

Julio BANACLOCHE PALAO

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
Diario La Ley, Nº 8137, Sección Documento on-line, 30 Jul. 2013, Año XXXIV,
Editorial LA LEY

LA LEY 5061/2013

El Ministerio de Justicia presentó el 3 de mayo de 2013 un Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se modifican fundamentalmente tres cuestiones: la asunción de nuevas funciones por parte del Procurador en los actos de comunicación y ejecución; la reconfiguración estructural del juicio verbal; y la introducción de un incidente inicial en el proceso monitorio para controlar la existencia de cláusulas abusivas para el consumidor contenidas en el documento que sirve para instarlo. El presente artículo reflexiona críticamente sobre los cambios propuestos, y aporta soluciones alternativas para aquellos casos en que la propuesta legal resulta poco satisfactoria.

I. LA MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PROPUESTA POR EL ANTEPROYECTO (1)

I. A pesar de que se formuló hace más de ciento treinta años, nuestros gobernantes siguen sin atender la sabia sugerencia formulada por los autores del Código Civil —extensible a todo cuerpo legal—, en cuya virtud se recomendaba que cada año los tribunales informaran acerca de la aplicación práctica de los preceptos integrantes del citado Código, para que cada diez se promovieran las reformas necesarias para mejorarlo (2) .

Pues bien, el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros con fecha 3 de mayo de 2013, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), hace caso omiso, como tantas otras veces, del consejo antes señalado, y de nuevo presenta para su tramitación unos cambios en la LEC que no responden a un estudio detallado y sistemático de los problemas detectados en el foro para su corrección, sino a la ocurrencia de turno o, lo que es peor, a la protección de intereses corporativos, algo que la experiencia demuestra que suele generar nuevos problemas y obligar a una posterior contrarreforma. De hecho, la Exposición de Motivos que acompaña al Anteproyecto opta por abordar directamente la justificación de las modificaciones legales contenidas en su texto, sin descender a explicar las razones que motivan la propuesta de esos cambios concretos, y no otros diferentes.

II. Las materias abordadas de facto por la reforma son tres: la asunción de nuevas funciones por parte del Procurador en los actos de comunicación y ejecución; la reconfiguración estructural del juicio verbal; y la introducción de un incidente inicial en el proceso monitorio cuando puedan existir cláusulas abusivas en el documento que sirve para instarlo.

Como en seguida se indicará, la valoración que puede realizarse de cada una de estas modificaciones es diferente: junto a cambios que pueden resultar razonables, la reforma propone otros que, bien por estar mal contruidos técnicamente, bien por pretender fines inasumibles, no pueden sino ser objeto de crítica. Si el presente trabajo sirve para que se produzca una mayor reflexión sobre algunos aspectos de la reforma, habrá cumplido con su objetivo.

II. LOS PROCURADORES Y LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN DE SU PAPEL COMO COLABORADORES DEL ÓRGANO JUDICIAL Y REPRESENTANTES TÉCNICOS DE LAS PARTES

I. Son varios los cambios que afectan a la figura del Procurador en la reforma contenida en el Anteproyecto, hasta el punto de que puede decirse que ellos son los principales protagonistas —y quizás los ocultos promotores— de la misma. Y esto no es una afirmación gratuita, porque si se analiza cada uno de los cambios propuestos, en todos se elige la opción que más beneficia al Procurador: parece que pueden presentar escritos sin firma de Abogado, no tienen que adelantar el pago de tasas y depósitos, o adquieren la condición de autoridad al realizar embargos y la capacidad de certificar cuando efectúan actos de comunicación.

Nadie discute la importancia histórica que ha tenido la figura del Procurador y lo útil que ha sido para el desarrollo de los procesos; pero también hay que ser conscientes de la dificultad que existe de mantenerla en la actualidad, al menos ejerciendo las funciones que hasta ahora se le han venido atribuyendo. Con la presentación telemática de escritos (3) , la comunicación directa de las resoluciones por medio de la red, la relación directa de los Abogados con los Jueces en las vistas y comparencias, son muchos los expertos que, con razón, cuestionan que siga siendo obligatorio actuar por medio de Procurador, máxime cuando, en algunas ocasiones, sus minutas alcanzan cifras verdaderamente escandalosas para el trabajo efectivamente desarrollado.

Ante esta cruda realidad, lo lógico es que se plantee una reconfiguración integral de la profesión, cambiando sus funciones y características básicas y pasando a sustituirlas por aquéllas otras que permitan a los Procuradores resultar verdaderamente útiles dentro de los actuales procesos. Pero en el bien entendido que asumir nuevas funciones exige abandonar algunas de las tradicionales que resultan incompatibles con aquéllas; porque lo que no resulta

admisible es aceptar la existencia de un sujeto esquizoide dentro del proceso civil que realice actuaciones contradictorias entre sí, asumiendo una doble actuación que no generaría más que problemas.

Pues bien, lo que la reforma parece proponer es justamente la opción que acabamos de criticar: mantener a los Procuradores con su estatus y significación tradicionales, y añadirles funciones que resultan poco conciliables con esa posición clásica. El resultado, como en seguida se verá, no puede ser sino censurable y, muy probablemente, termine siendo cuestionada la constitucionalidad de la fórmula en alguno de sus extremos.

Sin embargo, y sorprendentemente, toda la filosofía que impregna el texto de la reforma se halla modificada por lo que, de manera escondida, se dice en la disp. adic. 2.^a del Anteproyecto. Allí se establece, de una forma un tanto críptica, lo siguiente: «La incompatibilidad entre el ejercicio de la representación procesal y la defensa técnica quedará supeditada a la futura normativa que, con carácter general, regule los servicios profesionales, quedando afectada por lo que se disponga en esta última. Dicha normativa establecerá la imposibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones de representación procesal o defensa técnica con las funciones relativas a la práctica de actos procesales de comunicación con capacidad de certificación, así como con la ejecución de embargos para los que se requiera la condición de agente de la autoridad».

Esta disposición causa, ciertamente, un gran estupor. Por un lado, porque se trata de una norma que pretende condicionar el contenido de otra futura («dicha normativa establecerá...»), lo que la convierte en irrelevante desde un punto de vista jurídico, dado que la imperatividad propia de toda norma no se da en este caso en ella misma, sino en otra aún inexistente. Pero es que, por otro lado, el propio contenido de lo que regula (la imposibilidad de ser al mismo tiempo Procurador de una parte y Procurador colaborador del órgano), se contradice con el texto de la LEC que se reforma, puesto que el art. 152.1 LEC, según la redacción del Anteproyecto, especifica que los actos de comunicación los realiza el Procurador «de la parte»; o más adelante señala que la parte solicita que dichos actos los efectúe «su Procurador».

Por lo tanto, a la luz de lo expuesto en el conjunto del Anteproyecto, no es posible deducir qué pretende el legislador conseguir al respecto: si que sean los Procuradores de las partes quienes realicen los actos de comunicación y ejecución, como dice el texto de la LEC, o que tales actos lo realicen Procuradores independientes de las partes, algo mucho más razonable y a lo que parece que apunta la Disposición adicional segunda. En todo caso, una incertidumbre así no puede mantenerse y urge su clarificación inmediata para que el intérprete sepa a qué ha de atenerse.

II. El primero de los cambios que afecta a los Procuradores se refiere al art. 23 LEC, que ve modificados todos sus apartados actuales, y resulta ampliado en otros nuevos. El apartado 1 del art. 23 LEC especifica ahora que, para poder ejercer la profesión de Procurador, resulta necesario ser Licenciado en Derecho. El nuevo texto añade que también sería válido ser «Graduado en Derecho» u «otro título universitario de Grado equivalente». Merece la pena hacer dos precisiones a esta modificación que se propone:

1) Tal y como ha quedado configurado el sistema de estudios de las disciplinas jurídicas, para ejercer la Procuraduría hay que tener en cuenta que el equivalente a la antigua Licenciatura no es únicamente el Grado, sino el Grado y el Master de Acceso correspondiente. Por lo tanto, la redacción que se presenta puede inducir a error, dado que no aclara que no puede ser Procurador el graduado en Derecho que no haya superado el Master específico de Acceso previsto por la Ley.

2) Se desconoce a qué puede referirse el legislador con la expresión «título universitario de Grado equivalente». Se supone que la equivalencia se refiere a la disciplina denominada Derecho; pero, que se sepa, no hay nada equivalente a tales estudios. Tal indeterminación ha de ser calificada claramente como un error: o se señala qué estudios son aquellos en los que se está pensando, o se suprime la referencia hasta que aparezcan las citadas disciplinas «equivalentes».

El apartado 2 del art. 23 LEC también se modifica, en este caso para aclarar — muy acertadamente, aunque ya se venía entendiendo así por la doctrina y la jurisprudencia— que la exclusión de Procurador no lo es para todos los juicios verbales cuya cuantía no supere los 2.000 euros, sino sólo para aquellos en que, además, el procedimiento venga determinado por dicha cuantía. En definitiva, que en los juicios verbales por razón de la materia (es decir, los enumerados en el art. 250.1 LEC) siempre es preceptiva la intervención de Procurador. En el mismo sentido se cambia en el Anteproyecto el tenor literal del art. 31.2.1.º LEC, esta vez en relación con la preceptividad de Abogado.

Del apartado 3 del art. 23 LEC del Anteproyecto se ha suprimido de forma casi imperceptible un inciso que no dejaba de tener su importancia. En dicho apartado, tras señalarse inicialmente que el Procurador podía comparecer sin necesidad de que estuviera acompañado de Abogado, y terminar el precepto declarando la incompatibilidad de las funciones de Abogado y Procurador, se recoge en medio del texto la frase siguiente, que es la que se propone suprimir: «al realizar dichos actos (esto es, las comparencias) (el Procurador) no podrá formular solicitud alguna». Como el Gobierno no aclara qué se pretende con esta eliminación, a raíz de ella, a sensu contrario y precisamente por mor de

dicha supresión, muchos entenderán que ahora el Procurador puede presentar solicitudes directamente al tribunal sin firma de Abogado. Pues bien, precisamente porque tal interpretación es la única razonable, hay que pronunciarse en contra del citado cambio. Primero, porque da lugar a confusión de funciones entre Abogado y Procurador. Y segundo, porque puede originar un grave problema práctico al confrontarla con el art. 31.1 LEC, que seguirá diciendo que no se debe aceptar ningún escrito que no lleve la firma de un Letrado.

Los apartados 4 a 6 del art. 23 LEC son nuevos. El apartado 4 señala que «corresponde a los Procuradores la práctica de los actos procesales de comunicación, ejecución y la realización de tareas de auxilio y colaboración con los tribunales en los términos previstos en la ley, a excepción de los lanzamientos», a lo que no hay nada que objetar, a la espera de determinar en qué consisten esos actos. Tampoco es oponible el apartado 6, que señala que: «Para la práctica de los actos procesales y demás funciones atribuidas a los Procuradores, los Colegios de Procuradores organizaran los servicios necesarios».

Mucho más discutible es el apartado 5, que por su carácter novedoso y las graves implicaciones que conlleva, merece la pena reproducir íntegramente. Tal apartado dice así: «Para la realización de los actos de comunicación, ostentarán capacidad de certificación y dispondrán de las credenciales necesarias. Para la ejecución de embargos, tendrán la condición de agente de la autoridad y capacidad para documentarlos, bajo la dirección del Secretario Judicial y con sometimiento a control judicial. En el ejercicio de las funciones contempladas en este apartado actuarán de forma personal e indelegable y su actuación será impugnabile ante el Secretario Judicial conforme a la tramitación prevista en los artículos 452 y 453. Contra el Decreto resolutive de esta impugnación se podrá interponer recurso de revisión».

Ya adelanto que, en mi opinión, este apartado puede resultar inconstitucional, porque atribuye funciones jurisdiccionales a quien no forma parte siquiera del órgano (por ejemplo: quien embargará efectivamente los bienes del ejecutado, será, con la futura norma, el Procurador del ejecutante). Pero, además, es previsible que dé lugar a numerosos problemas en su aplicación práctica, como en seguida se pondrá de manifiesto.

En cualquier caso, y con carácter previo, a la hora de enjuiciar estas nuevas funciones del Procurador, no se puede ignorar el hecho de que, en todos los procesos, el Procurador sigue siendo el representante técnico de la parte, es decir, la parte misma. Él firma los escritos donde se pide una tutela al tribunal,

o los recursos que se presentan; no es, pues, un mero intermediario de la parte, sino, como ya se ha dicho, la propia parte. De ahí que no se puede pretender que, simultáneamente, el Procurador sea una especie de sujeto imparcial que realiza actos de efectos neutros para el proceso. Todo lo contrario: sus actuaciones son siempre parciales, y van dirigidas a obtener consecuencias beneficiosas para su mandante.

Por tal motivo, carece de razón de ser que el nuevo art. 23.5 LEC le atribuya, ni más ni menos, que la condición de «agente de la autoridad», y le conceda una «capacidad de certificación» que parece que busca convertir sus escritos en documentos paraoficiales, con las consecuencias probatorias que ello conllevaría (que se comentarán más adelante). De cualquier forma, causa absoluta sorpresa el que se diga que las actuaciones del Procurador de la parte son recurribles ante el Secretario Judicial: ¿cómo es posible que contra las «actuaciones» —que no resoluciones— del Procurador quepa (aunque la ley no se atreva a decirlo como tal) reposición ante el Secretario Judicial? ¿O se trata más bien de la impugnación a que se refiere el art. 562.1.3.º LEC? Y si es así, ¿por qué no se menciona expresamente dicho precepto? ¿O se pretende que el Procurador sea un alter ego del Secretario Judicial en materia de comunicaciones y embargos, equiparando sus actuaciones a las de éste último?

La tramitación de tal impugnación no dejará de resultar curiosa: así, por ejemplo, el Procurador del ejecutante ordenará un embargo y el bien quedará trabado desde entonces (art. 587.3 LEC, que es un nuevo apartado introducido por el Anteproyecto); si el ejecutado considera que dicho embargo es nulo, tendrá que presentar un escrito a modo de recurso de reposición (art. 562.1.3.º LEC) contra la decisión del Procurador contrario para que la resuelva el Secretario Judicial. Durante la tramitación de esa impugnación, se dará traslado al propio ejecutante para que defienda la actuación de su Procurador —esto es, su propia actuación— al embargar el bien. Y después, cabe, además, revisión ante el Juez contra la decisión del Secretario Judicial, con lo que en definitiva se ha conseguido multiplicar las impugnaciones y añadir más lentitud y papeleo a las ya dilatadísimas ejecuciones actuales.

También se modifica el art. 26.2 LEC en su núm. 7.º para aclarar —una vez más, en beneficio exclusivo de los Procuradores— que éstos no tienen que adelantar el pago de la tasa judicial o de los depósitos para recurrir; y en el núm. 8.º de ese mismo precepto de la LEC, se especifica que los Procuradores tienen la obligación de realizar los actos de comunicación, embargos y ejecución que le interese la parte y acuerde el Secretario Judicial. Por su parte, el art. 26.3 LEC recoge lo que hasta ahora disponía el art. 168.2 LEC (que se suprime), aunque éste únicamente para los actos de comunicación realizados

por el Procurador (ahora se aplicaría a todo tipo de actos): que dicho profesional responde por «dolo, negligencia o morosidad» en la realización de sus actuaciones, así como por el incumplimiento de las disposiciones legales; y que dicha responsabilidad puede ser disciplinaria (exigida por su Colegio profesional) y civil (por los daños y perjuicios causados). Lo que la ley no resuelve es si es elemento objetivo para exigir dicha responsabilidad la remoción judicial de su actuación, o si se trata de situaciones desvinculadas entre sí.

III. Concretando esas mayores atribuciones conferidas a los Procuradores, el Anteproyecto modifica otros preceptos de la LEC, introduciendo significativas novedades en materia de actos de comunicación:

1) Se suprime el inciso «a su costa» del apartado 1.2.º del art. 152 LEC, lo que parecería apuntar a que el pago de las actuaciones de comunicación que realice un Procurador no tendrá que realizarlo necesariamente su mandante, sino quien al final resulte condenado al abono de las costas causadas. Sin embargo, esto se contradice con lo que la propia reforma establece en el art. 243.2 LEC, al excluir de la tasación de costas «los derechos de los Procuradores devengados por la realización de los actos procesales de comunicación, así como los de ejecución y otros actos de cooperación y auxilio a la Administración de Justicia, y demás actuaciones meramente facultativas, que hubieran podido ser practicadas, en otro caso, por las oficinas judiciales». Habría, pues, que aclarar la relación entre ambos preceptos, porque la redacción propuesta genera confusión; aunque, si hay que inclinarse por una opción u otra, claramente primaría la recogida en el art. 243.2 LEC, que impone que los gastos de las comunicaciones realizadas por el propio Procurador los asuma la parte que los ha interesado. Así se deduce también de lo que se afirma en el apartado II de la Exposición de Motivos, a cuyo tenor las nuevas funciones del Procurador se le atribuyen «manteniendo el régimen vigente en cuanto a la ausencia de repercusión en costas».

2) Se establece que la parte ha de solicitar que las comunicaciones las realice su Procurador, pudiendo plantear la petición hasta un máximo de diez días desde que se presenta el correspondiente escrito (art. 152.1 II LEC). Por tanto, la notificación privada sólo se realiza a instancia de parte interesada. No obstante, esa petición se puede formular en cualquier momento del proceso, y el Secretario Judicial deberá acceder a ella (art. 152.1 III LEC).

3) Se limita al personal judicial (y no se permite, por tanto, a los Procuradores) la comunicación por medios telemáticos (art. 152.2.4.º LEC).

4) Se añade la posibilidad de usar la comunicación telemática de los Juzgados con los Procuradores (art. 154.1 I LEC).

5) Se permite incorporar el correo electrónico del demandado a los datos aportados en la demanda para su localización (art. 155.2 II LEC).

6) Se admite que sea el Procurador quien diligencie las comunicaciones a testigos y peritos, y no sólo, por tanto, a las partes procesales (art. 159.1 LEC).

7) Se autoriza a que cualquier Procurador, y no solo aquel «legalmente habilitado para actuar ante el órgano exhortado», como se dice en el texto actual, pueda diligenciar un exhorto (art. 165 III LEC).

IV. No obstante, de todos los cambios introducidos por el Anteproyecto en relación con esta primera cuestión relativa a las nuevas funciones de los Procuradores, el más trascendente es quizá el que pasa más inadvertido, pues consiste en la supresión del actual apartado 5 del art. 161 LEC. En este precepto se regula la comunicación por medio de entrega al interesado, y prevé varias hipótesis: 1) que dicho interesado coja la notificación y firme su recepción, con lo que no existe ningún problema acerca de la eficacia de aquélla (art. 161.1 LEC); 2) que rehúse recibirla o, aun aceptándola, se niegue a firmar; en tal caso la comunicación está realizada, y descansa sobre la validez de la declaración de la persona que la ha efectuado (art. 161.2 LEC); 3) que no se encuentre en el lugar de la notificación el propio interesado, y se haga la entrega a un tercero, siendo eficaz el acto (art. 161.3 LEC), y 4) que no se localice al destinatario, único caso en que la comunicación no producirá efectos, debiendo intentarse de nuevo en otro lugar o, en último caso, por medio de edictos (art. 161.4 LEC).

Pues bien, cuando quien realiza la comunicación es un funcionario, la ley no pone en duda la veracidad de lo acaecido en aquellos casos en que no consta la recepción directa de la comunicación por el interesado (es decir, cuando rehúsa cogerla, o la recibe pero no firma, o la recepciona un tercero, o se ha realizado pero infructuosamente porque no es el domicilio del interesado o no hay nadie en él), dado que se fía plenamente de su palabra, al tener un carácter absolutamente imparcial. Sin embargo, cuando quien efectúa el acto de comunicación es el Procurador del actor, pueden surgir dudas razonables acerca de si lo que señala que ha sucedido se corresponde con la realidad o no, puesto que puede tener un interés en que aparezca como notificado quien realmente no lo ha sido, o figure como ausente quien realmente no lo está, por las consecuencias favorables para la parte a quien representa que eso puede comportar en el proceso (la declaración de rebeldía del demandado, básicamente).

Para contrarrestar ese riesgo —e intentar eludir una posible inconstitucionalidad de la regulación, habida cuenta la doctrina tan rigurosa e hipergarantista que

sobre este punto ha sentado el Tribunal Constitucional—, la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, introdujo el apartado 5 del art. 161 LEC, donde se exigía que, en los casos en que el Procurador hubiese intentado la comunicación, se acreditara bien con dos testigos, bien por otro medio de prueba (fundamentalmente la instrumental, esto es, la grabación del momento en que se procede a la entrega), que había sucedido lo que se hacía constar en el correspondiente escrito de Procurador. Pues bien, el Anteproyecto que aquí se analiza elimina completamente las garantías previstas en este apartado, y equipara la notificación realizada por el Procurador con la que efectúa el funcionario del Juzgado.

Evidentemente, la situación procesal de uno y otro no resulta ni mucho menos similar, puesto que mientras el funcionario carece de interés directo en el resultado de la comunicación y viene obligado por los principios de legalidad e imparcialidad, que por estatuto han de orientar su actuación, el Procurador no deja de ser la propia parte a la que representa, y por lo tanto, puede tener un claro interés en que la notificación termine siendo infructuosa. Por eso, por más que el nuevo texto confiera al Procurador, como ya se ha señalado, «capacidad de certificación» (art. 25.3 LEC según el Anteproyecto), no se puede entender que lo que ellos constaten como consecuencia de su actuación deba ser considerado como documento oficial a efectos probatorios (y aplicable lo dispuesto en el art. 319.2 LEC) (4) .

Así, en ningún momento la ley establece que la certificación de un Procurador sea «fehaciente» (como sí se dice en cambio en el art. 317.5.º LEC para los funcionarios públicos o el art. 318 LEC para los Notarios), y ni siquiera se les llega a considerar en esa labor agentes de la autoridad, condición que se les reserva exclusivamente para los actos de ejecución de embargos (art. 23.5 LEC según el Anteproyecto). Por lo tanto, hay que entender que la certificación del Procurador no tiene más valor que el documento de una de las partes que, en caso de ser negado, no produciría desplazamiento de la carga de la prueba alguno, sino que obligaría al beneficiado por la misma (es decir, la parte a cuyo encargo se realizó la notificación por el Procurador) a probar que la actuación se ha realizado correctamente.

La idea originaria del Gobierno de sustituir en las notificaciones a los funcionarios por los Procuradores, podría quizás admitirse si se adoptara una vía intermedia, similar a la que se apunta en la disp. adic. 2.ª del Anteproyecto, consistente en que fuera la Oficina de Procuradores la que estableciera un turno de notificaciones, de manera que el profesional que intentara en cada caso la comunicación fuera distinto del que representa a la parte en ese proceso concreto. Así al menos se preservaría la imparcialidad de quien actúa, y resultaría más aceptable el modelo propuesto. Pero si no se hace así, y se

aprueba la reforma tal y como está actualmente configurada, cualquier denuncia de la contraparte alegando defectos o fraude en la comunicación debería ser apreciada, y será cuestión de tiempo que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 25.3 y 161 LEC.

V. Por último, en el Anteproyecto se modifican algunos preceptos de la LEC para ajustarlos a las nuevas funciones de los Procuradores: efectuar embargos (reforma de los arts. 551.3.1.º, 587.3, 621.3, 622.1, 623.3, 624.3, 700 II, 706.2 y 821.2.2.ª LEC) o requerimientos (art. 551.3.3.º LEC); encargarse de la administración judicial (art. 622 apartado 4 nuevo LEC); celebrar subastas por encargo (art. 641.3 LEC según la nueva redacción); diligenciar la entrega de posesión de un inmueble (art. 701.1 LEC); u obtener las cosas muebles genéricas (art. 702.1 LEC).

Como es obvio, la valoración de estos cambios ha de ser negativa en cuanto supongan atribución a los Procuradores de funciones propias de los integrantes del órgano jurisdiccional, o no esté asegurada la imparcialidad de quien realiza el acto en cada caso concreto.

III. EL JUICIO VERBAL, AHORA CON DEMANDA ORDINARIA Y CONTESTACIÓN ESCRITA

I. El Anteproyecto contiene un cambio relevante en lo que se refiere a la estructura básica de uno de los dos procedimientos ordinarios, en concreto, el juicio verbal. Hasta ahora, este juicio tenía únicamente dos actuaciones esenciales: la demanda, que podía formularse al modo del juicio ordinario o de manera sucinta; y la vista, donde el demandado realizaba su contestación, se procedía a la proposición, admisión y práctica de la prueba y, según entendiera el tribunal —dada la oscuridad de la LEC en este punto—, se formulaban o no conclusiones.

Pues bien, si se aprobara el Anteproyecto, la contestación en los juicios verbales dejaría de estar integrada en el acto de la vista, para tener que realizarse siempre por escrito en el plazo de veinte días, como sucede en los juicios ordinarios. De esta forma, se generalizaría para los juicios verbales el modelo que estaba funcionando respecto de los procesos especiales del Título I del Libro IV, relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, cuya regulación procedimental, contenida en el art. 753.1 y 2 LEC, curiosamente no ha sido modificada, a pesar de que su redacción actual ya no tiene mucho sentido tras los cambios que se introducirán en la del juicio verbal.

Este cambio estructural, que se aplicaría a los verbales que se iniciaran después de la entrada en vigor de la reforma (5) , puede ser valorado positivamente,

pues si bien puede alargar en un mes el desarrollo del proceso (pues se retrasa la convocatoria de la vista como consecuencia del transcurso del plazo de contestación), también posibilita la solución de algunas cuestiones que estaban resultando problemáticas actualmente, en especial las vinculadas a la difícil posición en que se encontraba el actor por desconocer hasta el momento de la vista las principales defensas del demandado, tanto procesales (excepciones que éste pretendía plantear) como materiales (que podrían exigirle una contraprueba que podía no tener prevista), y que en ocasiones terminaba provocando la suspensión de dicha vista.

Aunque no se menciona en la Exposición de Motivos, es razonable pensar que la reforma se justifica en buena medida por la progresiva ampliación que ha ido experimentando en estos últimos doce años el ámbito propio del juicio verbal: así, de ser el cauce de tramitación de asuntos de menos de 80.000 pesetas (500 euros) en la LEC de 1881, pasó a tener un límite de 3.000 euros en la versión original de la LEC 1/2000, para, por último, hace dos años, elevar su límite hasta los 6.000 euros. No se trata, pues, ya de un procedimiento donde se resuelven asuntos de ínfima cuantía —como los autores se referían al juicio verbal de la LEC de 1881—, sino de un juicio que aborda no sólo materias relevantes (como los alimentos), sino pleitos de cuantías considerables que pueden llegar a tener además una cierta complejidad. Por ello, no parece ilógico que la ley prevea que las posiciones fundamentales de ambas partes consten por escrito y puedan ser conocidas desde el principio (6) .

II. Al hilo de la modificación referente al carácter escrito de la contestación a la demanda, en el Anteproyecto se han reconfigurado, como no podía ser de otra manera, la mayoría de los trámites del juicio verbal. Así, por ejemplo, se suprime la posibilidad de presentar con carácter general la denominada demanda sucinta —que es aquella en la que sólo resulta necesario hacer constar los sujetos y el petitum, pero no la causa de pedir, y cuya existencia arrastraba del juicio verbal de la LEC de 1881—, exigiendo que la demanda del juicio verbal tenga «el contenido y forma propios del juicio ordinario» (art. 437.1 del Anteproyecto). Además, se aclara una cuestión cuya oscuridad había sido puesta de manifiesto por la doctrina, en el sentido de que al juicio verbal le serán «también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio (el ordinario) en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia» (art. 437.1 del Anteproyecto). Es decir, que lo dispuesto en los arts. 400 y 410 a 413 resulta también aplicable al juicio verbal.

La demanda sucinta queda correctamente restringida a los casos en que «no se actúe con Abogado y Procurador» (art. 437.2 I LEC del Anteproyecto), esto es, cuando el asunto se tramite por razón de la cuantía y se reclame menos de

2.000 euros (arts. 23.2.1.º y 31.2.1.º LEC). Además, se especifica que, incluso aunque la demanda tenga tal carácter, se deberán concretar «los hechos fundamentales en que se basa la petición» (art. 437.2 I LEC del Anteproyecto) con lo que se evita toda indefensión al demandado.

Por su parte, la acumulación de acciones en el verbal pasa en el Anteproyecto del art. 438.3 y 4 LEC al art. 437.4 y 5, con el mismo contenido, salvo uno de los casos, que se elimina: el que preveía la posibilidad de acumular, en los procesos matrimoniales, la acción de división de cosa común a la acción puramente de estado civil, un supuesto que fue introducido por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación, y que estaba claramente desubicado y resultaba asistemático.

El art. 438 LEC también cambia en el Anteproyecto su contenido acogiendo lo relativo a la admisión de la demanda y al trámite de contestación (actualmente regulado en el art. 440.1 LEC). El legislador configura dicho trámite de modo idéntico al juicio ordinario: veinte días de plazo, mismo contenido y forma, y posibilidad de incurrir en rebeldía conforme a lo previsto en el art. 496 LEC (con lo que se elimina el actual apartado 2 del art. 442 LEC). La reconvención iría en el nuevo modelo, como es lógico, en la propia contestación (ya no habría que presentarla cinco días antes de la vista, como sucede en la actualidad), y sujeta a «las normas previstas en el juicio ordinario» (art. 438.2 II LEC del Anteproyecto). También se incorpora a la contestación la alegación de un crédito compensable (art. 438.3 LEC del Anteproyecto).

Una novedad interesante es la contemplada en el art. 438.4 LEC del Anteproyecto, a cuyo tenor las partes deben solicitar en sus respectivos escritos la celebración de la vista (con lo que será un otrosí obligado de la demanda y la contestación). Basta con que la pida una de las partes, para que tenga que realizarse. No obstante, en cualquier momento del procedimiento se puede plantear lo innecesario de su celebración (si, por ejemplo, el demandado está en rebeldía y toda la prueba es documental), pudiendo quedar el asunto directamente visto para sentencia.

Respecto de la citación para la vista, la nueva redacción que se da al art. 440.1 III y IV LEC parece indicar que el actor y el demandado tienen siempre la carga de acudir a la vista, por si se propusiera y admitiera su declaración. Así se deduce del hecho de que, en el precepto, se sustituye la actual expresión según la cual las partes deben señalar quienes deben ser citados judicialmente «en calidad de partes o de testigos» por la de «en calidad de testigos o peritos», con lo que las partes sólo aparecen mencionadas en el párrafo anterior, que es el que les conmina a asistir en todo caso a la vista. En mi opinión, esto es un error e incomoda necesariamente a los ciudadanos, que se les hace acudir a

vistas sin que se conozca si van a ser llamados a declarar o no. Es más adecuado y no causa perjuicio alguno exigir que, si se quiere que la contraparte sea interrogada, se diga en los tres días posteriores a la citación para la vista. En consecuencia, el texto debería decir: «deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el Secretario Judicial a la vista para que declaren en calidad de partes, testigos o peritos».

Como es lógico, también se modifica en el Anteproyecto el art. 443 LEC, dedicado a regular el desarrollo de la vista. Para empezar, desaparece el acto de ratificación de la demanda por el actor y la formulación de la contestación por el demandado, dado que ambas ya constan por escrito. Ahora la vista comienza con el intento de acuerdo o transacción, de modo que se reproduce casi íntegramente lo dispuesto en el art. 415.1 LEC. A continuación, se debaten y resuelven las excepciones procesales planteadas en la contestación, remitiéndose expresamente la ley a lo dispuesto para el juicio ordinario (arts. 416 y ss. LEC). Y el acto continúa para la formulación de aclaraciones —algo que no se dice expresamente en la actual regulación: art. 443.4 LEC—, fijación de hechos controvertidos y proposición, admisión y práctica de la prueba.

Precisamente en relación con la impugnación de las decisiones en materia de prueba, se redacta de nuevo en el Anteproyecto el art. 446 LEC, para unificar el régimen del juicio verbal con el propio del ordinario, que está funcionando perfectamente: tras la reforma, cabría recurrir en reposición tanto las decisiones de admisión como inadmisión de prueba, y contra la decisión oral del Juez se podría formular protesta a los efectos de hacerla valer en la segunda instancia.

También se aclara en el Anteproyecto la polémica relativa a si cabe o no la formulación de conclusiones en el juicio verbal. Tras la reforma introducida en el art. 753.2 LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, que especificaba que en los verbales con contestación escrita del Título I del Libro IV siempre cabían conclusiones, se hacía más difícil la defensa de su viabilidad en los verbales ordinarios, puesto que el precepto citado parecía suponer una excepción del régimen general. Pues bien, la redacción dada por el Anteproyecto al art. 447.1 LEC señala que «practicadas las pruebas, el Tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones». Es decir, no se instaura un trámite obligatorio —como sucede en los especiales—, pero se posibilita al tribunal que pueda permitirlos. Y lo lógico es que lo haga si se ha desarrollado ante él prueba de naturaleza personal, puesto que eso es lo que establece el art. 185.4 LEC para todas las vistas y comparecencias.

III. Muchas de las modificaciones contenidas en el Anteproyecto únicamente se

justifican en el intento de ajustar al nuevo modelo de contestación escrita los distintos incidentes regulados en la LEC. Así, en todas ellas se sustituye la redacción anterior (que hablaba de la vista del verbal, que era donde el demandado formulaba alegaciones), por otra en que se menciona única y exclusivamente el trámite de contestación. Esto sucede con el cambio del art. 14.2 LEC sobre intervención provocada (actualmente hay que llamar al tercero en un juicio verbal cinco días antes de la vista; con el nuevo texto se formula el llamamiento en la contestación), del art. 64.1 LEC sobre el plazo para interponer la declinatoria, del art. 77.1 II LEC en materia de acumulación de un juicio verbal a un ordinario, del art. 80 LEC sobre acumulación de juicios verbales, del art. 255.3 LEC, sobre impugnación de la cuantía en el juicio verbal (que se formula en la contestación a la demanda, mientras antes se realizaba en la vista), de los arts. 264 y 265.3 y 4 LEC sobre presentación de documentos procesales y materiales, o de los arts. 336.1 y 4, 338.2 y 339.1, 2 y 3 LEC en materia de dictámenes periciales.

Sin embargo, la reforma no ha tenido en cuenta la incidencia que el nuevo modelo puede tener en algunos casos en que la regulación actual se remite a las normas propias del juicio verbal. Por ejemplo, de seguir adelante el Anteproyecto, habría que modificar el art. 826 LEC en materia de juicio cambiario, puesto que las remisiones que en él se realizan a los arts. 440 y 443 LEC ya no resultan correctas: con la nueva redacción de dichos preceptos, no habría ningún trámite para que el acreedor cambiario contestara a la demanda de oposición del deudor.

O, en esa misma línea, tampoco quedaría nada claro, de aprobarse el nuevo modelo del juicio verbal, lo que puede hacer el acreedor en aquellos casos en que el deudor presenta escrito de oposición en un proceso monitorio cuya cuantía queda dentro del ámbito del juicio verbal. Al establecer el art. 818.2 LEC que el Secretario Judicial convocará a las partes a la vista del verbal, y no haber ya contestación en ella, podría pensarse que se le impide al acreedor alegar nada nuevo a lo expuesto de contrario, y no parece que sea eso lo que pretendía el legislador originariamente (puesto que con la regulación anterior sí cabía «contestar» al escrito de oposición).

En definitiva, sería conveniente que los redactores del texto analizaran con más detalle las remisiones internas de la LEC a la vista del juicio verbal, muy frecuentes por otra parte (por poner otro ejemplo: el art. 260 LEC en relación con el incidente de oposición a las diligencias preliminares acordadas, que se quedaría sin contestación del solicitante), para evitar que se produzcan desajustes que inevitablemente darán lugar a interpretaciones contradictorias de los tribunales.

IV. EL PROCESO MONITORIO Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRA DE LOS CONSUMIDORES

I. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, modificó diversos preceptos reguladores del proceso monitorio con el fin de atribuir su conocimiento en exclusiva al Secretario Judicial, de manera que, en su momento, pudiera ser tramitado íntegramente por los Servicios Comunes sin tener que pasar por las Unidades Procesales de Apoyo Directo o, lo que es lo mismo, sin que fuera necesaria la intervención del Juez. Ello suponía que el Secretario Judicial valora desde la entrada en vigor de esa norma el «principio de prueba del derecho del peticionario» (art. 815.1 LEC), requiere de pago al deudor, y pone fin al procedimiento por decreto, acordando el archivo por haberse realizado el pago (art. 817 LEC), no haberse formulado oposición (art. 816.1 LEC) o haberse realizado ésta (art. 818.2 LEC).

Esta desjudicialización que de facto se ha producido desde hace cuatro años en relación con el proceso monitorio (la única intervención del Juez prevista por la reforma de 2009 se produce cuando el Secretario Judicial cree inadmisibles las solicitudes iniciales: art. 815.1 in fine LEC), ha resultado más relevante de lo que pudiera entonces pensarse, como consecuencia de un hecho acaecido hace ahora poco más de un año: en concreto, la aparición de la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10 (Banco Español de Crédito contra Joaquín Calderón Camino).

En esta sentencia se planteaba la compatibilidad de la regulación del proceso monitorio en España con la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y ello por el hecho de que, en el esquema del monitorio español, no está previsto ningún trámite que permita al Juez analizar si el documento que da inicio al procedimiento contiene alguna cláusula contraria a lo dispuesto en la citada Directiva, algo que había realizado el Juez por su cuenta y riesgo en el caso de autos moderando una de las cláusulas del contrato (7) .

El TJUE consideró a este respecto que debía preverse en la regulación del proceso monitorio español la posibilidad de que el Juez analizara de oficio la posible existencia de una cláusula abusiva, siempre que se esté ante un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor (8) . Ahora bien, en ningún momento se señaló el trámite procesal concreto en que puede producirse ese control del Tribunal. Por otra parte, respecto a la posibilidad de modificar el contenido de la cláusula, se rechazó tal posibilidad, al entender el TJUE que lo único factible era la inaplicación de la cláusula abusiva (9) .

II. A la vista de la sentencia anterior, resultaba obligado introducir una fórmula en la LEC que permitiera al Juez analizar el documento que da inicio al proceso monitorio antes de convertirlo en título de ejecución —que, no puede olvidarse, es la finalidad última de dicho procedimiento—, para así proteger al consumidor de una posible cláusula abusiva contenida en aquél (10) . Ahora bien, en esta tesitura, la reforma del monitorio operada por la Ley 13/2009 constituye un obstáculo para lograr tal objetivo, puesto que, como se ha señalado, con la nueva regulación (que aún no estaba en vigor cuando se inició el proceso que da lugar a la sentencia del TJUE) el Juez no interviene en ningún momento en el citado procedimiento.

La solución del Anteproyecto que aquí analizamos consiste en añadir un apartado 4 al art. 815 LEC, en cuya virtud corresponde al Secretario Judicial valorar *in limine litis*: 1) si el documento que da inicio al proceso monitorio es un contrato entre un profesional y un consumidor, y 2) si contiene alguna cláusula que puede considerarse abusiva según la norma comunitaria. En caso de respuesta afirmativa a ambas cuestiones, ha de dar cuenta al Juez, para que éste a su vez dé audiencia «a las partes» por cinco días, y resuelva por medio de auto, pudiendo no aplicar la cláusula discutida.

La fórmula propuesta no parece ser la adecuada, por diversos motivos. Para empezar, exige al Secretario Judicial realizar una valoración inicial del documento de contenido claramente de Derecho material, con lo que se le atribuyen facultades que exceden de lo que hasta ahora venía siendo objeto de su competencia (algunas cuestiones de carácter exclusivamente «procesal»). Por otro lado, la regulación de un incidente en este momento procesal dentro del monitorio tampoco parece en absoluto razonable: si se notifica al deudor la existencia del procedimiento, ¿por qué limitar su actuación únicamente a lo relativo a la cláusula cuestionada? ¿No podría formular declinatoria, u oponerse de fondo a la reclamación? Y si no se le localiza, ¿podrá el Juez resolver a pesar de tal circunstancia?

Y continuando con las serias dudas que suscita la regulación planteada: ¿es admisible que para discutir esa cuestión se diga que «no será preceptiva la intervención ni de Abogado ni de Procurador», cuando puede resultar ciertamente compleja? Y el auto que decida desestimar el carácter abusivo de la cláusula, ¿por qué no puede ser apelado por el deudor (porque el precepto parece limitar el recurso al caso «de estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales»)? ¿Podría plantearse de nuevo la discusión en el declarativo posterior si el deudor la suscita otra vez, aunque ahora como motivo de oposición?

Todos estos problemas se deben a que el proceso monitorio está pensado para tramitarse como un procedimiento sencillo, basado en la existencia de un requerimiento y la posibilidad de pago u oposición, que en caso de no producirse crea un título ejecutivo. Por eso, todo lo que sea introducir en medio de su tramitación cuestiones ajenas a la finalidad que lo justifica (como discutir la competencia del tribunal, o ahora el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le sirve de base), lo hace perder su propia esencia y lo desestructura, que es lo que sucede con la fórmula propuesta en el Anteproyecto.

III. Cabe, no obstante, una solución que permite cumplir con las exigencias del TJUE sin ir contra la naturaleza del proceso monitorio. Consistiría en introducir el análisis de la cláusula una vez finalizada su tramitación y antes de que se cree el título ejecutivo (lo que resulta perfectamente compatible con lo establecido en la sentencia del TJUE). Se trataría, pues, de mantener la actual regulación inicial del monitorio (presentación del documento por el acreedor, admisión por parte el Secretario Judicial y requerimiento de pago al deudor), y esperar a ver qué conducta realiza el deudor.

En caso de que pague, no habría que realizar actuación procesal alguna, puesto que sería el mismo supuesto que si hubiera pagado sin haberse instado ninguna actuación judicial previa. Cuando se oponga, lo lógico es que el Juez analice el carácter abusivo de la cláusula en el juicio ordinario o verbal que corresponda. Luego sólo habría que modificar el art. 816.1 LEC, introduciendo ahí la posibilidad de que el Juez —quien, en todos los casos, debería crear el título ejecutivo por medio de auto (y no por decreto, como sucede actualmente)—, suscite el incidente si considera que el documento contiene una cláusula abusiva que puede ir en contra de la normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores.

De esta manera, resulta posible compatibilizar la exigencia del TJUE con el mantenimiento de la estructura propia del proceso monitorio, algo que no sucede con la propuesta que se nos ofrece en el Anteproyecto. La fórmula prevista en éste resulta absolutamente forzada, y por eso origina tantos problemas y no puede sino producir resultados indeseados.