

## EL PROCEDIMIENTO CIVIL NO CONTENCIOSO EN EL DERECHO JUDICIAL FRANCÉS\*

Por Henri SOLUS

Profesor Honorario en la Facultad de  
Derecho y Ciencias Económicas de París

Roger PERROT

Profesor en la Facultad de Derecho y  
Ciencias Económicas de París

Traducción de Ignacio MEDINA

Profesor Numerario en la Facultad de  
Derecho de la UNAM.

1. EN DERECHO judicial francés, las atribuciones contenciosas del juez —lo que en ocasiones se ha convenido en llamar con un término no desprovisto de ambigüedad, su “jurisdicción graciosa”—<sup>1</sup> abarcan un vasto campo cuya delimitación da lugar a dificultades. Las incertidumbres que reinan en esta materia provienen en gran medida de la extrema diversidad de las decisiones que se acostumbra abarcar en esta categoría.

—diversidad, en primer lugar, en cuanto a su objeto. A veces la intervención del juez se solicita para elaborar o perfeccionar actos privados o públicos, a fin de darles un carácter más solemne; tales, por ejemplo, la adopción (artículo 351 C. Civ.), la emancipación (artículo 477 C. Civ.) la homologación del concordato en materia de quiebra (artículo 546 C. com.). En otras circunstancias el juez interviene para decidir sobre algunas autorizaciones exigidas por la ley: por ejemplo, para conceder la autorización para proceder a un embargo precautorio (artículo 48 C. procs. civiles) o para poner en posesión a un legatario (artículo 1008 C. Civ.). En fin, puede solicitarse la intervención del juez para que dicte ciertas decisiones destinadas a asegurar el buen funcionamiento del servicio público de justicia, decisiones que la doctrina francesa moderna llama más adecuadamente, actos de pura administración judicial;<sup>2</sup> así

\* El presente estudio, vertido al español con autorización de los autores, formó parte de las aportaciones francesas al VII Congreso internacional de Derecho Comparado (Upsala, 1966). Trabajos e investigaciones del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, publicados por Éditions Cujas, París, 1966, en *Études de droit contemporain* (nouvelle serie).

<sup>1</sup> Sobre la crítica a esta expresión, cf. infra, No. 6 *in fine*.

<sup>2</sup> Cf. H. Solus y R. Perrot. *Droit Judiciaire Privé*, t. 1, No. 494.

la decisión que reenvía un negocio a una audiencia ulterior, que fija la lista de los peritos, que autoriza al demandante a citar a su adversario a corto plazo (artículo 1033-1º C. Proc. Civ.) o que otorga un plazo a los litigantes para depositar sus conclusiones respectivas (artículo 80 C. proc. civ. redacción del decreto núm. 65-872 de 13 de octubre de 1965).

—en seguida, diversidad en cuanto a su *forma*. No todas las decisiones graciosas obedecen a formas idénticas ni emanan del mismo órgano; algunas son dictadas, sea por el tribunal de gran instancia bajo la forma de una sentencia elaborada y generalmente dictada en Cámara de consejo (ley de 15 de julio de 1944) o bien por el tribunal de instancia; otras, por el contrario, corresponden a la competencia de un juez único —generalmente a la del Presidente del tribunal de gran instancia o del tribunal de comercio— el cual resuelve entonces por vía de proveimiento a solicitud (*ordonnance sur réquête*).<sup>A</sup>

—diversidad, en fin, en cuanto a su *naturaleza*. Todo el mundo está de acuerdo en admitir que la decisión graciosa debe su originalidad al hecho de que ella emana de un juez cuyo papel se asemeja al de un administrador que comprueba, decide y ordena mucho más de lo que juzga. Pero una vez hecha esta comprobación, la función del juez se diversifica según los casos. O bien su papel se limita a acreditar, como lo haría un simple testigo, la existencia de un acuerdo anterior, y en ese caso el carácter específicamente voluntario del acto se impone sobre su carácter judicial (por ejemplo: la sentencia de “formalización de acto” (*donné acte* o también el “contrato judicial”). O bien, por el contrario, el papel del juez predomina, pero en grados variables que pueden hacer dudar sobre la naturaleza administrativa o judicial de la decisión dada. Así, en materia de adopción no es dudoso que el tribunal hace obra de juez en la medida en que debe apreciar si hay motivos justos; pero si es cierto que la decisión toma la forma de una verdadera sentencia, “todo el mundo entiende bien, como escribía Planiol,<sup>3</sup> que no es su poder de juzgar lo que el juez ejercita, pues en realidad no decide ningún litigio”.

Esta consideración inicial da una idea de la extrema diversidad de las

<sup>A</sup> Nota del traductor: *Ordonance sur réquête*. “Con referencia a su derecho histórico, los franceses distinguen hasta cinco acepciones diferentes de ordenanzas: a) La propiamente dicha, o conjunto de materias por lo general muy diversas; b) el edicto sobre un objeto especial; c) la declaración para interpretar una ordenanza o un edicto; d) las letras patentes relativas a intereses particulares, como la concesión de gracias o privilegios; e) la resolución pronunciada por un tribunal uninominal, por un solo juez, la *providencia*” (v.e.v.). Guillermo Cabanellas. *Diccionario de Derecho Usual*. T. III, p. 134, voz: Ordenanza. ed. Bibliografía OMEBA. Buenos Aires, 1962.

<sup>3</sup> Nota D. 1906, 1.337; relac. Vizios, Observ. a la *Rev. Trim. dr. civ.*, 1943, pp. 279-280; H. Solus y R. Perrot, *op. cit.*, t. I, No. 484, pp. 445, 446.

decisiones graciosas y de las dificultades que se experimentan cuando se trata de elaborar un régimen homogéneo.

2. Esa diversidad permite también comprender la amplitud, sin cesar creciente, de las atribuciones graciosas del juez.

Ciertamente, nunca ha sido ignorada la función graciosa del juez. Pero ella aparecía anteriormente como un fenómeno accidental, y lo más a menudo se ejercitaba para integrar un acto de voluntad; de aquí la expresión "jurisdicción voluntaria", que se utilizó por mucho tiempo<sup>4</sup> —y que lo es todavía en ciertos países extranjeros—<sup>5</sup> para designar las atribuciones no contenciosas del juez.

En nuestros días las atribuciones del juez rebasan el cuadro de la simple jurisdicción voluntaria y se extienden a los campos más variados. Especialmente la ordenanza sobre pedimento es de uso constante para obtener principalmente, sea la autorización de proceder a un embargo sin título ejecutivo, sea la designación de un oficial notificador encargado de proceder a una comprobación (*constat*). Este aumento de las atribuciones graciosas del juez merece reflexión en la medida en que revela una intrusión cada vez más acentuada del poder judicial en el ejercicio de los derechos privados, al margen de todo litigio y a veces de manera preventiva. No hay razón para sorprenderse: esta evolución va pareja con la declinación de las concepciones liberales que querían que el ejercicio de nuestros derechos subjetivos escapara a la tutela del juez. En nuestros días la legislación se aparta voluntariamente de esos escrúpulos y confía al juez tareas más administrativas que jurisdiccionales. Pero esta confusión no deja de suscitar singulares problemas que el derecho positivo todavía no ha resuelto perfectamente.

3. A este respecto la insuficiencia de los textos es notoria. En Francia *el procedimiento gracioso no ha sido objeto de ninguna codificación de conjunto* comparable a las disposiciones legales que existen en otros países. El Código de procedimiento civil es absolutamente mudo sobre este punto, y a lo sumo se pueden señalar algunas disposiciones fragmentarias que, además, no han sido incorporadas al Código. Especialmente cabe citar:

—por una parte, el artículo 54 del decreto de 30 de marzo de 1808. Este texto que contempla "todas las peticiones que tengan por objeto una detención o la reivindicación de muebles o mercancías u otras medidas de urgencia" no puede ser más lacónico. Apenas se le menciona para descubrir en él el fundamento legal del poder perteneciente al presidente del tribunal para dictar proveimientos a solicitud;

<sup>4</sup> Cf., principalmente Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, 1a. parte, título I, sección VII, pp. 17 y ss.

<sup>5</sup> Especialmente en Italia (cf. Elio Fazzalari, *La Giurisdizione volontaria*, 1953; Gian Antonio Micheli "Significato e limiti della giurisdizione volontaria", en *Studi in onore di Emilio Crosa*, t. II, pp. 1199 y ss.

—por otra parte, la ley de 15 de julio de 1944 sobre la Cámara de consejo. Este texto —que no es especial del procedimiento no contencioso—, contiene algunas disposiciones aisladas sobre las reglas aplicables en materia graciosa. Pero estas disposiciones en razón de su brevedad misma son impotentes para resolver las múltiples dificultades que suscita su aplicación; a lo sumo tienen el mérito de ofrecer al intérprete algunas líneas directrices.

En estas condiciones el régimen aplicable en materia graciosa ha sido elaborado, si no exclusivamente, por lo menos principalmente por la jurisprudencia y por la doctrina. Y además, en este punto las enseñanzas de la jurisprudencia se encuentran necesariamente limitadas por el hecho de que las decisiones graciosas escapan en principio, a toda publicidad.

4. Estas lagunas obligan al intérprete a resolver una cuestión previa: a saber, el criterio de la materia graciosa (i) pues de la respuesta a esta primera cuestión depende en definitiva, el campo de aplicación de las particularidades que se presentarán ulteriormente, tanto en lo que concierne a la existencia (ii) como el régimen propio de la decisión graciosa (iii).

## I

## EL CRITERIO DE LA MATERIA GRACIOSA

5. Importa fijar muy exactamente este punto, pues de ninguna manera es cierto que la materia graciosa corresponda en todos los sistemas judiciales a una concepción idéntica.

En los sistemas judiciales socialistas —en Polonia principalmente— el procedimiento no contencioso es un procedimiento particular instituido para la *instrucción de ciertos negocios enumerados por la ley y de entre los cuales muchos tienen muy claramente un carácter litigioso*; por ejemplo, las particiones de herencias y las diferencias en las relaciones entre cónyuges.<sup>6</sup> De allí el título del informe polaco “el procedimiento civil no contencioso”; es, además, notable que no se oponga, como en Francia, contencioso a gracioso, sino “proceso y procedimiento no contencioso”. En cuanto a las razones de ser de este procedimiento más sencillo, más rápido, menos costoso, pero sobre todo, de instituir un procedimiento *que dé mayores garantías para el descubrimiento de la verdad objetiva y de protección al interés social*:<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cf. el informe del señor Decano Jodlowski. Así se explica, además, la autoridad de la cosa juzgada reconocida en derecho judicial polaco, a las decisiones del procedimiento no contencioso (a diferencia de la solución francesa, cf. *infra*, No. 23).

<sup>7</sup> Cf. el informe del señor Decano Jodlowski. En esta perspectiva se comprenden mejor las críticas dirigidas contra la conservación de los dos tipos de procedimiento.

No es tal la concepción francesa. En nuestro sistema judicial el criterio de la materia graciosa se refiere a la distinción entre el acto jurisdiccional y el acto de naturaleza administrativa. Partiendo de la comprobación de que no todas las decisiones dadas por el juez tienen indistintamente la naturaleza propia del acto jurisdiccional, se deduce que las reglas habituales, que han sido concebidas y elaboradas en atención a la sentencia sobre lo contencioso, aparecen inadecuadas a las decisiones del juez, desprovistas de todo carácter jurisdiccional. Es, en efecto, evidente que no se puede someter a un régimen de procedimiento idéntico la sentencia que agota un litigio entre dos partes y la decisión que acuerda un secuestro u ordena se ponga en posesión a un legatario, pues en el primer caso el juez "dice el derecho" en ocasión de una controversia, en tanto que en los otros no ejercita verdaderamente su función jurisdiccional.

Y así aparece de pronto una diferencia fundamental en cuanto a la concepción del procedimiento no contencioso. En Francia este procedimiento no es un modo de instrucción particular elaborado *a priori*, al que la ley someta autoritariamente ciertos negocios que deban ser juzgados conforme a reglas especiales; es la consecuencia del hecho de que, teniendo la decisión del juez una naturaleza graciosa, el procedimiento habitual cuyo desenvolvimiento supone un litigio entre dos adversarios, no puede ser transportado sin una adaptación previa. El proceso de determinación es, pues, fundamentalmente diferente: en Francia no hay un procedimiento no contencioso aplicable en los casos previstos por la ley, sino una serie de particularidades procedimentales impuestas exclusivamente por la naturaleza graciosa de la decisión que debe producirse. Quizá, además, es esta la razón por la cual el legislador francés no ha creído deber elaborar un Código de "procedimiento no contencioso" y también el hecho de que esta expresión casi no se utilice en el vocabulario jurídico francés, pues de ese modo todo el sistema francés se ordena alrededor de la decisión considerada como un dato primario y no alrededor del procedimiento.

6. Por tanto, resulta indispensable investigar cuál es el criterio de la decisión graciosa. Sobre este punto la ley de 15 de julio de 1944 representa una preciosa ayuda, pues en su artículo 1-1º precisa que la materia se llama graciosa cuando no hay en ella *ni litigio ni adversario*. La intervención del juez se solicita *no para terminar con una diferencia y para "decir el derecho"* entre dos litigantes, sino para que él sea el testigo solemne o el colaborador en actos importantes, a fin de asegurar la regularidad, la oportunidad o el control de esos actos.<sup>8</sup>

Esta definición, implícitamente consagrada por la ley de 15 de julio

<sup>8</sup> Cf. H. Solus y R. Perrot, *op. cit.*, t. I, No. 486, p. 448.

de 1944, descubre la ambigüedad de la expresión "jurisdicción graciosa" utilizada a veces para caracterizar las actividades no contenciosas del juez. En realidad lo que es "gracioso" es la decisión misma, y no la "jurisdicción" puesto que, por definición, el juez no ejercita su función jurisdiccional.

7. El criterio mantenido por el legislador francés es, ciertamente, de una simplicidad más aparente que real. Se debe reconocer, en efecto, que su aplicación suscita a veces algunas dificultades.

8. a) Desde luego, una primera dificultad resulta de que, con bastante frecuencia, la decisión graciosa contiene en germen todos los elementos de un *contencioso latente*. Así el proveído que autoriza un embargo es de una naturaleza que compromete gravemente los intereses del pretendido deudor. Es, pues, normal que éste pueda "provocar lo contencioso", sea dentro de la instancia, como lo permite la ley (ley de 15 de julio de 1944, artículo 3), o bien interponiendo un recurso (cf. *infra* números 28 y siguientes). Pero cuando esto ocurre, la decisión graciosa resulta generadora de un conflicto de intereses, y por ese hecho aparece como un procedimiento verdaderamente contencioso.<sup>9</sup>

9. b) Después —y es ésa una segunda dificultad—, la decisión del juez puede tener todas las *apariencias de una sentencia contenciosa*, aun cuando en realidad no exista ninguna contienda verdadera entre los pretendidos litigantes.

Tal es el caso, destacadamente, cuando las partes han imaginado una contienda puramente formal o simulada, con el único fin de obtener que el tribunal produzca una sentencia que alcance la autoridad de la cosa juzgada. La sentencia así producida, ¿deberá ser considerada como una decisión graciosa? La respuesta a esta pregunta debe ser analizada. Si las partes, después de haber simulado un litigio para justificar la intervención del tribunal, concluyen entre sí un acuerdo y solicitan que el juez le otorgue formalidad, se trata entonces de un contrato judicial y nadie podría poner en duda el carácter gracioso de semejante decisión.<sup>10</sup> Pero si, por el contrario, ningún acuerdo revela la simulación, entonces lo que ocurre es que se ha solicitado al tribunal que decida sobre las pretensiones respectivas de las partes, y la sentencia así originada (a veces llamada "sentencia de expediente") tiene la naturaleza propia de un acto contencioso, cualquiera que haya sido el carácter

<sup>9</sup> Cf. Casación civil, 25 de oct. 1965. D. 1906. 1.337, nota Planiol Cas. civ., 11 dic. 1956. *Sem. jur.* 1957. II, 9747. La jurisprudencia ha partido a veces de esta idea para justificar la admisión de recursos en materia graciosa en una época en que se enseñaba que los recursos eran inadmisibles contra las decisiones graciosas (cf. *infra* No. 28).

<sup>10</sup> A título de ejemplos, cf. Cas. req. 24 febrero 1932, S., 1932. 1.152; Cas. soc., 4 agosto 1952. S. 1953. 1.108; Cas. soc., 10. feb. 1957. *Rev. trim. dr. civ.* 1957. p. 386 obs. Hebraud; Cas. civ. 20 jul. 1961. *Sem. jur.* 1961, I, v, ed. G. 135.

ficticio del litigio.<sup>11</sup> Se pueden apreciar entonces las dificultades a que puede dar lugar la sutileza de semejantes matices.

10. c) En fin, una última dificultad proviene de que a veces la decisión del juez aparece como accesoria de un procedimiento contencioso. Cuando, por ejemplo, aquél dispone un secuestro para asegurar la conservación de ciertos bienes litigiosos, o también cuando autoriza al demandante para citar a su adversario a fecha fija, es posible preguntarse si la decisión tomada por el juez no participa de la naturaleza contenciosa del pleito con que se relaciona, en virtud de una especie de "contencioso por accesoriadad".<sup>12</sup> La jurisprudencia francesa no ha admitido jamás esta solución;<sup>13</sup> y con justo título. Pero el solo hecho de que la cuestión haya sido controvertida, revela suficientemente las dificultades de aplicación del criterio clásico.

11. Para concluir, es oportuno observar que el problema que se acaba de plantear es especial de los sistemas judiciales que, renunciando a proceder por vía de determinación legal, ligan el criterio de aplicación del procedimiento no contencioso a la naturaleza propia de la decisión que habrá de producirse. Sin duda, este método tiene el inconveniente de asociar la aplicación del procedimiento no contencioso a las incertidumbres relativas a la definición del acto jurisdiccional. Pero tiene el mérito de acercarse a la realidad de manera más exacta.

## II

### LAS PARTICULARIDADES DE LA INSTANCIA

12. En razón de las insuficiencias de la ley, la costumbre judicial reviste aquí una particular importancia y, desde luego, puede suceder que, sobre ciertos puntos menores, las reglas aplicables varíen de una jurisdicción a otra, conforme a las medidas y los usos.<sup>14</sup> Pero si se

<sup>11</sup> A título de ejemplos cf. Casación civil., 28 nov. 1904. D. 1905. 1.204; Cas. civ. abril, 1911, D. 1913. 1.423; Cas. req. 29 abril 1931. 1.123. Nota firmada E. P.; *adde.* nota Tissier, S., 1909. I. 305.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión cf. Tissier, nota S., 1911. 1.201; Japiot, *Traité élem. proc. civ.* 3a. ed. Nos. 148-149; p. 133-135 y No. 172, p. 152.

<sup>13</sup> Cas. req. 23 abril 1909, S. 1911. 1.201, nota Tissier; París 8 jul. 1942; Gaz. Pal., 1942. 2.161. *Rev. trim. dr. civ.* 1943, p. 58, obs. Vizior; *adde.* H. Solus y R. Perrot, *op. cit.*, t. I. No. 4, 489.

<sup>14</sup> Destacadamente, la manera de presentar la demanda varía según las jurisdicciones: en los grandes tribunales la demanda se presenta en la secretaría y a menudo, además, el secretario ejerce un control previo para asegurarse de que el expediente está completo; mas cuando se trata de un tribunal de menor importancia, los procuradores judiciales presentan generalmente las demandas a su cargo, al presidente del mismo, en propia mano (cf. R. Perrot, *Rapport au Colloque des Instituts d'études juridiques de Lille "Les ordonnances sur requête"*, 1964, próximo a publicarse).

toman en cuenta estas variantes inevitables, las particularidades de la instancia se aplican y se justifican con la idea de que el procedimiento gracioso es un *procedimiento unilateral*, de donde resulta necesariamente ausente la contradicción, puesto que, por definición, la materia graciosa no implica ni litigio ni adversario.

A esta idea general se ligan las particularidades concernientes: a) A la iniciación de la instancia, y b) La instrucción de la solicitud (*requête*).

#### A. La iniciación de la instancia

13. Por regla general el procedimiento se inicia por medio de una solicitud promovida directamente ante el juez competente y no, como acontece cuando se trata de un asunto contencioso, por medio de un emplazamiento o de una citación. Esta particularidad es la consecuencia necesaria del hecho de que no haya en el momento introductorio del procedimiento, ningún adversario a quien pudiera notificarse dicho emplazamiento.

Por esta razón se ha considerado a veces que la solicitud proporciona el criterio distintivo de la materia graciosa.<sup>15</sup> Pero eso es un error, pues además de que dicha solicitud se utiliza a veces para iniciar ciertos procedimientos cuyo carácter contencioso está fuera de duda,<sup>16</sup> puede ocurrir que, inversamente y a título excepcional, se haga necesario un emplazamiento en materia graciosa. El derecho positivo ofrece algunos ejemplos de esto, raros, sin duda, en todos los casos en que la ley exige que el procedimiento se dirija contra el Ministerio Público, a fin de que éste pueda desempeñar el papel de una especie de "contradictor legítimo".<sup>17</sup>

Siendo esto así, queda por saber: 1º ¿Quién tiene derecho a presentar una solicitud de esta clase?, y 2º ¿Quién es competente para conocer de ella?

14. 1º ¿Quién puede presentarla? En materia graciosa el juez competente puede ser llamado a conocer, por cualquiera persona física o moral que justifique tener un *interés*. En cambio, el procedimiento gracioso difiere del contencioso en el sentido de que el interés de que

<sup>15</sup> Cf. especialmente ciertas resoluciones que han comprobado que el procedimiento se inició por medio de una *requête* para de eso deducir que la decisión emitida tenía carácter gracioso. Cas. civ. 25 de oct. 1905 D.1906.1.337, nota Planiol, Rouen, 18 enero 1950 S.1950.2.145.

<sup>16</sup> Así el procedimiento llamado de inyunción para la recuperación de pequeños créditos (ley de 4 de julio de 1957, art. 12).

<sup>17</sup> Por ejemplo, en materia de ausencia (art. 116 Cód. civ.) y en materia de nacionalidad (decreto de 19 de oct. de 1945, art. 129); *adde.*: Cas. civ. 7 de nov. de 1933, S., 1934.1.15.

se trate puede no ser sino un *interés eventual*: el promovente puede acudir al juez a efecto de precaverse contra una eventual violación de su derecho. Así el acreedor que teme la insolvencia de su deudor puede desde luego, "en vista de la urgencia y si la efectividad de su crédito parece hallarse en peligro", solicitar del juez la autorización para proceder a un embargo precautorio (artículo 48 Cód. de proc. civ.). En tal caso el procedimiento no contencioso reviste un carácter preventivo.

El *Ministerio Público* puede igualmente acudir al juez en vía de *requête*. La solución es cierta en todos los casos en que una ley determinada le concede este derecho.<sup>18</sup> Pero la doctrina está generalmente de acuerdo en admitir que este derecho pertenece también al Ministerio Público fuera de todo texto formal, desde el momento en que el interés público entra en conflicto.<sup>19</sup> En esto nuevamente se distingue, además, el procedimiento gracioso, del contencioso.<sup>20</sup>

Por el contrario, no corresponde al juez conocer de oficio en materia graciosa. El principio de neutralidad del juez lo impide. Otra cosa ocurre en aquellas hipótesis en que un texto formal lo autoriza expresamente a conocer. Hay que agregar, además, que esos casos excepcionales tienden a multiplicarse, especialmente en el campo de los actos de administración judicial conexiónados a un procedimiento contencioso. Así, a partir del Decreto N° 65-872 de 13 de octubre de 1965 sobre la instrucción de los negocios civiles, el juez que pone los asuntos en estado de alegar<sup>B</sup> puede, de oficio, dar un mandamiento de eliminación si las partes no depositan sus conclusiones en los plazos concedidos (artículo 154.2 Cód. proc. civ.); puede, igualmente, conceder prórrogas para el depósito de las conclusiones (artículo 80 Cód. proc. civ.).

<sup>18</sup> Ejemplos: oposición y levantamiento de sellos (arts. 911, 930 y 941 Cód. Proc. civiles); rectificación de actas del estado civil (art. 99 Cód. Civ.); nombramiento del curador en sucesión vacante (art. 812 C. Civil); demanda de adopción de un hijo como pupilo de la Nación (ley de 27 de julio de 1917, art. 6).

<sup>19</sup> Goyet, Rousselet et Patin. *Le Ministère Public*, 3a. ed. (1953 p. 21); H. Solus y R. Perrot, *op. cit.*, E. I., No. 861.

<sup>20</sup> La cuestión de saber si en materia contenciosa el Ministerio Público puede obrar de oficio como parte principal fuera de un texto formal que lo autorice es, en efecto, seriamente controvertida (sobre esta controversia, cf. H. Solus y R. Perrot, *op. cit.* E. I. No. 879 y ss.).

<sup>B</sup> Nota del traductor. Los tratadistas Cuche et Vincent (*Précis de Procédure Civile et Commerciale*, p. 344. Ed. Dalloz, París, 1960) explican que la *mise en état* se produce cuando los elementos del debate quedan definitivamente fijados, y hacen resaltar la importancia que los nuevos artículos 342 y 343 del CPC atribuyen a este respecto al informe del juez encargado de seguir el procedimiento. En efecto, dichos artículos en su texto hoy vigente, dicen: Art. 342. "Cuando el juez encargado de seguir el procedimiento haya comenzado la lectura de su informe, el juzgamiento de los negocios no se diferirá ni por el cambio de estado de las partes ni por la cesación de las funciones en virtud de las cuales han obrado, ni por su muerte, o por los fallecimientos, renuncias, interdicciones o destituciones de sus procuradores." Art. 343. "No se podrá plantear ninguna nulidad derivada de un cambio en la composición del tribunal antes de la lectura del informe del juez encargado de seguir el procedimiento."

15. 2º ¿Quién es competente? La competencia de atribución pertenece, según los casos, al tribunal de gran instancia o al presidente del mismo tribunal.

Mas ésta no es una regla absoluta. En realidad la competencia depende de la naturaleza de la medida solicitada. Así, el presidente del tribunal de comercio es competente para autorizar un embargo precautorio en materia comercial (artículo 417 Cód. proc. civ.) o en materia de sociedad para autorizar la convocación de la asamblea de los partícipes a petición de algunos de ellos (ley de 23 de enero de 1929, artículo 3º) o también para nombrar un mandatario judicial encargado de convocar a los accionistas de una sociedad anónima.

Asimismo el juez de instancia es competente para autorizar ciertos aseguramientos practicados en virtud de un crédito cuyo monto no exceda de los límites de su competencia de atribución, o sea actualmente 3,000 francos (decreto Nº 58-1284 de 22 de diciembre de 1958, artículo 3º).

A la luz de estos pocos ejemplos, se puede comprobar que la competencia de atribución en materia graciosa se divide en varias jurisdicciones.

### B. *La instrucción de la solicitud*

16. El procedimiento gracioso escapa a las reglas habituales de la instrucción, por la sencilla razón de que no hay ni proceso ni adversario y que desde luego, en ausencia de todo litigio actual, sería imposible seguir las formas ordinarias de la instancia, que han sido concebidas en función de un litigio en el que se enfrentan pretensiones contradictorias.

En este aspecto el procedimiento gracioso se distingue del contencioso: 1º por la ausencia de publicidad; 2º por la ausencia de contradicción, y finalmente 3º por los poderes del juez.

17. 1º *Ausencia de publicidad.* Dado que en materia contenciosa la publicidad de los debates es una regla de orden público, salvo disposiciones en contrario,<sup>21</sup> en materia graciosa la regla de principio es inversa: la parte promovente es oída sin publicidad de la audiencia.

La ley de 15 de julio de 1944 lo establece así en un supuesto concreto: cuando la demanda corresponde a la competencia del tribunal de gran instancia, éste debe resolver en *Cámara de Consejo* (artículo 2). Pero de hecho la regla es general: cuando la solicitud tiende a obtener un proveimiento del presidente, las explicaciones se reciben en la oficina del mismo, en ausencia de toda publicidad.

<sup>21</sup> En materia de divorcio o de separación de cuerpos, por ejemplo. (art. 239 C. Civ.)

Por lo demás, esta solución es racional. La regla de la publicidad, impuesta para rodear a la cosa juzgada de todas las garantías de una buena justicia, pierde su razón de ser cuando la decisión del juez no va revestida de esta autoridad (cf. *infra* número 23) y cuando por añadidura, no ha sido precedida por ningún debate verdadero a causa de la ausencia de contradicción.

18. 2º *Ausencia de contradicción*. El principio de contradicción, que es fundamental en materia contenciosa, no se concibe en una materia en la que, por definición, no hay ni litigio ni adversario. El procedimiento gracioso es, pues, un procedimiento unilateral en el sentido de que el juez competente no tendrá otros elementos de información sino los que le hayan sido aportados por el promovente.

Esta ausencia de contradicción no carece de peligros, pues la decisión puede tener consecuencias temibles para aquel que deba sufrirla. De allí resultan ciertos correctivos que tienden a atenuar el carácter unilateral de este procedimiento.

Por una parte, la ley de 15 de julio de 1944, confirmando sobre este punto la jurisprudencia anterior exige la *comunicación de la demanda al Ministerio Público*, el cual, a falta de todo adversario, opondrá una eventual contradicción. Se observará, sin embargo, que esta ley es especial para el caso en que la demanda se interponga ante el tribunal de gran instancia. Ningún texto, en cambio, ordena esa comunicación cuando se trata de un proveimiento a solicitud; y si es cierto que, en algunas materias, aquéllas son sistemáticamente transmitidas al Parquet<sup>o</sup> —por lo menos en las materias en que, según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, la notificación es obligatoria—, este uso está lejos de ser general.<sup>22</sup>

Por otra parte, y siempre sobre la hipótesis en que la demanda es presentada ante el tribunal de gran instancia, la decisión graciosa debe recaer con vista del informe de un *juez relator*, especialmente designado por el presidente (ley de 15 de julio de 1944, artículo 3º, párrafo 1).

Además, la misma ley de 15 de julio de 1944, reserva a los *terceros* la facultad de intervenir (artículo 3º, párrafo 3). Generalmente los terceros que intervendrán serán precisamente las personas cuyos intereses estarían en peligro de ser afectados por la medida solicitada. Pero además de que esta facultad no está prevista sino para ante el tribunal de gran instancia, es raro que los terceros intervengan, por la sencilla

C N. del T. Oficina del Ministerio Público.

<sup>22</sup> Sobre el régimen procesal de las ordenanzas sobre demanda unilateral, cf. Perrot, "Rapport. au Colloque des Instituts d'études judiciaires de Lille", 1962, No. 14 (próximo a publicarse).

razón de que, lo más a menudo, ellos ignoran la incoación del procedimiento.

Finalmente, el carácter unilateral del procedimiento gracioso se encuentra atenuado por los amplísimos poderes de que dispone el juez.

19. 3º *Los poderes del juez.* En materia graciosa el papel del juez es comparable al de un agente administrativo. Como éste, por consiguiente, está investido de una gran libertad de decisión.<sup>23</sup>

Principalmente, a diferencia del juez en materia contenciosa, él puede procurarse todos los medios de información que le parezcan útiles, sin estar constreñido por la regla que normalmente prohíbe al tribunal tomar en cuenta sus investigaciones personales.

Esta agilidad para la busca de los elementos de información se comprende tanto mejor cuanto que, muy a menudo, la decisión es impuesta, menos por el razonamiento jurídico que por consideraciones de estricta oportunidad. Esto es, además, lo que pudo hacer que autores antiguos<sup>24</sup> dijera que el juez decide en materia graciosa, *sine causa cognitione*, en tanto que en materia contenciosa nunca resuelve sino *causa cognita*, sobre elementos de información que no pueden resultar sino del debate entre los litigantes, *secundum allegata et probata*.

Gracias a esta amplitud el juez puede corregir los riesgos inherentes al carácter unilateral del procedimiento, tomando información de aquel cuyos intereses pueden resultar lesionados por la decisión que se le ha solicitado. Pero frecuentemente el juez se abstendrá de usar de la facultad que así se le reconoce teóricamente, y eso especialmente en materia de autorización para embargar, a fin de conservar a su decisión el efecto de sorpresa, sin el cual aquélla perdería su razón de ser.<sup>25</sup>

20. En conclusión, se mantendrá la extrema agilidad que caracteriza al régimen de la instancia en materia graciosa. Bueno es que así sea en un campo en el que frecuentemente la celeridad es una garantía de eficiencia, y donde las consideraciones de oportunidad son determinantes.

Pero esa libertad en la etapa de instrucción debe hallar su contrapartida en la facultad ampliamente abierta a los terceros que pudieran ser afectados en sus intereses, de contradecir o de atacar la decisión dada sin haber sido ellos oídos previamente. De allí la necesidad de insistir sobre el régimen particular de la decisión graciosa.

<sup>23</sup> Sobre esta comparación cf. Planiol, nota D. 1906.1.338 Col. 2 No. C., Japiot. *Rev. Trim. dr. civ.*, 1912, pp. 786-789.

<sup>24</sup> Heineccius, *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectorum*, lib. II, título I, No. 219; D'Argentré, *Coutume de Bretagne*, art. 10.; Pothier, *Pandectes*, lib. II, título I, art. 20. No. 8; Herrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, t. I. p. 336.

<sup>25</sup> Si por ejemplo, un acreedor solicita del juez la autorización para proceder a un embargo precautorio, éste debe abstenerse de consultar al deudor, so pena de arruinar la eficacia de la medida.

## III

## EL REGIMEN PROPIO DE LA DECISION GRACIOSA

21. La decisión graciosa, puesto que su objeto no es resolver un conflicto entre adversarios, escapa a dos principios fundamentales:

—por una parte, escapa *al principio según el cual las decisiones de justicia deben ser pronunciadas en audiencia pública*: salvo casos excepcionales,<sup>26</sup> la decisión graciosa se pronuncia en Cámara de consejo cuando emana del tribunal de gran instancia (ley de 15 de julio de 1914), o simplemente se da sin ninguna solemnidad en la oficina del presidente, si se trata de un proveimiento a solicitud. Por otra parte, escapa igualmente al principio de la *motivación* —puesto que toda sentencia contenciosa debe ser motivada—, bajo pena de nulidad; mientras que las decisiones graciosas son válidas aun cuando el juez no haya considerado necesario tener que expresar los motivos que las apoyan. Ciertamente, nada se opone a que el juez motive su decisión y por lo demás así es cuando él accede a la solicitud, al poner su firma “al pie de la instancia”. De ese modo hace suyos los motivos que la fundan. Mas en el caso contrario, cuando la instancia es rechazada, lo más frecuente es que el presidente se limite a anteponer a su firma, la mención de “No ha lugar”, sin indicar las razones de su rehusamiento.

Se observará, finalmente, que las decisiones graciosas no son conservadas en los archivos de las secretarías (especialmente los proveimientos a solicitud). Sobre este punto los hábitos varían según los usos propios de cada jurisdicción.<sup>27</sup>

22. Siendo así, surgen dos cuestiones importantes que en lo sucesivo deberán ser objeto de más amplios desarrollos: por una parte, cuál es la autoridad de la decisión graciosa *A*; y por otra, cuáles son los recursos de que puede ser objeto *B*.

## A. Autoridad de la decisión graciosa

23. A diferencia del juzgamiento contencioso, las decisiones graciosas no tienen autoridad de cosa juzgada, dado que, en ausencia de todo litigio, no hay nada juzgado en el sentido propio del término.<sup>28</sup> De allí se deduce que:

<sup>26</sup> Por ejemplo, en materia de adopción.

<sup>27</sup> Cf. los trabajos del Coloquio de los Institutos de estudios judiciales (Lille, 1964) sobre los proveimientos a solicitud, y especialmente el informe particular del Instituto de estudios judiciales de Aix en Provence, que subraya los abusos a que puede dar lugar la ausencia de conservación del proveimiento.

<sup>28</sup> H. Solus y R. Perrot, *Op. cit.*, t. I, No. 497; Caen, 23 feb. 1965. D.S., 1966, 27.

—por una parte, nada se opone a que el requirente puede reiterar ante el mismo juez una solicitud precedentemente rechazada.<sup>29</sup>

—por otra parte, nada se opone a que el requirente interponga ante el juez de fondo, una demanda incompatible con la decisión graciosa.<sup>30</sup>

—en fin, el juez mismo puede modificar o revocar su primera decisión;<sup>31</sup> con esta reserva, habida cuenta de que su poder de revocación no es discrecional en el sentido de que él no puede modificar o revocar su decisión anterior sino en la medida en que “las circunstancias en que se dio hayan cambiado”.<sup>32</sup>

24. Con apoyo en esta última reserva, la doctrina moderna ha discutido a veces el postulado según el cual la decisión carece de la autoridad de la cosa juzgada;<sup>33</sup> el carácter gracioso de una decisión, subraya M. Hebraud,<sup>34</sup> no es de ninguna manera incompatible con la noción de cosa juzgada, por la simple razón de que la decisión, aun graciosa, es obra de un juez; a lo sumo esta autoridad está atenuada por el carácter generalmente provisional de un procedimiento unilateral, lo que trae por consecuencia limitar su autoridad tan sólo con respecto al requerimiento.

La sutileza de esta remarca no parece, sin embargo, decisiva; y ello por una doble razón:

—primeramente porque la imposibilidad para el juez, de revocar arbitrariamente su decisión —imposibilidad de donde se pretende sacar la prueba de que la decisión graciosa posee autoridad de cosa juzgada— se explica simplemente por la idea de que el juez es un agente público y que en tal concepto sus decisiones deben ser respetadas y mantenidas hasta mejor información:

—en seguida porque la noción de cosa juzgada supone la existencia de una controversia, sobre todo en un sistema judicial como lo es el francés, en el cual, por el hecho de la neutralidad del juez civil, la verdad judicial es una verdad contingente, elaborada en función de los elementos de información aportados por cada uno de los litigantes.

<sup>29</sup> Cas. civ. 24 dic., 1901, motivos, D. 1902.1.361.S., 1902.1.352.

<sup>30</sup> Cas. req., 3 mayo, 1857, D. 97.1.224, S., 97.1.400 (acción de rescisión contra una partición homologada); Cas. civ. 29 nov. 1961, D., 1962.757 (en materia de seguridad social).

<sup>31</sup> Cas. civ., 24 dic. 1901, precitada; Cas. civ. 25 oct. 1905, sol. impl. D. 1906.1.337, nota Planiol; Cas. req., 17 oct. 1911. S. 1912.1.739.

<sup>32</sup> Cas. civ., 25 oct. 1905, precitada.

<sup>33</sup> Principalmente P. Hebraud, D., 1946, legisl. 343, Col. I, No. I-1; y obs. *Rev. trim. dr. civ.* 1957, p. 569.

<sup>34</sup> Referencias citadas en la nota precedente.

### B. Los recursos contra la decisión graciosa

25. El problema de los recursos reviste una particular importancia en materia graciosa por el hecho de que, por hipótesis, la decisión es el resultado de un procedimiento unilateral en cuya secuela sólo el requirente es oído por el juez. De allí la necesidad de establecer recursos disponibles para aquellos a quienes la decisión puede causar agravio.

Tres series de recursos pueden ser consideradas: 1º La acción principal de nulidad; 2º La revocación; 3º Las vías de recurso del derecho común.

26. *La acción principal de nulidad.* Si la decisión graciosa se ha dado en condiciones irregulares que comprometan su validez intrínseca, puede ser atacada por medio de una acción principal de nulidad: <sup>35</sup> en efecto, la regla tradicional "las vías de nulidad no proceden contra las sentencias" es inaplicable en materia graciosa, puesto que, precisamente las decisiones de esta naturaleza no son verdaderas sentencias. <sup>36</sup>

—por esta razón la nulidad puede ser invocada por cualquier interesado si se trata de una nulidad de orden público, incluso por el requirente que haya obtenido decisión favorable. <sup>37</sup>

—por otra parte, los plazos son más amplios, dado que la nulidad puede ser invocada durante 10 o 30 años según que se trate de una nulidad relativa o de una nulidad absoluta. <sup>38</sup>

No se puede olvidar, sin embargo, que la teoría de las nulidades ha sido concebida y elaborada para criticar la validez de los actos voluntarios y no la regularidad de los actos del juez. De aquí resulta que la trasposición es a veces desafortunada. <sup>39</sup>

27. 2º *Retractación.* Se ha visto precedentemente (cf. infra número 23) que el juez puede siempre retractar la decisión que ha dado, si ha ocurrido un hecho nuevo. Pues precisamente este hecho nuevo puede

<sup>35</sup> Cas. civ. 11 junio, 1912, 5., 1920.1.177 nota Japiot (orden amigable); Cas. civ., 7 julio, 1919, D., 1923.1.226. S. 1920-1.311; Cas. civ. 17 mayo, 1938; S.1940-1.9 (homologación de una partición); Trib. civ. del Sena, 17 marzo 1948, D., 1948, 571, nota B.H. (sentencia de adopción); París 7 diciembre, 1960, Gaz. Pal., 23 agosto, 1960. *Rev. trim. der. civ.*, 1961, p. 724-725, obs. Hebraud; Cas. civ. 20 julio, 1961, D. 1962 requerimiento 4 (sentencia de formalización de actos).

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, cf. Hebraud, D. 1946 *Legisl.* p. 344, especialmente col. 3. Devere, *De la règle T "voies de nullite n'ont lieu contre les jugements"*, Tesis Toulouse. 1938, pp. 101 y ss., H. Solus y Perrot, *op. cit.*, E. I. No. 499.

<sup>37</sup> Hebraud, D., 1946, *legisl.* p. 345. col. 2.

<sup>38</sup> Cas. civ. 10 feb. 1892, D. 92.1.329, nota Garsonnet; Cas. civ., 30. junio, 1919, D. 1923.1.225.

<sup>39</sup> Principalmente a título de ejemplos: Japiot, nota S.1920.1.178, especialmente No. 2 (respecto de la nulidad de una orden amigable por causa de error); Trib. civ. le Havre, 23 oct. 1940, 943. *Gaz. Pal.* 1940, 2.158. *Rev. trim. der. civ.* 1940-1942, p. 331, obs. P. Raynaud.

provenir de la revelación de un elemento de información que haya sido disimulado por el promovente y que, aquel a quien la decisión cause agravio, no dejará de invocar para obtener la retractación. En este orden de ideas —especialmente cuando se trata de un proveimiento a solicitud—, se ha formado el hábito de no expedirlo sino a *reserva de reconsideración en caso de dificultad* lo que prácticamente significa que el presidente reserva a aquel a quien pueda afectar la ejecución de su mandamiento, la facultad de suscitar el contencioso acudiendo al juez de los recursos de urgencia (*juge des référés*)<sup>39</sup> a efecto de obtener la retractación de dicho mandamiento. En otros términos, el presidente expide un proveimiento condicional.

Esa práctica —que además, se ha hecho obligatoria en un supuesto preciso: en materia de embargo precautorio (artículo 48 Cód. proc. civ.)—, atenúa muy sensiblemente los peligros inherentes al hecho de que la decisión se haya tomado sin haber sido precedida de un debate contradictorio (cf. supra número 18).

Es cierto que esta cláusula no siempre tiene la eficacia deseable. En efecto, una jurisprudencia, después sólidamente establecida, decide, especialmente en materia de embargo, que el juez de los recursos de urgencia (*référé*) deja de ser competente para ordenar la retractación desde el momento en que se haya sometido al conocimiento del tribunal una instancia de fondo.<sup>40</sup> Precisa pues que el interesado someta rápidamente el asunto al juez de los *référé*, si es que quiere obtener, por esa vía, la retractación de la ordenanza que le cause agravio.

28. 3º *Recursos de derecho común (apelación y oposición de tercero)*. Durante mucho tiempo la doctrina clásica enseñó que —salvo disposiciones formales de la ley—,<sup>41</sup> las decisiones graciosas no podían ser atacadas por ninguna de las vías de recurso de que pueden ser objeto las sentencias.<sup>42</sup> En apoyo de esta solución, se hacía observar que los

<sup>39</sup> N. del T. Los tratadistas Cuche y Vincent, explican que el procedimiento de los *référé*s (que nosotros traducimos por recursos de urgencia, figura procesal netamente francesa) es de carácter excepcional, creado para resolver las dificultades que pueden presentarse durante la ejecución procesal, de suerte que el presidente del tribunal decreta una medida de ejecución sin audiencia del afectado; pero si éste se inconforma, puede acudir al mismo en vía de *référé* a fin de que revoque (*retracte*) en todo o en parte el proveimiento de ejecución. (*Précis de Procédure Civile et Commerciale*, pp. 209-211. No. 206. Ed. Paris. 1960.)

<sup>40</sup> Cas. civ. 17 dic. 1954. Sem. jur., 1954, iv ed., procuradores, No. 2242, *Rev. trim. der. civ.* 1954, p. 713, obs. P. Raynaud (orden de embargo sin título): cas. civ. 30. enero, 1959. Sem. jur. 1959, iv ed. procuradores No. 3400, obs. Madray, *Rev. trim. dr. civ.* 1959, p. 369, obs. P. Raynaud (embargo precautorio).

<sup>41</sup> Ejemplo: art. 884 C. proc. civ. (recursos contra las decisiones del Juez de tutelas).

<sup>42</sup> Glasson, Tissier et Morel, *traité de Procédure Civile*, E. III, núm. 995, p. 566; Garsonnet et Cesar Bru, *Traité de Procédure Civile*, E. VIII, núms. 163-164; más especialmente, nota Glasson D., 1896-1-7. En jurisprudencia Cas. reg., 10 junio, 1874, D., 75.1.309; Cas. civ. 5 agosto, 1901, D., 1902.1.315; Cas. civ. 16 nov. 1921, D. P., 1924-1.54.

recursos son superfluos en materia graciosa, toda vez que, por una parte, las decisiones de esta naturaleza pueden siempre ser modificadas o retractadas por el juez (cf. supra número 27) y que, por otra parte, pueden ser objeto de una acción principal de nulidad (cf. supra número 26). Por lo demás, se subraya, el régimen de los recursos se ha concebido y elaborado para las sentencias contenciosas que alcanzan autoridad de cosa juzgada, a fin de consolidar rápidamente tal autoridad, y no para las decisiones graciosas que precisamente carecen de ella.

Este punto de vista ha sido muy vigorosa y muy justamente criticado por la doctrina moderna.<sup>43</sup>

En efecto, no hay correspondencia necesaria entre el carácter gracioso de una decisión de justicia y la imposibilidad de interponer un recurso. La decisión graciosa puede ser la fuente de un agravio, y es inexacto pretender que los recursos carezcan de objeto so pretexto de que el interesado puede obtener la revocación o la anulación de lo resuelto en cuanto lesiona sus intereses. La posibilidad de acudir al juez que ha dictado la resolución agravante, para pedirle que la modifique o la revoque es a menudo ilusoria, sobre todo si la impugnación es desechada. En cuanto a la acción de nulidad, ésta no es mucho más eficaz, por la sencilla razón de que el juez es llamado a pronunciar sobre la regularidad formal de la decisión y no sobre su oportunidad. De aquí resulta la necesidad de permitir el ejercicio de los recursos, aun en materia graciosa.

29. Tal es, precisamente, la orientación actual del derecho judicial francés.

En la jurisprudencia, esta evolución ha tenido como punto de partida un fallo de principio, de la Corte de Casación, de 3 de abril de 1895<sup>44</sup> que admitió la oposición de tercero contra una ordenanza de dar posesión. Desde entonces, un gran número de sentencias han consagrado la misma solución, tanto en lo concerniente a la apelación<sup>45</sup> como a la oposición de tercero.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Planiol nota D., 1906.1.338, Col. 1; Tissier nota S., 1921.1.81; *Rev. trim. dr. civ.* 1943, p. 279 y 1945, p. 309; H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, t. I. núm. 500.

<sup>44</sup> D. 1896.1.5, nota crítica Glasson, D., 1895.1.221.

<sup>45</sup> Entre otras numerosas sentencias: cf. Cas. req. 22 julio, 1920, P. 1921.1.139, S., 1921.1.81 nota Tissier; Doual 4 marzo 1953. *Sem. jur.* 1953, iv ed. procuradores núm. 2124, obs. Madray, *Rev. trim. der. civ.* 1958, p. 306, obs. P. Raynaud. Véanse, sin embargo ciertas sentencias que, por admitir la apelación, no se han esforzado en descubrir los elementos de un contencioso virtual: Cas. civ. 5 agosto, 1907, S., 1911.1.169; Agen. 2 marzo 1936, D. H., 1936, 258; Rouen, 3 diciembre, 1946, S., 1948.2.39, *Rev. trim. dr. civ.* 1948 pp. 369-370, obs. P. Raynaud.

<sup>46</sup> Entre otras numerosas sentencias: Cas. civ. 30 nov. 1927, *Gaz. Pal.* 1928.1.143; París, 10 abril, 1948, *Sem. jur.* 1948, II, 4452, nota J. Mazeaud; *Rev. trim. dr. civ.* 1948, p. 507, obs. P. Raynaud; Amiens 8 junio, 1953, *Gaz. Pal.* 1953.2.205; Cas. civ. 28 marzo 1962. *Bull. cass.*, 1962.1.162.

Esta tendencia ha sido parcialmente confirmada por el legislador moderno. La ley de 15 de junio de 1944 otorgó expresamente la facultad de interponer apelación contra las sentencias pronunciadas en Cámara de consejo, y eso "en todas las materias, aun gratuitas" (artículo 6). Más recientemente, una ley de 1º de marzo de 1963 ha admitido implícitamente la oposición de tercero contra las sentencias de adopción.<sup>47</sup>

30. Esta evolución debe ser aprobada, habida cuenta, sin embargo, de una doble reserva:

—por una parte, no se puede olvidar que todas las decisiones que se clasifican tradicionalmente dentro de la categoría de resoluciones gratuitas *no tienen una naturaleza homogénea* (cf. supra número 1). Algunas corresponden al poder discrecional del tribunal, y por esta razón no son susceptibles de ningún recurso. Tal es el caso de los actos de administración judicial (por ejemplo la decisión por la cual el tribunal inscribe a ciertas personas en la lista de peritos).<sup>48</sup> Otras, por el contrario, tienen un carácter específicamente voluntario y en esas condiciones el ejercicio de una vía de recurso sería inadecuado a su naturaleza propia, tal, por ejemplo, la sentencia de formalización de actos.<sup>49</sup> Por consiguiente, la admisión del principio de recurribilidad no es —y no puede serlo— general, en atención a la gran diversidad de las decisiones gratuitas (cf. supra número 1).

—por otra parte, y en la misma medida, *la aplicación de los recursos en materia gratuita no carece de dificultades*, pues el régimen de dichos recursos tradicionales ha sido dispuesto en función de la sentencia contenciosa que estatuye sobre un litigio entre dos adversarios. Pero no es tal el caso en materia gratuita, y por ende, el mecanismo de los recursos se manifiesta a menudo inadecuado. Por ejemplo: se pregunta acerca del punto de partida del plazo para apelar, puesto que, en ausencia de todo adversario la decisión gratuita no puede ser objeto de notificación.<sup>50</sup> En verdad, más que resignarse a trasposiciones necesariamente imperfectas, sería preferible crear una figura de recurso autó-

<sup>47</sup> Sobre el comentario a esta ley, cf. A. Rouast, *Sem. jur.*, 1963, I.1760.

<sup>48</sup> Sobre los actos de administración judicial, cf. H. Solus et. R. Perrot, *op. cit.*, E. I. núm. 494; París 27 nov. 1922, S. 1923.247 (resolución ordenando la reapertura de los debates), Cas. com. 21 julio, 1952.690, *Rev. trim. dr. civ.* 1952, p. 536, obs. P. Hebraud (resolución ordenando la inscripción de una persona en la lista de defensores en la justicia de paz): París 8 marzo 1960, p. 535 obs. P. Raynaud (ordenanza de autorización a día fijo).

<sup>49</sup> Cas. soc. 10. feb. 1957, *Rev. trim. dr. civ.* 1957, p. 386, Cas. civ. 20 julio, 1961, D. 1962, sumario 4.

<sup>50</sup> Sobre estas inadaptaciones; Tissier, nota S. 1921.1.81, especialmente col. 1; H. Solus, nota *Sem. jur.* 1949, II.4681, especialmente núm. 2; P. Raynaud, obs. a la *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 129, 1943 pp. 165-167; H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, I, núm. 500, especialmente pp. 465-466.

nomo, especialmente concebido y adaptado a las necesidades de la jurisdicción graciosa.

### CONCLUSIÓN

31. Si se interroga a los prácticos sobre los méritos del sistema actual, estarán generalmente de acuerdo en subrayar las ventajas que ofrece la extrema agilidad del régimen procedimental en materia graciosa.<sup>51</sup> Las decisiones de esta naturaleza ignoran las exigencias del Palacio. Nacen a la vida jurídica con celeridad y simplicidad: un simple ocurso acompañado de ciertas explicaciones verbales basta para obtener la decisión con pocos gastos.

Es evidente que una reglamentación legislativa rígida arruinaría todas estas ventajas y sería capaz de comprometer gravemente la eficacia de la decisión solicitada al quitarle todo su efecto de sorpresa. Pero sí es oportuno conservar al procedimiento no contencioso su extrema agilidad en cuanto a las condiciones en que se elabora la decisión, esta libertad indispensable, debería normalmente encontrar su contrapartida en un sistema de recurribilidad, rápido y eficaz, destinado a proteger a aquellos a quienes la decisión puede causar un agravio. Una cosa con la otra. Desde este punto de vista es justo reconocer que el sistema francés actual no es muy satisfactorio, pues el método que consiste en utilizar los recursos específicos de la jurisdicción contenciosa, suscita necesariamente dificultades.

<sup>51</sup> Cf. los resultados de la investigación presentada al "Coloquio de los institutos de estudios judiciales de Lille", por publicarse.