

5.4. CONSTITUCIÓ I PROCÉS CIVIL. ALGUNS ASPECTES PROBLEMÀTICS

Carlos Gómez Martínez

SUMARI: 1. Imparcialitat judicial i mesures cautelars. 2 Retallades a la reserva de jurisdicció: a) Admissió de la demanda. b) Execució. c) Jura de comptes. 3. La venda extrajudicial hipotecària davant notari. 4. Facultats del jutge i procés de consum.

La Constitució de 1978 va recollir al seu article 24 un conjunt de drets i garanties que resulten bàsiques per tota administració de justícia. Es tracta d'un dels seus articles “estrella” per quant amb la seva proclamació com a drets fonamental, la Constitució espanyola atorga a les garanties processals *la condició de drets subjectius, amb la supralegalitat consubstancial a tota norma constitucional garantida mitjançant el control de legalitat de les lleis, i els atorga igualment la protecció reforçada que suposa el recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional*¹⁴⁸.

L'article 24 de la Constitució espanyola sovint es qualifica, també, com a un precepte “òmnibus” donada la pluralitat dels drets que recull. Així es consagren en aquesta norma, el dret a la tutela judicial efectiva (dins el qual s'integren el dret d'accés a la jurisdicció, el dret a obtenir una resolució de fons, el dret a una resolució fundada en dret, el dret als recursos, el dret a l'execució, el dret a la invariabilitat i intangibilitat de les resolucions judicials, i el dret a la tutela cautelar), la prohibició de tota indefensió, el dret al jutge ordinari predeterminat per la llei, el dret a la defensa i assistència lletrada, el dret a un procés públic, el dret a un procés sense dilacions indegudes, el dret a un procés amb totes les garanties, el dret a utilitzar els mitjans de prova pertinents, el dret a ser informat de l'acusació, el dret a no declarar contra un mateix i a no confessar-se culpable i el dret a la presumpció d'innocència.

El Tribunal Constitucional, especialment durant els anys vuitanta, va anant introduint aquests drets i garanties dins el procés penal, de manera que, de fet, li va donar la volta respecte de com venia dissenyat en la Llei

148. Díez Picazo Giménez, Ignacio. “Artículo 24. Garantías procesales”. ID vLex. <https://app.vlex.com/>

d'enjudiciament criminal de 1882, i el va adaptar a les exigències del Estat de dret. En canvi, no hi ha hagut manera de promulgar una nova llei d'enjudiciament criminal, malgrat els intents provinents tant de l'esquerra (avantprojecte de 2011), com de la dreta (projecte de 2015). El resultat és que tenim una llei processal penal plena de reformes parcials i interpretada pel Tribunal Constitucional per adaptar-la a la Constitució i a l'evolució de les exigències de la societat.

El camí recorregut pel procés civil ha estat l'invers. Els problemes d'adaptació legislativa del procés civil a la Constitució no varen ésser tan aguts com en el cas del procés penal. Aquesta diferència tal vegada tenguí la seva explicació en el fet que el procés civil es relaciona, fonamentalment, amb la tutela judicial efectiva i, en canvi, el procés penal, té més a veure amb la prohibició d'indefensió, amb la diferència que això implica i de la qual parlarem més endavant. El cas és que, encara que hi varen haver reformes parcials de la llei d'Enjudiciament Civil de 1881 posteriors la Constitució, les més importants en 1984 i 1988, sí que va ser possible la promulgació el dia primer de gener de 2001 d'una llei que establia un procés civil de nou disseny, adaptat tant a la Constitució, al seu article 24, com al que el legislador va considerar que era *l'anhel i la necessitat social d'una justícia civil nova, caracteritzada, precisament, per l'efectivitat*¹⁴⁹.

Tal com explica en Díez Picazo, l'article 24 de la Constitució recull dos drets fonamentals dels quals en deriven la resta: D'una banda, el dret a la tutela judicial efectiva i, d'altra la prohibició d'indefensió¹⁵⁰.

Doncs bé, el primer (tutela judicial efectiva) predomina al procés civil i el segon (prohibició d'indefensió) al procés penal, la qual cosa és fàcilment entenedora si tenim en compte que el dret a la tutela judicial efectiva és un dret de prestació d'una activitat que es demana dels òrgans judicials de l'Estat, i la prohibició d'indefensió el que imposa és més aviat límits a l'actuació per part de l'Estat en l'exercici del seu *ius puniendi* i, per tant, demana tant individualitzar el desbordament d'aquest límits com establir una reacció de l'ordenament jurídic que normalment consistirà en l'efecte negatiu de deixar sense efecte o anul·lar allò que s'ha realitzat sense la necessària habilitació legal i, al cap i a la fi, constitucional.

Reformar el procés penal demana un ampli consens polític i social ja que qualsevol canvi afecta als fonaments de l'Estat constitucional de dret i si,

149. Exposició de motius de la Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil.

150. Ob. cit.

com ha passat, la llei que el regula no es reforma, l'essencial és que quedi ben establerta la nul·litat de les actuacions policials i processals quan no es respecten les garanties, la qual cosa ha quedat ben assegurada a Espanya gràcies a la doctrina constitucional i a la jurisprudència.

La finalitat d'aquest treball és posar el focus sobre el procés civil, fer un repàs, que serà forçosament fragmentari, d'alguns aspectes de la Llei d'Enjudiciament Civil i altres normes de naturalesa processal, per a comprovar si s'adeqüen plenament o no al model concret de tutela judicial efectiva que es projecta des de l'art. 24 de la Constitució.

Es començarà per la un aspecte bàsic, com és la imparcialitat del jutge i com juga aquest principi en l'adopció de mesures cautelars, es seguirà per la potestat jurisdiccional en relació amb funcions atribuïdes a altres professionals que no gaudeixen del mateix estatut de independència i imparcialitat que la judicatura, i es finalitzarà amb el paper del jutge als processos de consum.

1. Imparcialitat judicial i mesures cautelars

Resulta sorprenent que la Constitució Espanyola no esmenti en cap dels seus articles la imparcialitat del jutge. Mes encara si tenim en compte que, com ha posat de manifest Rafael Jiménez Asensio, el text constitucional sí que al·ludeix a la imparcialitat dels funcionaris (article 103.3 de la Constitució Espanyola) i a la necessitat que el Ministeri Fiscal subjecti la seva actuació al principi d'imparcialitat (article 124.2)¹⁵¹.

Això contrasta amb el panorama que ofereixen els textos internacionals sobre drets humans. Així, l'article 10 de la Declaració Universal dels Drets Humans de 10 de desembre de 1948 estableix que *tota persona té dret, en condicions de plena igualtat, a ser escoltada públicament i amb justícia per un tribunal independent i imparcial*. L'article 6.1 de la Convenció Europea per a la protecció dels drets humans i les llibertats públiques disposa que *tota persona té dret al fet que la seva causa sigui oïda equitativa, públicament i dins d'un termini raonable, per un tribunal independent i imparcial*. Finalment, l'article 14 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966 assenyala que *tota persona tindrà dret a ser oïda públicament i amb les degudes garanties per un tribunal competent, independent i imparcial*.

151. Jiménez Asensio, Rafael. "Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial". Ed Aranzadi. Madrid 2002. Pàg. 73

Al nostre país, davant l'absència d'esment a la imparcialitat en els preceptes constitucionals que defineixen l'estatut del jutge i fins i tot en la regulació dels drets fonamentals, el Tribunal Constitucional la va considerar, en una primera etapa, com un dret derivat del dret al jutge ordinari predeterminat per la llei i, des de la sentència 145/1988, com un dret comprès dins del dret a un procés amb totes les garanties.

Però *l'oblit de la imparcialitat* no solament s'ha produït al nivell de la Constitució. Resulta també xocant que en plena vigència de la Constitució es promulgues la Llei orgànica 10/1980 que va crear l'anomenat *procés monitori penal* o *procediment per a l'enjudiciament oral de delictes dolosos, menys greus i flagrants* en el qual s'atribuïa a un mateix jutge les funcions d'instruir i de jutjar, i que no fos sinó fins a deu anys després quan el Tribunal Constitucional, precisament en l'anteriorment citada sentència 145/1988, declarés aquesta coincidència de funcions inconstitucional. Per a aquesta declaració va tenir especial importància la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans que durant la dècada dels vuitanta, especialment en les sentències Piersaack (1982) i De Cubber (1984), havia considerat la imparcialitat objectiva o aparença d'imparcialitat coma inclosa, juntament amb la subjectiva, dins el concepte de imparcialitat de l'article 6.1 de la Convenció.

No obstant això, encara avui pot sostenir-se que ni el legislador ni els juristes han assumit plenament les conseqüències del principi d'imparcialitat objectiva. Així, la Llei d'Enjudiciament Civil de 2000 atribueix competència per a conèixer de les mesures cautelars al mateix jutge que conegui de l'assumpte principal (article 723.1).

Com és ben sabut, dos son els pressupost legalment requerits en l'article 728 de la Llei d'Enjudiciament Civil per a que es pugui dictar una mesura cautelar. El primer és el *periculum in mora*. En efecte, el fonament d'una decisió cautelar és el risc real que, mentre se substancii el procés de declaració, el demandat pugui intentar maniobres fraudulentas que posin en perill una futura execució. En aquest sentit, assenyala el Tribunal Constitucional en la seva sentència 148/93 de 29 d'abril, l'òrgan judicial *ha de verificar la concurrència d'un perill de dany jurídic per al dret la protecció del qual s'impetra derivat de la duració de la tramitació del procés, del retard en l'emissió del títol definitiu*. Aquest primer pressupost de la mesura cautelar es, en certa manera, independent de la qüestió que constitueix l'objecte del procés principal ja que el que s'ha de valorar és l'efecte que el pas del temps produirà sobre la possibilitat de materialització de la pretensió en el cas que aquesta sigui finalment estimada.

Però no passa el mateix amb el segon dels pressuposts de les mesures cautelars, això és, amb el *fumus boni uiris* (article 728.2) que és l'aparença de la titularitat del dret invocat per la part actora com a fonament de la seva pretensió. L'objecte de la resolució interlocutòria que acordi la mesura cautelar és coincident amb l'objecte del procés principal. L'única diferència radicarà en el grau de fiabilitat que ofereixin les proves aportades per l'actor, de forma que, per l'adopció de la mesura cautelar, basta que el jutge en faci un judici provisional e indiciari favorable al fonament de la seva pretensió de la part actora, mentre que la sentència condemnatòria tan sols es pot produir si hi ha prova plena dels fets constitutius de l'esmentada pretensió.

El text legal (article 728.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil) ja adverteix que aquesta apreciació *prima facie* (a primera vista) l'ha de fer el jutge *sense prejudicar sobre el fons de l'assumpte*, però cal demanar-se si això no és una fórmula purament retòrica, especialment quan el pronunciament sobre mesures cautelars ha estat negatiu i ha vingut precedit per l'activitat probatòria permesa a l'article 734.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil. En aquest cas, conserva el jutge la seva imparcialitat objectiva o aparença d'imparcialitat per a decidir sobre el fons de l'assumpte?

El Tribunal de Cassació francès, en la seva sentència de 6 de novembre de 1998, va anul·lar la sentència dictada pel Tribunal d'Apel·lació d'Amiens per haver format part de l'òrgan col·legiat que va decidir el fons de l'assumpte un magistrat que, actuant com *juge des référés*, havia acordat una mesura cautelar o decisió de tutela sumària; tot això a la vista del que es disposa en l'article 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans que, recordem-ho, és plenament aplicable a França, de la mateixa manera que al nostre país, tant al procés penal com al civil.

2. Retallades a la reserva de jurisdicció

Des de fa varies dècades, el jutge ha estat subjecte passiu d'un procés de “desempoderament” que ha consistit en privar-li de totes aquelles facultats que el legislador ha considerat que no eren estrictament jurisdiccionals. Així, als anys vuitanta del passat segle, el jutges i magistrats podien, fins i tot, designar personal interí. La situació va començar a canviar amb la creació per Reial Decret 10/1991, d'11 de gener, de les Gerències Territorials del Ministeri de Justícia, autoritats completament alienes als jutges i als jutjats i que ja varen assumir competències en matèria de personal, despeses de funcionament i obres i patrimoni.

Al mateix temps es produïa la progressiva descentralització de la gestió dels mitjans materials i personals de l'administració de justícia. És veritat que l'article 149.1.5^é de la Constitució adjudica a l'Estat la competència exclusiva en matèria d'Administració de Justícia, però al seu article 152.1 la mateixa Constitució disposa que: *als estatuts de les comunitats autònomes es podran establir els supòsits i les formes de participació d'aquestes en l'organització de les demarcacions judicials del territori. Tot això d'acord amb el que preveu la Llei Orgànica del Poder Judicial i dins la unitat i independència d'aquest.*

Aprofitant aquesta enclotxa constitucional, gairebé tots els estatuts promulgats abans de la Llei orgànica del poder judicial (1 de juliol de 1985), seguint el model de Catalunya, varen incloure l'anomenada "clàusula subrogatòria" (article 18.1 de l'Estatut de Catalunya) que, en una clara aposta de futur, atorgava a la comunitat autònoma les facultats que es les lleis orgàniques del poder judicial i del Consell General del Poder Judicial poguessin atribuir al govern. La interposició de recursos de inconstitucionalitat contra aquestes dues lleis va donar lloc a la sentències del Tribunal Constitucional 56/1990 i 62/1990, en les quals es reconeix la competència de les comunitats autònomes en tot allò que l'Alt Tribunal va anomenar "l'administració de justícia".

La confluència de poders en l'àmbit de l'administració de justícia (Consell General del Poder Judicial, Ministeri de Justícia, Comunitats Autònomes) no afavoria l'eficàcia de la Justícia, raó per la qual el Pacte d'estat per la Justícia de 28 de maig de 2001 va considerar necessari reformar la gestió administrativa del poder judicial per la via de la creació d'una nova oficina judicial, que exigia, en primer lloc, una modificació legislativa, la qual es va dur a terme mitjançant les lleis orgànica 19/2003, de 23 de desembre i 13/2009, de 3 de novembre.

Una de les vies obertes en aquest sentit va ser la de reforçar la figura del lletrat de l'administració de justícia, antic secretari, camí que ha continuat després, deslligat ja del seu origen en la reforma de l'oficina judicial. Així, l'actual article 456 de la Llei Orgànica del Poder judicial estableix que: *El Lletrat de l'Administració de Justícia impulsarà el procés en els termes que estableixen les lleis processals; i que a aquest efecte, dictarà les resolucions necessàries per a la tramitació del procés, excepte aquelles que les lleis processals reservin a Jutges o Tribunals.*

La Llei 13/2009, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial no es va limitar a regular la matèria que enuncïava

sinó que, a més a més, va distribuir la competència per a decidir les qüestions processals entre els jutges i els que en aquell moment encara es denominaven secretaris. Això és el que s'expressa en el seu preàmbul quan diu: *El objetivo primordial compartido en la reforma de todas las leyes procesales es, por tanto, regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro.*

En el preàmbul de la Llei 13/2009 es fa patent l'intent del legislador de deixar clar que en cap cas s'atribueixen al llavors Secretari funcions jurisdiccionals reservades per l'article 117.3 de la Constitució als jutges (jutjar i fer executar el jutjat).

Així, en el preàmbul esmentat llegim que:

...la idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario judicial.

Altra cosa és que l'atribució als lletrats de l'administració de justícia hagi respectat o no el principi d'integritat, reserva i exclusivitat de la funció jurisdiccional que es proclama a l'article 117.3 de la Constitució. A una reflexió sobre aquesta qüestió dedicarem les següents línies.

a) L'admissió de la demanda.

La reforma de 2009 va introduir una distribució de competències entre jutge i lletrat de l'administració de justícia basada en la distinció entre l'admissió i el rebuig (*inadmissió*) de la demanda. La primera serà competència del lletrat de l'administració de justícia i, en canvi, la segona es continua residenciant en el jutge. La diferència es justifica en el preàmbul de la Llei 13/2009 en què:

Salvo casos especiales previstos en el propio artículo, la Ley sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales ...

Cuestión distinta es la inadmisión de la demanda. El derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello sigue reservándose a Jueces y Tribunales la decisión acerca de la inadmisión de la demanda. En la medida en que supone cercenar un derecho constitucionalmente

reconocido requiere o exige un pronunciamiento judicial que fundamente su limitación, pronunciamiento que debe quedar en el ámbito jurisdiccional de Jueces y Tribunales. Esto significa que, apreciada por el Secretario judicial la falta de alguno de los requisitos o presupuestos de la demanda, deberá dar cuenta al Juez para que éste se pronuncie definitivamente sobre su admisión.

Com a conseqüència, l'article 404 de la Llei d'Enjudiciament Civil, en els seus apartats 1 i 2, estableix que:

1. El Letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días.

2. El Letrado de la Administración de Justicia, no obstante, dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión en los siguientes casos:

1) cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o

2) cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Letrado de la Administración de Justicia.

Tal com es dedueix dels passatges del preàmbul de la llei 13/2009 que s'han transcrit abans, la distinció en l'atribució de competències entre el jutge i el lletrat de l'administració de justícia es fonamenta en la suposada diferència entre el jurisdiccional i el processal. La jurisdicció estaria atribuïda als jutges per imperatiu de l'article 117.3 de la Constitució (*L'exercici de la potestat jurisdiccional en qualsevol mena de processos, jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat, correspon exclusivament als Jutjats i als Tribunals...*) i, en canvi, damunt el processal no recauria la mateixa reserva constitucional, la qual cosa permetria atribuir aquesta matèria a altres professionals, com els lletrats de l'administració de justícia que no son jutges ni gaudeixen del mateix estatut d'independència que els membres de la judicatura.

La diferència entre el jurisdiccional i el processal no és fàcil d'establir. Normalment el que es distingeix és entre procés i procediment i la distinció radica, es diu, en una espècie d'argumentació circular, en què en el procés s'exercita la potestat jurisdiccional, perquè en ell intervé el jutge que té atribuïda en exclusiva la jurisdicció, la qual cosa no succeeix quan el tràmit es purament procedimental que, per tant, es defineix, en termes negatius, com la activitat no jurisdiccional que té lloc en els tribunals però sense la intervenció del jutge.

En qualsevol cas, pareix contrari a les regles de la lògica -i fins i tot, gosaria dir, de l'ontologia- que pel fet de negar o afirmar una mateixa cosa, de admetre-la o rebutjar-la, aquesta cosa canviï de naturalesa. Sembla, doncs, contradictori, que no sigui jurisdiccional (segon el preàmbul de la llei 13/2009 “processal”) l'admissió de la demanda i, en canvi, si sigui jurisdiccional el seu rebuig quan el que es concedeix o es denega és una mateixa cosa: la instauració del procés civil. Més aviat sembla que la decisió sobre admissió o rebuig de la demanda fa referència a una qüestió fonamental, com és l'accés a la tutela judicial i que, per tant, es tracta d'una matèria en la qual el jutge hauria d'intervenir sense restriccions, des del bell començament del procés, independentment de quin hagi de ser el sentit de la seva resolució.

En el règim de l'article 404 de la Llei d'Enjudiciament Civil és el lletrat de l'administració de justícia el que decideix si hi ha o no causa de rebuig (*inadmissió*) donat que és ell qui examina en primer lloc l'escrit de demanda. En cas de que observi la concurrència d'una causa de rebuig de la demanda en donarà compte al jutge. La *rendició de comptes* és un mecanisme verbal, informal, que depèn en gran mesura d'un paràmetre no reglat com és la bona comunicació entre el jutge i el lletrat de l'administració de justícia. No pot ser objecte de control directe per las parts processals donat que elles no en tenen coneixement ni del moment en el qual es produeix ni del seu contingut i tan sols en tenen notícia del seu resultat, en la mesura que aquesta operació de *rendició de comptes* es reflexa en qualche tipus de resolució del jutge o del lletrat de l'administració de justícia.

El que aquí interessa destacar és que resulta paradoxal que sigui la decisió del lletrat de l'administració de justícia la que converteixi l'accés a la tutela judicial en jurisdiccional o no. Si observa la concurrència d'alguna causa de rebuig la matèria queda convertida en jurisdiccional y serà decidida pel jutge al qual el mateix lletrat en trasllada el coneixement mitjançant el mecanisme intern de la *rendició de comptes*. El que pot passar, però, és que una causa de rebuig sigui inadvertida i que no es produeixi la conversió de la matèria en jurisdiccional, la qual cosa produirà com a efecte l'admissió indeguda de la demanda i, per tant, seriem davant un tema de caire processal que, de fet, hauria estat decidit pel lletrat de l'administració de justícia.

El legislador justifica l'atribució de competències al lletrat de l'administració de justícia en l'admissió de la demanda amb el raonament de què *la Ley sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales* (preàmbul de la Llei 13/2009), però el que passa és que, en realitat, això no és tan simple. Hi ha altres supòsits de rebuig a més a més dels que contempla l'article 404. 2 de la Llei d'Enjudiciament Civil (falta de jurisdicció i competència, articles 38,

48 i 58), com son els supòsits en els quals no es pot admetre la demanda si no va acompanyada de determinats documents legalment establerts (article 403.2 en relació amb el 266.4º de la Llei d'Enjudiciament Civil) com son ara les demandes d'aliments (article 266. 1º), o de retracte (article 266. 2º), les demandes que pretenen retenir o recobrar la possessió (article 439. 2. 3º, 3 y 4), les terceries de millor dret (article 614.1), les terceries de domini (article 696), les peticions de judici monitori (articles 812 i 815.4) i les demandes de judici canviari (article 821).

La demanda s'ha de rebutjar, també, per incompliment dels requisits d'admissibilitat establerts per la llei en cassos especials (article 439.5); per falta de fixació de la quantia en la demanda (article 254.4); per indeguda acumulació d'accions (article 73), per inadequat plantejament de les demandes de filiació si s'impugna una filiació declarada per sentència ferma o si es pretén la determinació d'una filiació establerta també per sentència ferma (article 764.2); per omissió de còpies (article 275) , per manca de firma de missèr o de procurador (articles 23 i 31).

Fins i tot, algun autor es refereix a supòsits d'obligat rebuig de la demanda per raons de fons com son aquelles en les quals es pretén el compliment d'una promesa de matrimoni (article 42.2 del Codi Civil) o la reclamació del que s'ha guanyat en jocs il·lícits (article 1789 del Codi Civil) o fins i tot, quan la pretensió sigui abusiva o absurda (article 11.2 de la Llei Orgànica del Poder Judicial)¹⁵².

De tot això se'n dedueix que ens trobam davant una matèria complexa, no limitada a la comprovació de certs requisits formals, com es suggereix al preàmbul de la Llei 13/2009. Es tracta, més aviat d' una matèria plenament jurisdiccional que hauria de ser examinada pel jutge en tots els supòsits, i tot això en aplicació del que estableix l'article 117.3 de la Constitució.

Dèiem al principi d'aquest treball que les garanties processals constitucionalitzades a l'article 24 del text fonamental oscil·len entre dos principis, el de tutela judicial efectiva i el de prohibició de tota indefensió de manera que es parla sovint de que el precepte desenvolupa un sol principi, el de tutela judicial efectiva sense indefensió. És cert que si s'admet la demanda es pot suposar que s'ha materialitzat el dret d'accés a la tutela judicial amb l'inici del procés civil. Però també és cert que l'admissió de la demanda té importants efectes de cara al demandat per al qual genera càrregues

152. Perarnau i Moya, Joan. "La admisión de la demanda por el secretario judicial y el examen de los presupuestos procesales por el tribunal" v/lex 330536910 <http://libros-revistas.derecho.vlex.es/vid/admision-examen-presupuestos-procesales>

processals i despeses econòmiques immediates, independentment del resultat final del litigi. Per això en certs supòsits, el mateix legislador ha supeditat l'admissió de la demanda al compliment de determinats requisits formals o patrimonials que, en definitiva, garanteixen un cert grau de seriositat en la pretensió actora de manera que els eventuais prejudicis que es causin al demandat no siguin totalment arbitraris.

És cert que a la nostra llei processal civil el rebuig de la demanda és excepcional i regit per un criteri d'estricta tipicitat (article 403.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil). Precisament per això, en els casos en els qual la llei ha previst el rebuig, el mateix legislador ha fet una ponderació entre els dos drets als quals en referíem anteriorment: D'una banda, el dret de l'actor a fer valer el seu dret davant el tribunal, d'altra banda, evitar al potencial demandat prejudicis injustificats.

Es pot donar el cas de que s'admeti una demanda que, en realitat, hauria d'haver estat rebutjada. Per aplicació de les normes generals sobre recursos, contra el decret del lletrat de l'administració de justícia admetent la demanda, el demandat podrà interposar recurs de reposició dins el termini dels cinc dies següents a la seva compareixença (article 452.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil). Si el lletrat de l'administració de justícia confirma el decret, el demandat podrà reproduir el motius de la seva impugnació a la primera audiència.

La veritat és, però, que, en la pràctica, el jutge romadrà allunyant del procés en aquesta primera fase i que no tindrà contacte amb ell abans de l'audiència prèvia.

En conclusió, l'atribució al lletrat de l'administració de justícia de competència en admissió de la demanda minva el control judicial sobre aquesta matèria regida, com veiem, per un delicat joc d'equilibris entorn de l'accés a la tutela judicial.

b) L'execució.¹⁵³

La dicció literal de l'article 117. 3 de la Constitució, quan defineix la jurisdicció com el que fan els jutges *jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat*, marca ja una diferència entre la tasca de *jutjar*, que s'atribueix directament als jutges, i l'execució, respecte de la qual el text utilitza el

¹⁵³. Aquest tema ha estat tractat per Oliver Koppen, Gabriel, "Los recursos contra las resoluciones del letrado de la administración de justicia en el procedimiento de ejecución. La influencia de la STC 58/2016, de 17 de marzo". Revista Jurídica de les Illes Balears, nº 16 de 2018.

causatiu: *fer executar*. Com és sabut, quan s'utilitza aquest aspecte verbal, no és el subjecte qui realitza l'acció, sinó que obliga a que la faci un altre. Per tant, pel que fa al *jutjar*; la intervenció del jutge és directa, no admet mediació i es pot dir que la reserva de jurisdicció és absoluta. En canvi, en quant a *executar allò que hagi estat jutjat* sí que hi cap la intervenció d'una altra autoritat o instància que dugui materialment a terme l'acció, sense que això signifiqui, però, que aquesta funció quedi fora del control judicial ja que el jutge continua sent qui constitucionalment té comanada aquesta funció i qui obliga a aquesta altra autoritat a actuar, a *executar*, funció que durà a terme, però, sense gaudir d'una total autonomia, sinó amb subjecció a les instruccions procedents del jutge.

De nou amb origen en el “Pacte d'Estat per la Reforma de la Justícia” de 28 de maig de 2001, la Llei Orgànica 19/2003, de reorganització de l'oficina judicial, va atribuir noves tasques, ara en matèria d'execució, als que llavors encara es deien “Secretaris Judicials”. L'actual article 456.6. de la Llei Orgànica del Poder Judicial considera com a funció d'aquest professionals, entre d'altres, la de *Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados*.

La Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial –oficina que a hores d'ara continua sense posar-se enterament en marxa–, va reformar el llibre III de la Llei d'Enjudiciament Civil i va atribuir als lletrats de l'administració de justícia la major part de competències en matèria d'execució. La intervenció del jutge queda reduïda a l'inici de l'execució i a la resolució de les oposicions i els recursos.

El problema de constitucionalitat es planteja perquè hi ha algunes resolucions dels lletrats de l'administració de justícia, dictades en processos d'execució, que queden fora del control judicial ja que contra elles no hi cap recurs de revisió davant el tribunal. En efecte, en execució es preveu la possibilitat de recurs de revisió contra el decret del lletrat de l'administració de justícia tan sols en supòsits determinats (articles 528.3, 531, 551.5, 558.2, 570, 589.3, 607.7, 612.2, 632.3, 633.3, 639.4, 650.4, 670.4, 678.2, 690.3, 700 i 706). Davant la resta de resolucions del lletrat de l'administració de justícia tan sols hi cap el recurs de reposició que serà resolt mitjançant decret del mateix lletrat de l'administració de justícia contra el qual no hi cap recurs de revisió (article 451 de la Llei d'Enjudiciament Civil), sens perjudici de poder reproduir la qüestió davant el tribunal amb ocasió de la primera audiència que es celebri i, si això no és possible, per escrit abans que es dicti resolució definitiva (article 454 bis de la Llei d'Enjudiciament Civil). Si

tenim en compte que en fase d'execució no hi haurà normalment ni audiència prèvia ni resolució definitiva a càrrec del tribunal, tot això suposa deixar fora del control judicial una part de l'execució.

Doncs bé, la STC 58/2016, de 17 de març, declara la inconstitucionalitat del article 102 bis de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, introduït per la mateixa Llei 13/2009 a la qual ens venim referint, i que estableix un règim de recursos contra les resolucions del lletrat de l'administració de justícia, semblant al que es recull en els articles 454 i 454 bis de la Llei d'Enjudiciament Civil. L'Alt Tribunal fonamenta la seva decisió en que el precepte és contrari a la reserva de jurisdicció de l'article 117.3 de la Constitució.

En el mateix sentit, la STC 72/2018, per remissió a l'anteriorment citada STC 58/2016, ha estimat una qüestió d'inconstitucionalitat de l'article 118.1, paràgraf primer de la llei reguladora de la jurisdicció social d'ídèntica formulació que la del paràgraf primer de l'article 102 bis.2 de la llei de la jurisdicció contenciós administrativa.

Com veim, el mateix argument pot resultar aplicable al règim de resolucions atribuïdes per la Llei 13/2009 al lletrat de l'administració de justícia en el procés civil i contra les quals no hi cap recurs de revisió, amb especial incidència en el procés d'execució.

c) Jura de comptes.

Com és sabut, el procediment d'impugnació dels honoraris dels advocats per indeguts finalitza amb un decret del secretari. Doncs bé, l'article 35.2 paràgraf quart de la Llei d'Enjudiciament Civil estableix que aquesta resolució del *secretari no serà susceptible de recurs, però no prejutjarà, ni tan sols parcialment, la sentència que pugui recaure en el judici ordinari ulterior*. El mateix disposa l'article 34.2, paràgraf tercer pel cas d'impugnació del compte de procurador per indegut.

La STC 34/2019, de 14 de març, del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalitat i nul·litat d'aquest preceptes per la mateixa raó de que la impossibilitat de recórrer el decret del lletrat de l'administració de justícia que resol la reclamació d'honoraris d'advocat o procurador, en cas de que s'impugnin per indeguts, és incompatible amb el principi d'exclusivitat de la potestat jurisdiccional o de reserva de jurisdicció i priva d'accés al control jurisdiccional d'una decisió adoptada en el si d'un procés per un òrgan no investit de la funció jurisdiccional.

Especialment interessant és que l'Alt Tribunal considera que la possibilitat d'acudir a un judici ordinari no evita la vulneració de la reserva constitucional de jurisdicció ja que entén que l'eventual procediment declaratiu posterior no enerva les decisions adoptades ni impedeix que produeixi els seus efectes sense que la pretensió hagi estat examinada per un jutge o tribunal (fonament jurídic 6).

3. La venda extrajudicial hipotecària davant notari.

L'article 129.2 de la Llei Hipotecària permet acudir a un sistema de venda extrajudicial del bé hipotecat en cas d'impagament del capital o interessos de la quantitat garantida i sempre que així s'hagi pactat en l'escriptura de constitució de la hipoteca.

Aquesta possibilitat d'execució extrajudicial existia ja en la primitiva redacció de la Llei Hipotecària de 8 de febrer de 1946 en consonància amb la qual el Reglament Hipotecari de 14 de febrer de 1947 va incloure el corresponent procediment als seus articles 234, 235 i 236.

A partir de llavors, el procediment ha estat objecte de continues reformes:

- Reial Decret 290/1992, de 27 de març, que va regular minuciosament tot el procediment.
- Disposició final 9^a de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil, que, entre d'altres coses, va substituir el terme *procedimiento ejecutivo judicial* pel de *venda extrajudicial* amb la intenció de deixar clar que no ens trobam davant un procediment d'execució.
- Reial Decret-llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció dels deutors hipotecaris, que modifica el procediment quan té per objecte l'habitatge habitual.
- Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, que pretén enfortir la venda extrajudicial.
- Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia y del Registre Civil, que introdueix canvis relatius a l'apreciació de clàusules abusives pel notari i tipus mínim de subhasta quan té per objecte l'habitatge habitual.

El cert és, però, que malgrat aquesta important activitat legislativa recaiguda sobre l'article 129 de la Llei Hipotecària, les dubtes sobre la seva constitucionalitat no han desaparegut, fins al punt que el Grup Parlamentari Socialista del Congrés dels Diputats va promoure recurs de inconstitucionalitat (número 4985-2013) contra la llei 1/2013, de 14 de maig, en el qual sosté que és inconstitucional l'article 3.3 de la norma esmentada que modifica l'article 129 de la Llei Hipotecària, ja que considera que vulnera els articles 14, 24, 51.1 i 117 de la Constitució. El Tribunal Constitucional no va entrar en el fons de la qüestió ja que l'article 129 de la Llei Hipotecària va ser modificat, de nou, per la Llei 19/2015, de 13 de juliol, la qual cosa té un efecte extintiu del recurs de inconstitucionalitat quan la impugnació no té, com és aquest cas, naturalesa competencial. Per tot això, encara persisteixen els dubtes sobre la constitucionalitat del precepte.

Les dubtes d'inconstitucionalitat es basen, sobre tot, en la vulneració de la reserva de jurisdicció continguda a l'article 117.3 de la Constitució. El punt de partida, que no es discuteix, és que l'article 129 de la Llei Hipotecària regula un procediment d'execució ja que en ell es pretén la realització del dret del creditor sobre els bens del deutor quan aquest darrer ha incomplert la seva obligació de pagament de principal i interessos. Si això és així hi hauria d'haver, al menys, un control judicial. La sentència del Tribunal Suprem de 4 de maig de 1994 assenyala que:

La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del “Poder Judicial” directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez, línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución española y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según explícita, además, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/1987, de 28 de octubre, al declarar “que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117-3”.

A més a més, l'article 129 s'ha considerat contrari al dret a un procés amb totes les garanties de l'article 24 de la Constitució. Així, a la mateixa sentència del Tribunal Suprem llegim:

También, la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el artículo 24-1 de la Constitución Española que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117-3 ya señalado, cuyas conexiones con aquel revelan una gran interdependencia, tanto mas, cuanto, de acuerdo con el artículo 53-a) de la Constitución Española, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 de diciembre).

La conseqüència de tot això és que el Tribunal Suprem va derogar l'article 129.2 de la Llei Hipotecària en la seva redacció anterior, decisió que va prendre perquè es tractava d'una llei pre-constitucional. Lleis posteriors han regulat el procediment per a la venda extrajudicial dels bens hipotecats i, per tant, ara la norma que regula el procediment tan sols podria ser deixada sense efecte en virtut d'un recurs d'inconstitucionalitat sense que, com dèiem abans, el Tribunal Constitucional s'hagi pronunciat encara sobre els fons de la qüestió, i ha rebutjat tramitar algun recurs d'inconstitucionalitat plantejat pels jutges, com l'interposat pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 1 de Catarroja en el judici verbal 757/13.

4. Facultats del jutge i procés de consum.

La Llei d'Enjudiciament Civil de 2000 va optar per un model contrari a la corrent cap a la socialització del procés civil i va fugir de la seva concepció publicista¹⁵⁴. Es tracta d'una opció legislativa inspirada en la ideologia liberal i que en l'àmbit de la doctrina processal s'ha traduït en la tendència que s'ha anomenat *revisionista* en quant suposa, efectivament, una revisió del model de procés civil que s'havia anat implantat durant el segle XX a la majoria de països d'Europa Occidental. Per això, al preàmbul de la llei llegim:

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que

154. Díez Picazo, Ignacio, "Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español", en *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia y quince ensayos*, ed. Tirant Lo Blanc, 2006, pág. 34.

pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela.

Es tracta d'una opció legislativa que es basa en el caràcter purament privat de l'objecte del procés i en la necessitat de preservar la imparcialitat del jutge. D'aquests principis es deriva una distribució de funcions conformement a la qual la direcció material del procés correspon a les parts i la direcció formal del procés al jutge.

Des del punt de vista constitucional es planteja el dubte de si aquest model de procés es correspon o no amb la naturalesa social de l'Estat que es proclama en l'article 1.1 de la Constitució (*Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret*), i amb el principi d'efectivitat que es consagra al seu article 9.2 (*Correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives*).

En efecte que l'objecte del procés civil, sigui per regla general, privat, el que implica és que la iniciativa de acudir al jutge correspon a cada ciutadà, però un cop que el jutge és cridat a intervenir per a resoldre un conflicte, sembla que no estiguin justificades les restriccions de les seves facultats ni en matèria probatòria ni en matèria de dret. La major o menor amplitud de les funcions del jutge no està en relació directa amb la seva imparcialitat que no quedarà en entredit si les exercita amb respecte del principi d'audiència bilateral que és el que impedeix qualsevol tipus d'indefensió i triangula la relació i col·loca el jutge en la posició que li pertoca de tercer. És a dir, no és la passivitat del jutge la que garanteix la seva imparcialitat sinó, més aviat, el que assegura la seva *terzietà* és que la intervenció judicial sigui equilibrada i que respecti el principi d'igualtat d'armes, amb independència de si s'actua a instància de part o d'ofici.

La concepció restrictiva del paper del jutge en la llei de 2000 arribava, fins i tot, a les seves facultats de direcció formal del procés, fins al punt de que ni tan sols podia acordar d'ofici l'acumulació de processos. En efecte, el primitiu text de l'article 75 disposava que: *Salvo que la ley expresamente disponga otra cosa, la acumulación de procesos diferentes sólo podrá decretarse a instancia de quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación*

se pretende. Doncs, bé, la Llei 13/2009, de 3 de novembre, va haver de modificar el precepte que ara diu: La acumulación podrá ser solicitada por quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende o será acordada de oficio por el Tribunal, siempre que se esté en alguno de los casos previstos en el artículo siguiente.

Però allà on el model de jutge i, per tant, de procés, ha sofert una major modificació ha estat en el processos que versen sobre matèria de consum en els quals les facultats judicials s'han vist ampliades com a conseqüència de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

En efecte, la sentència del TJUE de 14 de juny de 2012, en el seu apartat 42 estableix que:

... el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional...

I al seu paràgraf 43 llegim:

Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32).

Aquesta sentència va venir seguida d'altres, especialment, la de 14 de març de 2013 (*Mohamed Aziz*), que va deixar ben clar que *no hi pot haver cap llei processal que faci impossible la protecció del consumidor enfront de la qual cedeixen regles i fins i tot principis entorn dels quals tradicionalment s'havia estructurat el procés civil, com són el dispositiu, el d'aportació de part o el de preclusió*¹⁵⁵.

La llei 3/2014, de 27 de març, va modificar l'article 83 de la Llei General de Defensa de Consumidors i Usuaris de manera que el seu text ara diu:

155. Gómez Martínez, Carlos. "Dret processal del consumidor. El tractament judicial de les clàusules abusives". Butlletí de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Balears, núm. 16, pag. 69.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Doncs bé, malgrat el daltabaix que ha suposat la jurisprudència del TJUE amb relació al model de jutge inicialment previst a la llei de 2000, no hi ha encara cap norma processal a la Llei d'Enjudiciament Civil que habiliti el jutge a fer aquesta intervenció d'ofici ni es regula la manera de fer-ho, la qual cosa planteja problemes pràctics especialment sobre el moment processal fins al qual pot el jutge fer ús d'aquesta facultat i apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual en relació al principi de cosa jutjada formal.

Tot això planteja el problema de la compatibilitat del procés dissenyat a la llei processal de 2000, no tan sols amb el caire social de l'Estat constitucional i amb el principi d'efectivitat, com abans s'ha dit, sinó també amb l'article 51.1 de la Constitució quan estableix que: *Els poders públics garantiran la defensa dels consumidors i dels usuaris, i en protegiran amb procediments eficaços la seguretat, la salut i els legítims interessos econòmics.*

Bona mostra del que s'acaba de dir és la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2019, de 28 de febrer, que analitza un supòsit on el jutge de primera instància va rebutjar la tramitació d'un incident de nul·litat promogut pel consumidor en un procés d'execució hipotecària quan ja s'havia dictat interlocutòria d'adjudicació.

En efecte, el tribunal assenyala que:

“...declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición –expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, en este caso a través de un incidente de nulidad, se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada. [...] De ahí que no quepa considerar, como así hace el órgano judicial, que el plazo para denunciar

la existencia de cláusulas abusivas había precluido, por no haber formulado oposición a la ejecución en el plazo legal establecido de diez días. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente.

Els principis *nec procedat iudex ex officio*, i el de preclusió queden sense aplicació en els processos on el demandat és un consumidor. En prendrà nota la Llei d'Enjudiciament Civil?