

# **Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso**



**Juan F. Herrero Perezagua**

**Javier López Sánchez**

(Directores)

# **Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso**

En la edición de este libro han colaborado los proyectos de investigación «Las transformaciones y los resquicios del proceso en tiempo de crisis y cambios sociales» (DER2016-79363-R), y «Proceso, métodos complementarios y alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional (DER2017-85765-R), dirigidos, respectivamente, por los profs. Herrero Perezagua y Sigüenza López, y financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Los autores

© 2020 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)

[www.atelierlibros.es](http://www.atelierlibros.es)

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-18-6

Depósito legal: B 13075-2020

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

[www.addenda.es](http://www.addenda.es)

# Índice

---

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	11
<b>LEGALIDAD, JURISDICCIONALIDAD Y FUNCIONALIDAD DE LAS FORMAS DEL PROCESO</b> .....	17
<i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	
1. Legalidad .....	17
2. Jurisdiccionalidad .....	33
3. Funcionalidad .....	38
Bibliografía .....	47
<b>LUCES Y SOMBRAS DEL EXPEDIENTE JUDICIAL DIGITAL</b> .....	49
<i>Juan Ignacio Medrano Sánchez</i>	
I. Las razones de la digitalización del proceso judicial .....	50
II. Los principios que rigen el proceso digital .....	55
III. El foliado. El índice electrónico como proceso .....	58
IV. El tránsito hacia la digitalización: la Ley 18/2011 y la reforma de la LEC por Ley 42/2015, de 5 de octubre .....	61
V. La implementación del expediente electrónico. La Instrucción 1/2018 de la Comisión Permanente del CGPJ .....	66
VI. Las sombras del expediente digital .....	68
VI. Las comunicaciones telemáticas y la jurisprudencia constitucional .....	78
<b>LOS FORMULARIOS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD</b> .....	87
<i>Gemma García-Rostán Calvín</i>	
1. Introducción .....	87
2. El formulario en la Sede Judicial Electrónica para juicios verbales de cuantía no superior a 2000 €: elementos de dudosa legalidad .....	89
3. Acerca de la legitimidad del CGPJ para proporcionar modelos de demanda sucinta .....	92

4. Del modelo orientativo del CGPJ al formulario electrónico vinculante . . . . .	94
5. Sobre los riesgos de injerencias de unos poderes del Estado en atribuciones que corresponden a otros . . . . .	96
6. Epílogo: hacia la «estabulación» de los actos escritos del proceso civil: de una opción útil a una imposición bajo el pretexto de la agilización . . . . .	100
<b>¿LÍMITES A LOS ESCRITOS PROCESALES DE LAS PARTES?</b> . . . . .	103
<i>Julio Sigüenza López</i>	
I. Nociones previas. . . . .	103
II. Análisis del acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, el 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. . . . .	115
III. Análisis del acuerdo adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, el 27 de enero de 2017, en pleno no jurisdiccional, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal . . . . .	120
IV. Análisis del acuerdo aprobado por la junta de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid el 19 de septiembre de 2019 . . . . .	127
V. El llamado «Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», elaborado por el Consejo General del Poder Judicial . . . . .	132
VI. Corolario. . . . .	133
<b>INCIDENCIA DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA TUTELA JUDICIAL . . . . .</b>	135
<i>María Jesús Ariza Colmenarejo</i>	
1. Con carácter preliminar . . . . .	135
2. Crónica legislativa. . . . .	137
3. Algunos aspectos del régimen general de notificaciones electrónicas . . . . .	138
<b>INCIDENCIA DE LAS ACTUACIONES PREVIAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL Y EN LA TRAMITACIÓN Y CONTENIDO DE LA DEMANDA . . . . .</b>	163
<i>Pedro M. Garcíandía González</i>	
I. Introducción. . . . .	163
II. Las actuaciones previas tendentes a facilitar y asegurar el desarrollo del proceso y la efectividad de la sentencia como objeto de estudio . . . . .	164
III. Incidencia de las actuaciones previas en los criterios que determinan la competencia del tribunal . . . . .	170
IV. Incidencia de las actuaciones previas en la tramitación y el contenido de la demanda . . . . .	181
V. Conclusiones. . . . .	198

**ACIERTOS, EXCESOS Y CARENCIAS EN LA TRAMITACIÓN DE LA EJECUCIÓN . . . . 201**

*Manuel Cachón Cadenas*

1. Introducción . . . . .	201
2. La unificación procedimental: el regreso a los orígenes . . . . .	202
3. Caducidad de la acción ejecutiva . . . . .	205
4. El plazo de espera para despachar la ejecución . . . . .	207
5. Ejecución de sentencias de condena dictadas a favor de consumidores y usuarios sin determinación individual de beneficiarios . . . . .	208
6. La ejecución provisional . . . . .	210
7. La acumulación de ejecuciones singulares . . . . .	212
8. Inclusión en la demanda ejecutiva de indicaciones y peticiones relativas al embargo, e inmediata adopción de las medidas solicitadas . . . . .	213
9. Control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales incluidas en el título ejecutivo . . . . .	214
10. Unificación del incidente de oposición a la ejecución . . . . .	215
11. La oposición a la ejecución por defectos procesales . . . . .	217
12. La oposición a la ejecución por motivos de fondo respecto de los títulos ejecutivos previstos en el art. 556.1 LEC: referencia a la pluspetición y a la compensación de créditos . . . . .	218
13. Suspensión de la ejecución . . . . .	219
14. La investigación del patrimonio del ejecutado: el Punto Neutro Judicial. . . . .	220
15. La manifestación de bienes del ejecutado. . . . .	222
16. Ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados . . . . .	225
17. Embargo de los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión . . . . .	226
18. El apremio . . . . .	226
19. La ejecución no dineraria . . . . .	227

**CARENCIAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD  
POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PROVOCADOS POR LAS MEDIDAS  
CAUTELARES. . . . . 229**

*Alicia Bernardo San José*

1. El régimen jurídico de la responsabilidad derivada de la utilización de la tutela cautelar . . . . .	229
2. La condena genérica a pagar daños y perjuicios . . . . .	232
3. La legitimación en materia de responsabilidad por la tutela cautelar . . . . .	232
4. El tribunal competente para la determinación de los daños y perjuicios . . . . .	234
5. El incidente de determinación de daños y perjuicios de los arts. 712 y ss. LEC . . . . .	235
6. La reclamación de los daños y perjuicios en un proceso declarativo posterior . . . . .	240
Referencias bibliográficas . . . . .	242

<b>PERO, ¿TODO ES SUBSANABLE?</b> .....	243
<i>Alberto José Lafuente Torralba</i>	
I. Introducción .....	243
III. Las dos caras de la subsanación .....	253
III. <b>Quo vadis, sanatio?</b> La desconcertante convivencia de formalismo y amorfismo en nuestro proceso civil .....	272
<b>EL DIABLO ESTÁ EN LOS DETALLES: LA IMPORTANCIA DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES PARA EL LEGISLADOR PROCESAL EUROPEO</b> .....	285
<i>Fernando Gascón Inchausti</i>	
I. La Unión Europea también legisla sobre los procesos civiles nacionales .....	286
II. Los datos normativos .....	290
III. Algunas inferencias de los datos: ¿hacia un modelo procedimental europeo? ..	310

## Presentación

---

Apuntaba Carnelutti<sup>1</sup> que la necesidad del proceso responde a una patología del ordenamiento jurídico que suele contar con la espontánea adecuación del comportamiento social a lo establecido por sus normas. Tal adecuación es síntoma de salud, tanto en el cuerpo social, como en aquellos órganos encargados de conformar las reglas de actuación e incluso a aquellos otros a los que pudiera corresponder su eventual ejecución.

La feliz comparación carneluttiana creo que admite un cierto desarrollo. El aumento de la litigiosidad no es un problema procesal o jurisdiccional, sino que responde a causas estructurales que hay que situar en la propia formación cívica y social, en la falta de claridad y precisión en los textos normativos o en la situación económica. Ante la pandemia —continuamos con el símil tomando pie de la que desgraciada y realmente nos afecta— puede que sea necesario adoptar especiales medidas para poder dar respuesta a los casos más graves.

La justicia civil se enfrenta a sociedades de masas, con crisis económicas cíclicas —últimamente de intensidad severa— y un ordenamiento jurídico vasto, complejo, en el que no faltan las contradicciones e imprecisiones que son campo abonado para que surja el litigio entre justiciables razonables y también —es desgraciadamente frecuente— para la utilización torticera del derecho.

A lo anterior se une que los recursos que deberían ponerse a disposición de la Administración de Justicia para una tutela judicial eficaz han sido siempre escasos, seguramente por la reducida rentabilidad política y electoral que pueden tener las reformas procesales. La falta de atención a los requerimientos de

---

1. «Litis y proceso» en *Estudios de Derecho Procesal*, t. II, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1952, p. 10.

una mejor justicia no sólo se manifiesta en los reducidos recursos que se le destinan, también en la reticencia a afrontar reformas legales profundas. Sólo cuando la sociedad se convulsiona ante una respuesta judicial que no se ha sabido digerir, se producen reformas aceleradas. Buena muestra de ello es nuestro proceso penal.

En el proceso civil, el año dos mil contempló la promulgación de una ley procesal que renovó las estructuras del enjuiciamiento sobre la base de la oralidad y la simplificación de las formas procesales. Han transcurrido ya veinte años, y se han llevado a cabo reformas en ese proceso civil que conviene analizar desde el punto de vista de la estructura procedimental.

Pueden advertirse varias líneas de actuación. En relación con las reclamaciones de menor valor económico, ante patologías que se consideran leves, se fomenta —e incluso prescribe— la mediación civil, mediante un cribado o si se prefiere, un triaje —por continuar con la imagen médica aunque haya que recurrir al galicismo— que valora cualitativamente como más graves aquellas reclamaciones de mayor cuantía. Y cuando se admite la tutela judicial de escasa cuantía, el proceso se aleja de la oralidad, manteniéndose con una forma totalmente escrita y simplificada mediante el recurso a formularios. En relación con las reclamaciones de consumidores, su multiplicación exige una respuesta más ágil que, si en un primer momento se buscó en formas de tutela verdaderamente colectiva, ahora parece encauzarse hacia el diseño de una respuesta tipo, hacia un pleito modelo, susceptible de generalización, con el riesgo, en esa generalización, de ofrecer una respuesta que ignore las particularidades del caso concreto. Y una última y más intensa línea de actuación viene marcada por la informatización del expediente judicial, con la esperanza de que los instrumentos informáticos ofrezcan, como bálsamo de Fierabrás, una panacea a los males endémicos de las dilaciones procesales.

Se hace necesario examinar si las reformas realizadas y las que se están incoando suponen un acierto o si, por el contrario, han incurrido en excesos o carencias en la tramitación. A esto título —«Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso»— respondieron las jornadas organizadas en la Universidad de Zaragoza por el grupo de investigación de referencia *De Iure* y con la colaboración de tres proyectos de investigación —«Las transformaciones y los resquicios del proceso en tiempo de crisis y cambios sociales», «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional» y «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros»—. El estado de alarma decretado por la pandemia de Covid 19 impidió su celebración, pero los trabajos preparados con ocasión de esas Jornadas han podido recopilarse en esta obra.

Para responder a la cuestión planteada sobre los aciertos, excesos o carencias, se hace también necesario establecer una referencia u objetivo, conforme a los cuales pueda juzgarse si el procedimiento se ha articulado adecuadamente.

Resulta claro que el proceso tiene un carácter instrumental respecto de la tutela que la jurisdicción está llamada a proporcionar. No es difícil convenir en que el objeto final del proceso es la efectividad de la tutela judicial, la posibilidad de un pronunciamiento. La afirmación de este carácter instrumental parece conducir a la subordinación del instrumento al fin. Conceptualmente es así. Puestos a señalar qué es más importante, el instrumento o el resultado pretendido, la respuesta tiende a apuntar hacia el segundo término. Pero esta subordinación no comporta la irrelevancia del instrumento, sino que, al contrario, sólo cuando éste resulte adecuado podrá alcanzarse el resultado pretendido. ¿Admitiríamos cualquier resultado presentado como científico, porque responde a una cuestión científica, si no ha seguido en su obtención un método, un recorrido, que merezca esa calificación? Es más, precisamente son las características del procedimiento que ha llevado a obtener ese resultado lo que permiten calificarlo como científico. El procedimiento, el instrumento, califica el resultado. Si no se sigue ese camino, el resultado es una mera hipótesis no contrastada. Lo mismo cabe decir de la respuesta jurisdiccional. Se califica de este modo por dos elementos: la condición imparcial e independiente del sujeto que responde y el procedimiento seguido para dar esa respuesta. Los aciertos, excesos y carencias deben ser valorados desde la perspectiva del respeto a las garantías de la jurisdicción y del proceso.

Siempre es difícil determinar si la respuesta dada al justiciable es la correcta. Puede que haya quien incluso defienda que no cabe hablar en Derecho ni de corrección, ni de acierto y que abogue por la simple resolución del conflicto mediante una respuesta razonable y razonada. En todo caso, de conformidad con el artículo 24 de nuestro texto constitucional, sí que puede mantenerse la afirmación según la cual solo un proceder verdaderamente judicial —imparcial e independiente— y conforme al proceso debido garantiza que la respuesta dada sea conforme a Derecho, de modo parejo a como la sujeción a un método científico permite calificar el resultado alcanzado como verdad científica. Se entiende la importancia que alcanza el instrumento hasta el punto de que cualquier respuesta bienintencionada, por más que proceda de un juez imparcial e independiente, debe ponerse bajo la sombra de la sospecha, si no se ha alcanzado mediante el proceso debido.

Oír a las dos partes, ofrecer parejas oportunidades de alegación y prueba, proporcionar medios suficientes de defensa... Todo lo anterior puede adoptar formas diversas, en función de otros objetivos como la celeridad o la simplificación de las formas en atención a la sencillez de la materia sobre la que el juez ha de

pronunciarse. En otras ocasiones, la materia sobre la que versa el proceso, la estructura de los derechos, exige un trámite más complejo. Ajustar las garantías procesales a otros objetivos más coyunturales es la razón de la multiplicación de procedimientos y trámites.

Para atender a esos otros objetivos, son muchas las voces que han reclamado una flexibilización del proceso civil, al entender que una excesiva rigidez de las formas acaba por ralentizar la respuesta jurisdiccional al obligar a trámites innecesarios, previstos con carácter general y que, por tanto, no tienen en cuenta las concretas circunstancias del caso. Esta flexibilización puede alcanzarse de dos formas diversas.

*Ex post*, mediante un amplio juego de la subsanabilidad de los defectos procesales. La irrelevancia de la irregularidad procesal por la no afectación del derecho de defensa, el mantenimiento de las oportunidades de alegación y prueba a pesar de la omisión de un trámite e incluso la subsanación de los defectos que han llegado a lesionar tales oportunidades permiten que la tramitación pueda avanzar vigorosamente hacia el final del proceso y evitar que las nulidades procesales y la retroacción del procedimiento frustren una tutela judicial más efectiva. Ahora bien, no son pocos los casos en que el instituto de la subsanación ha permitido salvar las actuaciones de una parte a costa de perjudicar las expectativas de la parte que, con escrupulosa sujeción a las normas de procedimiento, ha articulado su actuación procesal en función de lo actuado por la parte contraria. La cuestión es abordada con detalle en uno de los trabajos que incorpora esta obra.

*Ex ante*, la flexibilización del proceso civil puede alcanzarse mediante el reconocimiento de un mayor protagonismo del juez en la propia configuración del iter procedimental, mediante la atribución de amplias potestades de *case law management*. Pero esta flexibilización comporta, en el proceso civil, una menor previsibilidad de las consecuencias del propio comportamiento y una más difícil articulación de las estrategias a seguir en la defensa de los propios intereses.

Nuestro ordenamiento ha optado tradicionalmente por una fuerte afirmación del principio de legalidad en la conformación del procedimiento. Ni se admite el desarrollo reglamentario del procedimiento, porque el juez sólo está sujeto a la ley, ni la autorregulación por los tribunales de sus propias pautas de actuación procedimental. Lejos de un culto a la forma o al sistema, nuestra rigidez procedimental responde a la defensa de la independencia y la imparcialidad judiciales, con garantía de igualdad en las partes, que cuentan con una total previsibilidad de las oportunidades de alegación y prueba que les corresponden. Nuestra cultura procesal civil ha acostumbrado a los operadores jurídicos a conformar su actuación procesal a una total previsibilidad del procedimiento,

bajo un rígido principio de preclusión procesal. Alterar este esquema supone un distinto modo de hacer justicia.

Hay afirmaciones que no se pueden rechazar, porque en sí mismas, presentan una verdad y un valor ciertos. Es preferible la flexibilidad a la rigidez y, desde luego, no subordinar la tutela judicial efectiva al culto a la forma. Todo lo anterior es evidente en sí mismo, pero son afirmaciones realizadas en abstracto, sin atender a las concretas circunstancias que pueden incidir en el proceso y sin advertir que la regulación procesal, en tanto que contenida en normas, debe desenvolverse en el ámbito de lo general.

Ciertamente, la generalidad de la norma debe experimentar variaciones, en función del espectro de casos particulares que pretenda abarcar. Podríamos contentarnos con el propio texto del artículo 24 CE y confiar en los propios jueces para que, en cada caso, decidan cómo ha de desenvolverse el proceso. Sería un sistema procesal con una flexibilidad absoluta. La incertidumbre que plantearía una ausencia total de procedimiento generaría una sensación de vértigo de forma inmediata. La norma de desarrollo, la norma que establezca unos mínimos del procedimiento, presta la seguridad suficiente para que se pueda discurrir sin temor a precipitarse en el vacío. ¿Hasta dónde han de precisarse esos mínimos?

Resulta llamativo que en un momento en el que se aboga por esa flexibilidad y atribución al juez de amplias facultades de dirección, proliferen al mismo tiempo acuerdos judiciales para fijar pautas de actuación en la llevanza de los procesos, porque se entiende que es necesario ofrecer a los justiciables previsibilidad y seguridad jurídica. Se colma el vacío normativo procesal y se introduce una amplia regulación procedimental no legislativa con un grado creciente de rigidez que produce una confortable sensación de seguridad.

La regulación procesal se presenta, en palabras de Carreras,<sup>2</sup> como un arte. Se trata de un término que se vincula la noción de artificio, de instrumento para el logro de la tutela jurisdiccional, pero que también evoca la idea de equilibrio, de proporción entre el fin primordial perseguido y otros coyunturales a los que también debe atenderse. No parece conveniente configurar el proceso en razón de eslóganes que se desenvuelven en un mundo platónico de ideas, sin atención a las sombras y contrastes que ofrece la realidad cotidiana.

Por otra parte, la presencia de otros objetivos coyunturales debe incidir en la conformación de los procesos cuando aquellos objetivos se encuentren en re-

---

2. «El Derecho procesal como arte» en *Estudios de Derecho Procesal*, (con Fenech), Barcelona, 1962, p. 53.

lación con los intereses y derechos de los justiciables y solo secundariamente con los de la propia Administración de Justicia.

Desde hace unos años, se viene vinculando la organización de la Administración de Justicia a la noción de servicio público. Hay un loable intento de introducir, con esta terminología, el objetivo de una mayor eficiencia y calidad en la atención al justiciable por parte de los órganos judiciales y de la administración a su servicio. No obstante, la Administración de Justicia no es parangonable a cualquier otro servicio público.

En primer lugar, porque la Administración de Justicia desarrolla su actividad como una organización en cierta medida extraña a la propia Administración del Estado. Como señalaba de forma sugerente García de Enterría, la actividad jurisdiccional escapa a la actividad estatal para ser actividad de un órgano del Derecho: «El Juez, por su parte, tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho. Es *viva vox iuris, iuris dictio*, directamente vinculada al Derecho, sin injertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que ésta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza».<sup>3</sup>

En segundo lugar, porque su prestación no puede presentar los condicionamientos de otros servicios públicos. Estos se desenvuelven en el ámbito de objetivos de política social y económica, pero la justicia no es un objetivo equivalente, sino una condición del Estado de Derecho. No puede subordinarse ni modalizarse la prestación a las posibilidades y necesidades del servicio, sino que ha de ser garantizada de forma incondicionada. Este es el sentido y alcance del artículo 24 y de su ubicación en el texto constitucional. En la Justicia no se prestan servicios, sino que se reafirma el derecho que a cada uno corresponde.

Todo lo anterior reafirma la importancia del proceso y la necesidad de analizar los excesos, aciertos y carencias de su regulación procedimental en atención a los derechos establecidos en el artículo 24 de la Constitución.

Javier López Sánchez  
Zaragoza, 22 de junio de 2020

---

3. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, con T.R. Fernández, Madrid, 1998, p. 28.