

CIENT AÑOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA

Por el doctor Juan MONTERO AROCA

Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

No es frecuente que una ley alcance los cien años de vigencia. Ciertamente puede hacerse mención de varios casos en que esta circunstancia se ha producido, pero el que en la memoria de todos estén las leyes o códigos centenarios, habla por sí mismo de su rareza. Pues bien, entre esas leyes centenarias España cuenta, en lo que ahora nos interesa, con tres ejemplos muy destacados que comprenden buena parte de nuestro Derecho Procesal: las leyes Orgánicas del Poder Judicial, de Enjuiciamiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal.

Indudablemente la estabilidad de la norma es uno de sus valores más dignos de defensa. Desde Aristóteles se ha venido destacando como uno de los caracteres de la ley el de su permanencia, y los teólogos juristas españoles de los siglos XVI y XVII, como Domingo de Soto, se cuestionaban incluso si el legislador podía o no cambiar la ley si no existían razones poderosas para ello...

Los tres cuerpos legales que se han indicado han dado a la justicia española durante el último siglo una clara sensación de fijeza para el justiciable, de permanencia frente a los vaivenes políticos que han hecho pasar nuestra historia por regímenes muy distintos. Este mérito no debe ser regateado, pero al mismo tiempo no puede desconocerse que la permanencia hoy ha llegado a convertirse en anquilosamiento, que la sociedad española ha sufrido una transformación radical en la que especialmente la ley de Enjuiciamiento Civil se ha convertido en una vieja rueda distorsionadora de la marcha del conjunto. Hoy la Ley de Enjuiciamiento Civil es una ancla agarrada al pasado, un obstáculo a remover para el avance de la sociedad.

El examen crítico de lo que representan los cien años de vigencia de la ley de Enjuiciamiento Civil española, exige conocer previamente el proceso de formación de la propia Ley. Tema de especial interés, creo, para el auditorio que me escucha, pues la historia procesal civil española es en

buena parte la historia procesal civil mexicana, y confío en que mi modesta aportación pueda contribuir a esclarecer esa historia común, con el fin de comprender de dónde han partido nuestros respectivos derechos.

II. LA FORMACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. *Los dos sistemas procesales civiles tradicionales*

Mientras la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 significó el abandono del proceso penal inquisitivo, que era todavía el recogido en los textos legales de principios del siglo XIX, y el establecimiento de un proceso penal mixto o acusatorio formal, por lo que puede afirmarse que en ese siglo XIX la ideología liberal produjo en este campo una verdadera "revolución" procesal, la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no significó avance alguno con relación a la situación anterior, antes al contrario consolidó lo existente. Además esta consolidación comprendió la parte más defectuosa de nuestra tradición procesal.

Como ha demostrado FAIREN¹ en nuestro derecho histórico coexistieron dos sistemas procedimentales dispares sobre los procesos declarativos ordinarios; de una parte el proceso ordinario por excelencia, el *solemnis ordo iudiciarius* (del que desciende el juicio de mayor cuantía), que responde a una concepción medieval del proceso, la del Derecho común, recibida en España principalmente en Las Partidas, y de otra parte se fueron desarrollando unos procesos en los que se tendía a simplificar y abreviar el anterior, sin dejar de ser plenarios.

a) *El proceso ordinario*: La recepción del Derecho común en Las Partidas, principalmente por obra de Jacobo de las Leyes², condujo a que en este cuerpo legal, especialmente en la partida III, se recogiera el *solemnis ordo iudiciarius*, el cual respondía a la concepción base del proceso ordinario, en el que las partes disponían con toda amplitud de los medios de ataque y defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separara, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio; de ahí que la sentencia que se dictara debía producir

¹ Buena parte de la obra histórica de FAIREN se centra en la demostración de que en España han existido y existen dos sistemas procedimentales dispares; fundamentalmente *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona, 1953, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago, 1949. *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, Barcelona, 1950, y una serie de trabajos incluidos en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955 y en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969. Lo que exponemos a continuación en el texto proviene en buena medida de este autor, sin duda el que ha dedicado más esfuerzos a la historia procesal española y el que ha alcanzado mejores resultados.

² Sobre este justa vid. UREÑA y BONILLA. *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*. Madrid, 1924.

los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior.³ En el Derecho común lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista (y por lo tanto originador de un elevado coste), pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa. El proceso era así de gran duración y coste.

b) *Los procesos plenarios rápidos*: La ineficacia de un proceso como el anterior para hacer frente a las necesidades diarias, obligó, tanto en el ámbito del Derecho canónico como en el del Derecho Civil, a crear un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario y plenario, significara reducir el tiempo y el dinero; este nuevo tipo es el llamado proceso plenario rápido.⁴ En el Derecho canónico el hito fundamental lo representan la *Saepe contingit* (año 1306) de Clemente V⁵ y en menor medida la *Dispensiosam* (año 1311) del mismo Papa y referida a la apelación;⁶ y en el Derecho Civil las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas.⁷

Los principios fundamentales de este tipo de proceso eran: supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades al juez para repelerlas, convirtiéndolo en el director del proceso, pudiendo, por ejemplo, rechazar testigos cuando su número era excesivo por constituir su testimonio mera reiteración; suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, limitación o supresión de las apelaciones independientes de resoluciones interlocutorias, acortamiento de los plazos y predominio de la oralidad frente a la escritura.⁸

Este tipo de proceso tiene su origen en Italia, pero pronto fue también recibido en España. En el campo civil, por un lado, se trató de acelerar y simplificar el proceso ordinario⁹ y, por otro, de construir un proceso ple-

³ La distinción entre proceso plenario y sumario se debe en España fundamentalmente a FAIREN (vid. nota 1). Por mi parte he resumido las diferencias en *El proceso laboral*, t. I, Barcelona, 1979, p. 206.

⁴ Nuevamente es FAIREN el autor que más ha profundizado en el estudio de este tipo procesal (vid. nota 1). En resumen conceptual en mi libro *El proceso laboral*, I, cit., p. 206-7.

⁵ La Clementina *Saepe contingit* en C. 2. Clem. V., II.

⁶ C. 2. Clem. II, II.

⁷ Para los estatutos, *Corpus Statutorum Italicorum*. Milano, 1929; más accesible SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, dirigida por DEL GIUDICE, vol. III, *Storia della procedura civile e criminale*, parte 2ª Milano, 1927, pp. 335 y ss., y también FAIREN, *El juicio ordinario*. Cit., pp. 47 y ss.

⁸ FAIREN, *El juicio ordinario*. Cit., p. 44; BRIGGER, H. K. *Einteitug in die theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig, 1859, pp. 34 y ss., cit. por el anterior.

⁹ Entre los deseos de abreviar cabe referirse, simplemente a título de ejemplo, a la limitación de las informaciones en derecho, que se reducen a dos por cada parte, y aun se fija el número de hojas que pueden tener (Nov. Recp. libro XI, título XIV; la ley II se refiere a que la primera información no podía tener más

nario rápido,¹⁰ pero es en el campo mercantil donde adquirió fortaleza hasta convertirse en el segundo de los sistemas procesales tradicionales.

En las ordenanzas de la antigua forma judicial del Consulado del Mar¹¹ resuenan los ecos de la *Saepe contingit*; en el capítulo XXXVI se decía que los cónsules debían decidir los juicios "breument", sumaria, è de pla, sens brugit, è figura de juy; sola facti veritate attenta". El paso siguiente se dará en Castilla; en 1494 los Reyes Católicos conceden jurisdicción al prior y cónsules de la universidad de mercaderes de Burgos, para que conozcan de los pleitos entre éstos, "para que lo libren o determinen breve y sumariamente, según estilo de mercaderes, sin dar luengas nin dilaciones nin plazos de abogados".¹²

A partir de aquí se inicia una compleja evolución con la creación de consulados en distintas ciudades y el otorgamiento de ordenanzas, que sólo en parte puede seguirse con la Novísima Recopilación (libro IX, tít. II), dado que en ella sólo se recogen las que estaban en vigor en los inicios del siglo XIX. Las ordenanzas que mayor influencia y ámbito de aplicación lograron fueron, sin duda, las de Bilbao de 1737. Con el fin de que los pleitos se determinen "breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones,

de 20 hojas y la segunda 12); no se precisan tres rebeldías para dar por concluso el pleito, bastando una (Nov. Recp. libro XI, título XV, ley II; Felipe II en 1564); importante ataque, por lo menos a nivel teórico legislativo, se realizó en el Ordenamiento de Alcalá, en el que se permitió dictar sentencia aunque faltase alguna formalidad de las que "deben de ser puestas según la sutileza del derecho" (Título XII, luego en Nov. Recp. libro XI, título XVI, ley II); llegaron a prohibirse las sentencias ilícidas que condenaban a frutos e intereses, exigiéndose la liquidez (Nov. Recp. libro XI, título XVI, leyes VI y VII). La eficacia práctica de todas estas disposiciones es, cuanto menos dudosa.

¹⁰ Ya en Las partidas se recogía un juicio verbal (Partida III, título XXII, ley VI), de cuantía no superior a 10 maravedís, y un juicio de equidad (VI, I, XXXI). En 1534 se permitió un juicio rápido para asuntos civiles de cuantía no superior a 400 maravedís (Nueva Recp. libro III, título IX, ley XIX). Después de sucesivas elevaciones de cuantía quedó fijado el tope en 500 reales (Cédula de 6 de octubre de 1768. En Nov. Recp. V, XIII, I). El parentesco de este juicio con la *Saepe contingit* es indudable y aquí está el origen del actual juicio verbal.

¹¹ CAPMANY. *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado*. Madrid, 1791.

¹² La Real Cédula de 21 de julio de 1494, en CAPMANY, *op. cit.*, pp. 154-60, pasó a la Nueva Recopilación (libro III, título XIII, ley I). En 1511 la regulación de Burgos fue extendida a Bilbao, y por ello en la Nueva Recp. se habla de "la jurisdicción del prior y consules de las ciudades de Burgos y Bilbao", en la Novísima libro IX, título II, ley I).

La necesidad de los tribunales mercantiles y del proceso plenario rápido, fue justificada por los Reyes Católicos con un fortísimo ataque al proceso común y en especial a los letrados de la época: "...porque sabíamos que los pleitos que se movían entre mercaderes... nunca se concluían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por manera que por mal pleyto que fuesen, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales...".

libelos ni escritos de abogados”, se regula un proceso en el que, tras el intento de conciliación, se formulaba la demanda por escrito que daba lugar a un proceso plenario rápido y a un procedimiento oral, de parentesco evidente con las ordenanzas del Consulado del Mar y con las *Saepe contingit y Dispensiosam*.

Este proceso plenario rápido, con variantes de escasa importancia, llegaría hasta los comienzos del siglo XIX.

2. *La codificación de los procesos mercantil y civil*

El siglo XIX se abre con los dos sistemas procesales separados completamente, sin relación alguna entre sí, y en los dos se advierte pronto la aspiración a la codificación. Ésta no va a realizar la unificación de los dos tipos y asistiremos así a la promulgación de dos leyes de enjuiciamiento.

a) *La ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830*. El sistema procesal mercantil, o de los procesos plenarios rápidos, llegó al siglo XIX con dos problemas fundamentales: el primero de ellos era la multiplicación de consulados con regulaciones diferentes, lo que provocaba confusión y cuestiones de competencia entre ellos; y el segundo atendía a la indeterminación procedimental, origen de prácticas diferentes y de arbitrariedad.¹³ A unificar y regular se dedicaron el código de Comercio de 1829 y la ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 24 de julio de 1830.

Se establecían dos clases de juicios: mayor cuantía, si el asunto excedía de 1.000 reales, y menor cuantía, para las cifras inferiores. Este último era el clásico juicio verbal, y el primero complicaba un tanto las actuaciones para acercarse al proceso civil, del que ya no era absolutamente distinto. Se dio así un paso para la unificación de los dos tipos procesales; el paso siguiente correspondía al civil, en el que debía simplificarse.

b) *El camino hacia la codificación procesal civil*. Desde la Novísima Recopilación de 1805 cabe registrar varios intentos de simplificación del sistema procesal civil. Estos intentos se plasmaron principalmente en:

1º) Ley de 10 de enero de 1838, provisional para la sustanciación de los juicios de menor cuantía. Estamos aquí ante un intento real de introducir un juicio plenario rápido, por cuanto sus características eran:

— Oralidad: Salvo la demanda y contestación que eran escritas, todos los demás actos eran orales.

— Concentración: Tanto en lo relativo a la actividad procedimental (se aspiraba a que todas las pruebas se practicaran en una audiencia), como al contenido del proceso (no existían excepciones dilatorias o artículos de previo pronunciamiento, concentrándose todos los temas para su solución en la sentencia).

¹³ RUBIO. *Sainz de Andino y la codificación mercantil*. Madrid, 1950, pp. 103 y ss.

— Inmediación: Las pruebas se desarrollan íntegramente de modo oral, documentándose en una "diligencia".

— Publicidad: Los actos de prueba eran públicos.

— Impulso de oficio: Presentada la demanda, el juez no debía esperar apremios de las partes para pasar de una fase a otra del procedimiento.

— Todos los plazos se declaraban perentorios e improrrogables.

La Ley de 1838, y el sistema de principios que informaba el juicio que regulaba, chocaba frontalmente con el resto de la legislación procesal, era un aldabonazo frente a la rutina, suponía una verdadera innovación. Precisamente por ello no satisfizo ni a la doctrina ni a la práctica, ancladas todavía en la concepción medieval; especialmente no fue comprendida por los abogados-políticos que poco después iban a ocupar el poder.¹⁴

2º) La instrucción del marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1853, del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria: Para corregir las imperfecciones del procedimiento civil, la Instrucción introducía, o mejor pretendió introducir, los principios de impulso oficial, concentración, publicidad, aumento de los poderes directivos del juez y la adopción de medidas sobre la urgencia del procedimiento y supresión de trámites.¹⁵ "El contenido de la Instrucción nos muestra como su autor se lanza por una vía sumamente innovadora del procedimiento, en aras de la economía procesal, tan despreciada anteriormente pese a reformas parciales".¹⁶

Esta reforma del *solemnis ordo iudicarius* fue atacada frontalmente por los sectores más reaccionarios de la práctica, para los que el proceso lento, complicado y caro era salvaguarda de los derechos de las partes y las solemnidades procesales garantía de la seguridad del juicio.¹⁷ La Ins-

¹⁴ Así para GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*. Madrid, 1856, 2ª ed., tomo II, p. 46). "La opinión pública se ha pronunciado casi unánimemente contra ella; los litigantes han creído comprometido su derecho en el modo de hacer las pruebas y los juzgados y los tribunales se han encontrado con gravísimas dificultades para apreciarla. Ejemplo saludable que enseña cuán expuesto es en el legislador entregarse a teorías abstractas, o a ejemplos de leyes extrañas, que no se prestan a fácil aplicación cuando se trasplantan." Para el mejor procedimentalista del siglo XIX, VICENTE Y CARAVANTES (*Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid, 1856, tomo I, p. 95 y tomo II, pp. 419-20) "a veces por querer abreviar los trámites, atendiendo a la conveniencia de terminar estos pleitos (los de menor cuantía) brevemente, se sacrificaron las reglas de la defensa y de la justicia".

¹⁵ PRIETO-CASTRO. *La Instrucción del marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*. En "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal". Madrid, 1964, p. 873.

¹⁶ FAIREN, *Temas*, cit., I, p. 93.

¹⁷ Para comprender la concepción que del proceso tenían los abogados-políticos de mediados del siglo XIX, es imprescindible la lectura de las *Observaciones sobre*

trucción fue derogada el 18 de mayo de 1854; y los que consiguieron su derogación se convirtieron en los autores de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

c) *La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. La Ley de 1855 significó la consolidación del sistema procesal elaborado en torno al juicio ordinario proveniente del Derecho común. A mediados del siglo XIX el *solemnis ordo iudicarius* se mantenía vivo, la Partida III formalmente era derogada, pero convertidas sus leyes en artículos, como el Ave Fénix, renacía de sus cenizas.

El 31 de enero de 1855 se presentó en las Cortes, un proyecto de Ley, luego denominado, "para el ordenamiento y compilación de las leyes y reglas del enjuiciamiento civil". En su exposición de motivos se decía claramente que "su objeto era dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes, principios basados en la ciencia, incrustados por más de veinte generaciones en nuestras costumbres, aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes".

Desde diversas perspectivas se puso de manifiesto que no se trataba de formar un verdadero código, sino de ordenar y compilar las leyes existentes. De ahí que en la ley de bases que al final se aprobó se hablara de "restaurar en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes" (ley de 13 de mayo de 1855).

La ley de bases fue articulada en menos de cinco meses, y el 5 de octubre de 1855 se promulgó la primera LEC española. Su principal autor fue GÓMEZ DE LA SERNA y en su opinión las Cortes "estuvieron lejos de querer cambios radicales, impremeditados y violentos de nuestras leyes seculares... no destruyeron el edificio levantado por cien generaciones... la comisión tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro".¹⁸

La orientación conservadora se manifestó especialmente en el juicio de menor cuantía. Los principios informadores de éste en la ley de 1838 (oralidad, concentración, inmediación, impulso de oficio, plazos improrrogables) fueron abandonados. Todo se sacrificó al juicio de mayor cuantía, al que se llegaba a considerar modelo envidiado en el resto de Europa.¹⁹

la Instrucción del procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853, en RGLJ, 1954, t. 3, pp. 13-92, redactadas por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid.

¹⁸ GÓMEZ DE LA SERNA. *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos de la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid. 1857, pp VII y VIII.

¹⁹ Así MANRESA, Miguel y REUS. *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*. I, Madrid, 1956, p. XX.

3. La LEC de 1881, o el empecinamiento en el error

Hito fundamental en la evolución que estamos describiendo constituyó el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, por el que desaparecieron los tribunales especiales de comercio, convirtiéndose los tribunales ordinarios en los únicos competentes para conocer de los negocios mercantiles. Al mismo tiempo se derogó también la ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830, y se dispuso que los procedimientos, en toda clase de juicios, se ajustaran a las prescripciones de la LEC de 1855.

La unificación de fueros supuso así la unificación de los procesos civil y mercantil, pero no por fusión sino por supresión, quedando únicamente en pie el peor de los dos. El proceso mercantil, que tantos siglos de experiencia acumulaba, simplemente desapareció. Cuando en los países de nuestro contexto geográfico-cultural, los procesos plenarios rápidos iban poco a poco desplazando al proceso ordinario, en España se arrojó por la borda, como lastre inútil, una de nuestras tradiciones jurídicas.

Así las cosas, el gobierno presentó a las Cortes un proyecto de ley de bases "para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil".²⁰ Que no se trataba en realidad de hacer una ley nueva sino de ir mejorando la existente,²¹ que no se pretendía modificar el sistema procesal, sino de reformarlo en algunos puntos,²² estaba fuera de duda, y dentro de este contexto era lógico que el ministro de Gracia y Justicia ALVAREZ BUGALLAL, afirmara que las reformas que se proponían eran "modestas", y ello porque "precisamente el juicio ordinario, reducido por la ley de 1855 a sus proporciones esenciales, apenas reclamaba nuevas y fundamentales reformas", por lo que si no fuese por otras materias "realmente no sería necesaria la reforma de la ley vigente de enjuiciamiento".²³

Con estas limitadas aspiraciones se realizó la ley de bases de 21 de junio de 1880; sobre ella trabajó la Comisión de Códigos, y principalmente MANRESA que en algo más de siete meses dio remate a la ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, que entró en vigor al 1 de abril de dicho año.

²⁰ El texto original de las bases aprobadas por la comisión de Códigos puede verse en LASSO GAITE. *Crónica de la codificación Española*, 2. *Procedimiento Civil*. Madrid 1972, pp. 153-5, y el proyecto presentado por el Gobierno a las Cortes en *Diario de Sesiones del Senado*. s. de 13 de febrero de 1880, núm. 74 apéndice 3º

²¹ Decía MORET. *Diario de Sesiones, Congreso*, s. de 17 de junio de 1880, núm. 192, p. 4946.

²² Insistía ALBACETE. *Diario de Sesiones, Congreso*, s. de 18 de junio de 1880, núm. 193, pp. 4972-3.

²³ *Diario de Sesiones, Senado*. núm. 105, pp. 1547 y 1544. Para ALVAREZ BUGALLAL el procedimiento debía ser "fijo, claro, solemne, un tanto formulario y ritual" (p. 1535).

La Ley se centra en el juicio de mayor cuantía, que es el juicio arquetipo, sobre el que se construye toda ella, siguiendo así una tradición jurídica española. Ahora bien, esto no impide reconocer hoy que nuestra Ley no recoge toda la tradición jurídica española, sino solamente una parte de ella, posiblemente la menos adecuada para los nuevos tiempos. La tradición relativa a los procesos plenarios rápidos, y especialmente el proceso mercantil, fue abandonada.

III. ESTRUCTURA, SISTEMÁTICA Y TERMINOLOGÍA

Después de haber examinado cómo se ha formado la LEC y el sistema procesal a que responde, debemos estudiar la Ley en sí misma; esto es, determinado que los autores de la LEC se inclinaron por un sistema procesal concreto, hay que precisar cómo lo plasmaron en los artículos de la misma.

Desde el principio debemos advertir que dejamos fuera de nuestro examen dos puntos importantes: la ejecución general y la jurisdicción voluntaria, y ello por considerar que ambos temas pudieron y debieron ser objeto de tratamiento legal específico, y hoy es conveniente excluirlos de una futura LEC.

La LEC vigente consta de 2182 artículos. Este simple dato nos revela que estamos ante la ley más extensa de todo nuestro ordenamiento. Es también el cuerpo procesal civil más extenso de todos los existentes en nuestro contexto cultural. Así:

Code de procédure civil (francés)	1042 arts.
Codice di procedura civile (italiano)	831 ar.
Mas Disposizioni di attuazioni	231 ar. 1062 arts.
Zivilprozessordnung (alemana)	1048 parág.
Código de proceso civil (portugués)	1528 arts.
Código de processo civil (brasileño)	1220 arts.
Código procesal civil y comercial de la Nación (Argentina)	822 arts.

Es cierto que en la mayoría de esos códigos no se han incluido ni la quiebra ni la jurisdicción voluntaria, pero aun en el caso de que de nuestra LEC dedujéramos los 371 artículos destinados a la jurisdicción voluntaria y los 260 de la quiebra (en total 637), seguiríamos “disfrutando” de la ley procesal de mayor extensión.

Si a ello añadimos que la LEC no contiene toda la normativa procesal civil, pues fuera de ella se encuentran multitud de normas procesales, resulta que el jurista español se enfrenta con más dificultades para hallar la norma adecuada a un supuesto concreto que para solucionar con ella dicho supuesto.

En otro sentido las diversas partes de la LEC no son homogéneas. El libro II significa en número de artículos casi la mitad de la Ley, con lo que se ofrece la sensación de un gigantesto torso al que se ha añadido una cabeza pequeña y unas piernas ridículas. Además hay desproporciones manifiestas, y así el título II del Libro II tiene 261 artículos, mientras que el título VI de la parte segunda del Libro III tiene 1 nada más, o 3 que tiene el título III de las mismas. Algunos artículos no pasan de dos o tres líneas (por ejemplo el art. 163, o el 165, o el 96, o el 1866), mientras que otros precisan de dos o tres hojas (por ejemplo al art. 63, o el 2161).²⁴

Además la LEC reitera disposiciones que ya se contenían en otras leyes, especialmente en la ley orgánica del Poder Judicial de 1870, por lo que hay por lo menos dieciséis materias en las que la LEC duplica la regulación, con lo que dos centenares de artículos son absolutamente inútiles.²⁵

Cuando se habla de sistemática con relación a la LEC, puede hacerse referencia al tópico: brilla por su ausencia. Parte de la distinción en jurisdicción contenciosa y voluntaria, lo que es ya desde el principio inadmisibile; téngase en cuenta simplemente que en la voluntaria el juez no actúa jurisdiccionalmente.²⁶

Reconociendo de entrada que una ley no es un tratado científico, es inadmisibile, por lo que revela de incapacidad legisladora, que el Libro I dé la sensación de que las diversas materias han sido colocadas por sorteo,²⁷ sin orden ni concierto.²⁸ El libro II, de la jurisdicción contenciosa, se inicia con la conciliación, que es un acto de jurisdicción voluntaria,²⁹ y después la ordenación caótica no parece respetar plan alguno; qué plan puede conducir a que el "recurso" de responsabilidad civil contra jueces y magistrados se coloque entre la segunda instancia y la ejecución de sentencias; a qué el recurso de casación aparezca después de la ejecución, mien-

²⁴ GUASP. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Tomo I, Madrid, 1943, p. 54.

²⁵ Vid. PRIETO-CASTRO. *Temas de derecho actual y su práctica*, cit. pp. 241-2.

²⁶ Para la distinción entre una y otra sigue siendo esclarecedor. PRIETO-CASTRO. *Cuestiones de derecho procesal*. Madrid, 1947, pp. 274 y ss.

²⁷ ALCALÁ ZAMORA en *Estudios de derecho procesal*. Madrid, 1934, p. 197.

²⁸ La defensa gratuita se engloba en el mismo título que los litigantes, procuradores y abogados, distanciada de la regulación de las costas, la competencia aparece repartida en tres lugares distintos: arts. 51 y ss., 483 y ss., y 717, aparte de defectos intrínsecos de la regulación, especialmente sobre competencia internacional, el repartimiento de negocios no es ciertamente un problema de competencia territorial, pero el separarlo de la regulación de ésta para incluirlo entre la tasación de costas y las correcciones disciplinarias, carece de sentido; y qué decir del exilio judicial, separado completamente de la competencia; la caducidad de la instancia está en el título X sin razón alguna, y las correcciones disciplinarias no tienen, al parecer, relación alguna con las actuaciones procesales ni con las vistas, etc.

²⁹ Vid. MONTERO. *La conciliación preventiva en el proceso civil*. en "Estudios de Derecho procesal", Barcelona, 1981, pp. 195 y ss.

tras que la segunda instancia está antes; a qué los procesos especiales carezcan de todo orden. Como ejemplos de despedazamiento de una institución recuérdense la apelación y la ejecución.

Es cierto que todas las leyes del siglo XIX están mejor redactadas que las actuales, y especialmente que su castellano es muy superior al actual. Pero ello no impide que la terminología específicamente procesal de la LEC carezca de técnica.³⁰ La imposibilidad de detenernos con detalle nos obliga únicamente a poner ejemplos; así la LEC no distingue entre término y plazo; la distinción entre autos y sentencias no está nada clara, y las providencias de mera tramitación implican la existencia de las de no mera tramitación; la palabra apremio se usa, por lo menos, con dos significados; excepción es una palabra usada enigmáticamente, y lo mismo cabe de queja.

IV. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL PROCESO

La ideología política base de los principios informadores del proceso en la LEC es la liberal propia del siglo XIX. Ya GOLDSCHMIDT definía nuestro proceso civil como "un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados".³¹

Mientras subsista la distinción entre intereses privados y públicos, mientras los titulares de los intereses privados tengan libertad para decidir la defensa más conveniente de esos intereses, mientras la voluntad de las partes sea el elemento determinante en la disposición de los derechos privados, la concepción liberal es buena base para la construcción del proceso civil, por cuanto determina el predominio del principio de oportunidad.³²

La exageración de la LEC proviene de que el liberalismo llevó a consecuencias inadmisibles este principio, lo que se manifiesta especialmente en cómo se entendió dispositivo y el de impulso de parte, en el reparto de facultades entre el juez y las partes y en la hipervaloración del principio de la igualdad de las partes.

a) *La incorrecta comprensión del principio dispositivo.* La ideología liberal hizo decir a MANRESA, el principal autor de la LEC vigente, que

³⁰ Empecemos por llamar la atención sobre un hecho de indudable curiosidad. La LEC en su redacción original empleaba una sola vez la palabra proceso, en el art. 308, III, otorgándole el sentido de autos ("ocultación del proceso"), de "pliegos de papel" que diría CALDERÓN DE LA BARCA. Derogado este artículo por el RD-ley de 2 de abril de 1924, hoy la LEC no utiliza ni una sola vez la palabra proceso. No se trata ahora de criticar, sino de constatar un hecho.

³¹ GOLDSCHMIDT, J. *Derecho procesal civil*. Barcelona, 1936 trad. de PRIETO CASTRO y notas de ALCALÁ ZAMORA, p. X.

³² Sobre este principio y sus consecuencias vid. MONTERO. *Introducción al derecho procesal*. 2ª ed., Madrid, 1979, pp. 214 y ss.

“la mayor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial”, por cuanto éste “es incompatible con las instituciones liberales”.³³ De ahí que se confundieran dos cosas muy distintas: el interés que se aduce en el proceso y el proceso mismo.

Cuando se trata de intereses privados el principio de oportunidad conduce lógicamente a los principios dispositivo y de aportación de parte. El primero de ellos correctamente entendido debe significar:

1º) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o dejarlo ignorado o insatisfecho.

2º) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde a las partes mediante la pretensión y la resistencia.

3º) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y, de la sentencia, intereses jurídicos privados deben ser congruentes con la pretensión y resistencia formuladas.

4º) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba.

Igualmente, y en virtud del principio de aportación de parte, a éstas corresponde en exclusiva llevar al proceso los hechos que estimen deben someterse al conocimiento judicial; el juez no puede ni basarse en su ciencia privada, ni realizar actos de investigación. El principio de oportunidad quedaría desvirtuado si se aumentan en este aspecto las facultades del juzgador.

Consecuencia de que las partes tengan el dominio del objeto del proceso son los dos principios anteriores, pero en la LEC se ha entendido que además comporta el dominio del proceso mismo por las partes; el proceso es así “cosa de las partes” y sus normas reguladoras derecho privado. Este error base de la LEC, proviene de la desconfianza que una mente liberal siente frente a toda actividad del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales, y por lo tanto se tiende a limitar en todo lo posible las facultades materiales y procesales de dirección del juez.

Las facultades materiales del juez con relación a la prueba quedan así muy recortadas. En la LEC el juez no puede de oficio recibir el pleito a prueba,³⁴ ni acordar medios probatorios, aunque hay que reconocer

³³ MANRESA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Tomo I, Madrid. 1881, p. 10.

³⁴ Artículos 550, 730 y 752 LEC y art. 53 del D. de 21 de noviembre de 1952. Sólo en el juicio de menor cuantía (art. 693), ante la falta de conformidad en los hechos, la iniciativa para acordar el recibimiento a prueba puede partir del juez.

que en el momento de la práctica de la prueba tiene posibilidades de dirección.³⁵ Si la prueba es la actividad procesal que tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso, va contra los más elementales principios de la lógica que el juez no pueda recibir de oficio el pleito a prueba, ni acordar la práctica de los medios probatorios más convenientes para formar su convicción.

Las facultades procesales de dirección del juez son en la LEC excepcionales y negativas. Excepcionales porque la regla general es, por ejemplo, según ha declarado la jurisprudencia con reiteración, que la demanda debe ser admitida sin que pueda rechazarse de plano *in limite litis*, siendo los supuestos de inadmisión excepciones muy contadas a esa regla; y negativas, es decir, encaminadas a poner fin o a suspender el proceso ante los vicios o defectos de los actos procesales, pero acaso nunca dirigidas a procurar la subsanación de aquéllos, conduciendo el proceso a su terminación normal.

El predominio de las partes era tal que, en la concepción originaria de la LEC, el paso de una fase procesal a otra dependía de la petición de las partes; el art. 521 en su redacción originaria dejaba completamente en manos de las partes el impulso procesal, y ello era coherente con la concepción que se tenía del principio dispositivo.

La situación se hizo de hecho insostenible y a remediarla vino el RD-ley de 2 de abril de 1924, que derogó los arts. 308, 309, 311, 312 y 521 de la LEC, introduciendo el impulso oficial.³⁶ Con todo hay que admitir dos cosas: la primera es que el remedio es contrario al sistema de la LEC, en la que se ha producido una discordancia interna, y la segunda es que se trata de un remedio parcial, tanto porque en la práctica no se le ha dado plena efectividad, como porque el impulso oficial no rige de hecho en el proceso de ejecución, quedando limitado a la declaración.³⁷

b) *La ineficacia práctica del principio de igualdad de partes.* La intervención de las partes en el proceso civil se rige por tres principios funda-

³⁵ Vid. SERRA. *Liberalización y socialización del proceso civil*, en RDProIb, 1972, 2-3, pp. 536-8, con el detalle de estas facultades en cada medio de prueba. Con todo no cabe olvidar que el juez civil no usa de las facultades que le concede la ley. Ello puede ser debido a imposibilidad material, dado el volumen de trabajo, pero también lo es, en buena parte, a la falsa idea de que el proceso lo llevan las partes y el juez es simplemente un árbitro del juego, que perdería la imparcialidad si utilizara esas facultades para formar su convicción.

³⁶ El RD-ley de la dictadura de Primo de Rivera fue ratificado por D. de 8 de mayo y ley de 30 de diciembre de 1931, es decir por la II República, y modificado en orden a la cuantía de las sanciones por la ley de 20 de diciembre de 1952. Doctrinalmente ha sido unánimemente elogiado.

³⁷ La solución correcta se encuentra hoy en el art. 201 de la Ley de Procedimiento Laboral, y sobre él vid. MONTERO. *El proceso laboral*. II, Barcelona, 1981, pp. 306-7, y también *Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular. La indefensión del ejecutante*. En "Estudios de Derecho Procesal", cit., pp. 278-9.

mentales: dualidad, contradicción e igualdad.³⁸ El principio de igualdad procesal deriva de aquel otro más general que establece la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y que es una de las bases ideológicas del liberalismo político y económico.

El problema radica en que, así como la igualdad de los ciudadanos ante la ley no pasa de ser un enunciado meramente teórico de las constituciones (en la española, arts. 9, 2 y 14), con poca o ninguna correspondencia en la realidad, la igualdad de las partes en el proceso es sólo un principio, no un hecho. Las desigualdades sociales, económicas, culturales convierten el principio de igualdad en poco menos que letra muerta. La lentitud y la carestía que caracterizan el proceso hacen verdaderas las palabras de MENER: "Hemos perfeccionado de un modo tal la administración de la justicia civil, que resulta imposible para la mayoría de la nación".³⁹

Independientemente de ello la vigencia de la LEC está suponiendo hoy denegación de justicia en multitud de supuestos. En las reclamaciones de poca entidad económica, es imposible de hecho acudir a los órganos jurisdiccionales porque las costas superan el principal reclamado.⁴⁰ Y esta situación no se remedia con lo que se denomina "defensa por pobre" o "beneficio de justicia gratuita", primero porque en la práctica es usado en un número extraordinariamente bajo de casos (tanto que no se ha llegado nunca al 3 por 100 de los asuntos contenciosos de los juzgados de primera instancia,⁴¹ pero además porque para todos los que sus rentas superen el doble del jornal de un bracero de la localidad (art. 15 LEC) no es de aplicación el "beneficio".

Atendidas las costas y la duración del proceso⁴² puede dudarse de la sanidad mental del español que inicia un juicio verbal (salvo que se trate de compañías de seguros o grandes empresas, que realizan estos juicios por centenares). La denegación de justicia es evidente.

V. LA ESTRUCTURA COMO ÚNICA FORMA DEL PROCEDIMIENTO

La LEC está inmersa en el formalismo; éste es en ocasiones extremado,

³⁸ Sobre los dos primeros vid. por ejemplo MONTERO. *Introducción*. Cit., pp. 234 y ss., especialmente la idea de que el primero debe entenderse como dualidad de posiciones.

³⁹ MENER. *El derecho civil y los pobres*. Madrid, 1898, trad. de A. POSADA, pp. 120-1.

⁴⁰ Vid. DE MIGUEL. *Los costos y las costas en el proceso civil español*, en RDPProB, 1969, 4, p. 937.

⁴¹ Sobre el tema con amplitud GÓMEZ COLOMER, J. L. *El beneficio de pobreza*. En prensa, parte 3ª, III, para el que el beneficio se halla en una grave crisis de inoperatividad práctica, lo que plantea serias dudas de inconstitucionalidad, atendidos los arts. 14, 24 y 119 de la Constitución.

⁴² Vid. MONTERO. *La duración del proceso civil*. En "Estudios" cit., pp. 299-301.

y a veces no sólo innecesario y superfetatorio, sino también anodino, pues su inobservancia no conduce a la nulidad del acto.⁴³ La pretensión de suprimir formalidades superfluas estaba en la mente de los legisladores de 1855 y 1881, que la plasmaron en las leyes de bases de 13 de mayo de 1855⁴⁴ y de 21 de junio de 1880,⁴⁵ pero dada la concepción que tenía de que “la seguridad del juicio exige muchas formalidades”,⁴⁶ se mantuvieron dentro de lo que hemos denominado en otra ocasión⁴⁷ “formalismo procesal acrítico”.

En buena medida ese formalismo responde al carácter totalmente escrito del procedimiento. Entre nosotros sigue siendo cierto que *quod non est in actis non est in mundo*, brocardo recibido del Derecho común. A esta mentalidad responde el art. 248, I, LEC: “Todas las actuaciones judiciales deberán escribirse en el papel sellado que prevengan las leyes y reglamentos, bajo las penas que en ellos se determinen”, en el que el legislador parte de la idea (casi intuitiva) de que todos los actos procesales son escritos:⁴⁸

Los profesionales forenses están tan inmersos en la escritura que, en la práctica, han desvirtuado la oralidad en los pocos casos en que la LEC la prevé. Este es el caso del juicio verbal que en la práctica es el más escrito de los juicios pues se reduce a “una lectura de las alegaciones orales que los subalternos del Juzgado transcriben, sin presencia judicial, en el acto de la sesión”.⁴⁹

El predominio absoluto de la escritura ha conducido a:

a) La imposibilidad de la inmediación: Es cierto que el juez tiene la obligación de presenciar la práctica de la prueba, pero también lo es que legalmente puede dictarse sentencia por juez distinto del que ha practicado las pruebas.

b) La dispersión de los actos procesales: La concentración es siempre consecuencia de la oralidad, y la escritura conduce, primero, a la dispersión y a la lentitud, y después a la posibilidad de excepciones dilatorias, a la apelación en ambos efectos de resoluciones interlocutorias y a la aparición de incidentes de todo tipo, con lo que ello significa de entorpecimiento de la marcha expedita del proceso.

c) La exageración de la eventualidad: Dividido el proceso en fases rígidas, es necesario que las partes acumulen todos los medios de defensa

⁴³ PRIETO CASTRO. *Derecho procesal civil*. I, cit., p. 417.

⁴⁴ Art. 1, base 3ª

⁴⁵ Att. 1, base 1ª

⁴⁶ *Observaciones sobre la Instrucción*. Cit., en RGLJ, 1854, tomo 3, p. 22.

⁴⁷ MONTERO. *Introducción*. Cit., pp. 251.

⁴⁸ GÓMEZ ORBANEJA. *Derecho procesal civil* (con HERCE), 8ª ed., Madrid, 1976, I, p. 220.

⁴⁹ SERRA. *Liberalización y socialización*. Cit., p. 526.

de que dispongan en cada una de las fases, dando lugar así a actos que sólo pueden calificarse de ridículos.⁵⁰

d) El secreto del proceso: En la LEC se dispone la publicidad de las diligencias de prueba y de las vistas (arts. 313 y 570), pero se trata de declaraciones meramente retóricas pues un procedimiento escrito es de hecho secreto, dada la imposibilidad para el público de tomar conocimiento de los ciento y un escritos que componen los autos.

La Constitución de 1978, en el art. 120, 1, ha elevado al rango fundamental el principio de publicidad, no sólo en el proceso penal sino en todos los procesos, pues el artículo no distingue. Pero la novedad se refiere a la constitucionalización del principio de oralidad en el art. 120, 2: "El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal."

La constitucionalización de la oralidad ha sido criticada doctrinalmente. Para PRIETO CASTRO este principio respecto del orden civil "pugna con las últimas tendencias legislativas, que por multitud de factores se estaban inclinando, según nos es conocido, al principio contrario, al de escritura, para muchas actuaciones procesales".⁵¹ Por nuestra parte hemos de reconocer que, a pesar de la importancia que el principio tiene, el rango constitucional es exagerado, aunque posiblemente conveniente para romper la tendencia legislativa a suprimir actos orales convirtiéndolos en escritos y para marcar la ruptura con la tradición.

Dicho lo anterior, no parece que este párrafo de la Constitución sea una amenaza de "demolición de la Administración de Justicia",⁵² aunque sí sería deseable que contuviera el germen de una "revolución procesal", y que ésta llegara a ser realidad. El legislador, a la hora de redactar la futura ley de Enjuiciamiento Civil, ha de partir de la base de la oralidad procedimental; lo contrario sería inconstitucional.⁵³

⁵⁰ Hacía referencia GOLDSCHMIDT (*Derecho procesal civil*. Cit., p. 85) a aquella contestación de la demanda:

En primer término, no me has dado dinero alguno,

eso no es verdad.

En segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año.

En tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas.

Y, por último, ha prescrito ya, y está pendiente el juramento.

⁵¹ PRIETO CASTRO. *Constitución y justicia*, en "Temas del derecho actual y su práctica", cit., p. 44; también DE LA OLIVA. *La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978*. en RDrProIb, 1978, 2-3, p. 411.

⁵² DE LA OLIVA. Op. ul. cit.

⁵³ Cuando leemos en DE LA OLIVA (p. 410) que "los litigios complicados de las modernas relaciones sociales necesitan un estudio mayor por parte del juez o

VI. LAGUNAS MÁS IMPORTANTES

No pretendemos ofrecer un elenco completo de las lagunas de la LEC —lo que exigiría un esfuerzo desproporcionado a los fines pretendidos—, sino simplemente poner de manifiesto las más evidentes.

a) A las partes se dedica únicamente el art. 2, quedando sin resolver todo lo relativo a sociedades irregulares, uniones sin personalidad y patrimonios autónomos, y existe un gran vacío sobre la sucesión procesal. Más grave todavía es el silencio legal sobre la pluralidad de partes y la intervención de terceros; la jurisprudencia ha delimitado las figuras del litisconsorcio, pero en la intervención estamos todavía en los inicios⁵⁴

b) Inexplicablemente la LEC no regula los actos de disposición; el allanamiento, la renuncia, el desistimiento (contemplado en los recursos pero no en la primera instancia) y la transacción, son consecuencias del principio dispositivo, y sin embargo una ley basada totalmente en él no se refiere a ellos.

c) Al mismo tiempo en la indeterminación queda todo lo relativo a la paralización del proceso,⁵⁵ y especialmente la prejudicialidad.

d) Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han elaborado y aplicado la llamada acción declarativa pura, y hoy estamos en los inicios del reconocimiento de la condena de futuro.⁵⁶

e) A pesar de que sobran procesos especiales, falta la regulación del monitorio, cuya introducción ha sido solicitada por la doctrina española con reiteración.⁵⁷

f) En el proceso de ejecución es laguna fundamental la oposición a la ejecución. Se regula la oposición de terceros (las tercerías), pero no la

tribunal con un eficaz asesoramiento de expertos y con el delicadísimo respeto a las oportunidades procesales de cada parte”, tenemos la sensación de que el derecho procesal no ha avanzado en los últimos treinta años. Nos parece estar leyendo las *Observaciones* del Colegio de Abogados de Madrid a la Instrucción del marqués de Gerona; también el colegio estimaba que cuando los pueblos crecen los litigios se complican, que las dilaciones son la principal garantía de la justicia y que la seguridad del juicio exige muchas solemnidades.

⁵⁴ La bibliografía sobre estos temas y los que siguen puede verse básicamente en RAMOS. *Derecho procesal*. Barcelona, 1978.

⁵⁵ GUASP. *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*. en RDpro, 1951, pp. 379 y ss.

⁵⁶ PRIETO CASTRO. *La acción declarativa*. Madrid, 1932; FRAGA IRIBARNE. *La acción meramente declarativa*. Madrid, 1951. A partir de la sentencia de 21 de febrero de 1941 (ponente CASTÁN) se habla de acción de mera declaración (FRAGA, *op. cit.*).

⁵⁷ Las citas serían muy complejas, pero basta aludir a BECEÑA, BUN y SORIA, PRIETO CASTRO, GUASP, FAIREN, G. DE CABIEDES, TOMÁS VALIENTE.

oposición del ejecutado, a pesar de que en la LEC hay indicios de que éste ha de tener la posibilidad de resistir, en alguna medida, a la ejecución; esos indicios se refieren a los recursos: arts: 949, 1531 y 1695.

g) Institución de tanta importancia práctica como el reembolso o concurrencia de embargos sobre un mismo bien, es totalmente desconocida en la LEC, con lo que se plantean problemas de muy difícil solución; por ejemplo ¿puede pasarse a la realización forzosa en el segundo proceso de ejecución constante el embargo del primero?⁵⁸

h) En este orden de cosas falta regulación legal de la administración judicial; el art. 1450 se refiere únicamente a la rendición de cuentas.

i) En la realización forzosa mientras que la enajenación está regulada. aunque con gravísimos defectos, la adjudicación y la administración forzosas lo están muy insuficientemente.

j) Por asociación de ideas, si en el proceso cautelar se regula la intervención judicial de los bienes litigiosos a la que no hace referencia la LEC.

k) En esta rápida enumeración cabe hacer por último una referencia a la ejecución provisional. La LEC alude en ocasiones a este tema, pero son simples alusiones (arts. 391, 1786, 1615, 1659, 1685), faltando una regulación sistemática. No cabe esperar que la ley nos resuelva el grave problema de la naturaleza jurídica de la ejecución provisional,⁵⁹ pero sí es necesaria una regulación completa de sus presupuestos (competencia, títulos, caución), del procedimiento, de su contenido (normalmente por remisión a la ejecución ordinaria) y sobre todo de los efectos de la revocación de la sentencia sobre los actos de ejecución realizados.

VII. SUPUESTOS DE REGULACIÓN DEFECTUOSA

Los defectos de la LEC, en ocasiones, son consecuencia inevitable de los principios que la informan; por ejemplo, si se parte del principio de escritura aparece el pliego de posiciones y los escritos de preguntas y respuestas, que son como una camisa de fuerza que impide los movimientos en las pruebas de confesión y testifical. En otros casos los defectos tienen sustantividad propia. En estos últimos centraremos nuestra atención.

a) El beneficio de pobreza es un atentado, no ya a la Constitución (arts. 24 y 119), sino a la justicia misma. Su regulación responde a la idea de que su concesión es una cuestión de caridad, y por tradición cultural española, de caridad cristiana o católica.⁶⁰

⁵⁸ CARRERAS. *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957.

⁵⁹ PÉREZ GORDO. *La ejecución provisional en el proceso civil*. Barcelona, 1973.

⁶⁰ Vid. por ejemplo MANRESA. *Comentarios*. I, cit., p. 75, y Miguel y ROMERO. *Derecho procesal teórico*. II, Madrid, 1934, p. 408.

b) Las cuestiones de competencia, especialmente la inhibitoria, dan lugar a un procedimiento que puede ser más complicado que el propio proceso sobre el fondo del asunto.

c) El auxilio judicial tiene en la LEC tres tipos de complicaciones. El primero es terminológico, pues la distinción entre suplicatorio, exhorto, carta-orden, mandamiento, exposición, comisión rogatoria, etc., carece de sentido. El segundo es la no posibilidad de comunicación directa entre órganos de distinta categoría, lo que supone pérdida inútil de tiempo y dinero. El tercero se refiere a su no cumplimentación de oficio; los órganos judiciales se comunican a través de las partes, con lo que el dominio procesal de éstas se lleva al absurdo.

d) La colaboración de los ciudadanos con la justicia no está suficientemente considerada obligatoria con carácter general; así ocurre por ejemplo con la presentación o exhibición de documentos (art. 603), o con la incomparecencia de testigos y su negativa a declarar (art. 643). El art. 118 de la Constitución abre nuevas perspectivas.

e) La prorrogabilidad de los plazos (art. 306) es inadmisibile. Si la duración de los plazos se adecua al acto que en él debe realizarse, las prórrogas carecen de sentido.

f) La forma de las sentencias y autos con sus resultados y considerandos, atenaza estas resoluciones en párrafos cerrados basados en el gerundio, lo que en ocasiones las hace incomprensibles. La aplicación que se hace del art. 372 ha conducido a la falta de motivación fáctica de las sentencias.⁶¹

g) La regulación de las costas adolece de falta de un criterio general y además de dispersión; hay demasiados artículos con criterios especiales. Es también inadmisibile que el proceso se use como instrumento de recaudación fiscal y como medio para nutrir las arcas de mutualidades de previsión de funcionarios judiciales, de abogados y procuradores.

h) Hay que aclarar y sistematizar los supuestos de inadmisibilidat de la demanda por falta de presupuestos procesales, haciendo que éstos sean estimados de oficio inicialmente por el juzgador. Ello supondría la posibilidad de subsanación del defecto. El art. 72 de la ley de Procedimiento Laboral o el art. 129 de la denominada ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pueden servir de modelo para la solución correcta. El de la subsanación es uno de los temas más imperfectos de la LEC, que la admite en casos particulares (arts. 3, II, 29, 1537, 1618, por ejemplo), pero falta la regla general.

⁶¹ Llama la atención que el Tribunal Constitucional, a pesar del art. 80 de su ley orgánica de 3 de octubre de 1979, haya hecho caso omiso del art. 372 de la LEC, dando lugar a un caso de incumplimiento evidente de la ley.

i) La reconvencción aparece regulada de manera dispersa e incompleta, y así ha sido posible discutir en torno a la denominada reconvencción implícita. La tradición española ha conducido a la admisión de esta figura con extraordinaria amplitud, sin necesitar conexión objetiva entre la pretensión principal y la ejercitada en la reconvencción.

j) En la LEC se han confundido y mezclado la confesión y el juramento,⁶² dando lugar al absurdo científico y religioso del juramento indecisorio, que sin embargo es el único que tiene práctica. De ahí que la jurisprudencia se haya visto obligada a desconocer de hecho las normas legales de valoración de esta prueba.

k) El tema de los incidentes es motivo de grave preocupación. En primer lugar la LEC regula multitud de incidentes con procedimiento específico (inhibitoria, acumulación, recusación, impugnación de la cuantía, etc.). En segundo lugar la regulación general es un reconocimiento de impotencia; el propio MANRESA reconocía que era imposible impedir las dilaciones debidas a la "travesura o mala fe de los litigantes",⁶³ y de ahí que desistiera de ponerles coto.

l) La proliferación de procesos especiales en la LEC conduce a una situación caótica y en ocasiones sin sentido. Por el contrario no hay regulación suficiente del proceso civil no dispositivo (sólo la alusión del art. 483, 3º) lo que ha obligado a que recientemente las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 regulen la materia, por cierto sin técnica procesal ni sentido lógico.

ll) El recurso de casación es un laberinto en el que priva el formalismo sobre la justicia. Por ejemplo, la distinción entre violación, interpretación errónea y aplicación indebida, es una trampa que ha obligado a abogados y magistrados a esfuerzos inútiles para el fin de la justicia; a estas alturas lo que sea el documento auténtico sigue siendo un misterio.

m) El proceso cautelar está regulado de manera dispersa y fragmentaria. Falta una regulación sistemática de las cauciones, las medias con relación a las personas aparecen en la jurisdicción voluntaria y en el código Civil, el secuestro está simplemente aludido y la potestad cautelar genérica del art. 1428 enormemente dificultada; falta regulación de las medidas para asegurar las obligaciones de hacer y de no hacer, y todo lo relativo a las reseñas, inventario, oposición de ellos, etc.

⁶² PRIETO CASTRO. *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre confesión judicial civil*, en "Estudios y comentarios", cit., I, pp. 195 y ss., GÓMEZ ORBANEJA. *Derecho*. I, cit., pp. 331-4. Últimamente BONET. *La prueba de confesión en juicio*. Barcelona, 1979, pp. 47 y ss.

⁶³ MANRESA. *Comentarios*. III, Madrid, 1887, p. 546.

n) El proceso de ejecución es la parte más débil de la LEC. Los defectos son tantos y tan graves que es difícil hacer relación, pero destaquemos:

1. La ejecución de obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, está preordenada a la ineficacia por faltar los elementos de coacción.

2. No hay mención de las astringencias y costringencias.

3. Ante la ocultación de bienes por el deudor, el acreedor está indefenso.

4. El orden de prelación de bienes a embargar responde a criterios económicos de una sociedad rural.

5. La relación de bienes inembargables se encuentra en multitud de disposiciones.

6. El embargo de frutos y rentas es insuficiente.

7. El de muebles se reduce al depósito y el de semovientes queda en el vacío.

8. El de sueldos carece de garantías.

9. La subasta de un sistema propicio para malvender bienes.

10. La entrega de los bienes al mejor postor no está garantizada.

Ante este panorama, muy someramente descrito, creemos que muy poco de la regulación actual de la ejecución forzosa puede conservarse. La tradición es, aquí también, contraria a la eficacia de la justicia.

VIII. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL

Hasta aquí un examen crítico de la ley de Enjuiciamiento Civil. Antes de seguir exponiendo la evolución de la legislación procesal civil española durante el último siglo, es necesario advertir que no toda la doctrina está de acuerdo con la crítica que hemos efectuado. En realidad hay que distinguir varias etapas en la actitud de la doctrina frente a la Ley.

La promulgación de la ley de Enjuiciamiento Civil, el 3 de febrero de 1881, produjo de manera inmediata una reacción contraria en los ambientes forenses. Basta repasar las páginas de las revistas especializadas de la época para comprobarlo; en sus páginas ROMERO GRÓN, GONZÁLEZ DE ALBA, AMAT, FÁBREGA, VARELA, COVIAN, RIVES y MARTÍ manifestaban su aspiración a introducir en la Ley reformas más o menos profundas.

Los deseos de reforma tuvieron una, digamos, segunda oleada alrededor de los años treinta, en los que los más destacados procesalistas hicieron blanco de sus ataques bien a la LEC en su conjunto, bien a aspectos parciales de ella. Hay que citar aquí a FÁBREGA, XIRAU, MARCOS PELAYO, BECEÑA, LÓPEZ ORTI, MIGUEL Y ROMERO, ALCALÁ-ZAMORA, PRIETO CASTRO, GUASP y tantos otros.

Desde entonces no han faltado manifestaciones críticas y reformistas, pero lo cierto es que el centenario de la LEC ha coincidido con un cambio general en el tono de las críticas, pudiendo registrarse una cierta aspiración a dejar las cosas como están, a mantener; se habla así de introducir reformas, pero dentro de la tradición, de reformar la LEC, pero manteniendo sus principios; de un elemental respeto a nuestros predecesores, de la conveniencia de no romper con el pasado.

Tanto han cambiado las cosas que ahora se habla casi cariñosamente de “nuestra ley antañona”, y se la considera “un verdadero monumento legislativo”. Las aspiraciones se han reducido; no se trata ya de sustituir la LEC vigente por otra de nueva planta, sino de que “la reforma debe llevarse a cabo actualizando la Ley, lo que supone añadirle algunos preceptos que den solución a problemas contemplados por la jurisprudencia y por la doctrina, de una parte y de otra podarla de algunos trámites”.⁶⁴ En este orden de cosas ha podido realizar SERRA un “Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en el que se defiende que es imprudente abordar una reforma *ex novo* de la misma, estimando conveniente, por el contrario, su corrección y actualización.⁶⁵

El autor más representativo de este cambio de mentalidad es posiblemente PRIETO CASTRO.⁶⁶ En 1939 insistía en que el “apego absurdamente exagerado a la tradición” hizo que la LEC fuera “una resurrección del Derecho común en el siglo xx”.⁶⁷ Sin embargo en 1965 ya hablaba de “un elemental respeto a nuestros predecesores” y “de la conveniencia de no romper con el pasado”,⁶⁸ para sostener en 1981 que “en cuanto a los principios inspiradores creemos que no hay mucho margen para la crítica en la Ley vigente”.⁶⁹

Para nosotros esta actitud de defensa de la ley de Enjuiciamiento Civil es difícilmente comprensible. Es posible que la Ley fuera adecuada al momento histórico en que se promulgó, pero aunque ello fuera cierto, lo que por nuestra parte no admitimos ni siquiera a efectos dialécticos, es indudable que la evolución de nuestra legislación procesal civil está probando todos los días su inadecuación al momento presente.

Esa evolución puede sintetizarse diciendo que toda ella responde a la necesidad de huir de la ley de Enjuiciamiento Civil, y principalmente de

⁶⁴ FENECH. *Patología procesal y orgánica*. En “Estudios” cit. (con CARRERAS), p. 98.

⁶⁵ SERRA. *Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Inédito, VIII.

⁶⁶ PRIETO CASTRO. *Notas preliminares para una reforma de la justicia*. En Universidad, 1939, enero-maizo, p. 159.

⁶⁷ PRIETO CASTRO. *Exposición de derecho procesal civil*. t. I, Zaragoza, 1941, p. 30.

⁶⁸ PRIETO CASTRO. *Puntos de vista generales sobre la reforma de las leyes de justicia*. En “Temas de derecho actual y su práctica”, Salamanca, 1979, pp. 238 y 239.

⁶⁹ PRIETO CASTRO. *La Ley de enjuiciamiento Civil en su centenario*. Salamanca, 1981, p. 27.

su juicio de mayor cuantía, por la imposibilidad de hacer frente con él a las nuevas necesidades. Esta huida se ha realizado en dos direcciones.

En primer lugar se ha ampliado el ámbito de aplicación de los otros procesos ordinarios, incluso creando uno nuevo en 1944, y en este orden el tope cuantitativo divisorio de los juicios de mayor y menor cuantía ha pasado de 1.500 pesetas a 500.000, y hoy se habla de elevarlo a 10.000.000. Parte de nuestra doctrina pretende convertir el juicio de menor cuantía en el juicio tipo,⁷⁰ pero olvida, en mi opinión, que dicho juicio no responde ya a los principios informadores de los procesos plenarios rápidos, y que el conjunto de la ley de Enjuiciamiento Civil descansa en un proceso escrito y formalista.

En segundo lugar, y ello es más significativo, se ha procedido a la creación de multitud de procesos especiales que quedan fuera de la LEC. No podemos hacer aquí relación de todos ellos, pero baste señalar que en ellos se incluyen materias tan importantes como las sociedades anónimas, la propiedad industrial, los arrendamientos rústicos y urbanos, el divorcio y la paternidad y filiación, la propiedad horizontal y los derechos fundamentales. Fuera de la LEC se encuentra un proceso tan importante como el de trabajo, en el que las demandas se cuentan por centenares de miles.

⁷⁰ Así SENTÍS Melendo, *El juicio de menor cuantía (Comentarios a un Decreto)*, en *Revista de los Tribunales*, 1931, pp. 329 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA, en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 228; GUASP, *Comentarios*, II, cit., p. 830, y sobre todo FAJEN que ha expuesto esta opinión en sus obras históricas y de crítica de proyectos legislativos, y así por ejemplo *La historia del proceso civil y la reforma de la justicia*, en "Temas", cit.