberían quedar tratadas y no dentro del artículo 209, número 4, del Anteproyecto y bajo la rúbrica "forma de las resoluciones".

Se aprecia una contradicción entre el apartado número 3 del artículo 212 del Anteproyecto —que proscribe dictar sentencias oralmente— y la alusión del segundo párrafo de su previo apartado número 2 a la "sentencia debidamente redactada" que, dentro de la lógica de tal apartado, admite sentencias dictadas oralmente. Por ello, esa alusión debería sustituirse por la de "resolución debidamente redactada".

4- La prueba. La regulación que contiene esta parte del Anteproyecto suscita algunos comentarios diferenciados sobre:

- En primer lugar, las declaraciones de hechos probados. A la vista de la reiterada jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha sentado sobre la relevancia constitucional de la actividad probatoria desarrollada en sede jurisdiccional, parece necesario aprovechar la iniciativa legislativa que se concreta en el tándem Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil-Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial para dejar claramente precisado que las sentencias deben recoger, en todo los casos, un apartado diferenciado y adecuadamente identificado de "hechos probados" que detalle a los que los Juzgados y Tribunales atribuyen tal condición como consecuencia de esa actividad probatoria.

En ese sentido, la mención que el artículo 210, 2ª, del Anteproyecto efectúa a que las sentencias deberán recoger



CONSEJO DE ESTADO

"el análisis de las pruebas que se hubieran practicado expresando con la posible separación los resultados que arrojen" es excesivamente tímida y propicia a interpretaciones contradictorias, habiéndose revelado igualmente insuficiente la actual dicción del artículo 245 número 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- En segundo lugar, la carga de la prueba. Dado que las normas sobre esa carga pertenecen a la categoría de los grandes principios inspiradores de nuestro Ordenamiento Jurídico, su sede natural ha de ser un texto de alcance más general que la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por ello, el Consejo de Estado discrepa de la decisión de suprimirlas de su tradicional sede —el Código Civil— y de trasladarlas a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 215 y disposición derogatoria segunda, 1º, del Anteproyecto).

Junto a este primer comentario de carácter general, otro que suscita el Anteproyecto es la posición excesivamente pasiva en que coloca al órgano jurisdiccional.

En ese sentido, interesa notar las diferencias que, pese a su común carácter tradicional, separan al principio dispositivo del principio de aportación de parte.

El primero de ellos hace descansar en los titulares de los derechos e intereses legítimos la decisión de ejercerlos en el sentido más amplio de la palabra, comprendiendo en ese ejercicio su defensa procesal. Así entendido, el principio dispositivo se eleva a la categoría de uno de los principios inspiradores fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Por el contrario, el principio de aportación de parte tiene un alcance más modesto, ya que consiste en atribuir a los



CONSEJO DE ESTADO

titulares de esos derechos e intereses la aportación de las pruebas que les interesen al respecto.

Consecuentemente, el principio de aportación de parte tiene un ámbito más acotado de desenvolvimiento, que se circunscribe predominantemente a la esfera procesal.

Aunque son evidentes sus conexiones, no existe una conexión inescindible entre esos dos principios, puesto que se desenvuelven en ámbitos distintos.

Siendo ello así, interesa especialmente apuntar que la moderna dogmática procesal sostiene la necesidad de introducir algunos matices a la clásica interpretación del principio de aportación de parte. En concreto, y frente a la incondicionada regla tradicional de que corresponde a cada parte aportar las pruebas que aduzcan, se viene postulando la necesidad de atender a factores tales como la proximidad de una determinada parte a las pruebas relevantes, el control que puede ejercer sobre algunos medios probatorios y, en general, la desigualdad que en muchas ocasiones existe entre las partes.

Nada de ello se refleja en el Anteproyecto, que resulta así excesivamente tributario de las concepciones más tradicionales al respecto.

Frente a ello, y en línea con las interesantes apreciaciones que el Consejo General del Poder Judicial dedica a los aludidos principios, estima este Consejo que la carga probatoria procesal debiera acoger, vía una cláusula general excepcional, la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal actuante modulare la estricta aplicación del principio de aportación de parte atendiendo al efecto a las circunstancias que concurran en cada caso.



CONSEJO DE ESTADO

Junto a ello, y todavía en relación con el principio de aportación de parte, se echa igualmente en falta en el Anteproyecto una mayor implicación del juzgador en la ordenación y ejecución de las pruebas, cuestión sobre la que se volverá al examinar los concretos medios probatorios.

Con independencia de las anteriores apreciaciones de carácter general, ha de reconsiderarse la actual estructura sistemática del referido artículo 216, salvando la duplicidad de numeración de sus apartados números 4 y trasladando el primero de sus apartados al penúltimo lugar.

- Finalmente, la regla especial que en materia de usura avanza el artículo 214, número 2, del Anteproyecto. En el actual estado de evolución de nuestro Ordenamiento y mientras que sí podrían preverse reglas especiales de carga o valoración de la prueba para tales asuntos -tal y como ocurre con los casos de competencia desleal y publicidad ilícita de que se hace eco el artículo 216, número 4 del Anteproyecto-, no resulta en cambio admisible exceptuar ciertas materias de las normas generales sobre valoración de las pruebas.

En consecuencia, parece forzoso suprimir o reconsiderar en el sentido indicado el citado apartado del artículo 214 del Anteproyecto.

5- El principio "iura novit curia". Al recoger ese principio, el artículo 217 del Anteproyecto se hace eco del tradicional debate dogmático al respecto, enfrentándose, en concreto, al ámbito de que disponen los órganos jurisdiccionales civiles respecto de los fundamentos jurídicos invocados por las partes.

Este Consejo entiende que el resultado que el Anteproyecto alcanza no es especialmente afortunado por cuanto las citadas potestades judiciales quedan excesivamente condicionadas a las



CONSEJO DE ESTADO

alegaciones de las partes, postergándose indebidamente con ello el deber que pesa sobre los Juzgados y Tribunales de resolver en Derecho las cuestiones que se les sometan, aplicando el conjunto del Ordenamiento Jurídico.

Por ello, resulta necesario que el referido artículo 217 se reformule en el sentido de proclamar inequívocamente que los órganos jurisdiccionales resolverán los asuntos de que conozcan conforme a las normas aplicables a las pretensiones suscitadas por las partes, con independencia de que los correspondientes preceptos hayan sido acertadamente identificados e invocados por los intervinientes.

Por último, ha de salvarse la remisión equivocada que el artículo 221, número 1, del Anteproyecto efectúa a su ulterior artículo 303, números 1 y 2, que ha de referirse, en realidad, al artículo 304, números 1 y 2.

i) **La nulidad de actuaciones.** La cuestión de alcance general que se suscita al respecto es la conveniencia de que exista el incidente de nulidad de actuaciones, concebido como cauce procesal específicamente diseñado para hacerlas valer.

Ese cauce procesal específico debe encuadrarse dentro del sistema general de recursos aplicable a los procesos civiles, pareciendo claramente más sencillo procedimentalmente para las partes intervinientes y más claro para la ordenación y sistemática procesales que la nulidad de las actuaciones procesales se haga valer, en la medida de lo posible, a través de los recursos previstos con carácter general.

Así lo recoge el artículo 226, número 1, del Anteproyecto, que reproduce sustancialmente el régimen que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1997.

Con ello, la cuestión suscitada se reorienta a decidir si, una vez agotados esos recursos generales, debe existir un cauce procesal adicional y específicamente destinado a depurar la nulidad de pleno derecho de las



CONSEJO DE ESTADO

actuaciones procesales, solución por la que opta el apartado número 3 del referido artículo 226.

La respuesta a esa cuestión depende, en gran medida, de cuáles sean los exactos contornos de la citada nulidad y de ese cauce procesal "ad hoc".

Se observa al respecto que el Anteproyecto trata esta cuestión con un criterio muy matizado.

Así, su artículo 224 enuncia, con carácter general, las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho, pero el ulterior artículo 226, número 3, no abre a todas ellas el incidente de nulidad de actuaciones, puesto que las circunscribe a las que se funden "en defectos de forma o en la incongruencia del fallo" que causen indefensión.

Por otra parte, el incidente tiene como destinatarios las resoluciones judiciales firmes y no susceptibles, por tanto, de recurso alguno.

A la vista de tales enunciados, ha de notarse:

- De un lado, que las causas de nulidad excesivamente amplias a las que proyecta aplicarse el incidente de nulidad de actuaciones afectarán a normas procesales, algunas de las cuales incidirán en el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución, por lo que podrán igualmente hacerse valer, no sólo a través del recurso extraordinario por infracción procesal que el Anteproyecto crea, sino también en el procedimiento especial previsto por el artículo 53, número 2, de la Constitución y en el ulterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, todo lo cual representa un sistema amplio y diversificado de cauces impugnatorios donde puede corregirse la citada nulidad.

- De otro, que la creación de una vía especial de recurso contra sentencias firmes que puede utilizarse durante los cinco años siguientes a su notificación contrasta con el plazo de que se



CONSEJO DE ESTADO

dispone (veinte días) para deducir el recurso (amparo) ceñido en las estrictas violaciones directas de derechos fundamentales (dos meses).

Por lo demás, ese amplísimo plazo de cinco años tiene unos serios riesgos para la seguridad jurídica, que se ponen especialmente de relieve en uno de los campos que el Anteproyecto quiere reforzar, cual es el de la ejecución de sentencias.

En efecto, una vez admitido ese recurso excepcional, resulta forzoso proyectarlo sobre la ejecución de las sentencias afectadas -tal y como hace el apartado número 4 del artículo 226 del Anteproyecto-, poniendo directamente en cuestión la confianza de todos los intervinientes en que ésta se llevará a cabo.

M

Valorando conjuntamente esos datos, el Consejo de Estado coincide con el del Poder Judicial en mostrarse contrario al incidente de nulidad de actuaciones diseñado por la citada Ley Orgánica 5/1997 y mantenido por el referido artículo 226 del Anteproyecto y entiende que la corrección de las nulidades de pleno derecho de que puedan adolecer las actuaciones judiciales está suficientemente atendida con el sistema de recursos contenido en el Anteproyecto, al que cabría añadir el procedimiento especial previsto por el artículo 53, número 2, de la Constitución.

Decimotercera.- La caducidad de la instancia (Título VI del Libro Primero)
Ese Título del Anteproyecto mantiene la figura procesal de la caducidad de la instancia, que se ha venido tradicionalmente entendiendo como una forma especial de terminación del proceso derivada del hecho de que el mismo quede paralizado y sin que las partes intervinientes efectúen en él actividad alguna durante un plazo relativamente prolongado de tiempo.

Tal y como destaca la dogmática procesal y recogen los artículos 230 y 231 del Anteproyecto, esa caducidad no pone en cuestión el principio de impulso de oficio, de modo que la paralización que es tenida en cuenta a tales efectos ha de tener un carácter rigurosamente excepcional por presentarse pese a que los



CONSEJO DE ESTADO

Juzgados y Tribunales tienen el deber de impulsar de oficio los diversos trámites en que se descompongan los procesos que conozcan.

De hecho, se plantea la cuestión de si, vigente ese principio de impulso de oficio, tiene sentido mantener la caducidad de la instancia, a lo que suelen invocarse algunos casos especiales (suspensión de procesos civiles, falta de cumplimentación de exhortos,...) en que la actitud y comportamiento de las partes justificaría la pervivencia de tal caducidad.

Así delimitada la cuestión, estima el Consejo de Estado que un replanteamiento general de la legislación procesal civil como el que efectúa el Anteproyecto ha de alcanzar forzosamente a la caducidad de la instancia vinculada a la inactividad de las partes y debe examinar en concreto, si los objetivos a los que sirve no pueden alcanzarse a través de otros conductos conceptual y técnicamente más depurados.

Plantado en tales términos el análisis a efectuar, entiende este Consejo que los casos especiales con los que suele conectarse la tradicional caducidad de la instancia de los procesos civiles pueden recibir una respuesta más elaborada y acorde con los principios que han de aplicarse al actual funcionamiento de nuestra jurisdicción civil.

Esa es, en efecto, la respuesta que se alcanza a propósito del supuesto más característico, cual es el caso de las suspensiones de los procesos civiles, cuyo necesario acotamiento quedó ya detenidamente expuesto en previos apartados de estas consideraciones.

Por lo que hace a otros supuestos especiales, estima este Consejo que una adecuada y exigente aplicación del principio de impulso de oficio por parte de los Juzgados y Tribunales brinda los instrumentos adecuados para que los procesos civiles no queden paralizados en caso alguno. En ese sentido, cabe remitirse, por ejemplo, a las apreciaciones que se dedicaron a la cumplimentación de los exhortos a través de las partes personadas.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que la nueva y ambiciosa regulación que el Anteproyecto acomete no es compatible con mantener una



CONSEJO DE ESTADO

figura residual y fácilmente sustituible como es la caducidad de la instancia vinculada con la inactividad de las partes intervinientes en los procesos civiles.

Alcanzada la anterior conclusión, ha de volverse la atención hacia un aspecto en que el Anteproyecto introduce una rigurosa novedad en nuestro Derecho procesal civil, cual es la de referir la caducidad de la instancia, no sólo a la ya comentada inactividad de las partes, sino también a la de los Juzgados y Tribunales (artículo 231, número 1)

Esa inactividad es netamente distinta de la de las partes intervinientes, puesto que, a diferencia de ésta última, deriva de desconocer el comentado principio capital de impulso de oficio de las actuaciones judiciales.

Por otra parte, y aún admitiendo, a efectos meramente hipotéticos, que pudieran presentarse algunos casos de inactividad atribuible a los órganos judiciales, nuestro Ordenamiento Jurídico dispone de medios adecuados (facultades de inspección gubernativa del funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, exigencia de responsabilidades disciplinarias,...) para impedir que puedan prolongarse durante los muy dilatados lapsos previstos en sede de caducidad de la instancia (cuatro años para la primera instancia, dos para la segunda instancia y tres para los recursos de casación y por infracción procesal).

Por último, no puede dejar de invocarse que los estándares constitucionales respecto del funcionamiento de la Administración de Justicia, plasmados en el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución, no son compatibles con ese tipo de inactividades judiciales.

En consecuencia, si ya había alcanzado una conclusión crítica respecto del mantenimiento de perfil tradicional de la caducidad de la instancia en los procesos civiles, el juicio de este Consejo se vuelve abiertamente opuesto a que esa caducidad pueda ampliarse y asociarse a la inactividad judicial.

Con independencia de ello, ha de notarse que el artículo 234 del Anteproyecto mantiene los clásicos efectos de la caducidad de la instancia, entendidos como desistimiento de la instancia a la que afecte, lo cual resulta admisible en el caso de la caducidad que derive de la inactividad de las partes.



CONSEJO DE ESTADO

Por el contrario, de mantenerse la caducidad asociada a la inactividad judicial, esos efectos deberán forzosamente matizarse, distinguiendo:

- En el caso de la primera instancia, puede mantenerse su efecto desestimatorio, pero salvando expresamente que el tiempo relevante a los efectos de la caducidad de la instancia no se computará, en caso alguno, para la de la acción que la parte en cuestión hizo valer en ese proceso.
- En el caso de los recursos, el efecto no puede ser el desestimatorio, con la consiguiente firmeza de la resolución impugnada, por cuanto ello supondría privar de medios de impugnación a quienes no fueron responsables de la paralización del proceso. Por lo mismo, la única solución admisible al respecto es el archivo del recurso y la expresa concesión a las partes de un nuevo plazo para plantearlo nuevamente, lo que pone gráficamente de relieve las anómalas consecuencias que tiene aplicar la figura de la caducidad de la instancia a un supuesto (la inactividad judicial) que le es completamente extraño.

Finalmente, ha de corregirse la redacción del inciso "en las actuaciones para la ejecución de ejecución forzosa" del artículo 233 del Anteproyecto.

Decimocuarta.- La tasación de costas (Título VII del Libro Primero). El Anteproyecto mantiene la configuración tradicional de la tasación de costas como un procedimiento posterior a la sentencia que decida el proceso, orientación que parece acertada y adecuada a la naturaleza de las cuestiones que deben dilucidarse, si bien hubiera igualmente podido aplicarse al respecto alguno de los novedosos cauces creados por el Anteproyecto, cual es el proceso monitorio.

Con el propósito de completar las previsiones del Anteproyecto, merecen apuntarse las siguientes cuestiones:

- De un lado, la omisión de los conceptos procedentes. Tal y como destaca el Consejo General del Poder Judicial, aunque el artículo 239, número 3, del Anteproyecto admite que la parte favorecida por la condena en costas impugne la tasación de costas por no incluir gastos



CONSEJO DE ESTADO

debidamente justificados, el siguiente artículo 240 no concreta la forma de tramitar tal impugnación, laguna que debe corregirse para despejar las dudas que pudieran suscitarse al respecto, máxime si se tiene en cuenta que el criterio tradicional era opuesto a admitir esa impugnación.

- De otro, los recursos procedentes. El Anteproyecto mantiene una dualidad de regímenes similar a la actualmente prevista por los artículos 428 y 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que las impugnaciones basadas en incluir honorarios excesivos son decididas por el Juzgado o Tribunal sin que proceda recurso alguno (apartado número 3 del referido artículo 240), mientras que las que se funden en incluir honorarios o derechos indebidos se sustancian en juicio verbal (apartado número 4 del citado artículo).

Compartiendo la sugerencia que efectúa al respecto el Consejo General del Poder Judicial, no parece justificada esa diferencia de regímenes, debiendo aplicarse a ambos casos la misma garantía procesal del oportuno recurso judicial.

Decimoquinta.- Las correcciones disciplinarias (Título VIII del Libro Primero) Aborda ese Título VIII las correcciones disciplinarias resultantes de la clásica figura de la "policía de estrados" que se ha reconocido tradicionalmente a los órganos jurisdiccionales.

Ocorre, sin embargo, que esa materia está actualmente regulada por los artículos 191 a 195 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, integrados dentro del Capítulo Primero del Título II de su Libro III, previsiones que no son afectadas por el binomio normativo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil-Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de donde resulta que, de aprobarse esos textos en la forma en que están actualmente concebidos, se producirá la indeseable duplicidad de regulaciones que ya ha sido detectada y objetada en previos apartados de la presente consulta.

Con independencia de reiterar aquí, una vez más, las apreciaciones que se avanzaron en esos previos apartados, las concretas previsiones del citado



CONSEJO DE ESTADO

Título VIII del Libro Primero del Anteproyecto recomiendan analizar las siguientes cuestiones:

a) El ámbito subjetivo de las citadas correcciones disciplinarias. Parece que éstas últimas han de dirigirse a salvaguardar el buen orden y el adecuado comportamiento de cuantas personas intervienen en la Administración de Justicia.

Consecuentemente, se echa en falta que los artículos 241, número 1, y 245, número 2, 1º, del Anteproyecto no incluyan una mención expresa al personal al servicio de la Administración de Justicia.

b) La renuncia injustificada de los Abogados y Procuradores. Esa renuncia a la defensa y representación que tales profesionales asumen aparece recogida en el artículo 245, número 2, 4º, del Anteproyecto.

Es claro que tal renuncia sólo puede dar lugar a una de las correcciones disciplinarias ahora consideradas en la medida en que afecte al buen funcionamiento y orden los Juzgados y Tribunales, lo que deberá apreciarse en función de las circunstancias que concurren en cada caso.

De lo anterior se extraen dos precisiones que convendría reflejar en el citado artículo 254, número 2, 4º:

- De un lado, que la falta de justificación de tales renunciaciones ha de referirse a que afecten negativamente en la ordenada programación de los Juzgados y Tribunales, por lo que lo relevante no es tanto el motivo en el que se fundamenten, sino el hecho de que no sean puestas diligentemente en conocimiento de los órganos judiciales.

- De otro, que sería preferible huir de la objetivación de los siete días y, por el contrario, referir esa falta de justificación a una apreciación caso a caso.

c) El régimen de recursos. Frente a la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, ya avanzada en su Libro Blanco de la Justicia, de que las correcciones disciplinarias puedan ser recurridas ante órganos



CONSEJO DE ESTADO

jurisdiccionales, la doctrina constitucional recaída al respecto ha dejado claro que las aludidas correcciones forman parte del gobierno de Juzgados y Tribunales, lo que, en opinión de este Consejo, avala que su recurso se deduzca ante los órganos gubernativos previstos por los artículos 243 y 247 de l Anteproyecto.

Finalmente, y en atención a la diversidad y pluralidad de ámbitos en que pueden imponerse las correcciones disciplinarias ahora examinadas, parece preferible que, a todo lo largo del Título VIII de su Libro Primero, el Anteproyecto se refiriese a "actuaciones judiciales" más que a "actos judiciales".

mj
Decimosexta.- Los procesos declarativos (Libro Segundo). El Libro Segundo del Anteproyecto dedicado a los "procesos declarativos", término que ya se ha acuñado para denominar a los procesos de cognición, entendidos como aquéllos que se dirigen a obtener una declaración de voluntad del juzgador, entendida en el sentido más amplio de tal término, que va desde las estrictas declaraciones en relación con determinada situación jurídica preexistente, hasta aquéllas otras declaraciones más especiales consistentes en crear, modificar o extinguir determinada situación jurídica, pasando por las que se dirigen a que condenen a la otra parte a estar y pasar por esa situación jurídica.

Precisamente por tratarse de una concepción ya acuñada, podría considerarse la conveniencia de sustituir la rúbrica general de ese Libro Segundo por la de "De los procesos de cognición".

Decimoséptima.- Las disposiciones comunes y especiales de los procesos declarativos ordinarios (Título I del Libro Segundo). Inicia ese Libro Segundo el Título I, centrado en los procesos declarativos ordinarios o, de aceptarse la anterior sugerencia, en los procesos ordinarios de cognición.

Ese Título comienza señalando el artículo 250 las distintas clases de procesos ordinarios: los que denomina "juicio ordinario" y "juicios verbales", fundándose este último plural en existir dos modalidades (artículo 442), según que se inicien con demanda 'ordinaria' (demanda "en la forma prevenida para el juicio ordinario"), o con demanda sucinta. A continuación, los subsiguientes artículos 251 a 257 delimitan el ámbito de cada uno de los procesos declarativos



CONSEJO DE ESTADO

ordinarios, lo que se hace mediante reglas de determinación del procedimiento por razón de la cuantía y por razón de la materia.

La regulación de esos procesos ordinarios tiene unas evidentes conexiones con las modalidades de procesos de cognición actualmente existentes, puesto que la regulación del Anteproyecto revela que el juicio ordinario está inspirado en el actual juicio de menor cuantía, mientras que los juicios verbales están inspirados en el denominado juicio de cognición (el que se inicia con demanda "ordinaria") y en el juicio verbal (el que comienza con demanda sucinta).

Se aprecia una evidente gradación en la respectiva complejidad y duración de cada uno de esos procesos ordinarios, en cuyo escalón inferior está el juicio verbal con demanda sucinta, cuya estructura no puede ser más sencilla (demanda sucinta, vista y sentencia), y que prima la oralidad, lo que revela que está pensado para los procesos de escasa cuantía y menor complejidad. En segundo término, aparece el juicio verbal con demanda "ordinaria", con pocas diferencias respecto del anterior (básicamente, demanda en forma, contestación escrita y preceptiva intervención de Abogado y Procurador) y concebido, por tanto, para aquellos casos en que se ha avanzado un grado en la complejidad de los asuntos o en la cuantía de la demanda. En el escalón superior está colocado el juicio ordinario, en el que la estructura es más compleja, la oralidad se ve parcialmente desplazada por la escritura, prima la dispersión de los actos y se hace más difícil la inmediatez. Es el proceso destinado a los casos en que existe un mayor grado de complejidad en la materia o cuya cuantía es ya elevada y se configura como el "juicio tipo" o proceso de referencia del Anteproyecto, del modo en que lo fue, como ya ha sido recordado, el juicio de mayor cuantía dentro de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

Frente a ese planteamiento, es especialmente relevante el juicio crítico que ha avanzado el Consejo General del Poder Judicial.

Ese Consejo se enfrenta, en concreto, con el hecho de que el Anteproyecto haya elegido al juicio ordinario como proceso de referencia y estima que quien debiera ocupar tal posición es el juicio verbal, apuntando al respecto que el juicio ordinario es un proceso sumamente formalizado y complejo, en el que domina la disgregación de fases y actuaciones procesales, y que requiere una



CONSEJO DE ESTADO

tramitación sumamente prolongada en el tiempo, por lo que, tras compararlo con el juicio de menor cuantía actualmente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluye que la tramitación respecto del actual de "menor cuantía" no sólo no se abrevia, sino que se ve notablemente ampliada, manteniendo, sino incrementando los mismos defectos hoy advertidos en la legislación procesal vigente.

M
Desarrollando esa tesis, el Consejo General del Poder Judicial sostiene que el juicio verbal se ajusta más al modelo propuesto en su Libro Blanco de la Justicia como proceso concentrado y oral que precisa la inmediación y, por ello, considera que debería ser el proceso ordinario común, aplicable subsidiariamente a los restantes procesos en defecto de norma expresa, mientras que el juicio ordinario se aplicaría solamente a algunas materias singulares, sin recurrir a criterios de cuantía económica y dejaría de acoger las pretensiones de cuantía indeterminada.

Para poder cumplir esa función y destacando que el juicio verbal está insuficientemente regulado en el Anteproyecto, el mencionado Consejo apunta que requeriría de una serie de normas sobre su desarrollo, para evitar que hubiese que acudir a las normas del juicio declarativo de carácter escrito, desnaturalizándolo y limitando su eficacia.

En relación con esta concepción general de los procesos civiles de cognición y con las muy diversas apreciaciones del Anteproyecto y del Consejo General del Poder Judicial, resulta obligado efectuar algunas consideraciones generales, cuales son

- En primer lugar, no está de más recordar que el hecho de que el juicio ordinario sea el juicio tipo no quiere decir que el mayor número de los procesos vayan a seguir su tramitación. En este sentido, y teniendo en cuenta los números que se recogen en el Libro Blanco de la Justicia, es muy posible que la mayoría cuantitativa de los litigios civiles sigan otros cauces procedimentales, cuales son los relativos a la ejecución de títulos extrajudiciales, los procesos monitorio y cambiario y los juicios verbales.

De ello resultará que el juicio ordinario será el juicio tipo teórico en el concreto sentido de dar sistema a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.



CONSEJO DE ESTADO

- En segundo lugar, la importancia que tiene el necesario realismo para conseguir uno de los objetivos que se autoimpone el Anteproyecto, cual es el del efectivo cumplimiento de sus normas.

Esa óptica realista resulta especialmente necesaria cuando se abordan las modificaciones que deben introducirse en la actual ordenación de nuestros procesos de cognición y exige tener bien presentes datos tales como la actual situación de esos procesos, los medios de que disponen los Juzgados y Tribunales y las consecuencias prácticas y el modo en que se insertarían en esa situación de partida las concretas modificaciones que se propugnen.

Parece que ha sido esa adecuación a la realidad lo que ha llevado a configurar como "proceso-tipo" el juicio ordinario y no el juicio verbal. En este sentido se ha manifestado la doctrina, recordando que la prevista oralidad de los actuales juicios de cognición y verbal no se aplica en la práctica de la mayoría de los Juzgados, que una oralidad radical requiere unos medios personales y materiales de los que muchos de nuestros Tribunales carecen y que el éxito de la oralidad de la jurisdicción laboral es difícilmente trasladable a la justicia civil, porque el grado de estandarización de ésta es mucho menor que el de aquélla.

- Por último, el peso relativo que la ordenación teórica de los procesos civiles tiene para solucionar los problemas que se detectan en el actual funcionamiento de nuestra jurisdicción civil. En ese sentido, ha de insistirse en que la mera reformulación de los esquemas procesales no permitirá solucionar buena parte de tales problemas y que tal remedio exige abordar simultáneamente otras cuestiones que ya han sido abordadas en esta consulta, entre las que merece la pena recordar los llamados "tiempos muertos" en la práctica de las actuaciones de comunicación, la reconsideración de las diligencias de ordenación y la resoluciones judiciales, la organización de las oficinas judiciales y la distribución de cometidos entre sus integrantes y la potenciación de los servicios judiciales comunes y especializados.



CONSEJO DE ESTADO

Otras de esas cuestiones relevantes al efecto han sido planteadas por diversos órganos informantes en el expediente, entre las que han de destacarse los hábitos de trabajo de Jueces y Magistrados en los trámites intermedios tales como las comparecencias y las preferencias rutinarias de muchos Abogados y profesionales forenses por los trámites escritos.

Valorando conjuntamente las anteriores reflexiones, entiende el Consejo de Estado que la opción del Anteproyecto de erigir el juicio ordinario como proceso de referencia es una medida prudente, sin que existan datos que obliguen a preferir una distinta orientación general de los procesos civiles.

Sin embargo, de las anteriores reflexiones surge también la necesidad de conceder una atención preferente al modo en que están regulados y se desenvuelven los diversos trámites en que se descompone cada proceso y las novedades que el Anteproyecto aporta al respecto.

En concreto, tal análisis deberá tener especialmente en cuenta la necesidad de evitar que los diversos trámites procesales puedan dar lugar a innecesarias dilaciones, sopesar adecuadamente las ventajas e inconvenientes de la configuración oral o escrita de esos trámites y fortalecer al máximo los principios de inmediación y concentración.

Ese análisis detallado brindará buenas oportunidades para recoger una parte sustancial de las sugerencias planteadas por el Consejo General del Poder Judicial y los restantes órganos que han informado el Anteproyecto.

Para concluir este análisis general de la ordenación general que el Anteproyecto dedica a los procesos civiles, ha de comentarse finalmente su respectiva denominación, óptica desde la que nuestra vigente regulación es objeto de reiteradas críticas dogmáticas, que destacan los criterios poco relevantes y escasamente coherentes que utilizan la Ley de Enjuiciamiento Civil y las ulteriores disposiciones que la han venido complementando.

Por lo que hace al Anteproyecto, se aprecia una cierta heterogeneidad de criterios, por cuanto el juicio ordinario merece tal calificativo desde el punto de vista de ser el "modelo" de administración de la jurisdicción civil, mientras que



CONSEJO DE ESTADO

se califica de "verbales" a los restantes modelos de juicios desde una óptica del grado de oralidad que observan.

Al servicio de la depuración conceptual y terminológica propugnada en el apartado D) de la cuarta consideración de este dictamen, parecería preferible que el Anteproyecto se decantase por un único criterio calificador de los procesos ordinarios de cognición, lo que, aplicando los datos que los distinguen, podría llevar a contraponer el "juicio mayor" a los "juicios menores", incluyendo dentro de éstos últimos, al "juicio menor ordinario" y al "juicio menor simplificado", que sustituirían, así, respectivamente, al "juicio ordinario", "juicio verbal con demanda ordinaria" y "juicio verbal con demanda sucinta".

También en relación general con los procesos de cognición, no debé pasar por alto el hecho de que el Anteproyecto refiere múltiples de sus previsiones a importes monetarios expresados en pesetas, como es el caso paradigmático de la distinción entre los juicios verbales ordinarios y los simplificados en razón de la cuantía de 300.000 pesetas.

Dada la proximidad de la instauración del euro, sería conveniente incorporar una expresa habilitación para transformar esos importes en nuevas magnitudes expresadas en euros. Esas habilitaciones debieran estar construidas en términos amplios, de modo que no obligasen a una mera conversión matemática de los actuales importes en pesetas —ya que ello daría lugar a cantidades en euros de muy difícil utilización—, sino que permitiesen optar por importes en euros tan redondos y de fácil utilización como los actuales en pesetas.

Pasando ya a analizar detalladamente las previsiones que el Título I del Libro Segundo del Anteproyecto dedica a los procesos ordinarios de cognición, puede seguirse al respecto la propia sistemática de la proyectada regulación, que trata sucesivamente de las disposiciones comunes a todos ellos y de las previsiones específicas de cada uno de ellos.

A) Disposiciones comunes a los procesos ordinarios de cognición. Dentro de las previsiones que el Capítulo I del citado Título contiene, merecen alguna precisión:



CONSEJO DE ESTADO

1- Las reglas para determinar la competencia. Aunque el artículo 253, regla 12ª, hace referencia a los pleitos relativos a una herencia o a un conjunto de masas patrimoniales, parece que quiere aludir a una masa patrimonial, ya que el conjunto comprende los distintos elementos que forman el patrimonio.

Por su parte el epígrafe del artículo 255 está incorrectamente redactado, siendo preferible la fórmula "Expresión de la cuantía en la demanda".

Por otra parte, y aunque se ha invocado, no se aprecia, en realidad, contradicción entre los párrafos primero y segundo del artículo 256, número 1, si "lo pedido" se entiende referido a la pretensión y no al tipo de juicio pedido por el actor. En tal caso, no tiene mucho sentido iniciar el segundo párrafo con la expresión "no obstante". En todo caso, debe quedar claro que el órgano judicial tiene que dar al juicio la tramitación que corresponda de acuerdo con el valor real o la concreta materia litigiosa a que se refiera la demanda, sin estar vinculado por el tipo de juicio solicitado ni por la valoración realizada por el actor.

2- Las diligencias preliminares. El artículo 259 excluye la declinatoria en relación con tales diligencias, pero señala que el Juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y, si entendiera que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de hacerlo, indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que debe acudir, que no podrá inhibirse del conocimiento del asunto. Compartiendo las apreciaciones que el Consejo General del Poder Judicial ha efectuado al respecto, entiende este Consejo que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley contenido en el artículo 24 de la Constitución se opone a que el Juzgado o Tribunal designado por quien se considere incompetente no pueda rehusar el conocimiento del asunto y no pueda someter la cuestión al superior jerárquico común.

Por otra parte, el artículo 260, número 1, del Anteproyecto dispone en su inciso final que el Tribunal rechazará la solicitud de diligencias si no las considerare justificadas "o estimare insuficiente la fianza que en definitiva se ofrezca". Compartiendo, de nuevo, la sugerencia del Consejo General



CONSEJO DE ESTADO

del Poder Judicial, estima este Consejo que debe sustituirse esa segunda causa de denegación basada en un defecto subsanable por la previsión de que el órgano actuante cuantificará la fianza o caución y especificará, en su caso, la modalidad de fianza requerida en la misma resolución en que acuerde la admisión de la solicitud presentada. De este modo se evitaría que la práctica de las diligencias preliminares dependiera de una condición tan incierta como la establecida en el texto, que requiere un "pronóstico eventual" sobre el criterio del Juez en relación con la cuantía de la caución.

Pese a que el artículo 262, número 1, prevé que la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas dándose a las actuaciones la tramitación prevista para los juicios verbales, no precisa a cuál de sus modalidades, planteándose adicionalmente la posibilidad evocada por el Consejo General del Poder Judicial de que pudiesen canalizar esta cuestión por el trámite de los incidentes regulados por los artículos 284 a 290 del Anteproyecto.

También se ha considerado si la supresión de la doble instancia en esta materia (artículo 262, apartados números 3 y 4) podría generar indefensión, ante la imposibilidad de preparar el juicio futuro, restringiendo así el contenido del artículo 24 de la Constitución. Anticipando reflexiones sobre las que se volverá al examinar el régimen de recursos contenido en el Anteproyecto, ha de notarse que la lucha por una "justicia más eficaz", por una tutela judicial efectiva, ha llevado en ocasiones a los redactores del Anteproyecto a optar, no sin riesgos, por un recorte de recursos e incidentes, con una mayor confianza en los órganos judiciales de primera instancia. Cualquier opción extrema -eliminación de todos los recursos consiguiendo una máxima celeridad, o incorporación de todos los posibles con dilaciones no razonables en el proceso- vulneraría el contenido del artículo 24 de la Constitución. Evitando tales extremos, debe buscarse un equilibrio entre celeridad de la justicia y existencia de recursos suficientes, sin que la eliminación de la segunda instancia en el incidente relativo a la admisión o no de diligencias preliminares parezca vulnerar el artículo 24 de la Constitución.



CONSEJO DE ESTADO

Previendo que los Juzgados y Tribunales mandarían que se proceda a la entrada y registro del lugar en que puedan hallarse los documentos y título cuya exhibición se hubiese requerido y no conseguido, el artículo 263, número 2, del Anteproyecto se enfrenta a que la dificultad en la determinación de tal lugar puede dar lugar a registros y entradas sin las necesarias garantías de hallar lo buscado y con riesgo de vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, además del de generar reclamaciones de indemnización por funcionamiento de la Administración de Justicia

M
Tales eventualidades han llevado al Consejo General del Poder Judicial a considerar más razonable que la citada negativa a exhibir los documentos y títulos requeridos se asemeje a la de no presentar los documentos contables solicitados (artículo 263,4º, del Anteproyecto) y a tener por ciertas las manifestaciones efectuadas por el solicitante.

Sin embargo, esa consecuencia puede constituir una invitación al solicitante de las diligencias a inventarse unas cuentas y datos que normalmente ignora. Tal invitación podría ser igualmente peligrosa en el caso del artículo 263,2º, del Anteproyecto. Probablemente, lo más adecuado sea mantener la posibilidad del artículo 263,2º, pero limitándola a los supuestos en que existan ciertas "garantías de éxito", de modo que no cabría autorizar la entrada y registro de todo lugar donde "puedan hallarse" los títulos y documentos, sino donde se haya acreditado que existe una alta probabilidad de que se encuentren.

3- La presentación de documentos. Al disponer el artículo 267 que a toda demanda o contestación deberán acompañarse los documentos en que las partes funden sus derechos y a la vista de que su omisión acarrea las graves consecuencias que se contemplan en los artículos 271 y 274, surge la pregunta acerca del sentido con que alude a "documentos" y, más en concreto, la cuestión de si ha de referirse tal concepto a su acepción clásica, o deben entenderse en él incluidos los soportes informáticos y otros medios técnicos, en la línea recogida en el artículo 26 del Código Penal.



CONSEJO DE ESTADO

Sobre esta cuestión se volverá en el capítulo de medios de prueba, pero ha de notarse ahora que se trata de un extremo relevante porque probablemente no serán escasos los supuestos en que las partes funden sus derechos en "documentos" de este nuevo tipo (soportes informáticos y otros medios técnicos), tal y como son los casos de las demandas en materia de competencia desleal, en materia de propiedad industrial o propiedad intelectual (juicio ordinario) o en las que se pretenda la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (juicio verbal).

4- Las copias de los escritos y documentos y su traslado. Se suscitan al respecto algunas observaciones secundarias. Así, parece que el último inciso del artículo 276, número 1, ha de referirse a las copias de los escritos procesales, no de cualquier documento que se aporte.

Por otra parte, la redacción del artículo 282 excluye la posibilidad de que las partes obtengan, aun a su costa, copia autorizada de los escritos y documentos de cuyo traslado si tenga constancia el Juzgado o Tribunal (piénsese, por ejemplo, que la copia de la que si se hubiera dado traslado a la parte se hubiera perdido sin culpa o por causa de fuerza mayor).

Finalmente, el artículo 283 debiera precisar que la nulidad de lo actuado como consecuencia de la denuncia que contempla está en función de que se acredite la inexactitud de la denuncia y que ésta última "hubiera podido afectar a la defensa de la parte".

5- La condena en costas. Al servicio del aludido objetivo de asegurar la efectividad en el cumplimiento de la Ley, teniendo en cuenta la experiencia de que se dispone en los órdenes jurisdiccionales que ya lo prevén y compartiendo la propuesta que ha efectuado al respecto el Consejo General del Poder Judicial, parece una medida eficaz que la regulación procesal civil contemplase la posibilidad de imponer a los litigantes temerarios o que actuasen de mala fe o con abuso del derecho, además de las costas del proceso o del incidente, una sanción análoga a la que prevén los artículos 95, número 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 97, número 3, de la Ley del Procedimiento Laboral, en



CONSEJO DE ESTADO

cuantía suficientemente predeterminada en la Ley, complementando así de manera efectiva lo dispuesto en el artículo 11, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial para las actuaciones procesales en que se aprecie ese modo de proceder.

Como precisión meramente formal, ha de salvarse la errata de numeración del artículo 291 del Anteproyecto, en el que alta un apartado número 4.

B) Disposiciones propias del juicio ordinario. Sin perjuicio de lo que ya se apuntó al respecto al comienzo de esta consideración y abordando el juicio detallado que allí se anunció, procede ahora examinar pormenorizadamente las previsiones que el Anteproyecto dedica a su regulación, lo que exige comentar las siguientes cuestiones:

M

1- La comparecencia. Existe una amplia coincidencia en destacar la necesidad de fortalecer las virtualidades de este trámite, habiendo llegado incluso algunos órganos informantes (Asociación Profesional de la Magistratura) a postular que se refundiese con la llamada "audiencia para la práctica de la prueba".

Aunque juzga poco realista esta última propuesta, este Consejo sí comparte la necesidad de fortalecer la comparecencia y entiende que el Anteproyecto trata de atenderla en diversos frentes, tal cual es el caso especialmente significativo de la posibilidad de dictar sentencia inmediatamente después de la comparecencia en el caso de que, en su transcurso, hubiese conformidad en los hechos y se redujese la discrepancia entre las partes a cuestiones jurídicas (artículo 324).

Adicionalmente, y tal y como ya se apuntó al comienzo de esta consideración, no cabe olvidar que esa potenciación de la comparecencia exige ineludiblemente modificar los actuales hábitos de trabajo de Jueces y Magistrados en el sentido de exigirles acudir a ese trámite conociendo detalladamente las cuestiones que se susciten en el correspondiente proceso y en posición, consiguientemente, de adoptar en ese mismo acto importantes decisiones respecto de su ulterior desarrollo.



CONSEJO DE ESTADO

Desde la óptica que brindan las anteriores reflexiones de carácter general han de examinarse las concretas cuestiones que suscita ese trámite procesal, que comprenden:

a) Su carácter potestativo. El Consejo de Estado no ve objeción alguna a la regulación que el artículo 311 del Anteproyecto dedica a los casos en que puede omitirse la comparecencia, impidiendo así que se configure como un trámite inevitable aun cuando no fuera necesario

En la ya apuntada línea de destacar la activa e inmediata implicación que los Juzgados y Tribunales civiles deben observar desde el mismo comienzo de la tramitación de los asuntos de que conozcan, resulta especialmente acertado el inciso final del artículo 311.2, según el cual, si no se plantearan cuestiones que pudieran obstar al pronunciamiento de una sentencia sobre el fondo del asunto, se omitirá la comparecencia siempre que el Juzgado o Tribunal actuante entendiere que resulta improbable lograr un acuerdo o transacción que ponga fin al proceso.

b) Las consecuencias de la inadecuación del juicio ordinario por razón de la cuantía. Plantea alguna duda al respecto la relación entre los artículos 319 y 320. El primero se refiere a la resolución en los casos de inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía, estableciéndose en el segundo párrafo del apartado segundo que, si procediese seguir los trámites del juicio verbal, se pondrá fin a la comparecencia, citando a las partes para la vista de dicho juicio. En el artículo 320, relativo a la resolución en casos de inadecuación de procedimiento por razón de la materia, se dispone (primer párrafo del apartado tercero) que, si el procedimiento adecuado fuese el del juicio verbal, se citará a las partes para la vista, "salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley", en cuyo caso, se sobreseerá el proceso. Podría ocurrir que se estableciera un plazo de caducidad para una determinada materia, no expresamente remitida al juicio ordinario,



CONSEJO DE ESTADO

y que por razón de la cuantía de la demanda debiera tramitarse por los cauces del juicio verbal. En tal caso, sería necesario adecuar el artículo 319 a lo previsto en el 320.

M

2. Proposición y práctica de la prueba. Con un carácter general, y tras mencionar el paralelismo estructural o sistemático que el Anteproyecto guarda con la regulación actual de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Consejo General del Poder Judicial hace una referencia a las recomendaciones generales que el Libro Blanco de la Justicia hace acerca de la práctica de la prueba en la primera instancia. En el mismo se manifiesta la preferencia por la oralidad y la conveniencia, en la medida de lo posible, de la concentración, subrayándose el papel que el juez debe tener en el proceso: nunca el de mero espectador, sino el de director e impulsor, con iniciativa propia. Termina señalando 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, favoreciéndose que se practique, en caso de que efectivamente se lleve a cabo, en la fase de apelación. Si, por el contrario, la práctica de la prueba se concentrara en lo esencial en el acto de juicio, se favorecería que el juez de instancia dispusiera del aporte probatorio esencial y lo tuviera presente en el momento de quedar los autos conclusos y vistos para sentencia.

El Consejo de Estado hace suyas las anteriores reflexiones, que brindan un buen punto de partida para examinar las cuestiones generales que suscita la proposición y práctica de la prueba, cuales son:

- a) El exacto objeto de la prueba. Se echa en falta al respecto un claro pronunciamiento del Anteproyecto acerca de que ese objeto han de ser las concretas cuestiones fácticas respecto de las que exista controversia entre las partes.
- b) La ubicación procedimental de la proposición y admisión de la prueba. El Consejo General del Poder Judicial llama la atención sobre el hecho de que la proposición de la prueba no se efectúa



CONSEJO DE ESTADO

de manera concentrada, sino que cada parte puede proponer, dentro del plazo común de diez días, la prueba que le interese, con otros tantos traslados a la parte contraria, generando así una especie de inestabilidad en cuanto al objeto de la prueba, siquiera sea con carácter transitorio, hasta la conclusión del plazo para proponer, y, finalmente, señala que el periodo adicional del artículo 330, número 3, del Anteproyecto busca la plena igualdad entre los litigantes, pero es sencillamente dilatorio, por lo que podría suprimirse, si es que no llega a establecerse un sistema de proposición única en los escritos de demanda y contestación, tal y como se propugnaba en su Libro Blanco de la Justicia.

7 Planteada la cuestión en tales términos, el Consejo de Estado estima que, sin llegar a esta última decisión más drástica, si debería potenciarse decididamente el principio de concentración, lo que podría lograrse insertando la proposición de la prueba, con carácter general, en los escritos de demanda y contestación y admitiendo que se complete, en su caso, en la comparecencia, una vez que hayan quedado fijados los hechos controvertidos tal y como previene el artículo 324 del Anteproyecto, trámite en el que se decidiría igualmente sobre la admisión de la prueba propuesta.

c) La concentración en la práctica de la prueba. Al servicio de ese mismo objetivo de potenciar el principio de concentración, sería oportuna una redacción algo más decidida del artículo 332, número 1, al prever que las pruebas admitidas deberán practicarse, en unidad de acto, durante la audiencia prevista para tal práctica, lo que exigiría, tal y como sugiere el Consejo General del Poder Judicial, algunas precisiones relativas a la preparación de la prueba para su ulterior práctica en ese solo acto, a ese régimen de unidad procesal y a su aplicación a los juicios verbales.

Vinculado también a esta cuestión, sería conveniente que el artículo 339 previese que, a la hora de señalar día y hora para pruebas que hayan de practicarse separadamente, se indicaran



CONSEJO DE ESTADO

también las sesiones posteriores si se prevé que serán varias, para evitar que se tengan que realizar sucesivos señalamientos.

En esa misma línea, en aras de una mayor concentración y por lo que concierne al artículo 347; que prevé, con carácter general, la posibilidad de sesiones posteriores en la audiencia para la práctica de la prueba; sería oportuno que esas sesiones posteriores fueran, como regla general, en los días inmediatamente sucesivos, y sólo excepcionalmente en otros.

M

d) Los periodos ordinario y extraordinario de prueba. Además de compartir las reflexiones del Consejo General del Poder Judicial en torno a que el establecimiento de un periodo extraordinario de prueba constituye una injustificada dilación y a la conveniencia de distinguir entre los supuestos en que la sede de práctica probatoria es el territorio nacional y aquéllos otros en que la prueba debe realizarse fuera del mismo, el Consejo de Estado postula introducir una cláusula de modulación de este periodo extraordinario, estableciendo una limitación máxima de dos meses, pero reservando al criterio del juez la concesión de los días "imprescindibles" para el periodo extraordinario, en función de todas las circunstancias concurrentes.

e) Las sanciones a la no aportación de prueba. El Consejo General del Poder Judicial ha estimado que el principio de aportación de parte que rige la prueba en el proceso civil se opone a que el artículo 337 permita imponer una sanción de multa al litigante por cuya causa no se practique algún medio de prueba de los que él mismo hubiera propuesto, si bien admite tal tipo de sanción en el caso de que la temeridad del litigante al respecto cause un perjuicio, perturbe o retrase el desarrollo del proceso.

A propósito de esta cuestión, el Consejo de Estado entiende que el principio de aportación de parte no obsta a la imposición de una sanción al litigante temerario o que perturbe el buen desarrollo del



CONSEJO DE ESTADO

proceso y que tales circunstancias se dan en quien, habiendo propuesto una prueba, impida con su conducta que se practique.

7 f) Las sanciones a los testigos y peritos incomparecidos. Además de destacar que el artículo 350 del Anteproyecto debiera insistir en el carácter injustificado de esa incomparecencia, este Consejo comparte las sugerencias del Consejo General del Poder Judicial de matizar 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 de recoger expresamente la 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.

3- Los medios probatorios. Se ocupa de ellos la Sección Sexta del Capítulo II del Título I del Libro Segundo del Anteproyecto, que aborda separadamente las presunciones, y los medios de prueba.

Una cuestión de alcance general suscitada al respecto es la conveniencia de que la regulación del Anteproyecto no se inserte dentro de las provisiones que dedica al juicio ordinario, sino que pase al apartado de las disposiciones generales aplicables a todos los procesos de cognición, lo que debería completarse con las oportunas especialidades que la práctica de tales medios probatorios debiera tener en cada una de las modalidades de esos procesos.

Esa reordenación tendría la ventaja de fijar el régimen general de cada medio probatorio y de recoger, al mismo tiempo, las eventuales especialidades que debieran observarse al practicarlos en las distintas clases de juicios, evitando que las normas singulares de uno de ellos se extendiese indebidamente a los restantes.



CONSEJO DE ESTADO

Así podrían salvarse, en concreto, las especialidades probatorias requeridas por los juicios verbales, sin hacer a éstos últimos automáticos tributarios del régimen probatorio pensado para el juicio ordinario.

Por lo que se refiere a las concretas previsiones que el Anteproyecto dedica a cada uno de los medios probatorios, suscitan los siguientes comentarios:

M

a) El interrogatorio de las partes. Como señala la "Introducción" del Anteproyecto, la "excesivamente ritualizada confesión de las partes es sustituida por una declaración más flexible, con interrogatorio cruzado, sin posibilidad de conocer anticipadamente las preguntas", lo que, en líneas generales, ha sido bien acogido en los informes y estudios relativos al Borrador del Anteproyecto, como son los casos, por ejemplo, de los informes emitidos por el Consejo General de la Abogacía Española y por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Sin embargo, y en la misma línea de quienes han estimado insuficiente tal flexibilización —como son los casos de la Asociación Profesional de la Magistratura y del Consejo General del Poder Judicial— este Consejo de Estado entiende que el Anteproyecto debería recoger un interrogatorio totalmente espontáneo, sin preguntas formuladas previamente por escrito y con facultad de las partes de hacerse directamente las preguntas, lo cual ha de acompañarse de unas amplias y enérgicas facultades de los Juzgados y Tribunales para encauzar los interrogatorios, permitiéndoles declarar la impertinencia de preguntas, limitar los tiempos de intervenciones, acotar las cuestiones ya suficientemente tratadas, llamar al orden a quines incidan en cuestiones ya aclaradas,...

Por lo que hace a los efectos de la incomparecencia, el Consejo General del Poder Judicial ha objetado que el artículo 355 del Anteproyecto prevea que si la parte citada para el interrogatorio no compareciere a la audiencia, el Tribunal podrá considerar



CONSEJO DE ESTADO

admitidos los hechos del interrogatorio en los que el declarante hubiera tenido intervención personal y sobre los que se formularan preguntas que exigieran respuesta categórica, afirmativa o negativa, sosteniendo que esa *ficta confessio* ofrece inconvenientes en la práctica de una diligencia probatoria aislada, y que en todo caso "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".

Sin embargo, parece que la expresa advertencia no plantea dificultades sustancial alguna y que los problemas asociados al previo conocimiento de las posiciones formuladas quedarían obviados de admitirse la mayor flexibilización propuesta para el interrogatorio de las partes.

Por lo demás, estima este Consejo de Estado que esa *ficta confessio* es un eficaz elemento disuasorio a la incomparecencia de la parte citada para el interrogatorio, *confessio* y puede ayudar a reducir el importante número de procesos "inaudita parte" que se da en la práctica, determinado en parte por las estrategias procesales de estimar preferible una incomparecencia a la necesidad de una defensa expresa en caso de comparecer.

En todo caso, deben quedar adecuadamente salvaguardados los derechos de los afectados, por lo que el Anteproyecto debería introducir expresamente otra justificación de la incomparecencia que fuese más allá de la "imposibilidad debida a fuerza mayor o circunstancia de análoga entidad, que no haya podido prever".

b) Los documentos públicos y privados. Se suscitan al respecto una pluralidad de cuestiones, tales como son:

- La ubicación sistemática de su regulación. Muchas reticencias suscitó que el Borrador del Anteproyecto propusiese derogar todas las previsiones del Código Civil relativas a la prueba, aunque algunos informes, como el de



CONSEJO DE ESTADO

la Asociación Profesional de la Magistratura, se pronunciaron en favor de una regulación total de esa materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo toda remisión de ésta al Código Civil.

El texto definitivo del Anteproyecto se hizo eco de los informes y estudios que propugnaron mantener una regulación sustantiva de los documentos en el Código Civil, independientemente de que las normas de carácter estrictamente procesal quedaran de él excluidas y se integraran en el código procesal, de modo que limita la derogación de artículos del Código Civil a aquéllos que se consideran de carácter estrictamente procesal. Aun así, se siguen planteando algunos problemas en relación con artículos determinados, como el 1218 que si se deroga, o los artículos 1221, 1224, 1228 y 1229, que no se derogan.

Sin entrar a analizar cada uno de los casos, si puede señalarse cuál debe ser el criterio que, a juicio del Consejo de Estado, ha de seguirse en esta cuestión, que consiste en remitir los artículos de carácter procesal (documentos en cuanto medios de prueba) a la Ley de Enjuiciamiento Civil y en reservar, por el contrario, los de índole sustantiva en el Código Civil (así, señaladamente, los relativos a los efectos de las distintas clases de documentos).

Lógicamente, existe una zona de intersección, en cuanto dentro de los efectos de los documentos tiene especial relevancia su eficacia probatoria.

La solución de esa zona común debería consistir en que la eficacia probatoria en juicio de los documentos estuviese integralmente contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que sus efectos generales y, entre ellos, su eficacia probatoria extraprocesal figuraría en el Código Civil.



CONSEJO DE ESTADO

- El concepto de documentos. Invocando la generalización de herramientas informáticas, soporte electrónico y medios audiovisuales, el Consejo General del Poder Judicial postula un concepto avanzado de "documento", como el recogido en el artículo 26 del vigente Código Penal, y sostiene que el Anteproyecto parece decantarse por la inclusión de estos medios técnicos dentro de la prueba de reconocimiento judicial.

Sin embargo, queda la duda si no podrían considerarse incluidos entre los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen contemplados en el artículo 351, número 2, del Anteproyecto, al hilo de cuyo examen se volverá sobre esta cuestión.

En todo caso, y dada la citada generalización, sería necesario que se especificara la consideración y tratamiento que deben tener.

- La negativa de terceros a la exhibición de documentos de su propiedad. Frente a la tesis del Consejo General del Poder Judicial, que ha visto en esa posibilidad (artículo 381, número 1, del Anteproyecto) una limitación del principio general de colaboración con la Administración de Justicia, entiende este Consejo que se trata de una norma prudente a la vista de los legítimos títulos que pueden amparar esa negativa, respecto de los que el citado precepto deja a salvo la posibilidad de discutirlos ejercitando las oportunas acciones.

- La negativa de entidades públicas a la exhibición de sus documentos. También hace el Consejo General del Poder Judicial una serie de observaciones en relación con el artículo 383, número 1, del Anteproyecto, que impide a entidades públicas negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los Tribunales, ni



CONSEJO DE ESTADO

oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter confidencial, reservado o secreto.

M

En concreto, el mencionado Consejo estima que debería excluirse la referencia que en el citado artículo se hace a los datos o documentos de carácter confidencial y objeta la mención del "deber legal de secreto" en el apartado 2 del mismo artículo, entendiendo que, salvo en los casos en que se trate de documentación clasificada, reservada o secreta - casos en que existe deber legal de secreto, excepciones al principio de publicidad y transparencia de la actuación administrativa respecto de los ciudadanos y casos de exigencia de sigilo o de confidencialidad impuestas a autoridades y funcionarios por razones de eficacia o de datos de carácter personal-, debería darse mayor relevancia al principio de colaboración con la Administración de Justicia.

El Consejo de Estado estima que, en este punto, lo más correcto sería acercar tales supuestos al que prevé el artículo 423, número 1, del Anteproyecto -testigos con deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se les interroga-, previendo que la entidad pública requerida para esa exhibición documental deberá manifestar razonadamente al órgano judicial las razones que la impiden, a fin de que, considerando el fundamento de esa negativa, el correspondiente Juzgado o Tribunal resuelva si acepta el carácter reservado del documento en cuestión o debe discutirlo a través de las vías previstas al efecto en nuestro Ordenamiento Jurídico.

c) El dictamen de peritos. El Anteproyecto introduce importantes modificaciones en la prueba pericial, creando los dictámenes de peritos designados por las partes, que pueden ser tachados pero



CONSEJO DE ESTADO

no recusados y reservando la designación de peritos por los Juzgados y Tribunales -éstos susceptibles de recusación- para los casos que se consideran estrictamente necesarios.

Por otra parte, y como regla general, el dictamen pericial debe ser aportado con la demanda y con la contestación a la demanda y, en caso contrario, hay que justificar la imposibilidad de haberlo pedido u obtenido y, en su caso, anunciar que se ha solicitado.

El sistema diseñado pretende dar eficacia y agilidad a la práctica de la prueba pericial; en contrapartida, se corren mayores riesgos en lo que respecta a la imparcialidad de los peritos. Quizá ayudaría a reducir el riesgo de parcialidad de los peritos la previsión de que fueran expresamente informados, en caso de desconocerlo, del contenido de los artículos 459 y 460 del Código Penal, relativos a los peritos e intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, y a los que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alteraren con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que les fueran conocidos. En la misma línea, los litigantes podrían ser informados del contenido del artículo 461 del Código Penal, relativo a la presentación de peritos o intérpretes mendaces.

A la crítica del Consejo General de la Abogacía Española a propósito de que la "privatización" de la prueba pericial puede llevar a injustas situaciones de desigualdad entre las partes, hay que añadir el apunte del Consejo General del Poder Judicial del estricto carácter dispositivo con que se configura la prueba pericial, hasta el punto de que el órgano judicial no puede solicitar ni siquiera que se amplíe la misma (artículo 398, número 4).

A fin de paliar los inconvenientes que pueden efectivamente derivarse de tales datos, estima razonable este Consejo la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial de que se extiendan las facultades del órgano judicial en relación con la



CONSEJO DE ESTADO

prueba pericial, especialmente en las aludidas situaciones de desigualdad.

En otro orden de consideraciones, ha de llamarse la atención sobre la conveniencia de que este medio de prueba se realice 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.

Finalmente, la remisión que el artículo 393, número 1, del Anteproyecto hace a su artículo 391, número 2, se dirige, en realidad, al artículo 386, número 2.

d) El reconocimiento judicial. Una de las preocupaciones más extendidas al respecto es el rechazo generalizado con que suele encontrarse su proposición.

Acogiendo una de las propuestas que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid avanza para solucionar esta cuestión, parece razonable exigir una detallada motivación en los casos en que ese medio probatorio sea rechazado.

Por último, hay que notar que lo dispuesto en el artículo 408 del Anteproyecto a propósito de los medios técnicos para la constancia del reconocimiento judicial puede llevar en ocasiones a que el Juzgado o Tribunal no acceda al reconocimiento judicial por poder obtenerse los mismos resultados por otro medio de prueba (medios técnicos de reproducción de la palabra, sonido e imagen); pero es que, de hecho, en ocasiones no planteará problemas esa sustitución.

e) El interrogatorio de testigos. En relación con el interrogatorio de los testigos se repiten en términos semejantes las observaciones que se han formulado al tratar del interrogatorio de las partes, acerca de la conveniencia de potenciar la oralidad, favoreciendo una mayor espontaneidad e improvisación por quienes formulan el interrogatorio y quienes responden a él como testigos. En ese



CONSEJO DE ESTADO

sentido, parece razonable la propuesta del Consejo General del Poder Judicial de flexibilizar y generalizar lo previsto en los apartados números 2 y 3 del artículo 424 del Anteproyecto, que permiten la formulación de nuevas preguntas por el Tribunal y por los Abogados de cualquiera de las partes.

A propósito de esas preguntas de las partes distintas de la que haya propuesto la declaración de un testigo, no parece necesario que el interrogatorio escrito de preguntas al mismo testigo deba presentarse en pliego cerrado, tal y como prevé el artículo 414 del Anteproyecto, dado que pueden interrogar al testigo, de acuerdo con su ulterior artículo 424, número 3, para obtener aclaraciones y adiciones, sin necesidad de haber presentado previamente aquel pliego cerrado.

En relación con el artículo 423, debe recordarse aquí lo que ya se dijo en relación con el artículo 383 en sede de prueba documental y en relación con el deber de exhibición.

Dentro de este mismo artículo 423, llama la atención la exigencia de absoluta necesidad (cuando se considere "absolutamente necesario") para que el Tribunal pida de oficio al órgano competente el documento oficial que acredite la alegación de los testigos de que los hechos por los que se les preguntan pertenecen a materias reservadas.

Adicionalmente, debe aclararse que el documento a que se refiere ese precepto no será el que "contenga" la materia clasificada, sino el que acredite que los hechos por los que se pregunta al testigo pertenecen a materia clasificada.

Novedad importante del Anteproyecto es la posibilidad de recabar a personas jurídicas y entidades públicas unas respuestas escritas cuando los hechos en cuestión no sean individualizadamente imputables a una concreta persona física.



CONSEJO DE ESTADO

A propósito de las sanciones que el artículo 431 del Anteproyecto prevé para los casos en que no se atiendan las correspondientes solicitudes de los órganos judiciales, pueden reiterarse las indicaciones que se avanzaron a propósito de la incomparecencia de testigos y peritos.

Por último, ha de notarse que la remisión que el segundo párrafo del artículo 424, número 3, del Anteproyecto hace a su previo artículo 416, número 2, puede extenderse al 416, número 1, mientras que la remisión al artículo 391 que se recoge en el artículo 422, número 4 del Anteproyecto se dirige, en realidad, a su artículo 394.

f) Los medios de reproducción de palabra, sonido e imagen. En relación con los medios de reproducción de la palabra, sonido e imagen, se ha discutido mucho acerca de su autonomía como medios de prueba o de su inclusión en alguno de los tradicionales, bien como prueba documental o bien como prueba de reconocimiento judicial, opiniones ambas sostenidas por la jurisprudencia, que ha llegado a reconocer la irrelevancia de esa opción (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996).

Ahora bien, la irrelevancia se refiere a la valoración de la prueba, pues desde luego su calificación no es indiferente para fijar las condiciones y momento de su valoración y, sobre todo, de su aportación al proceso.

El Anteproyecto, considerando estos medios (los de reproducción de palabra, imagen y sonido) como categoría autónoma (artículo 351, número 2), los somete al régimen general de proposición y práctica de la prueba.

Quizá sería conveniente asimilar este medio a la prueba documental, por lo menos en determinados aspectos, puesto que sus características y los problemas que plantean son análogos, en muchas ocasiones, a los que se plantean en relación con la



CONSEJO DE ESTADO

prueba documental, como ha quedado apuntado en algunas de las observaciones formuladas en relación con los documentos. En todo caso, debería hacerse alguna precisión en el Anteproyecto en relación con esta cuestión.

Por otra parte, y con un carácter más concreto, puede resultar excesivo en determinados supuestos exigir (artículo 433) que se una al acta una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas. Quizá fuera suficiente, como se ha sugerido, que la transcripción se limitara a lo que resultara relevante a los efectos del proceso, o, en su caso, que dicha transcripción fuera aportada por la parte.

4- **Las presunciones.** Nada hay que añadir a la acogida general favorable que ha tenido su tratamiento, tanto por incluirlo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como por excluirlas de los estrictos medios de prueba, así por exigir que las sentencias contengan el necesario reflejo de los razonamientos en virtud de los cuales el correspondiente Juzgado o Tribunal haya establecido la presunción judicial.

5- **La conclusión del proceso y la sentencia.** Una primera consideración de alcance general que ha de efectuarse al respecto es notar la amplia coincidencia con que los informes recogidos en el expediente destacan la imperiosa necesidad de que se respeten los plazos para dictar sentencia.

Tal reflexión no se circunscribe a aplicar a ese trámite concreto la regla general sobre la observancia de los plazos, sino que se enmarca en la potenciación de los principios de concentración e inmediación.

En todo caso, esa coincidencia pone de relieve, una vez más, que la subsanación de las deficiencias de nuestra jurisdicción civil no pasa solamente por reformas legislativas, sino que exige abordar otros muchos aspectos, tales como los métodos de trabajo de las oficinas judiciales y de todo su personal y la distribución de tareas entre los distintos órganos jurisdiccionales.



CONSEJO DE ESTADO

Con independencia de esa reflexión general, y en relación con el artículo 437, número 1. del Anteproyecto y la discrecionalidad que atribuye a los Juzgados y Tribunales para decidir si se celebrará la vista según "la naturaleza del asunto", el Consejo General del Poder Judicial ha sostenido que podría desvirtuar notablemente la oralidad pretendida, efecto que se potencia por el hecho de que, aun celebrándose la vista, las partes podrán entregar nota escrita, por lo cual ha sugerido que la vista se practique, en unidad de acto, inmediatamente después de la prueba, de modo que las manifestaciones escritas quedarían reservadas a determinadas actuaciones de prueba que fuera necesario practicar después de dicho acto, como sería el caso de las diligencias finales.

Ha de notarse al respecto que, en función de la diversidad, complejidad y duración de la prueba, puede ser preferible un trámite de conclusiones escritas a unas orales y que quien mejor puede decidir la cuestión es precisamente el Juzgado o Tribunal ante quien se esté sustanciando un caso de ese tipo.

En consecuencia, entiende este Consejo que la regulación que el Anteproyecto da a esta cuestión está suficientemente ponderada.

En lo que se refiere a las diligencias finales (sustitutas de las actuales diligencias para mejor proveer), y reforzando el tradicional principio de aportación de parte, el artículo 439 del Anteproyecto las circunscribe al caso de que hayan sido pedidas por alguna de las partes, suprimiendo con ello las facultades de decidir las de oficio que el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce actualmente a los Juzgados y Tribunales.

Frente a ello, y en la línea sugerida por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado considera que sería conveniente que se mantuviera esa posibilidad de que el órgano judicial actuante acuerde de oficio la práctica de diligencias finales, aunque sea excepcionalmente, cuando existan para él dudas sobre los hechos relevantes para la decisión, que puedan estar originadas por una defectuosa o incompleta actividad probatoria de las partes, debiendo notarse que la función de



CONSEJO DE ESTADO

tales diligencias no es, en modo alguno, favorecer a quien tenga de su parte la "verdad material", sino facilitar la función del juzgador.

C) Disposiciones propias de los juicios verbales. Por lo que hace a las normas específicamente destinadas a esos procesos, convendría, en primer lugar, que el artículo 442 del Anteproyecto incorporara una cláusula residual que dispusiera la concreta modalidad de juicio verbal que se aplicará en los casos en que una norma remite una determinada materia, o cuestión a la tramitación de los juicios verbales sin especificar a cual de sus dos modalidades.

Parece que la solución propugnada es la de conceder preferencia en tales casos al juicio verbal con demanda ordinaria.

También en relación con el ámbito de aplicación de los juicios verbales, el artículo 252, número 1, 1º, del Anteproyecto dispone que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, las que se refieran al derecho de rectificación y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, lo que lleva a la disposición derogatoria segunda del Anteproyecto a derogar los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, es decir, los que se refieren a la garantía jurisdiccional civil. En definitiva, el proceso de tutela de los derechos fundamentales se seguirá por los trámites del juicio verbal, sin que se regulen otros aspectos ni especialidades de este tipo de procedimiento (aparte de la intervención del Ministerio Fiscal prevista en el artículo 442, número 1, 6º).

El Consejo de Estado comparte el criterio apuntado por el Consejo General del Poder Judicial de que el desarrollo del artículo 53, número 2, de la Constitución requiere un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, que no puede entenderse cumplido simplemente mediante la inclusión de esta materia en el juicio verbal.

En todo caso, debe arbitrarse la preferencia en la tramitación de los procesos a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, respecto de los cuales el Anteproyecto no establece previsión alguna, mientras que, en lo que respecta a



CONSEJO DE ESTADO

la sumariedad, posiblemente si puede entenderse cumplida la exigencia constitucional remitiendo tales procesos al cauce del juicio verbal.

Por último, hay que reiterar aquí lo que ya se ha comentando a lo largo de esta consideración a propósito de las cuestiones que, estando reguladas dentro del juicio ordinario, debieran figurar, en realidad, en las disposiciones comunes a todos los procesos ordinarios de cognición, así como acerca de las normas específicas que debieran destinarse a cada una de sus modalidades.

Decimonoctava.- Los recursos y demás medios impugnatorios en general (Títulos II a IV del Libro Segundo). El Anteproyecto dedica el Título II de su Libro Segundo a "los recursos" (artículos 454 a 498). Dicho Título se distribuye, a su vez, en el orden que quedó reseñado en antecedentes.

A esa regulación ha de añadirse la que el Título III de ese mismo Libro dedica a la rebeldía y la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde y la que su Título IV contiene a propósito "de la revisión de sentencias firmes".

Esta sistemática resulta acertada, en cuanto distingue adecuadamente los recursos de otros medios de impugnación o rescisión de sentencias firmes. No obstante, la regulación contenida en estos tres Títulos excede con mucho de la materia de los procedimientos declarativos regulada en el Libro que la contiene. Por ello sería más adecuado que estos tres Títulos referentes a medios de impugnación se integrasen autónomamente en un Libro propio.

Por lo que se refiere a las cuestiones generales que suscitan esos recursos y medios impugnatorios complementarios, hay que partir de recordar que las disfunciones actuales de la justicia civil se producen generalmente en el ámbito de los recursos, de ahí que la reforma del proceso civil haya de dedicar especial atención a resolver esas disfunciones, lo que, sin embargo, no es tarea fácil. El perfeccionamiento de la instancia es un instrumento fundamental para hacer los recursos innecesarios al facilitar que las resoluciones judiciales no incurran en errores ni "in procedendo" ni "in iudicando". No obstante, ni esos errores pueden evitarse en todo caso, ni es fácil eliminar una recurribilidad redundante o innecesaria, pues la tendencia de la práctica forense, como se dice en el Libro Blanco de la Justicia, es que, cuando se da ocasión de recurso, se recurre.



CONSEJO DE ESTADO

Como ya tuvo ocasión anterior de comentarse, cualquier solución al tema de los recursos debe ponderar un necesario equilibrio entre los intereses del justiciable y los intereses del buen funcionamiento de la justicia como servicio público con medios disponibles limitados. El Anteproyecto ha sido muy sensible a esta especial problemática y el contenido del Título II de su Libro Segundo es uno de los más innovadores de la reforma legal proyectada. El Anteproyecto ha llevado a cabo una nueva ordenación de los recursos, con una notable clarificación del sistema, ha unificado la denominación y los procedimientos, simplificándolos y realizando una valiosa labor de poda de recursos y trámites innecesarios, sin caer en la tentación de suprimir sin más posibilidades de revisión de las decisiones judiciales. La reforma proyectada del sistema actual de recursos en materia civil es, en líneas generales, aceptable e incluso encomiable, salvo lo que luego se dirá sobre el recurso de casación.

Decimonovena.- Los recursos ordinarios (Capítulos I a III del Título II del Libro Segundo). Un proceso con todas las garantías no equivale a un proceso con continuas e interminables posibilidades de revisión de las decisiones judiciales. Debe tratar de evitarse, y así se propone el Anteproyecto, tanto la desvalorización del juicio de primer grado como la magnificación de las impugnaciones. A tal respecto, es plenamente compartible el régimen de recursos ordinarios que diseña el Anteproyecto, en lo que se refiere a la unificación de los actuales recursos de reposición y súplica, bajo una misma rúbrica y regulación (artículo 457) eliminando el efecto suspensivo, a la irrecurribilidad del auto que resuelve la reposición (artículo 460), a la limitación de resoluciones recurribles en queja (artículo 497) y al mantenimiento de la concepción tradicional de nuestra apelación como apelación limitada, a la que hoy se están acercando los ordenamientos procesales que se habían basado en un sistema de apelación plena, evitando así la devaluación de la primera instancia que la plenitud de la apelación implica.

Es un acierto también la eliminación de los límites a la apelabilidad de sentencias en el juicio verbal y restaurar el principio general de recurribilidad de todas las sentencias de instancia, así como haber limitado la posibilidad de promover el recurso de apelación frente a resoluciones judiciales distintas de la sentencia, acabando con la recurribilidad de resoluciones interlocutorias que no producen la finalización de la instancia. Con ello, se evitan dilaciones indebidas



CONSEJO DE ESTADO

en el curso del proceso, sin perjuicio de que en la apelación contra la sentencia se pueda introducir igualmente una impugnación de esas resoluciones. Solo serán apelables ahora los autos definitivos o sea los que pongan fin definitivamente a la primera instancia o hagan imposible su continuación.

M

El Capítulo III del referido Título II ("Del recurso de apelación y de la segunda instancia") unifica la hoy dispersa regulación del recurso de apelación. Su Sección Primera se refiere a las resoluciones recurribles y a los efectos de la apelación. A este respecto, el artículo 462 sólo se refiere al llamado efecto suspensivo o sea a la posibilidad de suspensión de la resolución recurrida hasta el momento de decisión del recurso, distinguiendo entre los casos de resoluciones desestimatorias en las que la apelación carecerá de efectos suspensivos, y las sentencias estimatorias en las que, según la naturaleza y contenido del pronunciamiento, la sentencia apelada solo podrá ser susceptible de ejecución provisional, salvo en el supuesto de las sentencias no provisionalmente ejecutables del artículo 527 del Anteproyecto.

Sería conveniente que el Anteproyecto regulase expresamente, como hacen otros códigos procesales comparados, el alcance del efecto devolutivo, tanto en su aspecto positivo ("tantum devolutum quantum appellatum") como en sus aspectos negativos, y precisar, al tratarse de un sistema de apelación limitada, el carácter meramente revisor del recurso, con la consiguiente prohibición de innovar, es decir, de introducir nuevas pretensiones, excepciones, medios de defensa, hechos o pruebas que no hubiesen sido deducidas en la primera instancia, dado el carácter preclusivo de ésta.

Algo de ello, pero sólo en relación con el material probatorio, se deduce del artículo 468, pero, en un mejor lugar sistemático —dentro de la Sección Primera—, se debería establecer de forma expresa y con carácter general, tanto el alcance limitado del efecto devolutivo, consagrado en la doctrina jurisprudencial, como los límites a la innovación en la fase de apelación. El artículo 468 sólo reitera la excepcionalidad de la práctica de la prueba en la apelación, e incluye unitariamente, como hace la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que son remedios para irregularidades en la fase probatoria de la primera instancia (cuando la instancia finalizó antes de la fase de proposición de prueba, o la prueba fue indebidamente denegada o la admitida no se



CONSEJO DE ESTADO

hubiese practicado por causas no imputables al que la promovió, artículo 468,2, 1º, 2º y 3º) y lo que tradicionalmente se han denominado "nova producta" o "nova reperta" como excepciones a la preclusividad instructoria de la instancia, cuando posteriormente a la misma acontecen nuevos hechos o se conocen hechos anteriores desconocidos (artículo 468, 2, 4º). Esa ordenación del "ius novorum" desde la perspectiva exclusiva de los medios de prueba no permite, sin embargo, regular toda la problemática de la alteración de los términos del debate que pueden suponer los "nova producta" y los "nova reperta".

Junto a esos cuatro supuestos, el artículo 468,2, 5º incluye el hoy previsto en el artículo 862.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque lo mejora al exigir la no imputación de la no personación del demandado declarado en rebeldía.

Debería incluirse, en ese artículo 468, la precisión contenida en el párrafo final del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que en los cuatro primeros casos se limitará la prueba a los hechos a que se refieren y, en el último, a toda la pertinente que propongan las partes.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no precisa los motivos de la apelación partiendo del carácter ordinario del propio recurso. El Anteproyecto sigue el mismo criterio, aunque en un lugar poco adecuado sistemáticamente, se refiere a la apelación por infracción de normas o garantías procesales para establecer determinadas exigencias formales. Las tendencias más recientes, y así ha ocurrido con la apelación penal, tratan de describir genéricamente los posibles fundamentos de la apelación, ya se trate de una impugnación procesal, en la que solicita una nulidad de actuaciones por un error "in procedendo", ya se trate de una impugnación material sobre el fondo de la resolución recurrida, por un error "in iudicando" de carácter jurídico o fáctico y se solicite la reforma del contenido de la resolución judicial. A juicio de este Consejo de Estado, debería seguirse el criterio legislativo más reciente e incluir, dentro de la Sección de disposiciones generales, un artículo dedicado a los posibles motivos o causas de la apelación.

También debería incluirse dentro de esas disposiciones generales el tema específico de la adhesión a la apelación, o, más exactamente, de la apelación por adhesión que ha venido siendo admitida ampliamente, también con alguna



CONSEJO DE ESTADO

M

finalidad disuasoria, en nuestro proceso civil, como recurso derivado de la pendencia del proceso de impugnación abierto por otra parte. Se trata de un supuesto en el que la parte que no ha promovido la apelación la interpone posteriormente aprovechando la pendencia de ésta y ante la expectativa de una posible reforma de la resolución apelada en beneficio del apelante y en su perjuicio. El Anteproyecto continúa admitiendo este tipo de apelación derivada y mantiene la incorrecta denominación de "adhesión", que resulta equívoca, pues no es una coadyuvancia de la apelación principal, sino una forma específica de contradecir la apelación derivada de la iniciativa tomada por la parte apelante, y no subordinada a ésta sino en lo que concierne a la oportunidad de su planteamiento (Sentencia del Tribunal Constitucional 188/1988, de 25 de octubre). Por decirlo con palabras del Tribunal Supremo, "la adhesión a la apelación supone una ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir también contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales; con esta actitud se abre el examen del Tribunal sobre extremos en otro caso consentidos, y le permiten al mismo dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelado, convertido en apelante adherido" (Sentencia de 25 de noviembre de 1996), con la consiguiente excepción de la prohibición de la "reformatio in peius".

El Anteproyecto debería precisar, recogiendo consolidada doctrina jurisprudencial, el alcance, requisitos y efectos de la adhesión a la apelación. En particular, tendría que determinar si se mantiene el criterio actual de que, separado de la apelación el apelante principal, el apelante adhesivo pueda proseguir la sustanciación del recurso, dado que el artículo 456 del Anteproyecto no prevé nada al respecto. Sin embargo, sería más acorde con la naturaleza propia de la apelación por adhesión establecer la pendencia de la misma al mantenimiento de la adhesión principal, asumiendo, como ha propuesto el Consejo General del Poder Judicial, el carácter supeditado a la apelación principal de esta apelación adhesiva, en términos análogos a lo previsto en el artículo 846 bis b) tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La tramitación del recurso de apelación se regula en la Sección segunda de este Capítulo III. Respecto del binomio de sistemas existentes, que incluyen aquél en el que la apelación se presenta, mediante el anuncio inmotivado de la



CONSEJO DE ESTADO

decisión de recurrir, ante el juez "a quo", que admite el recurso, emplaza a las partes ante el órgano de apelación al que remite las actuaciones y ante el que se sustancia el resto del procedimiento -aplicable hoy a las apelaciones de los juicios de mayor y menor cuantía- y aquel otro en que el recurso ha de interponerse ante el Tribunal "a quo" en un escrito motivado, del que se da traslado a las demás partes, remitiéndose los autos al Tribunal "ad quem", que tras, en su caso, celebrar vista, dictará sentencia -propio de las apelaciones de los juicios de cognición y verbal-, el Anteproyecto ha tratado de establecer un híbrido entre ambos sistemas, donde se mantiene el papel marginal del tribunal "a quo", tramitándose el recurso, por escrito, ante el Tribunal "ad quem".

El sistema proyectado está excesivamente condicionado por la eventualidad del recibimiento y práctica de prueba, supuesto excepcional en la apelación. El Consejo de Estado considera que la mezcla del sistema de tramitación oral y escrita complica excesivamente el procedimiento, acumula un exceso de tareas en las Audiencias (como demuestran ya los notables retrasos actuales en las apelaciones) y aleja innecesariamente al justiciable del lugar en el que se produce la tramitación. Sería preferible que, salvo en los casos excepcionales en que haya de practicarse prueba en la segunda instancia, toda la tramitación se realizara en el Juzgado correspondiente, y además que, sin perjuicio de no excluir la posibilidad opcional de celebración de vista, se optara por una fórmula de tramitación escrita en la que el recurso se formalizara directamente ante el Tribunal "a quo", indicando no sólo los pronunciamientos de la sentencia que se impugnan, sino también razonadamente los motivos en que se basa. También debería preverse la eventualidad de que se dé traslado al recurrente del escrito del recurrido en que se adhiere a la apelación formulando una apelación propia, como ya ha advertido el Tribunal Constitucional (Sentencia 250/1994).

Por el contrario, si se solicitara práctica de prueba en la segunda instancia, el procedimiento que debería seguirse de decidirse para su práctica es el que actualmente regula el Anteproyecto, para asegurar el principio de inmediación. Consecuentemente con ello, el trámite de vista debe ser preceptivo en estos casos (artículo 471, 1).

Deberían tratarse separadamente y en artículos distintos, a diferencia de lo que hace el artículo 471, la vista y la sentencia de apelación. Respecto a ésta



CONSEJO DE ESTADO

última, los números 4 y 5 del artículo 471 se refieren sólo al posible alcance de las infracciones procesales. Sin embargo, sería conveniente una consideración más genérica y completa del alcance de la sentencia y de los límites que para el juzgador de apelación suponen el efecto devolutivo limitado del recurso, el alcance específico en la apelación del principio de congruencia y la prohibición de la "reformatio in peius". Además, debería hacerse una referencia expresa al diverso contenido de la sentencia de apelación, que puede revocar, confirmar o anular total o parcialmente la resolución recurrida, o dejarla sin efecto dictando otra en su lugar, entrando a resolver sobre el fondo del asunto.

Por todo ello, el Consejo de Estado sugiere que se dedique un artículo específico a la resolución de la apelación (como se hace en otros recursos p.ej. artículo 481), regulando la materia de modo más completo.

 **Vigesima.- El recurso extraordinario por infracción procesal (Capítulo IV del Título II del Libro Segundo).** La novedad más significativa en materia de recursos es la creación del llamado "recurso extraordinario por infracción procesal" contra las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y cuyo conocimiento se encomienda a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 474). Se trata efectivamente de un recurso extraordinario, es de cognición limitada, por motivos tasados y con unos requisitos formales y procedimentales similares a los del recurso de casación. Podría calificarse como una pequeña casación por quebrantamiento de forma, que, además, sustituye a la casación por quebrantamiento de forma de que había venido conociendo hasta ahora el Tribunal Supremo, reservando la casación, como se dice en la "Introducción" del Anteproyecto, para los aspectos jurídico-materiales o sustantivos, lo que enlaza con su origen histórico.

La creación de este recurso y su asignación a las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia (al margen de que la estructura y composición de las mismas deba revisarse para permitirles desempeñar eficazmente esta nueva e importante función) permitirá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo centrarse en las decisiones de fondo sobre los aspectos jurídico-materiales o sustantivos. Además, el diseño de este recurso cubre vacíos del sistema procesal precedente que había venido detectando la jurisprudencia constitucional. No obstante este juicio inicialmente favorable sobre esta



CONSEJO DE ESTADO

novedosa figura, procede formular algunas observaciones puntuales con vistas a su mejora.

El artículo 475 exige la denuncia previa en la instancia o apelación de la infracción procesal y, además, haber solicitado la subsanación si la violación del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución hubiera producido falta subsanable, todo ello también en aplicación del principio de buena fe procesal evitando un ataque tardío a la regularidad del procedimiento a la vista de un fallo desfavorable. No obstante, tanto en esa previsión, como en la lista de motivos tasados para el recurso, late una cierta confusión sobre el alcance de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución en relación con las infracciones de las normas y garantías procesales, que posiblemente se debe al diseño originario de este recurso en el Borrador inicial, como una especie de "amparo judicial" que acertadamente se ha desechado.

El recurso extraordinario por infracción procesal, como su propio nombre indica, es una impugnación procesal en sentido estricto y no, pese a lo que dice la "Introducción", un medio de tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales.

Es cierto que en los procesos existe una tendencia excesiva a invocar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución para cumplir la exigencia prevista en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en previsión de un posterior recurso constitucional de amparo una vez agotada la vía judicial. Pero de la práctica del amparo constitucional se derivan dos conclusiones evidentes. La primera de ellas, dada la reducida proporción de estimaciones de recursos de amparo, que son muy escasas las lesiones de derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, pero que, sin embargo, existen infracciones procesales sin relevancia constitucional que no tienen vías judiciales para su corrección, promoviendo numerosísimos recursos de amparo injustificadísimos cuya inadmisión supone una excesiva carga para el Tribunal Constitucional.

Es esta insuficiencia del sistema actual de recursos judiciales la que ha criticado el Tribunal Constitucional. El Anteproyecto mejora notablemente la situación



CONSEJO DE ESTADO

actual, haciendo de la apelación la vía ordinaria de corrección de la infracción de normas o garantías procesales en la instancia y estableciendo, además, este nuevo recurso extraordinario por infracción procesal cuya finalidad no es "preconstitucional", sino de defensa de la legalidad procesal y de corrección de los errores "in procedendo", los tradicionalmente llamados quebrantamientos de forma.

M

Los motivos tasados que establece el artículo 475 son todos de infracción de normas y garantías procesales, ya sea la infracción de los presupuestos procesales (jurisdicción y competencia), de los llamados requisitos internos de la sentencia (justicia rogada, principio dispositivo, carga de la prueba, congruencia y respeto a la cosa juzgada) o de otros requisitos establecidos por otras leyes o por las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción sea determinante de nulidad o produzca indefensión.

A todos estos motivos claros y razonables, se añade otro genérico y equivoco, la "vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución". La configuración de este motivo es muy cuestionable. Es cierto que del referido artículo 24 y como manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías se derivan una serie de derechos procesales (acceso a la justicia, a formular pretensiones y defenderse de ellas, derecho a la prueba, a una decisión judicial motivada y congruente, a los recursos, a la ejecución de las sentencias, al respeto a la cosa juzgada, etc.) pero todos estos derechos no son abstractos sino de configuración legal y su contenido material no puede vulnerarse al margen del respeto o no de la correspondiente legislación procesal. La lesión del derecho fundamental derivará de la infracción de la legislación procesal. De no existir ésta, si la violación del derecho fundamental resulta de la aplicación correcta de una ley que no respeta ese derecho fundamental, esa ley será inconstitucional, pero el órgano judicial no podrá dejar de aplicarla sin plantear previamente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Por otro lado, en el curso del proceso pueden existir infracciones procesales que supongan vulneración de otros derechos fundamentales, como sucede en los diversos casos de ilicitud de pruebas, que el proceso penal ha podido



CONSEJO DE ESTADO

encuadrar mediatamente en el artículo 24 de la Constitución través de las exigencias probatorias del principio de presunción de inocencia no aplicable en el proceso civil. También cabría referirse a la relevancia constitucional del principio de igualdad entre las partes. Al tratarse de infracciones procesales e incluso de garantías procesales con relevancia constitucional, deberían también canalizarse a través de este recurso extraordinario.

Por todo ello, se sugiere una nueva redacción del artículo 475, número 1, que se refiriera a cualquiera otra infracción de normas y garantías procesales que implicara una vulneración de derechos fundamentales.

Consecuentemente con ello, debería modificarse también la redacción del número 2 de este artículo para exigir en todos los casos la denuncia previa en la instancia oportuna o la petición de subsanación.

En cuanto al procedimiento previsto en los artículos 476 y siguientes, cabe sugerir alguna simplificación del mismo en aras a aprovechar mejor la existencia de un trámite de admisión. Teniendo en cuenta que en este recurso la cuestión a examinar es jurídica, los hechos son procesales y están documentados en las actuaciones, la necesidad de práctica de alguna prueba será excepcionalísima (como la práctica del recurso constitucional de amparo demuestra). Ello permite simplificar el procedimiento previsto y unificar el escrito de preparación e interposición, de modo que el recurrente se persone e interponga el recurso ante la respectiva Audiencia, acompañando copia de la resolución recurrida y solicitando, en su caso, testimonio de las actuaciones en lo que respecta a los hechos procesales en que se basa el recurso. Una vez preparado e interpuesto el recurso, se elevaría al Tribunal Superior para iniciarse la fase de admisión (donde debería incluirse como causa de inadmisión el haber desestimado el propio órgano o el Tribunal Supremo un recurso por motivos similares) y, sólo una vez admitido, debería tener lugar el emplazamiento de las otras partes, comunicarlo a la respectiva Audiencia y solicitar el envío de las restantes actuaciones cuando las partes lo soliciten o el Ponente lo estime necesario. También entonces podrá decidirse la rara eventualidad de la admisión y práctica de la prueba con la correspondiente celebración de vista. En los demás casos, la celebración de la vista debe



CONSEJO DE ESTADO

dejarse a discreción del órgano judicial, pues, como también la práctica constitucional enseña, no resultará en general necesaria.

Como observación de redacción, en el apartado 4 del artículo 481 y para evitar equívocos en relación con el recurso constitucional de amparo, la expresión "no cabrá recurso alguno" debería sustituirse por la de "no cabrá recurso judicial alguno".

El problema más delicado que plantea el recurso extraordinario por infracción procesal es el de su articulación con el del recurso de casación y el respeto de la función propia del Tribunal Supremo. La solución que adopta el Anteproyecto sobre lo primero es clara, el recurso por infracción procesal y el recurso de casación son alternativos y excluyentes entre sí y, en caso de intentarse simultáneamente, se da preferencia al recurso por infracción procesal (artículo 472, 2), salvo cuando los distintos litigantes opten, cada uno de ellos, por distinta clase de recurso extraordinario, en cuyo caso se sustanciará y decidirá primero el recurso extraordinario por infracción procesal, y, solo en caso de sentencia desestimatoria en éste, proseguirá el de casación (artículo 492). En el Borrador inicial, el Tribunal Supremo conocía de ambos recursos, habiéndose excluido en el Anteproyecto el único supuesto de conocimiento por el Tribunal Supremo del recurso por infracción procesal, fórmula más consecuente con la alternatividad de ambos recursos y la preferencia del recurso por infracción procesal y que permite, además, evitar posibles acuerdos colusivos al respecto en caso de pluralidad de partes.

El que no sea posible interponer y tramitar simultánea o sucesivamente uno y otro recurso implica que el justiciable ha de elegir entre uno y otro; si opta por el recurso de casación, no podrá alegar infracciones procesales y, si opta por alegar infracciones procesales, no podrá alegar motivos de fondo y habrá de estar a la espera de la resolución de ese recurso, cuya desestimación significará la definitiva firmeza de la sentencia. Se trata de uno de los puntos más novedosos de la reforma y uno de los más susceptibles de debate y cuestionamiento. El Consejo de Estado no comparte las dudas de constitucionalidad suscitadas, desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por esa alternatividad, que obliga al justiciable y a su defensa jurídica a sopesar con cuidado la viabilidad de la aceptación de la



CONSEJO DE ESTADO

presunta infracción procesal, si no quiere perder la oportunidad del recurso de casación sobre el fondo. Dentro del amplio margen de libertad de decisión y modulación que tiene el legislador en materia de recursos extraordinarios, en lo que se refiere al "ius litigationis" no lesiona derecho alguno de los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución obligar al recurrente a sacrificar el recurso por infracción procesal si quiere asegurarse una revisión de fondo y viceversa, lo que es un límite proporcionado y razonable, que evita además abusos y dilaciones indebidas.

Esa alternatividad plantea dudas, sin embargo, en el plano del "ius constitutionis" y en relación con el papel que constitucionalmente corresponde a nuestro Tribunal Supremo.

Aunque la Constitución remita la estructura del poder judicial a la correspondiente Ley Orgánica, establece algunos elementos esenciales de esa estructura, como es la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia, nueva figura en conexión con la nueva estructura territorial compuesta del Estado, y la del Tribunal Supremo cuyo papel institucional viene determinado en el artículo 123 de la Constitución en función también de la existencia de aquéllos y del papel que han adquirido en el desarrollo autonómico y en la reforma judicial. En el Estado constitucional compuesto, el Tribunal Supremo es, ante todo, un instrumento de garantía de la unidad del ordenamiento y del poder judicial. La calificación como órgano jurídico superior en todos los órdenes del Tribunal Supremo, salvaguarda la unidad del ordenamiento jurídico y del poder judicial y supone un incuestionable límite a la competencia de los Tribunales Superiores, que no pueden, salvo en materia de derecho foral, asumir de forma excluyente el papel del Tribunal Supremo como órgano definidor último de la interpretación judicial de derecho objetivo, tanto en su función nomofiláctica propia de defensa de la ley y de control de calidad de la interpretación judicial, como en su función reguladora para asegurar, como voz única y última, una interpretación homogénea de la ley.

La sustitución del tradicional recurso de casación por quebrantamiento de forma por el nuevo recurso por infracción procesal atribuido a las Salas de lo Civil y Penal de los diversos Tribunales Superiores de Justicia con un ámbito territorial limitado tiene el indudable riesgo de poder dar lugar a una diversidad de



CONSEJO DE ESTADO

M

doctrinas legales procesales, con la posible disparidad de criterios sobre los requisitos procesales y sobre la interpretación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en función del territorio donde se desarrolle el proceso. Ese resultado no es querido por la Constitución. Por un lado, la legislación procesal desarrolla un derecho fundamental y corresponde al Estado asegurar la igualdad de los españoles en el goce de ese derecho fundamental en todo el territorio español (artículo 149,1,1, de la Constitución). Por otro, no debe olvidarse que la legislación procesal es una materia de competencia exclusiva del legislador estatal para que sea uniforme en todo el territorio español. Ello no permite una total dispersión de la función nomofiláctica en materia procesal y requiere asegurar que el Tribunal Supremo pueda seguir cumpliendo una función de control y fijación unitaria de la jurisprudencia en materia procesal, teniendo en cuenta, además, que se está ante una renovada legislación procesal, a interpretar en buena parte "ex novo".

El Anteproyecto ha sido consciente de esta necesidad de asegurar la supremacía del Tribunal Supremo en la fijación de la jurisprudencia procesal, pero no es satisfactorio ni convincente el único mecanismo previsto para lograrlo, "el recurso en interés de la ley" (artículos 493 y siguientes). El radical fracaso de este tipo de recurso en otros órdenes jurisdiccionales no es casual, responde a su propia concepción, a la limitada y burocratizada legitimación para interponerlo -que ha llevado a su escasísima formalización- y también a no afectar su resultado a situaciones jurídicas individuales, lo que separa a este recurso de la genuina función judicial, permite la pervivencia de errores judicialmente declarados y elimina un importante incentivo para su promoción.

La nula utilidad práctica esperable de este recurso en otros órdenes jurisdiccionales (dada la pasividad al respecto del sobrecargado Ministerio Fiscal, único legitimado para interponerlo en la versión final del Anteproyecto) aconseja que, sin perjuicio de mantener este recurso en interés de ley, quizá ampliando la esfera de los legitimados para interponerlo, se añadiera, para asegurar la unidad y homogeneidad de la doctrina procesal en toda España, una fórmula de recurso para la unificación de la doctrina procesal, con los requisitos y filtros adecuados para evitar el uso abusivo de este medio extraordinario de impugnación.



CONSEJO DE ESTADO

Por otro lado, cabe formular algunas observaciones sobre la regulación proyectada del recurso en interés de la Ley. El artículo 493 confunde dos tipos de motivos casacionales sustancialmente diferentes, el de infracción de ley propiamente dicha y el de unificación de doctrina por existencia de sentencias discrepantes. En el primero, se prima la función nomofiláctica, aunque, al realizarse ésta, se consigue al mismo tiempo una función uniformadora y homogeneizadora. Puede haber una infracción de ley compartida, por así decirlo por todas las Audiencias y ello no debería privar al Tribunal Supremo de su función constitucional de control y regulación estableciendo la doctrina procesal correcta. En el segundo, se pone el acento en el resultado diverso ante situaciones fácticas y jurídicas sustancialmente iguales. Sin embargo, dado que se trata de infracciones procesales, carece de sentido que el interés de la Ley procesal se pueda centrar en la identidad fáctica o de pretensión deducida, lo fundamental es sólo la existencia de criterios discrepantes en situaciones procesales equivalentes y, sobre todo, el alcance sistemático de esa discrepancia, que hace que la norma procesal presuntamente infringida se aplica de forma diferente e incluso contradictoria en función del Tribunal Superior interviniente, haciendo necesario entonces evitar la infracción de la Ley, controlando la calidad de la doctrina procesal (nomofilaquia) y asegurando su homogeneidad.

Por otro lado, no se entiende la justificación del artículo 493, número 2, que elimina la posibilidad de este recurso frente a las sentencias "que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional". Esta limitación sólo se justificaría en relación con las sentencias respecto de las que el Tribunal Constitucional hubiese admitido un recurso de amparo o en relación con presuntas infracciones de leyes procesales lesivas de derechos fundamentales. La inadmisión de un recurso de amparo no implica que no haya habido infracción de ley procesal, sino que, de existir, carece de relevancia constitucional, debiendo ser entonces el Tribunal Supremo el que pueda decir la última y tendencialmente la única palabra al respecto.

Vigesimoprimera.- El recurso de casación (Capítulo V del Título II del Libro Segundo) . El recurso de casación, alternativo, como se ha dicho, al de por infracción procesal, sigue, lógicamente, encomendado (salvo en materia de Derecho foral) a la Sala Primera del Tribunal Supremo. En suma, el Consejo de



CONSEJO DE ESTADO

Estado comparte el propósito del Anteproyecto de limitar la casación a Sentencias de Audiencias Provinciales y de que, volviendo a sus orígenes, no conozca de hechos ni directamente del quebrantamiento de formas procesales, así como el loable objetivo de no excluir en principio ninguna materia de casación en cuanto tenga un interés o relevancia casacional, pero no comparte el método utilizado para reducir el número de sentencias accesibles a la casación civil y de ampliarla a todas las materias.

M

Para ello, el Anteproyecto se propone transformar radicalmente lo que hasta ahora había sido la casación civil por infracción de ley, eliminándola prácticamente y sustituyéndola por unos nuevos presupuestos y motivos que siguen el modelo del llamado recurso para la unificación de la doctrina en otros órdenes jurisdiccionales. El tradicional motivo de infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia (artículo 1692, 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) viene a ser sustituido por unos nuevos presupuestos-motivos, dos que cabría encuadrar en el genuino recurso de casación (la materia de derechos fundamentales, y la infracción de normas nuevas en caso de inexistencia de jurisprudencia), y otros tres que se refieren a la existencia de contradicción de fallos del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores o Audiencias Provinciales, en situaciones sustancialmente iguales en sus hechos, fundamentos y pretensiones. De seguir adelante el Anteproyecto en esos términos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no podría seguir desarrollando el papel relevante que históricamente ha cumplido la casación civil ni, desde luego, el que le encomienda el artículo 123 de la Constitución.

A este respecto, el Consejo de Estado comparte buena parte de las razonadas críticas, reflexiones y propuestas que ha realizado al respecto el Consejo General del Poder Judicial, que arrancan, en síntesis, de afirmar la necesidad de mantener las funciones tradicionales de la casación civil haciendo del "interés casacional" el criterio esencial para el acceso a la casación y entendiendo que ese interés pueda presumirse a partir de una determinada cuantía o si se trata de un asunto de interés general sobre el que no se haya pronunciado aún el Tribunal Supremo, sobre el que exista contradicción de doctrinas, o si se trata de interpretar una legislación nueva. Sin perjuicio de remitirse en bloque a esas críticas y sugerencias, se formulan al respecto las siguientes observaciones.



CONSEJO DE ESTADO

En primer lugar, no se comprende ni se justifica la casación directa y generalizada en la tutela jurisdiccional civil de los derechos fundamentales. La sumariedad que debe presidir la tutela judicial de estos derechos y el que en este específico tema la última palabra corresponda al Tribunal Constitucional hacen innecesario e inconveniente este acceso general directo que crea solapamientos y virtuales conflictos y puede ser fuente de dilaciones o retrasos, en la única materia en la que no corresponde al Tribunal Supremo decir la última palabra.

En segundo lugar, no es aceptable para la casación civil el modelo subyacente de referencia tomado en cuenta por el Anteproyecto, el recurso para la unificación de doctrina de la Ley de Procedimiento Laboral. El mismo se ha demostrado en su breve vigencia manifiestamente inconveniente para cumplir la función que indica su denominación, ni, por otro lado, esa función en el proceso laboral es la propia de la casación civil. En lo laboral, la casación no ha tenido tradicionalmente un papel doctrinal muy relevante y el recurso para la unificación de doctrina se ha establecido tardíamente sólo para contrarrestar los riesgos de dispersión doctrinal que pudieran derivarse de la asignación de la suplicación, antes en manos de un único órgano, a una pluralidad de Salas de los Tribunales Superiores de Justicia que cumplen ahora de forma dispersa la labor nomofiláctica que hasta entonces había cumplido el Tribunal Central de Trabajo. En materia civil, la situación de partida es radicalmente diversa, no hay un previo recurso extraordinario para depurar la doctrina de instancia y no son Sentencias de los Tribunales Superiores resolutorias de recursos extraordinarios (como lo sería en su caso el recurso por infracción procesal), sino las de apelación de las Audiencias Provinciales las que tienen que ser revisadas en casación.

Pero sobre todo, la función unificadora de doctrina de ese recurso en el orden social de la jurisdicción ha resultado muy insatisfactoria. La mejor doctrina está de acuerdo en que se trata de un recurso mal diseñado, inadecuadamente regulado y cuya aplicación judicial ha sido totalmente disfuncional a su propio objeto, ya que la avalancha de asuntos ha hecho que la Sala 4ª del Tribunal Supremo se haya preocupado más por establecer filtros severos a la admisibilidad, exigiendo con rigurosidad la muy difícil identidad de supuestos fácticos y jurídicos, con la consiguiente inadmisión masiva de recursos, que por



CONSEJO DE ESTADO

buscar fórmulas para racionalizar esa admisión y para poder seleccionar los asuntos de real interés casacional a los efectos de la unificación de doctrina jurisprudencial. La consideración de ese recurso, según reiterada jurisprudencia, como "excepcional" nos muestra su configuración, de acuerdo a su origen histórico, más cercana al recurso de revisión que al genuino y necesario recurso de casación.

M

En todo caso, el defecto de planteamiento del recurso extraordinario de contradicción de doctrina es intrínseco y radica en haber sustituido el enfoque de la "contradicción de doctrina" por el de "contradicción de sentencias". Ello es explicable en su origen como supuesto de revisión en lo contencioso-administrativo ante la igualdad de parte procesal de la Administración Pública (y no es causal que en el orden social este tipo de recurso se adapte mejor en el contencioso de la Seguridad Social), pero es inadecuado en cuanto se trata de extender al área de las relaciones privadas, donde el acento de la actuación del Tribunal Supremo debe ponerse no en la contradicción de los fallos de las sentencias, sino en la genuina contradicción de doctrina. El concepto de doctrina evoca una forma determinada de entender el Derecho, que se eleva sobre los elementos fácticos y que alcanza un cierto grado de abstracción y de generalidad, a diferencia de la concepción anglosajona del precedente basada en la solución dada a determinados hechos. La sentencia supone siempre la respuesta a una pretensión concreta apoyada en unos determinados elementos fácticos, aplicando una determinada normativa según una "doctrina" preexistente o creada para el caso. La sentencia aplica una doctrina que, sin embargo, no se crea en abstracto sino al hilo de concretas y diversas sentencias, pero, como tal doctrina, se aísla de las mismas, de sus supuestos fácticos y de sus concretos fallos.

Desde la perspectiva del "ius constitutionis", lo relevante no es que en supuestos parecidos se haya llegado a fallos diversos o incluso contradictorios, sino si la doctrina que resulta de las sentencias es contradictoria y, aún más, si esa contradicción tiene un alcance sistemático e incluso territorial, rompiendo la unidad del ordenamiento jurídico. La función de la casación no debe ser la unificación de precedentes judiciales, sino de la doctrina legal; su base constitucional no es la tutela del principio de igualdad de trato individualizado de los justiciables, sino el asegurar a nivel de todo el Estado el valor justicia, la



CONSEJO DE ESTADO

unidad del ordenamiento y la seguridad jurídica. Para cumplir esa función el Tribunal Supremo no puede abandonar su función nomofiláctica como custodio de la norma, pues a través de ella es como se logra efectivamente la función de homogeneización y unificación de doctrina y no mediante el intento de imponer artificialmente una jurisprudencia artificialmente unificada mediante sentencias "unificadoras" que no responden a nuestra tradición jurídica y a la de nuestro entorno (que desconocen el "stare decisis" anglosajón) y que crearán rigideces e inflexibilidades en el ordenamiento.

Al aceptar ese inadecuado modelo, que supone desvirtuar la casación civil y convertirla en un medio excepcional de impugnación para evitar contradicciones entre fallos o precedentes contradictorios, el Anteproyecto convierte en excepcional y no en meramente extraordinaria la casación en materia civil, margina la función histórica propia de la casación civil, e impide que la Sala 1ª del Tribunal Supremo siga cumpliendo la función que le es propia de nomofilaquia y la que ha venido desarrollando de homogeneización de la jurisprudencia, con "cierta transcendencia normativa", en el ámbito del Derecho privado, integrando las lagunas del ordenamiento, resolviendo sus contradicciones y dando homogeneidad, al sentar jurisprudencia, a la doctrina legal. Esa función ha sido renovada, transformada y reforzada en el Estado compuesto con unidad de jurisdicción que establece la Constitución española y lleva consigo la necesidad de asegurar la supremacía jurisdiccional en el orden civil del Tribunal Supremo para proteger y salvaguardar la norma legal y su propia jurisprudencia, controlando la calidad de la interpretación y aplicación del Derecho, asegurando una tendencial interpretación jurisprudencial homogénea y unitaria, completando el ordenamiento jurídico y garantizando su unidad.

La aceptable finalidad perseguida por el Anteproyecto se podría conseguir mediante otros métodos sin incurrir en los notables inconvenientes de utilizar como modelo el peculiar y cuestionable recurso para la unificación de doctrina. El Consejo General del Poder Judicial ha formulado al respecto muy fundadas y autorizadas sugerencias que deberían ser tenidas en cuenta en la versión definitiva del Anteproyecto. En especial, debe destacarse la utilidad de tener en cuenta para delimitar los asuntos de interés o relevancia casacional entre otros criterios la "summa gravaminis", aunque sin carácter excluyente, la existencia objetiva de doctrinas jurisprudenciales contradictorias y en controversia, las



CONSEJO DE ESTADO

M

desviaciones sistemáticas contrarias a la jurisprudencia consolidada, la relevancia general del tema, o la novedad legislativa con vacíos de jurisprudencia. En todo caso, debe huirse de la excesiva objetivación de los criterios de selección de sentencias recurribles, que tan funestos resultados han tenido en la experiencia del recurso para la unificación de doctrina. En la práctica del amparo constitucional, se ha demostrado la utilidad de las cláusulas generales que permiten un margen de apreciación al órgano judicial. Fórmulas similares a la alemana de la "importancia fundamental" ("grundsätzliche Bedeutung") permiten al mismo tiempo una admisibilidad limitada de la casación y asegurar adecuadamente la unidad jurisprudencial, habilitando a la Sala para decidir si existe una cuestión jurídica que necesite ser aclarada, siendo previsible que la sentencia de casación sirva para el enjuiciamiento futuro de un número indeterminado de casos y sea de utilidad para la unidad y el desarrollo del Derecho.

En suma, el Consejo de Estado estima que el artículo 482 del Anteproyecto debe ser objeto de nueva consideración para permitir que la casación civil pueda seguir cumpliendo la función que le es propia. Dada la trascendencia de esa función y de ese recurso, y su relevancia constitucional, esa observación se hace con carácter esencial.

En relación con la tramitación del recurso, se comparte también el criterio del Consejo General del Poder Judicial sobre la conveniencia de mantener el requisito del previo depósito, actualizando su cuantía, para evitar un uso abusivo del recurso, de simplificar y dar mayor relevancia al trámite de admisión, tomando algunos elementos del amparo constitucional, y, sin caer en exceso de formalismos, de mantener un cierto grado de exigencias formales en la casación.

Vigesimosegunda.- La rebeldía y la rescisión de sentencias firmes en caso de rebeldía (Título III del Libro Segundo). Ese Título del Anteproyecto se consagra a la rebeldía, la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde, integrando unitariamente, pero sin grandes cambios, normas dispersas en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil. EL Anteproyecto mantiene el criterio actual de automatismo de la declaración de rebeldía como una especie de contumacia presunta basada en la incomparecencia en tiempo y



CONSEJO DE ESTADO

forma, al margen de las circunstancias en las que fue citado o emplazado el demandado, y también el que esa declaración trae consigo el apartamiento del rebelde del proceso, sin que se lleve a cabo a partir de entonces notificación alguna del curso del proceso al declarado rebelde (artículo 499 y 500), aunque suprime la notificación en estrados y la anterior prohibición de volver a practicar diligencia alguna en su busca y declara expresamente, conforme a jurisprudencia consolidada, que la rebeldía no implica ni la admisión de los hechos de la demanda, ni el allanamiento, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, como ocurría en la tercera y en desahucio.

Pese a que se haya puesto de manifiesto la conveniencia de una lectura constitucional de los preceptos legales dedicados a la rebeldía y a la audiencia al rebelde ante la insuficiencia de éstos (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1996), el Anteproyecto, es escasamente innovador pero contiene algunas mejoras significativas. Así, trata de asegurar mejor la oportunidad de que se le notifique personalmente al rebelde la resolución declaratoria de la rebeldía, aunque quizá aquí debería imponerse una mayor diligencia de la parte actora, que no siempre actúa con la suficiente buena fe, al menos la misma diligencia que luego tiene para localizar al demandado o sus bienes en el momento de la ejecución de la sentencia que le ha sido favorable. También deben apurarse todas las posibilidades para lograr la notificación personal de la sentencia o resolución que ponga fin al litigio, aplicando al respecto las reflexiones que se avanzaron a propósito de los actos de comunicación.

El artículo 501 permite la comunicación posterior de la existencia del proceso al demandado rebelde citado o emplazado por edictos, pero esa comunicación debería tener una mayor operatividad y permitir un mayor margen de actuación de oficio del órgano judicial. También debería regularse de forma más detenida las consecuencias de la personación tardía del declarado rebelde.

El artículo 504 se refiere a la llamada audiencia al rebelde, determinando los casos en que, por el carácter involuntario de la rebeldía, cabe solicitar la rescisión de la sentencia, pero debería indicarse que ello sólo procederá cuando no sea posible pretender su nulidad en la vía del aún posible oportuno recurso puesto que, como sostiene el Consejo General del Poder Judicial, la



CONSEJO DE ESTADO

audiencia al rebelde sólo tiene sentido cuando no exista otra vía para impugnar la resolución.

El artículo 505 unifica y reduce, quizá excesivamente, los actuales plazos para solicitar la rescisión de la sentencia.

El artículo 510 debiera ponerse en consonancia con el previo artículo 504 y recoger que el órgano judicial ante el que ha de ejercitarse la acción de rescisión es el mismo órgano que dictó la sentencia firme.

M

En cuanto al procedimiento, los artículos 507 y siguientes mantienen la actual dualidad de fases en el procedimiento, una inicial, la llamada fase rescindente, en la que se dictará sentencia dando lugar o no a la rescisión de la sentencia, y una eventual segunda, de haberse dictado sentencia estimatoria, la llamada fase rescisoria, en la que se concede audiencia al rebelde para poder formular su defensa, continuar el procedimiento y dictarse nueva sentencia, que, en caso de inactividad del demandado, anterior rebelde, tendrá que dictarse en los mismos términos que la rescindida (artículo 511). Se sigue un procedimiento similar al de la revisión, residenciada hoy en el Tribunal Supremo, pero al ser el mismo órgano el que conoce de las dos fases, la rescindente y la rescisoria, el procedimiento podría simplificarse notablemente, sin necesidad de la dualidad de sentencias, pues la rescisión de la sentencia originaria sólo procede si va a ser sustituida por otra sentencia de contenido distinto.

Vigesimotercera.- La revisión de sentencias firmes (Título V del Libro Segundo). Ese Título "De la revisión de sentencias firmes" incluye pocas novedades respecto a la regulación actual del recurso de revisión, salvo el cambio de denominación, pues no se habla ya de recurso, acogiendo el parecer doctrinal y jurisprudencial mayoritario de que la revisión no es propiamente un recurso, sino un proceso especial y autónomo de carácter impugnatorio o una acción resolutoria de sentencias firmes de carácter no sólo extraordinario por motivos tasados, sino también, y sobre todo, excepcional.

La opción continuista en esta materia resulta acertada, aunque podría haberse aprovechado la ocasión para realizar algunas mejoras y precisiones en la redacción de los motivos teniendo en cuenta los criterios sentados en consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Algunas de ellas se recogen



CONSEJO DE ESTADO

ya en el artículo 512 (por ejemplo, la supresión en el 513.2º de la expresión "reconocidos", y la inclusión en el número 3º de la prueba pericial), pero cabría sugerir otras, como añadir en el número 1º, la expresión "obtuviesen", o una mejor delimitación del concepto de maquinación fraudulenta. Se ha reforzado también la actuación del Ministerio Fiscal, cuyo informe habrá de referirse no sólo a la admisión, sino también a la estimación de la demanda, lo que resulta justificado dado que está en juego el interés general del mantenimiento de la firmeza de las sentencias.

El único punto que pudiera quizá reconsiderarse es el que afecta al mantenimiento de la competencia universal y exclusiva de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Si se quiere descargar a ésta de cargas innecesarias en relación con infracciones procesales, no parece justificarse que se mantenga esta competencia general, aún más en una materia en la que existe una consolidada y clara jurisprudencia. Una alternativa posible sería la de asignar el conocimiento de la revisión a los Tribunales Superiores de Justicia, salvo que se trate de Sentencias de esos mismos Tribunales, en cuyo caso la competencia correspondería al Tribunal Supremo.

Vigesimocuarta.- La ejecución (Títulos I a V del Libro Tercero del Anteproyecto). Existe un acuerdo general en la doctrina procesalista en que las normas de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la ejecución conforman una de las partes más deficientes de la misma y, correlativamente, una de las más necesitadas de revisión y reforma. En este sentido, es exacta la afirmación, enunciada en la "Introducción" del Anteproyecto, que destaca la unidad, sencillez y claridad del Libro Tercero del nuevo texto, dedicado a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares.

Todos los informes previos se han mostrado partidarios de las numerosas mejoras de detalle, sin dejar de manifestar sus objeciones o sugerencias sobre diversos extremos. Siendo en su mayoría informes de organismos o entidades representativas de derechos o intereses colectivos, han centrado su atención en aquellos aspectos del Anteproyecto que más directamente les afectaban. Por otra parte, tanto la "Introducción" como la Memoria explicativa resaltan la novedad que representa el Título sobre la ejecución provisional y otras modificaciones introducidas, que se encaminan a proteger "mucho más



CONSEJO DE ESTADO

enérgicamente que hasta ahora al acreedor cuyo derecho presente suficiente constancia jurídica".

Por todo ello, se echa de menos una explicación general sobre el modelo de ejecución que se proyecta implantar mediante la nueva Ley. Como se habrá de ver a continuación, el texto remitido contiene un procedimiento de ejecución de nueva planta, un procedimiento original que implica una nueva toma de postura sobre el delicado equilibrio entre el derecho del acreedor y las garantías del deudor. El presente dictamen dedicará, por tanto, especial atención a este diseño general, en directa comparación con el actual vigente, más tarde, examinará la nueva regulación de la ejecución provisional y, finalmente, formulará algunas observaciones sobre algunos puntos concretos del articulado.

Resulta ilustrativo recordar los términos con que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil distingue, dentro del Libro II sobre la jurisdicción contenciosa, entre "la ejecución de sentencias" y "el juicio ejecutivo".

La primera de ellas se configura como una ejecución directa, sin necesidad de abrir nuevo procedimiento y, por tanto, sin nueva demanda, de las condenas contenidas en sentencias judiciales dictadas en el proceso declarativo. Se refiere primero a las modalidades de ejecución (cantidad líquida y condenas no pecuniarias) y después su principal preocupación estriba en la determinación dineraria de la cantidad ilíquida fijada en una condena.

Por el contrario, la ejecución de aquellos otros títulos que llevan aparejada la ejecución, pero que no son sentencias, si requiere un juicio especial previo a la ejecución, que se denomina "juicio ejecutivo", que versa siempre sobre deudas de dinero y tiene carácter sumario, por lo que las tasadas causas de oposición aparecen acompañadas de la posibilidad de instar posteriormente un juicio plenario con libertad de alegaciones.

A lo anterior se añade, aunque fuera ya de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 131 de la Ley Hipotecaria), una tercera forma de ejecución, centrada en las fincas hipotecadas y concebida, nuevamente, como un procedimiento sumario, siendo posible promover después un juicio plenario declarativo.



CONSEJO DE ESTADO

Recordado ese esquema actual de ejecución, su contraste con el trazado en el Anteproyecto ilumina sobre la verdadera naturaleza de éste.

M

El Anteproyecto, por un lado, convierte el juicio sumario interdictal (y el especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria) en procesos civiles verbales (artículo 442). Por otro, los tres procedimientos de ejecución arriba mencionados -la ejecución de sentencias, el juicio ejecutivo de títulos que llevan aparejada la ejecución, y el procedimiento sumario especial de hipotecas del artículo 131 de la Ley Hipotecaria-, son concentrados en un mismo Título y, supuestamente, en un mismo procedimiento de ejecución. Ahora bien, ese actual tratamiento diferenciado parece sugerir que el legislador entendió en su día que tales procedimientos respondían a intereses diversos que debían ser protegidos diferentemente, de modo que la pretendida unificación contenida en el Anteproyecto implicaría un cambio sustancial de la política legislativa procesal, suscitándose, en consecuencia, si realmente se lleva a cabo la anunciada unificación y, segundo, si ésta cumple un objetivo atendible.

Por empezar con lo más sencillo, los artículos que regulan el procedimiento sumario en la Ley Hipotecaria (artículos 129 a 132) son modificados enteramente en la disposición final octava del Anteproyecto y sustituidos por algunas reglas registrales a propósito del procedimiento sumario, el cual no desaparece, sino que resurge, con casi las mismas características, en un Capítulo especial del Título relativo a la ejecución de condenas dinerarias (artículos 681 a 698). En este caso, no hay pues unificación alguna. Como el vigente, se inicia por demanda ejecutiva, se despacha la ejecución mediante auto, las excepciones admitidas son muy pocas (artículo 695), pero luego puede instarse un proceso plenario (artículo 698). En suma, la novedad sobre esta clase de ejecución reposa únicamente en su traslado a la Ley procesal común, reduciendo la actual dispersión normativa.

Este procedimiento sumario de hipotecas conforma una especialidad injertada en lo que podría llamarse el "procedimiento ejecutivo común" del Anteproyecto, en el cual si se fusionan la ejecución directa de sentencias y el juicio ejecutivo.



CONSEJO DE ESTADO

Este procedimiento ejecutivo unitario debe solicitarse mediante demanda (artículo 526), a la que sigue auto judicial despachando la ejecución, que no es susceptible de recurso, aunque cabe oponerse por causas tasadas.

De esta manera, la ejecución de sentencias, que en la legislación vigente se lleva a cabo una vez firme la sentencia sin necesidad de más trámites (artículo 929 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ahora se condiciona a la presentación de una demanda, que tiene un plazo de ejercicio, bajo amenaza de caducidad, de tres años (artículo 524 del Anteproyecto). Además, la ejecución debe en el nuevo texto superar un ahora inexistente incidente de oposición, contemplado, para esa clase de títulos ejecutivos, en los artículos 559, 562 y 565.

De la presente descripción se infiere que la ejecución de sentencias, en el Anteproyecto, aunque se beneficia de las múltiples mejoras que éste introduce en muchos puntos determinados, se retarda y entorpece en alguna medida con requisitos adicionales sin que se comprenda su necesidad ni conveniencia, salvo el deseo de unificar el procedimiento.

Por último, el juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al quedar absorbido en ese procedimiento unitario del Anteproyecto, es, de los tres actuales, el que experimenta una mayor transformación. En el juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede abrirse el incidente de oposición por causas tasadas y esto se respeta en el Anteproyecto, donde además la oposición suspende la ejecución (artículo 563). Pero, en lo esencial, el juicio ejecutivo sufre una mutación completa, porque, asimilándose a la ejecución de sentencias, la ejecución de los títulos ejecutivos deja de ser un auténtico juicio sumario, que termina en sentencia, y no se contempla un juicio declarativo plenario posterior.

Importa insistir en este último extremo, puesto que el Anteproyecto prevé que esos títulos ejecutivos, por ejemplo la deuda reconocida en escritura pública, inician un procedimiento que no termina en sentencia, de suerte que no puede hablarse de juicio y, además, ningún precepto autoriza a instar un juicio declarativo plenario posterior sobre el título mismo y no ya sobre su ejecución.

El texto remitido parece partir al efecto de una equiparación completa entre la ejecución de sentencias firmes, pronunciadas tras juicio plenario y la ejecución



CONSEJO DE ESTADO

de los otros títulos ejecutivos (en los que ordinariamente ha intervenido un fedatario público), sin juicio sumario previo y sin posibilidad de juicio declarativo posterior.

Quizá podría interpretarse que el Anteproyecto ha omitido involuntariamente un artículo semejante a aquél que, en relación con la ejecución de los créditos hipotecarios, remite a un plenario posterior (artículo 698), donde podrá ventilarse incluso la cuestión de la nulidad del título mismo, no ya sólo los problemas de su ejecución.

Ahora bien, el único artículo del Anteproyecto que, con carácter general, practica esa remisión, no permite concluir, rectamente interpretado, que se haya producido esa omisión involuntaria.

En efecto, el artículo 567 del Anteproyecto prevé expresamente que, concluidas las posibilidades de alegación, podrán hacerse valer "en el proceso que corresponda" los "hechos o actos distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante".

Cuando ese precepto especifica que son hechos o actos posteriores a la alegación en juicio o a la producción del título (debería decir creación del título), es porque desea excluir los hechos o actos anteriores o simultáneos, es decir, aquellos concernientes a la validez misma del título, capacidad del sujeto del negocio, consentimiento, causa, licitud del objeto, etc. Si esto pudiera ser comprensible en el caso de las sentencias, porque la validez del título ha sido ya enjuiciada con toda libertad de alegaciones en el plenario, no sucede lo mismo con los títulos extrajudiciales, de donde se deduce que el Anteproyecto, que sitúa este artículo 567 en el capítulo sobre la oposición —lugar sistemático impropio si pretendiera establecer una regla general—, ha buscado conscientemente esta equiparación completa entre sentencia judicial firme y título extrajudicial.

En suma, en su actual redacción, puede entenderse que el Anteproyecto permite una ejecución judicial sin previo conocimiento pleno y sin posible juicio declarativo posterior, lo que este Consejo estima que vulnera el derecho



CONSEJO DE ESTADO

constitucional a la tutela judicial efectiva, que ampara no sólo al acreedor sino también al deudor, ya que a éste se le niega el derecho a un juicio sobre el título que fundamenta la ejecución.

En consecuencia, resulta necesario corregir esa orientación del Anteproyecto, para lo cual hay que precisar que lo que se acuerde en esa ejecución de títulos extrajudiciales únicamente tendrá fuerza de cosa juzgada formal respecto de las cuestiones que pudieron en ella suscitarse, aplicando al caso el mismo principio que el artículo 818 del Anteproyecto sigue a propósito del proceso cambiario.

M
Junto a ello, debe igualmente precisarse que esa ejecución de un título extrajudicial no empece al derecho del deudor de promover el oportuno proceso declarativo plenario, en el que pueda suscitar y discutir la validez del título ejecutivo y cuantas otras cuestiones no pudo oponer en las actuaciones ejecutivas.

Adicionalmente, el Consejo de Estado considera que sería preferible mantener la actual diferencia de procedimiento entre las sentencias y esos títulos extrajudiciales, con las reglas comunes que procedan (embargos, apremio, subasta, etc.). Como estos títulos implican necesariamente deudas de dinero (artículo 521 del Anteproyecto), acaso convendría llevar al Título IV sobre "la ejecución dineraria" todas las particularidades de dichos títulos extrajudiciales, recuperando la culminación del procedimiento en sentencia judicial sobre el fondo y la posibilidad de un declarativo plenario ulterior.

Si esta profunda innovación se oculta entre otras reformas que el Anteproyecto introduce, la ejecución provisional, en cambio, merece la atención principal de todos los informes previos, así como de la "Introducción" del Anteproyecto.

Un simple cotejo de la actual y dispersa regulación de la ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 385 y 1722 principalmente) y la concentrada y detallada del Anteproyecto ilustra sobre la mayor importancia que éste concede a la ejecución provisional. Una prueba adicional de la conveniencia, arriba indicada, de distinguir entre sentencias y títulos extrajudiciales, es que el Anteproyecto regula la ejecución provisional en un Título inicial (Título II, artículos 526 a 539), reservado a las reglas generales y comunes, cuando en realidad esa ejecución provisional únicamente atañe a las



CONSEJO DE ESTADO

"resoluciones judiciales", normalmente no firmes, y nunca a los títulos extrajudiciales.

Por otra parte, ha de partirse de que el Título II del Libro Tercero del Anteproyecto se ocupa de la ejecución provisional de las sentencias que no son firmes, mientras que el siguiente Título III recoge los principios generales de la ejecución de sentencias firmes.

A ese criterio sistemático han de añadirse dos materiales, cuales son:

- De un lado, la aplicación de la ejecución provisional a todas las sentencias, salvo contadas excepciones (artículo 527).
- De otro, la privación de efectos suspensivos a la apelación (artículo 462), extremo que ya ha sido anteriormente comentado al abordar el régimen de recursos del Anteproyecto.

Siendo ello así, el artículo 570, que reitera y matiza el aludido criterio de que la interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, las actuaciones ejecutivas, está mal ubicado, puesto que obra actualmente en el Título III —dedicado a la ejecución plena de sentencias ya firmes— siendo así que, al aludir a sentencias susceptibles de ser recurridas, debiera trasladarse al Título II, que es el que se ocupa precisamente de la ejecución provisional de ese tipo de sentencias no firmes.

Suscita alguna duda al Consejo de Estado que la ejecución provisional pueda pedirse "en cualquier momento" (artículos 529, número 1, y 537, número 2), lo que representa un cambio radical, posiblemente excesivo, con relación al plazo de 6 días hoy vigente (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La indeterminación del plazo coloca al ejecutable en una situación de total inseguridad sobre su patrimonio, a merced de la voluntad del actor, pudiendo favorecer la utilización por éste de su facultad para fines desviados.

A lo largo del Anteproyecto no pocos artículos presentan un contenido material-sustantivo, más allá de lo formal-procesal. Aun cuando en los sistemas continentales, a diferencia de los anglosajones (y del antiguo Derecho romano), se distingue entre el derecho material y la acción procesal, es lo cierto que tal



CONSEJO DE ESTADO

derecho, sin acción que hacer valer ante los Tribunales, únicos competentes para activar la máquina coactiva del Estado, no pasa de ser una obligación natural. De hecho, ciertos preceptos procesales desbordan su ámbito formal y redundan en el derecho sustantivo y, así, por ejemplo, aquellos atinentes al embargo y a la condición de inembargables de algunos bienes constituyen auténticas limitaciones al principio general de responsabilidad universal (artículo 1911 del Código Civil).

M Si razones de política legislativa, o acaso la tradición, pudieran quizá explicar este desbordamiento, hay un artículo en el Anteproyecto claramente sobrante, cuya supresión mejoraría el texto remitido. Es el artículo 597, que contempla el caso de la adquisición a non domino de bienes muebles e inmuebles por el adjudicatario de bienes embargados. Se trata de un precepto que simplemente aplica, para un caso especial, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y el 464 del Código civil, si bien con una restricción insólita en este último caso, ya que exige la inscripción incluso de los bienes muebles. La reproducción de preceptos sustantivos no añade nada, sino que confunde y, por ello, se considera preferible que el Anteproyecto simplemente se remita a las normas civiles a los efectos que proceda.

Los artículos 623 y 628 disponen que ciertos bienes embargados tengan la consideración de "caudales públicos". La utilización de la expresión "caudales públicos" en este contexto no es técnicamente precisa y, sobre todo, los artículos no definen a qué efectos esos bienes reciben el mencionado tratamiento, toda vez que unos bienes privados no pierden esa condición por haberse dado en depósito o por haber sido trabados por orden judicial.

Por último, observa el Consejo de Estado que el Anteproyecto, plegándose en esto a la tradición, omite toda regla relativa a la ejecución de sentencias civiles en que se condena al Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales. Actualmente, estas normas se hallan dispersas en normas no procesales (la Ley General Presupuestaria, el Estatuto de la Abogacía del Estado, etc.) y no conforman un cuerpo sistemático unitario y congruente, sino una yuxtaposición desordenada de privilegios. Sin duda, la Administración puede ser condenada, y con frecuencia lo es, a dar, hacer o no hacer, y esta condena experimenta modulaciones o matizaciones a



CONSEJO DE ESTADO

consecuencia de la especial naturaleza de la Administración. El Consejo de Estado entiende que el Anteproyecto debiera prestar a esta cuestión la misma atención que ha dispensado a la ejecución de sentencias civiles contra particulares y dotarla de un régimen legal ordenado y sistemático que resuelva los numerosos problemas y lagunas que se detectan en su actual regulación.

A título de corrección⁴ formal, ha de salvarse la errata de numeración del artículo 595, en el que falta un apartado número 3.

Vigesimoquinta.- Las medidas cautelares (Título VI del Libro Tercero). La llamada "Introducción" del Anteproyecto y la Memoria Justificativa destacan las novedades de carácter sistemático que derivan del Título VI de su Libro Tercero, aludiendo, en ese sentido, a que las actuales normas dispersas sobre la materia son sustituidas, salvo muy contadas excepciones, por un conjunto ordenado de preceptos que tratan de regular de forma completa la materia, poniendo fin a la dispersión, fragmentación y diversificación de la legislación actualmente vigente. Sin embargo, se aclara que, en vez de tratar de establecer una relación cerrada de posibles medidas cautelares minuciosamente reguladas, se han establecido sólo las reglas suficientes, sin vaguedad o inconcreción, para que estas medidas puedan adoptarse y al mismo tiempo adaptarse a los cambios y circunstancias. Es decir, el Anteproyecto no regula separadamente los presupuestos, el contenido y el procedimiento de cada medida cautelar, sino que, como han destacado elogiosamente los comentaristas, establece una regulación unitaria de los presupuestos materiales y procesales que deben concurrir para que pueda acordarse una medida cautelar, del procedimiento de adopción, ejecución y enervamiento de las medidas cautelares, y del contenido y efecto de esas medidas. La opción elegida de la introducción de un procedimiento cautelar único merece elogio y evita el actual y poco racional estado de cosas, pero esa opción ha traído consigo obviamente dificultades de la propia tarea de ordenación unitaria, que el Anteproyecto en buena parte ha logrado superar. La unidad de regulación de las medidas cautelares comprende su solicitud, competencia para adoptarlas, características que debe reunir toda medida cautelar, sin perjuicio del catálogo enunciativo de las medidas cautelares, presupuestos para la adopción de la medida cautelar (caución y apariencia de buen derecho), procedimiento de adopción, ejecución, oposición y enervamiento de las medidas cautelares. Por



CONSEJO DE ESTADO

otro lado, el Anteproyecto incluye medidas más genéricas y eficaces que las actualmente existentes en esta tan novedosa regulación.

Precisamente, esa novedad y la especificidad de la materia es la que ha permitido plantear dudas sobre la ubicación sistemática elegida para la inclusión de esa normación. El Anteproyecto coloca a las medidas cautelares dentro del Libro de la Ejecución Forzosa. Esta opción sistemática es cuestionable, no sólo por razones conceptuales, sino también para evitar confusiones y una consideración errada del proceso cautelar como una especie de ejecución provisional que no lo es, con la consiguiente interpretación restrictiva de la tutela cautelar.

Este Consejo de Estado comparte, por ello, el criterio del Consejo General del Poder Judicial de tener en cuenta la actual significación que ha cobrado la tutela cautelar, también por la conexión que la jurisprudencia constitucional ha hecho de la misma con el artículo 24 de la Constitución, y la conveniencia de que un sistema novedoso, amplio y común de medidas cautelares se contuviera como Libro propio, fuera y de forma diferenciada de la materia ejecutiva.

En cuanto al contenido de la regulación de la tutela cautelar, el Anteproyecto incluye necesariamente materias sustantivas y materias procesales, puesto que toda decisión en materia cautelar significa un juicio proyectivo previo de una tutela judicial en curso para asegurar la efectividad de ésta última, a través de medidas transitorias que responden a una efectiva y actual necesidad de remover el temor de un daño de carácter material o procedimental.

El Anteproyecto reconoce un derecho a obtener una medida cautelar que elimine o prevenga los daños derivados de la necesidad de que el derecho se declare a través del ejercicio de la acción principal y para asegurar la efectividad de la Sentencia condenatoria que se dictare, con lo que parecería excluirse la posibilidad de tutela cautelar en procesos meramente declarativos o constitutivos. Restricción que no se estima justificada por lo que debería sustituirse la expresión "sentencia condenatoria" por "sentencia estimatoria", para evitar equívocos, dado que del artículo 726 se deduce la posibilidad de adoptar medidas de carácter anticipatorio o previas a sentencias declarativas o constitutivas.



CONSEJO DE ESTADO

El artículo 720 se refiere a la necesaria instancia de parte, lo que reitera su número 2, pero sería conveniente prever alguna excepción en relación con litigios, por ejemplo en materia de familia, en los que puede haber un interés público. La inflexible afirmación del artículo 720.2 choca así con la posibilidad de acordar medidas cautelares de oficio en alguno de los procedimientos especiales, por lo que debería añadirse alguna salvedad en la redacción del precepto. Se evidencia que el derecho a la tutela cautelar es un derecho autónomo, aunque instrumental, al margen de la existencia o no final del derecho pretendido en el proceso principal, de ahí la insistencia en "bajo su responsabilidad", que se especifica en el artículo 725.2.

Los procedimientos cautelares pueden responder a funciones muy distintas, pero tienen unas características comunes, que se expresan en el artículo 725, precepto clave en la nueva regulación, y que pueden dar lugar a medidas cautelares específicas que, de forma no exhaustiva, se determinan en el artículo 726, aunque en este artículo se incluyan no sólo las medidas propiamente dichas sino también algunos de los apartados de los presupuestos para poderse adoptar. El número 11 contiene una cláusula general que se refiere a todas las demás medidas previstas por la ley, pero dado que, pese a ello, se otorga al órgano judicial la facultad de adoptar otras medidas cautelares indeterminadas o atípicas, quizás sería conveniente que, en vez de una norma en blanco, se estableciera alguna cláusula general más precisa.

El Anteproyecto destaca, ahora de forma expresa, acogiendo los criterios doctrinales más recientes, las características del proceso cautelar, su instrumentalidad (artículo 725), su provisionalidad (arts. 744 y ss.), la existencia de un "periculum in mora", la exigencia de caución (artículo 727.1) y el novedoso "humo de buen derecho" (artículo 727.2), que obliga a un conocimiento provisional sumario o "prima facie" de lo fundado de la pretensión, previo a adoptar la medida cautelar. En principio, toda esta regulación resulta aceptable y supone un paso modernizador muy significativo en la efectividad de la tutela cautelar, aunque susceptible de algunas mejoras técnicas como las que ha sugerido el Consejo General del Poder Judicial.

Vigesimosexta.- Los procesos especiales sobre capacidad, filiación y matrimonio (Título I del Libro Cuarto). Este Título agrupa un conjunto de



CONSEJO DE ESTADO

procesos civiles que han sido tradicionalmente diferenciados de los ordinarios en cuanto se les aplican unos principios claramente matizados respecto de los que rigen en aquéllos, lo que, a su vez, trae causa de que la materia a la que se refieren —el estado civil de las personas— es objeto de una régimen legal muy característico.

En concreto, esa materia no queda regida predominantemente por los intereses particulares de los intervinientes típicos del tráfico civil, sino, que éstos últimos aparecen condicionados por el marcado interés público que subyace en la proclamación y protección del estado civil de las personas.

Siendo ese el telón de fondo de los correspondientes procesos, es indudable el acierto de englobarlos en un Título "ad hoc".

Constatado esa favorable opción efectuada por el Anteproyecto, y todavía en un plano general de análisis han de destacarse dos cuestiones:

a) La ubicación sistemática de la regulación de los procesos ahora examinados. El Anteproyecto trata de poner coto a la insatisfactoria situación actual, que se caracteriza por el hecho de que los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio están regidos o por normas ajenas a la Ley procesal civil general —como son las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio— o por textos claramente sustantivos, cual es el Código Civil.

Dada la naturaleza procesal de la materia ahora analizada, resulta un acierto ubicarla en la proyectada nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, existen casos en que el Anteproyecto no aplica esa directriz sistemática, ya sea por defecto o por exceso.

Dentro del primer grupo de casos están las acciones de reclamación e impugnación de filiación, cuyo régimen procesal —actualmente contenido en las Secciones Segunda y Tercera del Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil— no es trasladado, como debiera, a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.



CONSEJO DE ESTADO

Por lo que concierne a los casos en que el Anteproyecto se excede en la citada traslación normativa, incluyen, por ejemplo, los datos que pueden apoyar la declaración de filiación (artículo 767, número 3) y la posibilidad legal de pedir la determinación legal de la filiación e inatacabilidad de las filiaciones determinadas judicialmente (artículo 764).

En consecuencia, y coincidiendo en este punto con el Consejo General del Poder Judicial, entiende este Consejo que el Anteproyecto debiera depurar al máximo ese deslinde de materias sustantivas y procesales.

b) El ámbito de los procesos especiales ahora examinados. Una vez adoptada, parece necesario llevar a sus últimas consecuencias la decisión de regular unitariamente los procesos civiles especiales referidos a los citados aspectos del estado civil de las personas, a cuyos efectos debiera considerarse hablar de procesos sobre familia más que sobre matrimonio, puesto que esta última delimitación excluye las cuestiones suscitadas por los hijos extramatrimoniales.

En ese mismo orden de consideraciones, el Consejo General del Poder Judicial ha suscitado la posibilidad de que el Anteproyecto recogiese igualmente en el Título ahora comentado los procedimientos especiales derivados de reclamaciones contra las resoluciones de entidades públicas en materia de guarda, acogimiento, tutela y adopción. Se trata de una cuestión que la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, remitió a la jurisdicción voluntaria y que está pendiente de ser tratada.

Claro es que, con ello, se plantea, en último término, la propuesta más ambiciosa formulada por el referido Consejo General de acoger en una regulación unitaria los procesos especiales y actuaciones de jurisdicción voluntaria en materia de capacidad, filiación y matrimonio.

Ambas posibilidades exceden del ámbito que el Anteproyecto se ha trazado al desgajar de él la jurisdicción voluntaria y remitirla a una futura regulación unitaria.



CONSEJO DE ESTADO

Por el contrario, parece plenamente congruente con sus postulados simplificadores y unificadores que el Anteproyecto acogiese las eventuales especialidades procesales civiles destinadas a cuestiones familiares pero no matrimoniales.

Concluido este capítulo de observaciones generales al primer grupo de procesos especiales previsto por el Anteproyecto, han de añadirse algunas puntualizaciones más concretas, que afectan a los siguientes extremos:

1- Las disposiciones generales. Dentro de las que incluye el Capítulo I del Título I del Libro Cuarto del Anteproyecto, merecen un comentario particularizado:

M

- La intervención del Ministerio Fiscal. Tal intervención es un clásico instrumento procesal en defensa del interés público que subyace en esta materia, debiendo advertirse que, frente a los casos en que la reconoce de modo incondicional en los procesos sobre incapacidad y en los de nulidad de matrimonio (artículo 749, número 1), el Anteproyecto la matiza en los de determinación e impugnación de la filiación (número 2 de ese mismo artículo 749), lo que difiere de lo previsto en el artículo 50 de la Ley del Registro Civil, que exige preceptivamente la intervención del Ministerio Público en cualquier proceso del que pueda derivar sentencia contradictoria de los asientos del Registro Civil.

En relación con esa misma intervención, el citado artículo 749, número 2, del Anteproyecto debe aclarar si el "ausente" al que alude se refiere a una situación fáctica o a una así declarada. Frente al criterio del Consejo General del Poder Judicial, estima este Consejo que ha de optarse por la primera de esas acepciones.

- La representación y defensa de las partes. La dogmática procesal se hace frecuentemente eco de los problemas que pueden surgir en los casos en que, iniciado de común acuerdo un procedimiento de separación o divorcio en el que los cónyuges actúen con una sola defensa, surja posteriormente una



CONSEJO DE ESTADO

discrepancia entre las partes que les obligue a escindir esa dirección técnica común y una de ellas trate de mantener al inicial director letrado.

En evitación de la odiosa desigualdad que pudiera derivar de ello, parece recomendable que el artículo 750, número 2, del Anteproyecto proscriba tal posibilidad y exigir, por el contrario, nuevas direcciones técnicas separadas.

- La indisponibilidad del objeto del proceso. Es ésta otra de las clásicas manifestaciones de las limitaciones que el interés público en la materia a que se refieren los procesos ahora examinados introduce en las libres decisiones de las partes.

Recoge ese principio el artículo 751, número 1, del Anteproyecto al prohibir renunciaciones, allanamiento y transacciones en los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio.

Siendo ello en principio correcto, ha de puntualizarse que es especialmente claro en el caso de las pretensiones esenciales que se hacen valer en tales procesos, mientras que lo es menos en aquellas complementarias, referidas a aspectos económicos — acuerdos de división de elementos patrimoniales... — en las que debería dejarse abierta la posibilidad de disposición por las partes, sujeta a unos límites más exigentes que los recogidos, con carácter general, por el artículo 16 del Anteproyecto.

- La actividad probatoria. Es éste otro de los ámbitos en los que los procesos especiales ahora considerados se apartan del clásico principio de aportación de parte que ha tenido reiteradas ocasiones de comentarse a lo largo del presente dictamen, ya que en estos juicios especiales se atribuyen unas muy amplias potestades de actuación de oficio a los órganos judiciales.

Este extremo aparece recogido en el artículo 752 del Anteproyecto, que no sólo incorpora las potestades, sino que



CONSEJO DE ESTADO

añade una gran amplitud en lo que concierne al momento procesal en que pueden aportarse las pruebas conseguidas.

Este Consejo estima acertada la orientación de ese precepto, cuya rúbrica sería más exacta si aludiese escuetamente a "prueba", anunciando así que tiene una mayor amplitud que la "investigación de oficio" con que aparece actualmente titulado.

M

- La exclusión de publicidad de las actuaciones orales. El amplio catálogo de criterios que el artículo 137 del Anteproyecto contiene para decretar esa reserva -respecto del que ya se avanzó un juicio favorable en previas consideraciones de esta consulta- incluye algunos que son especialmente aplicables a los procesos ahora examinados, cuales son "los intereses de los menores", "el interés de la moralidad" y "la protección de la vida privada de las partes".

Por ello, resulta sorprendente que el artículo 754 del Anteproyecto permita a los órganos judiciales que conozcan de esos procesos especiales decretar que sus actuaciones orales se celebrarán a puerta cerrada "aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado segundo del apartado 137 de la presente Ley".

En consecuencia, parecería preferible que el citado artículo 754 se reformulase en el sentido en indicar a esos órganos judiciales la necesidad de prestar una especial atención a la eventual necesidad de celebrar a puerta cerrada las aludidas actuaciones orales.

- La eficacia de las sentencias. Aunque el artículo 755 del Anteproyecto -de un modo análogo a su previo artículo 221, número 2- la vincula con la cosa juzgada material, la eficacia "erga omnes" de las sentencias que se dictan en estos procesos especiales está más directa y específicamente fundamentada en su eficacia constitutiva.

Con independencia de lo anterior, la comunicación de esas sentencias a los Registros Civiles debe ser más amplia que la que



CONSEJO DE ESTADO

prevé el apartado número 2 de ese artículo 755, ya que, junto a los casos que prevé de hacerlas constar en las inscripciones de nacimiento y matrimonio de las partes, caben otros adicionales (inscripciones de nacimiento de los hijos que no hayan sido parte en los correspondientes procesos matrimoniales).

Debiera incluso preverse la comunicación de tales sentencias a otros Registros públicos distintos de los Civiles. »

2.- El internamiento involuntario por trastorno psíquico. Coincide este Consejo con el del Poder Judicial en que ésta es la materia que, dentro de los procesos sobre la capacidad de las personas, requiere de ciertas correcciones, que debieran al comprender, al menos, los siguientes extremos del artículo 763 del Anteproyecto:

- Una cierta diferenciación de supuestos, de modo que el Anteproyecto debería permitir un trato diverso a las muy distintas modalidades de trastornos que pueden presentarse. En concreto, y tal y como ha apuntado el Consejo General del Poder Judicial, parece necesario distinguir los trastornos de origen alcohólico o drogodependiente, los trastornos con brotes reiterados pero discontinuos, los que, por el contrario, tienen carácter continuo y progresivo....

- Los controles médicos. En primer lugar, no queda claro en el Anteproyecto cuál es la autoridad médica que puede decidir un internamiento urgente sujeto a posterior ratificación judicial.

Por otro lado, el referido artículo 763 requiere que el Juzgado actuante examine al afectado para que pueda decretar el alta y conclusión del internamiento, lo que resulta escasamente operativo y debería sustituirse por un informe del facultativo médico designado por ese Juzgado.

3.- Los procesos matrimoniales. Dentro de esta modalidad de los procesos especiales ahora examinados, merecen comentarse los siguientes extremos:



CONSEJO DE ESTADO

ese ulterior artículo 776 debería precisar que el eventual recurso de apelación contra la sentencia o el auto que dicte el Juzgado actuante no suspenderá la eficacia de lo decidido en esas resoluciones judiciales.

- El proceso para reconocer la eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. El Consejo General del Poder Judicial se hace eco de las reservas que la Sentencia del Tribunal Constitucional 265/1988, de 23 de enero, manifestó al respecto y de la conclusión que alcanzó a propósito de calificar ese proceso como una actuación de jurisdicción voluntaria que no podía impedir el correspondiente proceso en el caso de que alguna de las partes afectadas se opusiese a ese reconocimiento.

Tal calificación del intérprete supremo de la Constitución recomendaría remitir esta cuestión a la futura Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Si se desecha tal opción y se opta por mantener ese proceso especial dentro del Anteproyecto, sería en todo caso necesario que su artículo 777 precisase el cauce a seguir en el caso de que el Juzgado actuante denegase ese reconocimiento de efectos civiles. En concreto, habría que aclarar el eventual régimen de recursos o la necesidad de instar el correspondiente proceso, con especificación, en este último caso, del cauce a seguir.

Vigesimoséptima.- Los procesos especiales sucesorios (Título II del Libro Cuarto). La regulación de esos procesos pone de relieve, como primera cuestión, que la rúbrica de ese Título -"De la división judicial de la herencia"- es inadecuada a su auténtico contenido, que comprende, junto al proceso referido a esa división (Capítulo I), otros dos procesos especiales, centrados en "la intervención del caudal hereditario" (Capítulo II) y en la "administración del caudal hereditario" (Capítulo III), respectivamente.

En consecuencia, resultaría preferible que tal rúbrica se sustituyese por la de "procesos especiales sucesorios" u otra similar.



CONSEJO DE ESTADO

Por lo demás, y también con carácter general, ha de notarse que tales procesos tienen una marcada naturaleza de jurisdicción voluntaria, tal y como lo pone de manifiesto su cercanía, por ejemplo, con la declaración de herederos "ab intestato".

Siendo ello así, ha de aplicárseles la misma conclusión que se avanzó en la anterior consideración a propósito de las actuaciones dirigidas a dotar de efectos civiles a determinadas resoluciones canónicas en materia matrimonial.

Para el supuesto de que se prefiera mantener la regulación de tales procesos dentro del Anteproyecto, se observa que los términos que este último les dedica mejora las previsiones de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

M Sin perjuicio de ello, resulta un tanto anómala la ordenación sistemática de esa regulación, puesto que no se corresponde con la secuencia con que se presentan conceptual y temporalmente las cuestiones sucesorias que tratan de encauzarse, de modo que parecería preferible invertir tal ordenación y abordar sucesivamente la intervención del caudal hereditario, su administración y la ulterior división de la herencia.

Por lo que concierne a la concreta regulación del Anteproyecto, merece especialmente avanzar algunas puntualizaciones al proceso de división de la herencia.

El Consejo de Estado entiende acertada la propuesta del Consejo General del Poder Judicial de crear un proceso más general, que se aplicaría a todos los casos en que deben separarse patrimonios comunes, lo que evitaría que algunos de los más característicos de ellos —como son las divisiones de las sociedades de gananciales— deban regirse supletoriamente por normas pensadas para supuestos netamente distintos como son los sucesorios.

Con independencia de lo anterior, se aprecian ciertas vacilaciones conceptuales en la terminación del proceso de división hereditaria recogido en el Anteproyecto, que afectan, por ejemplo, a los siguientes extremos:

- Los diversos tratamiento de su resolución final, que, con carácter general, consiste en un auto (artículo 783, números 2 y 4), pero que pasa



CONSEJO DE ESTADO

a ser sentencia en el caso de que surjan indicios de irregularidades penales.

- La pervivencia de la protocolización de los referidos autos, requisito excesivamente formalista y actualmente superado dada la admisión de la posibilidad de inscribir y anotar directamente las resoluciones judiciales.

Vigesimoctava.- Los procesos especiales monitorio y cambiario (Título III del Libro Cuarto). Dos importantes novedades del Anteproyecto se contienen en ese y consisten en la creación del proceso monitorio (Capítulo I) y en la regulación unitaria y sistemática de un proceso cambiario (Capítulo II)

En cuanto al proceso monitorio la llamada Introducción afirma que "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 una base de 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 de "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 superior a los tres millones de pesetas".

La introducción del proceso monitorio, ya existente en sistemas procesales cercanos, en la legislación procesal española es una vieja demanda de nuestra doctrina procesalista, que entiende que podrá permitir, al igual que en esos otros ordenamientos, disminuir el número de procesos declarativos y convertirse en un cauce primordial de la tutela jurisdiccional de los créditos. En efecto, donde existe el proceso monitorio la mayor parte de las reclamaciones judiciales de cantidad se encauzan a través de él, con el consecuente alivio para los tribunales, reduciéndose, además, el artificial número de sentencias dictadas en rebeldía, por no existir motivos reales de oposición por parte del demandado moroso.

El Consejo de Estado estima que las exigencias del dinamismo de la economía, la necesidad de reforzar la seriedad de los pactos y la seguridad jurídica, la



CONSEJO DE ESTADO

M

reserva de la función judicial predominantemente para las controversias y el aseguramiento de una justicia rápida y eficaz son valores que justifican la introducción de este tipo de proceso monitorio concebido como una adaptación del proceso de cognición ordinario a las necesidades prácticas del derecho material que por el mismo se sustancian, de manera que el acreedor consigue obtener con celeridad un título ejecutivo que el juicio ordinario le proporcionaría sólo después de mucha dilación y de una tarea materialmente inútil de la oficina judicial y del juzgado. Es la eventual inutilidad del retraso que sufre la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, en los casos en que el demandado permanezca en rebeldía o nada excepcione, la que sirve de base para la configuración de este proceso que permite obtener rápidamente un título ejecutivo similar al que resultaría de una normal sentencia declarativa de condena ; para llegar con celeridad a la creación de ese título ejecutivo, se desplaza la iniciativa de contradecirlo desde el actor al demandado.

Es cierto que las razones que aconsejan introducir instrumentos monitorios en el proceso de cognición se conectan con la actual lentitud de ese proceso, que el Anteproyecto trata de remediar, pero esa lentitud también deriva del excesivo número de juicios de cognición plena, cuyo número se reduciría sensiblemente de permitirse, como en otras experiencias comparadas, un proceso monitorio que conforma la mayoría de los procesos declarativos, con un resultado además muy mayoritariamente positivo, poniendo a los jueces, como ha dicho algún ilustre procesalista, en situación de trabajar con calma en los juicios ordinarios. Un eficaz juicio monitorio puede reconducir a la justicia civil a unos niveles cuantitativos compatibles con la eficacia del proceso como instrumento, siempre, claro está, que ese proceso monitorio se articule con las garantías adecuadas para lograr una solución no sólo rápida y eficaz, sino también jurídicamente correcta.

La característica común de este tipo de proceso es la de permitir la creación de un título ejecutivo frente al deudor de una cantidad de dinero en aquellos supuestos en que el deudor no discute la existencia del derecho de crédito y se niega exclusivamente a efectuar el pago, no justificándose entonces proseguir un largo, costoso e innecesario proceso para que el acreedor pueda percibir su crédito frente al deudor. Con el proceso monitorio, basta que el juez notifique al



CONSEJO DE ESTADO

deudor la pretensión del acreedor de percibir su crédito para que, si no paga ni discute la existencia de la deuda, pueda iniciarse el proceso de ejecución.

Las experiencias comparadas muestran diferencias sustanciales entre los procesos monitorios más típicos (Francia, Italia y Alemania), pero en todos ellos destaca, como característica común, la rapidez del procedimiento, la inversión de la iniciativa del contradictorio y la emisión de una resolución judicial sobre el fondo idónea para ser objeto de ejecución forzosa y dotada de cosa juzgada. Dentro de este rasgo común del proceso monitorio, las variantes fundamentales se reducen sobre todo a la necesidad o no de que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos, la existencia o no de límites cuantitativos para este proceso y el alcance de la inversión del contradictorio en relación con el valor jurídico del requerimiento judicial del pago.

Los artículos 802 a 808 establecen una regulación del proceso monitorio que cabría calificar de moderada o intermedia, estableciendo además cautelas muy significativas para su utilización.

En primer lugar, según el artículo 802 tiene que tratarse de una "deuda dineraria, vencida y exigible", no sometida, por tanto, a una necesaria contraprestación, y, además, de cantidad determinada inferior a tres millones de pesetas.

En segundo lugar, se trata de un proceso monitorio documental, exigiendo que se acredite documentalmente la deuda (artículo 802) y que la demanda-petición venga acompañada de la correspondiente documentación.

En tercer lugar, concede un papel activo al órgano judicial, al que corresponde un previo enjuiciamiento limitado. El artículo 805 impone al órgano judicial, a la vista de la documentación presentada, enjuiciar y decidir si constituye un suficiente principio de prueba del derecho del peticionario, pues sólo si así es habrá de proceder a requerir al deudor para que pague al peticionario en el plazo de veinte días, acreditándolo ante el Juez o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que no debe en todo o en parte la cantidad reclamada. Según el mismo artículo, en ese requerimiento debe apercibirse además de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución. La



CONSEJO DE ESTADO

notificación del requerimiento se realizará en la forma prevista en la Ley, pero en este punto deberían acentuarse las garantías para la recepción efectiva de esa notificación, dada la trascendencia de la actuación pasiva del demandado. En otros ordenamientos se permite que el Juez pueda, si tiene fundadas sospechas de que el deudor no ha tenido conocimiento de la notificación, practicar de oficio nueva notificación. Una disposición similar sería conveniente se incluyera en el artículo 805.

No se ha previsto, frente a lo que ocurre en el llamado juicio cambiario, la posibilidad coetánea de medidas cautelares de embargo. Ni tampoco se ha establecido ninguna previsión impugnatoria sobre la negativa judicial a formular el requerimiento.

Terminada esta primera fase, el requerimiento judicial puede producir una diversidad de efectos en función de la reacción del requerido.

En primer lugar, el requerido puede atender el requerimiento de pago, terminando en tal caso el proceso sin imposición de costas. En segundo lugar, puede no comparecer, lo que determinará que el Juzgado dicte un auto despachando la ejecución por la cantidad adeudada. No se dice nada de cuáles son los efectos de cosa juzgada de la conversión del mandato de pago en título ejecutivo, y sería conveniente equiparar expresamente sus efectos a los de una sentencia en rebeldía de carácter firme. Finalmente, el requerido puede oponerse formalmente al requerimiento, siendo el artículo 808 excesivamente escueto en la regulación de esta tercera y última posibilidad, puesto que se limita a remitirse a los trámites del juicio verbal. En otros ordenamientos esta fase de oposición está regulada de forma más detallada, tanto en cuanto a la forma del acto de oposición, como a los motivos invocables, como, finalmente, al desarrollo de la fase de oposición en el correspondiente proceso. Según parece deducirse del artículo 805, el escrito de oposición ha de ser razonado, si bien los artículos siguientes no precisan si el mero escrito de oposición no razonada puede considerarse oposición, por lo que debería aclararse si el órgano judicial puede realizar un enjuiciamiento previo del escrito de oposición.

Tampoco se clarifica cuál ha de ser el contenido de la sentencia final tras la oposición del demandado. El principal efecto de la oposición es, desde luego,



CONSEJO DE ESTADO

que el proceso monitorio se vuelve contradictorio, entra en una nueva fase que se sustancia por el cauce del juicio verbal, que se sigue en presencia de la otra parte y que finaliza por una sentencia en la que, sin embargo, se habrá de decidir si se despacha efectivamente la ejecución por la cantidad adeudada, confirmando el requerimiento o si se sustituye o anula definitivamente ese requerimiento. Sin embargo, de la redacción del artículo 808 también podría llegar a entenderse que, en caso de oposición, no hay proceso monitorio sino verbal, puesto que el peticionario debe interponer una demanda en el plazo de un mes y, de no hacerlo, se sobreseen las actuaciones, mientras que, si se presenta la demanda se le da el turno ordinario para la misma. Esta fórmula de, por así decirlo, caducidad del proceso monitorio por la oposición del demandado, puede ser la más aconsejable a la vista de la novedad de la institución. Pero, por ello, el artículo 808 debería regular de forma más clarificadora esta cuestión.

El Capítulo II de este Título III se destina al "juicio cambiario". Llama la atención, en primer lugar, la utilización del término "juicio", cuando a los demás procesos especiales se les denomina procesos, y un proceso como tal es este novedoso juicio cambiario. Por ello mismo, se sugiere la sustitución del término juicio cambiario por proceso cambiario.

Este proceso cambiario, influido muy directamente por el "Wechselprozess" alemán, es una cierta contrapartida a la no consideración como título ejecutivo de la letra de cambio, cheque y pagaré no intervenidos por fedatario público. Nada hay que oponer al establecimiento de este proceso especial y, además, a su no configuración como un juicio ejecutivo especial. Se simplifican extraordinariamente los trámites, manteniéndose sustancialmente el sistema actual de demanda, requerimiento de pago, embargo preventivo, oposición cambiaria con limitación de motivos y sentencia con efectos limitados, estableciéndose un cauce procesal adecuado para los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés.

El proceso cambiario previsto en el Anteproyecto no es, desde luego, un proceso ejecutivo, pero tampoco es un proceso declarativo ordinario, por ser de conocimiento limitado y se distingue del proceso monitorio propiamente dicho por la limitada eficacia de la sentencia firme prevista en el artículo 818. Este



CONSEJO DE ESTADO

deudor la pretensión del acreedor de percibir su crédito para que, si no paga ni discute la existencia de la deuda, pueda iniciarse el proceso de ejecución.

Las experiencias comparadas muestran diferencias sustanciales entre los procesos monitorios más típicos (Francia, Italia y Alemania), pero en todos ellos destaca, como característica común, la rapidez del procedimiento, la inversión de la iniciativa del contradictorio y la emisión de una resolución judicial sobre el fondo idónea para ser objeto de ejecución forzosa y dotada de cosa juzgada. Dentro de este rasgo común del proceso monitorio, las variantes fundamentales se reducen sobre todo a la necesidad o no de que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos, la existencia o no de límites cuantitativos para este proceso y el alcance de la inversión del contradictorio en relación con el valor jurídico del requerimiento judicial del pago.

Los artículos 802 a 808 establecen una regulación del proceso monitorio que cabría calificar de moderada o intermedia, estableciendo además cautelas muy significativas para su utilización.

En primer lugar, según el artículo 802 tiene que tratarse de una "deuda dineraria, vencida y exigible", no sometida, por tanto, a una necesaria contraprestación, y, además, de cantidad determinada inferior a tres millones de pesetas.

En segundo lugar, se trata de un proceso monitorio documental, exigiendo que se acredite documentalmente la deuda (artículo 802) y que la demanda-petición venga acompañada de la correspondiente documentación.

En tercer lugar, concede un papel activo al órgano judicial, al que corresponde un previo enjuiciamiento limitado. El artículo 805 impone al órgano judicial, a la vista de la documentación presentada, enjuiciar y decidir si constituye un suficiente principio de prueba del derecho del peticionario, pues sólo si así es habrá de proceder a requerir al deudor para que pague al peticionario en el plazo de veinte días, acreditándolo ante el Juez o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que no debe en todo o en parte la cantidad reclamada. Según el mismo artículo, en ese requerimiento debe apercibirse además de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución. La



CONSEJO DE ESTADO

notificación del requerimiento se realizará en la forma prevista en la Ley, pero en este punto deberían acentuarse las garantías para la recepción efectiva de esa notificación, dada la trascendencia de la actuación pasiva del demandado. En otros ordenamientos se permite que el Juez pueda, si tiene fundadas sospechas de que el deudor no ha tenido conocimiento de la notificación, practicar de oficio nueva notificación. Una disposición similar sería conveniente se incluyera en el artículo 805.

No se ha previsto, frente a lo que ocurre en el llamado juicio cambiario, la posibilidad coetánea de medidas cautelares de embargo. Ni tampoco se ha establecido ninguna previsión impugnatoria sobre la negativa judicial a formular el requerimiento.

Terminada esta primera fase, el requerimiento judicial puede producir una diversidad de efectos en función de la reacción del requerido.

En primer lugar, el requerido puede atender el requerimiento de pago, terminando en tal caso el proceso sin imposición de costas. En segundo lugar, puede no comparecer, lo que determinará que el Juzgado dicte un auto despachando la ejecución por la cantidad adeudada. No se dice nada de cuáles son los efectos de cosa juzgada de la conversión del mandato de pago en título ejecutivo, y sería conveniente equiparar expresamente sus efectos a los de una sentencia en rebeldía de carácter firme. Finalmente, el requerido puede oponerse formalmente al requerimiento, siendo el artículo 808 excesivamente escueto en la regulación de esta tercera y última posibilidad, puesto que se limita a remitirse a los trámites del juicio verbal. En otros ordenamientos esta fase de oposición está regulada de forma más detallada, tanto en cuanto a la forma del acto de oposición, como a los motivos invocables, como, finalmente, al desarrollo de la fase de oposición en el correspondiente proceso. Según parece deducirse del artículo 805, el escrito de oposición ha de ser razonado, si bien los artículos siguientes no precisan si el mero escrito de oposición no razonada puede considerarse oposición, por lo que debería aclararse si el órgano judicial puede realizar un enjuiciamiento previo del escrito de oposición.

Tampoco se clarifica cuál ha de ser el contenido de la sentencia final tras la oposición del demandado. El principal efecto de la oposición es, desde luego,



CONSEJO DE ESTADO

que el proceso monitorio se vuelve contradictorio, entra en una nueva fase que se sustancia por el cauce del juicio verbal, que se sigue en presencia de la otra parte y que finaliza por una sentencia en la que, sin embargo, se habrá de decidir si se despacha efectivamente la ejecución por la cantidad adeudada, confirmando el requerimiento o si se sustituye o anula definitivamente ese requerimiento. Sin embargo, de la redacción del artículo 808 también podría llegar a entenderse que, en caso de oposición, no hay proceso monitorio sino verbal, puesto que el peticionario debe interponer una demanda en el plazo de un mes y, de no hacerlo, se sobreseen las actuaciones, mientras que, si se presenta la demanda se le da el turno ordinario para la misma. Esta fórmula de, por así decirlo, caducidad del proceso monitorio por la oposición del demandado, puede ser la más aconsejable a la vista de la novedad de la institución. Pero, por ello, el artículo 808 debería regular de forma más clarificadora esta cuestión.

El Capítulo II de este Título III se destina al "juicio cambiario". Llama la atención, en primer lugar, la utilización del término "juicio", cuando a los demás procesos especiales se les denomina procesos, y un proceso como tal es este novedoso juicio cambiario. Por ello mismo, se sugiere la sustitución del término juicio cambiario por proceso cambiario.

Este proceso cambiario, influido muy directamente por el "Wechselprozess" alemán, es una cierta contrapartida a la no consideración como título ejecutivo de la letra de cambio, cheque y pagaré no intervenidos por fedatario público. Nada hay que oponer al establecimiento de este proceso especial y, además, a su no configuración como un juicio ejecutivo especial. Se simplifican extraordinariamente los trámites, manteniéndose sustancialmente el sistema actual de demanda, requerimiento de pago, embargo preventivo, oposición cambiaria con limitación de motivos y sentencia con efectos limitados, estableciéndose un cauce procesal adecuado para los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés.

El proceso cambiario previsto en el Anteproyecto no es, desde luego, un proceso ejecutivo, pero tampoco es un proceso declarativo ordinario, por ser de conocimiento limitado y se distingue del proceso monitorio propiamente dicho por la limitada eficacia de la sentencia firme prevista en el artículo 818. Este



CONSEJO DE ESTADO

proceso se inicia mediante demanda sucinta a la que se acompaña el título cambiario. Acerca del artículo 810.1 llama la atención el informe del Consejo General del Poder Judicial de que es posible que el domicilio del demandado no figure en el título cambiario. El órgano judicial analizará la corrección formal de ese título, adoptando inmediatamente el requerimiento de pago al deudor en el plazo de dos días y el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor, que sólo puede ser suspendido o alzado si el deudor se persona y niega "categóricamente" la autenticidad de su firma o falta absoluta de representación, levantamiento del embargo que no será posible si ha habido intervención o legitimación de la firma, o no ha habido negativa previa en el momento del protesto o del requerimiento notarial de pago, de la autenticidad de la firma de la representación, o cuando el obligado cambiario hubiera reconocido su firma judicialmente.

En cuanto al requerimiento de pago, en caso de no haber sido atendido éste, ni haberse formulado demanda de oposición al requerimiento de pago en el plazo de diez días, se despachará ejecución por las cantidades reclamadas, que se sustanciará conforme a lo previsto para las sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales. Desde esta perspectiva, la fase inicial se asemeja mucho a la del proceso monitorio, en cuanto a la inversión de la iniciativa procesal y en cuanto a la creación inmediata de un título ejecutivo inexistente previamente.

En el supuesto de oposición, el proceso cambiario se distancia del proceso monitorio. Mientras que en este último la oposición del deudor demandado reconvierte al acreedor requirente en demandante, en el proceso cambiario la inversión de la situación procesal se mantiene también en la fase de oposición. La oposición se formula como demanda ordinaria, pero los motivos de oposición son sólo los previstos en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque; de esa demanda se da traslado al acreedor con citación para la vista; si no comparece el deudor se le tiene por desistido, continuándose entonces la ejecución; y, si no comparece el ejecutante, el órgano actuante resolverá sin oírle. No se dice nada sobre la posibilidad de prueba en este tipo de proceso.

La sentencia habrá de decidir sobre la oposición, estimándola, alzando en tal caso la medida cautelar, o desestimándola, en cuyo caso será provisionalmente ejecutable, de no tener firmeza por ser recurrida en apelación. En todo caso, la



CONSEJO DE ESTADO

cosa juzgada sólo alcanza a las cuestiones que fueron o pudieron ser alegadas y discutidas en este proceso cambiario.

La dualidad de oposiciones, al embargo y al requerimiento, puede crear dudas y complicaciones, sería conveniente simplificar la oposición de modo que ésta incluyera, al mismo tiempo, la oposición al embargo y al requerimiento, sin perjuicio de que la actuación judicial pudiera diferenciar una y otra oposición.

Vigesimonovena.- Las disposiciones complementarias. Varias de ellas ya han sido comentadas al hilo de las previsiones sustantivas recogidas en el Anteproyecto, lo que es especialmente aplicable a las disposiciones finales, que introducen en diversos textos legales las oportunas remisiones al nuevo régimen contenido en la proyectada nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, tales disposiciones finales deberán valorarse a la luz de las indicaciones que se han ido formulando en los correspondientes apartados de estas consideraciones.

En cuanto a las disposiciones adicionales, nada hay que objetar a la primera, sin que la reserva que contiene el artículo 149, número 1, 6ª, de la Constitución a las especialidades procesales que puedan derivarse de las peculiaridades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas pueda entenderse como una limitación de la competencia legislativa del Estado en materia de legislación procesal.

Para despejar cualquier duda y mejorar su actual redacción, convendría que esa disposición adicional no aludiese a "la competencia exclusiva 6ª que corresponde al Estado conforme al apartado 1 del artículo 149 de la Constitución", sino que utilizase una fórmula próxima a "la competencia prevista en el artículo 149, número 1, 6ª, de la Constitución".

En la disposición adicional segunda, aunque no sea del todo necesario, sí resulta conveniente aceptar la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial de que se incluya una referencia expresa a que la actualización de cuantías se efectuará por Real Decreto. También sería conveniente que esa actualización se condicionara o conectara de algún modo a la evolución del



CONSEJO DE ESTADO

valor de la moneda, teniendo en cuenta que la Ley habrá de aplicarse en un contexto de moneda única más estabilizada.

La disposición adicional tercera es sumamente importante y contrasta, desde luego, con la ya criticada opinión de que la nueva legislación procesal civil no vendrá acompañada de cargas presupuestarias adicionales. Sin embargo, tal y como está redactada, es de constitucionalidad dudosa en cuanto el legislador estatal impone a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas una puesta a disposición de medios "necesarios", término por lo demás excesivamente impreciso en una materia, la de la administración de la Administración de Justicia, que, aunque "transferida", puede ser competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Teniendo en cuenta además lo limitado de los recursos de las Comunidades Autónomas, la disposición podría redactarse refiriéndola sólo al Gobierno de la Nación y encomendándole adoptar las medidas necesarias para que, directamente o a través de las Comunidades Autónomas que tengan transferidos los servicios, se pongan a disposición de los Juzgados y Tribunales los medios materiales y recursos adecuados.

Además de la importancia común que tienen en toda reforma procesal, las disposiciones transitorias tienen en este caso una singular relevancia por tratarse de una modificación global de nuestra legislación procesal civil general.

La regla general al efecto en materia procesal, como confirma el artículo 2 del Anteproyecto, es aplicar siempre la norma procesal vigente, que nunca será retroactiva. Sin embargo, esta simple regla no resuelve la complejidad de problemas que plantea aplicar la nueva disciplina.

El Anteproyecto los ha previsto y ha tratado de evitarlos, previendo, en primer lugar, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, concediendo, por tanto, un tiempo prudente para que los destinatarios conozcan la nueva regulación y puedan introducirse las adaptaciones que exija su aplicación en el plano organizativo. En segundo lugar, dispone la aplicación de la disciplina procesal a los procesos a partir de su momento de entrada en vigor, lo que no plantea problema alguno. Y, finalmente, establece una regulación detenida de la posible aplicación de la Ley anterior o de la nueva Ley a la prosecución del juicio pendiente.



CONSEJO DE ESTADO

En síntesis, el régimen previsto en las disposiciones transitorias puede considerarse como una excepción limitada a lo establecido en el artículo 2. Las disposiciones de la nueva Ley no se aplican en principio a la fase judicial pendiente en la fecha de su entrada en vigor y, en cada grado o instancia, se lleva a sus últimas consecuencias la no retroactividad de la Ley procesal, lo que resulta aceptable para evitar problemas de validez y eficacia de los actos, así como de los trámites procesales realizados bajo el rito anterior.

Esa regla se aplica sólo en el grado o instancia procesal que se encuentre en curso y en la fase de cognición hasta que se dicte sentencia, pero no en las instancias superiores o en los recursos extraordinarios. De este modo, en los procesos pendientes en primera instancia, una vez recaída sentencia, a su impugnación y ejecución, también la provisional, se aplican la nueva legislación, e igual ocurre con los procesos en segunda instancia o apelación. Los asuntos pendientes del recurso de casación seguirán sustanciándose conforme a la legislación anterior, pero no los nuevos recursos. También los juicios ejecutivos pendientes a la entrada en vigor de la Ley se siguen tramitando conforme a la anterior Ley.

La regla general de no aplicación de la nueva Ley a las instancias en curso tiene cuatro excepciones muy significativas. La primera de ellas es que la nueva regulación de los recursos contra resoluciones interlocutorias o no definitivas se aplicará a los procesos que se encuentren pendientes en la fecha en que la nueva Ley entre en vigor. En segundo lugar, también se aplicará de forma inmediata la nueva posibilidad de ejecución provisional de la sentencia apelada o de la recurrida en casación. En tercer lugar, que, finalizado el juicio ejecutivo tramitado conforme a la legislación anterior, al procedimiento de apremio se aplicará la nueva Ley, y lo mismo ocurre con los procesos de ejecución forzosa ya iniciados para las actuaciones que aun puedan modificarse o realizar hasta la completa satisfacción del ejecutante. Finalmente, el régimen de medidas cautelares se aplica de forma inmediata a las que se soliciten tras la entrada en vigor de la Ley en procesos iniciados antes de su vigencia e, incluso, en relación con las ya adoptadas conforme a la legislación anterior, se puede pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la nueva Ley.