

REPARTO DE FUNCIONES ENTRE JUEZ Y SECRETARIO EN LA EJECUCION

Juan F. Garnica Martín

Magistrado. Profesor Ordinario de la
Escuela Judicial

ÍNDICE

1. Introducción. 2. Los condicionantes: el modelo de oficina en la reforma orgánica. 3. El reparto de funciones en la ejecución: líneas generales y competencia residual del Secretario. 4. El concurso de oficios en el despacho de la ejecución. 5. El reparto de funciones en la sustanciación de los incidentes. 6. El problema de la tercería de dominio. 7. La tasación de costas y su impugnación. 8. El sistema de impugnaciones en la ejecución

1. INTRODUCCIÓN

Se dice en el preámbulo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que el objetivo fundamental que se ha propuesto el legislador es regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro. La idea inspiradora de la reforma, se precisa, ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales. Y falta que hacía, podríamos añadir los que durante años hemos sufrido la indefinición en la que hemos tenido que trabajar y que es una fuente constante de problemas.

Como nos resulta de sobre conocido, nuestro modelo de enjuiciamiento civil ha venido siendo en los últimos decenios un modelo poco claro en el que

los oficios de Juez y Secretario se mezclaban aunque de manera un tanto incierta. El juez ocupaba una clara situación de predominio, como no puede ser de otra manera, pero en el que la actividad de colaboración que se le quiso atribuir al Secretario judicial a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985, con la introducción de las diligencias de ordenación y las propuestas de resolución, adolecía de claridad. El legislador de 1985 no se atrevió a apostar decididamente por el Secretario judicial como un verdadero órgano de ordenación del proceso, a romper de una vez por todas con nuestro modelo secular de Secretario judicial concebido casi exclusivamente como un órgano de documentación y fe pública. Pero sí que puso la primera piedra en el camino correcto, en el camino de dotar a este oficio de un contenido que realmente justifique el grado de formación técnica que se le exige a este cargo. La LOPJ de 1985 empezó a mostrar una inclinación clara hacia la idea de dotar de contenidos efectivos (no puramente formales) al oficio de Secretario judicial y en ese sentido es preciso aplaudirla, aunque no fuera suficientemente atrevida y se quedara corta.

El paso dado tuvo continuidad con la reforma de la propia LOPJ por virtud de LO 19/2003, de 23 de diciembre, de la que directamente trae causa la reforma que introduce la Ley 13/2009. Si en el modelo de 1985 no puede hablarse bien claramente de un proceso con dos cabezas, en el modelo orgánico que se establece en 2003 ya se establece claramente ese principio organizativo, no sólo de nuestras oficinas judiciales, sino fundamentalmente, y esto es lo que aquí ahora nos interesa, en la gestión y ordenación del proceso. En el modelo de la LOPJ de 1985, enucleado en torno a las propuestas de resolución, la labor de ordenación del secretario tenía dos ámbitos: uno de muy poco calado, lo que se dio en denominar como ordenación formal del proceso, que era el único que le competía en exclusiva, y que podía llevar a cabo a través de las diligencias de ordenación; el segundo, el de la ordenación material, era el campo de las propuestas de resolución, un ámbito en el que coincidían los oficios judicial y del secretario, en un equilibrio inestable, como dos oficios en colaboración.

Sobre el papel, la idea no era mala, pues buscar la colaboración de estos dos oficios no parece un serio inconveniente. Los problemas que ese sistema planteaba eran diversos: de una parte, el sistema se rompía en cualquier entorno de conflicto entre los dos oficios y tendía a alimentar ese conflicto; de otro, un sistema como ése sólo era admisible en el entorno de un modelo de oficina como el vigente en esos momentos, esto es, en un modelo de oficina concebida como pequeños "Reinos de Taifas". Cuando el Legislador se plantea cambiar ese modelo organizativo de las oficinas parece evidente que el modelo ideado en 1985 no podía seguirse manteniendo.

Si el propósito legislativo era evidente que pasaba por la idea de romper el modelo organizativo de microoficinas con dos cabezas a su frente, la del

Juez y la del Secretario, consecuencia de ello es que el modelo de gestión procesal se tenía que organizar de una forma distinta que a través de ese sistema de colaboración estrecha entre los oficios, esto es, de colaboración en cada acto. Por esa razón el modelo de colaboración que se idea en la reforma de 2003 es completamente diferente, es un modelo de colaboración menos estrecha, algo más distante (o de colaboración a distancia, podría decirse), lo que va a comportar las siguientes consecuencias:

a) De una parte, obliga a definir mucho mejor las atribuciones o competencias e cada uno de los oficios.

b) De otra, propicia los conflictos entre ambos oficios. En el sistema anterior esos conflictos potenciales se sofocaban con extraordinaria rapidez porque el oficio judicial tenía la posibilidad de ahogar y prácticamente anular al oficio de Secretario¹. Eso ya no podrá seguir pasando ahora, afortunadamente, se podría decir.

Por otra parte, ese reparto de competencias, el potencial surgimiento de conflictos y el modelo mismo de solución de conflictos dependen en gran medida de la forma en la que finalmente se acaben organizando las nuevas oficinas judiciales. El modelo organizativo que se adopte no es neutro desde la perspectiva de los problemas que me propongo analizar sino que los puede condicionar en gran medida. Por esa razón parece imprescindible comenzar por el examen de ese concreto modelo, al menos hasta donde resulta conocido o es posible conocer o al menos intuir ahora, en los inicios de febrero de 2010, es decir, bastante poco. Y lo que acabo de decir tiene que ver con algunas incertezas que plantea el modelo organizativo legal y que estudiaré en el apartado siguiente.

2. LOS CONDICIONANTES: EL MODELO DE OFICINA EN LA REFORMA ORGÁNICA

La reforma orgánica se estableció en la LO 19/2003, de 23 de diciembre. Sobre ese diseño los cambios introducidos por LO 1/2009 son de escasa trascendencia y se limitan a establecer un nuevo párrafo al Art. 438.5 con el siguiente contenido:

<<En aquellos partidos judiciales en que el escaso número de órganos judiciales lo aconseje, el mismo Secretario Judicial de la unidad procesal de apoyo directo podrá estar al frente de los servicios comunes procesales que se constituyan con las funciones relacionadas en el apartado 3 de este artículo>>.

Muy resumidamente, en el nuevo diseño de la oficina se puede decir que existirán dos tipos de servicios bien diferenciados: de una parte, las Unidades

¹ Bastaba con no aceptar o firmar las propuestas de resolución para que éstas no llegaran a cobrar eficacia alguna.

Procesales de Apoyo directo al Juez (Art. 437); de otra, los diversos servicios comunes procesales (Art. 438).

Las Unidades de Apoyo directo constituyen verdaderos “residuos” de nuestros actuales juzgados u oficinas judiciales; los servicios comunes no parecen ser, al menos en la mente del legislador de 2003, otra cosa que una generalización de los diversos servicios comunes creados en grandes ciudades durante los últimos años. Como gran diferencia organizativa entre esos dos tipos de oficinas hay que señalar que, mientras que en la primera se encuentra a su frente un juez y un secretario², en la segunda sólo se encuentra un Secretario judicial (Art. 438.5).

El Art. 438.3 LOPJ determina cuál puede ser el objeto de los servicios comunes: a) registro y reparto; b) actos de comunicación; c) auxilio judicial; d) ejecución y e) jurisdicción voluntaria. Por otra parte, la creación de esos servicios comunes no es indispensable sino que se deja en manos de lo que disponga la autoridad administrativa (Ministerio de Justicia y CC AA) a instancias de las Salas de gobierno y Juntas de jueces.

Junto a esos servicios que el Legislador ha dispuesto expresamente, también ha dejado la puerta abierta para que se puedan crear otros distintos, entre ellos el de ordenación del proceso, si bien con el informe favorable del Consejo General del Poder Judicial.

La primera impresión que, en mi opinión, resulta de ese “nuevo diseño” de la oficina judicial es que aquí hay poco de diseño y ninguna novedad. La primera impresión es que todo ha de seguir siendo más o menos lo mismo, con juzgados más ligeros de personal y con la posible creación de algunos servicios comunes (¡que ya se verá cuándo, cómo y cuántos!). En definitiva, que después de tantos años discutiendo sobre la reforma de la Oficina judicial, de tantos esfuerzos, se corre el riesgo de quedarnos muy cortos. En realidad no se ha roto nuestro secular, anticuado, ineficaz y casi increíble modelo de oficina, basado en la idea de “Reinos de Taifas”. Los “juzgados” van a seguir perviviendo en nuestro futuro próximo más cercano, a no ser que se modifique el modelo de la LOPJ, lo que no parece probable que vaya a suceder en un futuro inmediato. Lo que no sabemos con seguridad es de qué se van a ocupar en realidad esos Juzgados y salas de Tribunales, particularmente, si van a seguir desarrollando el trámite de la fase declarativa del proceso y del recurso. No parece razonable que sea así, dado que se da por hecho que se va a crear un Servicio Común de Tramitación procesal.

Me extiendo en este punto porque me da la impresión de que es de una importancia capital para conocer qué tipo de oficinas vamos a tener en el futuro próximo. En lugar de haber modificado la Ley Orgánica para suprimir las Unidades u oficinas de apoyo, que son una rémora del pasado y un gran

² Que podrá ser compartido con otras Unidades de Apoyo.

inconveniente para la creación de verdaderas oficinas judiciales modernas, parece que se quiera actuar vaciándolas de contenido efectivo³. En mi opinión, no debe ser ése el camino porque los inconvenientes van a ser muchos más que las ventajas. Hay que modificar la Ley Orgánica y no comenzar el proceso de cambio con ese condicionante tan importante sin resolver.

Bien, pero lo que nos toca ahora no es imaginarnos lo que podría haber sido la situación de nuestras oficinas si las cosas se hubieran hecho mejor sino imaginarnos la situación de nuestras oficinas a partir del diseño legamente vigente o del que presumiblemente se vaya a desarrollar. Y el panorama no me parece demasiado esperanzador. La razón está en que no vamos a tener un modelo claro sino una pluralidad de modelos muy diferenciados entre sí. No sé bien si es esto es lo que ha querido el legislador cuando en el Art. 436.3 LOPJ habla de que el modelo de oficina será “flexible”. No creo que la idea de “flexibilidad” haya querido ir por ahí y, más que flexibilidad, me atrevería a decir, que lo que va a haber es variedad.

Y yendo ya a la ejecución, lo trascendente es que aquí sí que está previsto que se “puedan” crear servicios comunes, de manera que es posible que nos encontremos dos escenarios bien diferenciados:

a) De una parte, el de aquellos territorios en los que no se juzgue adecuado crear esos servicios comunes, particularmente en partidos judiciales pequeños y de tipo medio o bien en territorios en los que la autoridad administrativa competente no quiera crear esos servicios comunes, sea porque no se lo hayan pedidos las Juntas de jueces o las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia o por falta de voluntad propia.

b) De otra, el de los territorios que hayan procedido a crear el servicio común de ejecuciones.

Si no se crea el Servicio Común de Ejecución (SCE), la siguiente duda que se suscita es la siguiente: ¿deberá conocer de la ejecución la Unidad de Apoyo directo o bien el Servicio Común de Tramitación, en el caso de existir?

Aunque no hay una norma de atribución de la competencia residual, dado que los servicios de apoyo directo van a ser los directos sucesores de las actuales oficinas, parece que son los llamados a seguir asumiendo las competencias que no se establezcan a favor de concretos servicios comunes. Cosa distinta es que los diversos servicios comunes previstos se tengan que crear como unidades diferenciadas entre sí, que no me parece que deba ser así, de manera que nada impediría la creación de un servicio común único con pluralidad de funciones (tramitación, ejecución, auxilio, etc.).

³ En efecto, si la tramitación de la fase declarativa no se va a atribuir a esas oficinas de apoyo, ¿cuáles van a ser sus competencias? ¿Es preciso crear esas unidades y atribuir entre su dotación varios funcionarios y un Secretario judicial si sus únicas atribuciones van a ser puramente administrativas? Creo que es evidente que no.

Lo que sí sabemos, porque la propia LOPJ lo precisa, es que al frente de los servicios comunes se encuentra un Secretario, nunca un Juez, a diferencia de lo que ha venido ocurriendo hasta ahora con algunos servicios comunes de ejecución que se han ido creando. Y también sabemos que al frente de las Unidades de apoyo directo al Juez también se encuentra un Secretario, además de un Juez, lógicamente. Este secretario puede ser común a diversas unidades de apoyo (Art. 437.3 LOPJ). Lo que, en cambio, no nos dice la LOPJ es que un mismo Secretario pueda simultanear la jefatura de diversos servicios comunes, ni tampoco que el Secretario de un servicio común pueda serlo a la vez de una Unidad de Apoyo, lo que en poblaciones pequeñas puede suponer un serio problema.

Por otra parte, en el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, del Consejo General del Poder Judicial, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, concretamente en su Art. 107, se prevé la posibilidad de establecer servicios comunes de “las oficinas comunes de apoyo a una o varias oficinas judiciales”⁴.

En suma, de lo que llevamos dicho se deriva que en la práctica no vamos a tener un modelo de Oficina judicial uniforme sino una diversidad de modelos. Y la cuestión tiene trascendencia práctica importante a la hora de imaginar el funcionamiento del sistema porque no siempre será posible que todas las unidades y servicios comunes compartan sede física. No será improbable que el servicio común de ejecución se deba situar en un edificio distinto al aquel en el que se encuentra el juez del que dimana la resolución a ejecutar. Y ello no sería un problema si en el servicio común se encontrara el oficio judicial, pero lo es porque no es así sino que en el servicio común únicamente se encuentra el oficio de Secretario, así como los demás correspondientes a los diversos cuerpos auxiliares; en el Servicio Común de Ejecución sólo se encuentra presente el oficio de Secretario, de manera que ello vendrá a complicar de manera notable la gestión de los procesos porque, como veremos, en la ejecución sigue siendo necesario el concurso de los dos oficios. Y aunque la presencia del oficio judicial se haya aligerado en alguna medida, aún sigue teniendo una importancia esencial, de manera que no va a ser nada infrecuente la necesidad de que sea requerida en la ejecución la actuación del Juez.

3. EL REPARTO DE FUNCIONES EN LA EJECUCIÓN: LÍNEAS GENERALES Y COMPETENCIA RESIDUAL DEL SECRETARIO

⁴ En definitiva, si bien con ello no se termina rompiendo con la idea de que cada Juez es un Juzgado, que aún sigue latiendo como trasfondo del modelo orgánico de oficina judicial, y que me parece absurda, sí al menos se minimiza su impacto y queda reducida a una ficción, a una idea puramente formal. Pero me parece que hubiera sido mucho más acertado romper con la idea de asimilación Juez-Juzgado y pasar a la de oficina judicial única por especialidades u órdenes jurisdiccionales.

Cuando nuestro legislador se ha planteado la oportunidad de extraer del ámbito judicial la actividad de ejecución de sus resoluciones, como ocurre en algunos países, inmediatamente se le ha recordado que nuestra Constitución lo impide. En efecto, el Art. 117.3 CE establece que <<el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales>>. Por consiguiente, a partir de ese postulado constitucional, no resulta posible desjudicializar completamente la ejecución, como a veces se ha querido. Pero, por otra parte, también se ha dicho, y con total acierto, que esa norma no impide una parcial desjudicialización y se ha llamado la atención sobre el propio tenor literal de la misma, que no habla de <<ejecutar>> sino de <<hacer ejecutar>>. A partir de esa distinción se ha dicho que lo único que se encuentra en el núcleo de la actividad jurisdiccional, y por tanto no admite desjudicialización, es la orden de ejecución. El problema está en poder determinar qué integra la orden de ejecución.

Hasta ahora sólo había habido necesidad de acudir a estos conceptos para resolver los problemas que se plantean en la ejecución de las resoluciones dimanantes de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la penal, por la importante coparticipación que en las mismas ha venido desempeñando siempre la Administración. Más recientemente se ha tenido que tener presente ese concepto a la hora de hacer el reparto entre el oficio judicial y el del Secretario en la reforma del modelo legal de ejecución operado por la Ley 13/2009. Y en el futuro va a seguir siendo un factor determinante de vital importancia a la hora de interpretar el sistema legal y resolver las dudas que en su aplicación se susciten.

Centrándonos en lo que concierne a la ejecución civil, ámbito al que voy a referirme en exclusiva, el cambio de modelo legal ha sido muy importante, aunque con acierto pueda pensarse que en buena medida el cambio ya estaba hecho previamente en la práctica y que el legislador no ha hecho otra cosa que trasladarlo al marco legal, darle carta de naturaleza, lo que tampoco es poco. El punto de partida para conocer cuáles son las atribuciones del Secretario judicial en la ejecución se encuentra en el Art. 456.3 a) LOPJ, en su texto procedente de la reforma por LO 19/2003. Lo que hizo nuestro legislador en aquella norma es atribuir, como punto de partida, todas las competencias para conocer de los actos de ejecución al Secretario, exceptuando aquellas concretas competencias que se reserven a jueces y tribunales.

Por consiguiente, hay que entender que la Ley 13/2009 debía hacer realidad ese postulado de principio de una doble manera: primera, determinando las competencias concretas del Secretario judicial; y segunda, las competencias concretas del Juez. No obstante, la propia Ley Orgánica tiene la virtualidad de establecer un criterio más, el criterio residual. Conforme a él,

para todas aquellas cuestiones no concretamente especificadas, debe entenderse que la competencia le ha sido atribuida al Secretario judicial. Esa atribución residual resulta claramente del tenor literal del Art. 456.3 a) y constituye un primer y esencial principio para resolver las dudas interpretativas que la aplicación de la nueva legislación pueda suscitar.

La justificación de ese criterio de competencia residual a favor del Secretario no puede parecer chocante y se encuentra en el hecho de que, en su mayor parte, la actividad ejecutiva constituye una simple actividad administrativa o de cumplimiento que no entra dentro de lo que se puede considerar “orden de ejecución”, esto es, el núcleo de la actividad jurisdiccional. Eso explica que no se haya considerado que atente al referido principio constitucional de exclusividad la ejecución de las sentencias dictadas por los órganos de lo contencioso cuando la actividad de ejecución la tiene la Administración pública. Por consiguiente, a partir de la constatación de ese principio, se podría incluso decir que nuestro legislador ha pecado de excesivamente timorato al no haber ido mucho más allá incluso en la atribución de competencias al Secretario judicial.

Por otra parte, el de competencia residual no es el único criterio a tomar en consideración para resolver las dudas interpretativas, sino que también hay que tener en cuenta otros principios que pueden resultar tanto del Art. 117.3 CE como de la propia regulación positiva hecha por el legislador y que puede ser considerada a estos efectos como interpretación auténtica del mandato constitucional. Por ejemplo, uno de esos principios es que la admisión a trámite de los incidentes le corresponde al Secretario y que su inadmisión y decisión al Juez.

4. EL CONCURSO DE OFICIOS EN EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN

Ya he anticipado que un principio fuerza que inspira la regulación es el de que la orden de ejecución debe quedar reservada para los órganos integrantes del poder judicial, esto es, exclusivamente para Jueces y Tribunales. Consecuencia de ello es que forzosamente el oficio judicial debiera encontrarse presente en el despacho de la ejecución con una función de control. A diferencia de lo que ocurre en la fase declarativa, en la que no se ha visto inconveniente alguno para atribuirle al Secretario la admisión a trámite de la demanda, en la ejecución se ha considerado que no podía ser igual, probablemente porque se ha considerado que el despacho de la ejecución, cualquiera que sea el título en el que se funde (judicial o extrajudicial) es una verdadera decisión de fondo, la decisión más importante de la ejecución. En ella se constata que concurren todos los presupuestos para la apertura del proceso y (esto es lo más trascendente) se ordena el cumplimiento, esto es, se

ordena el uso de la fuerza pública para imponer el exacto cumplimiento del título, lo que puede equivaler tanto como a una autorización para poder entrar en el patrimonio del deudor o bien para vencer su resistencia al cumplimiento.

Literalmente interpretado, el mandato constitucional sólo aparece referido a título judiciales (*lo juzgado*) justamente aquellos que menos exigirían la efectiva presencia del oficio judicial en el despacho porque la orden de ejecución se podría haber dispuesto que se anticipara y que se incorporara a la propia resolución o a la expedición del título ejecutivo. Probablemente no hubiera sido necesario disponer la presencia del oficio judicial en el despacho y hubiera bastado con instaurar su presencia en la expedición formal del título ejecutivo como se hace en el derecho italiano. De manera que la cuestión podría pensarse que se reducía a determinar si en el despacho de títulos extrajudiciales resultaba indispensable el *officio judicis*. Ya he anticipado que la decisión de despacho no es sólo una decisión procesal sino que es una verdadera decisión de fondo, decisión que se funda en el examen de cuestiones formales, esto es, que concurren los requisitos formales del título, así como de los presupuestos legales exigidos para el despacho, pero que no se queda ahí⁵ sino que esa decisión tiene otro significado importante: el de ser un acto de autoridad dirigido a vencer la resistencia al cumplimiento. Es este último sentido el que permite descubrir la razón por la cual nuestro legislador ha establecido la presencia del oficio judicial en el despacho. Podría decirse que, porque <<hacer ejecutar>> significa que el monopolio para vencer la resistencia a la ejecución le corresponde en exclusiva al poder judicial⁶.

Por otra parte, como en el despacho de la ejecución se han venido mezclando tradicionalmente tres actividades distintas entre sí (el despacho, la traba y la garantía), conceptualmente diferenciables, aunque no diferenciadas en la práctica, el legislador ha deslindado muy bien que única la primera compete al oficio judicial. Las otras dos, la traba y la garantía⁷, son meras actividades de cumplimiento de la orden de despacho; por esa razón no existe inconveniente alguno para que le sean atribuidas al Secretario judicial e incluso a otros oficios, como el de auxilio judicial. Y tampoco plantea mayores inconvenientes la atribución al Secretario de una tercera actividad, la de investigación o averiguación de bienes que puedan ser trabados.

Si se examinan los Arts. 527 LEC (para la ejecución provisional) y 551 LEC (para la definitiva), se puede comprobar que al Juez se le ha atribuido únicamente la orden general de ejecución, quedando reservadas las demás actividades que traen causa de esa orden general para el Secretario judicial. Por consiguiente, en el caso de la vía de apremio, lo que hasta ahora se venía

⁵ Porque hasta ahí no se descubre ninguna razón importante que pueda justificar la no atribución del despacho a un órgano técnico, como es el Secretario judicial.

⁶ A salvo, claro está, del privilegio de autoejecución que tiene la Administración pública.

⁷ Lógicamente, en el caso de obligaciones pecuniarias, aquellas sobre las que más frecuentemente se abre la ejecución.

haciendo comúnmente en una única resolución, el llamado auto despachando la ejecución, se deberá desglosar en al menos dos resoluciones distintas: el Juez deberá limitar su orden a los contenidos que se expresan en el Art. 551.1 y 2 y a continuación deberá el Secretario dictar decreto con los contenidos del Art. 551.3 LEC, esto es, las medidas de localización, traba y garantía de la traba (en su caso).

El Art. 551.3 establece, en un alarde de optimismo no exento de una buena dosis de inocencia, que el Secretario judicial deberá llevar a cabo su cometido “en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en el que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución”. Esa previsión legal será fácil de cumplir cuando Juez y Secretario compartan órgano, lo que hemos visto podría llegar a ocurrir siempre que no se creen los servicios comunes de ejecución; pero será muy difícil que se cumpla caso de que no fuera así; y es prácticamente un quimera en el supuesto de que ni siquiera compartan sede.

4.1. LAS PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS

Las principales dudas que esa conjunción de oficios puede plantear son las siguientes:

1.^a ¿Qué Secretario judicial es el que debe dictar el decreto referido en el Art. 551.3 LEC: el de la unidad de apoyo o el del Servicio Común de Ejecución?

2.^a ¿Qué oficina deberá ocuparse de la notificación a las partes del auto despachando?

3.^a ¿Qué deberá remitirse al Servicio Común de Ejecución: todas las actuaciones, entre ellas toda la fase declarativa o sólo la orden de ejecución y las actuaciones directamente relacionadas con la misma (escrito de solicitud y título ejecutivo –testimonio de la resolución judicial-)?

Comenzando por la primera cuestión, que parece la más sencilla, del propio Art. 551.3 se deriva que debe ser el Secretario “responsable de la ejecución”, lo que no parece dejar lugar para la duda. El procedimiento deberá cambiar de manos inmediatamente y pasar rápidamente del Juez de fondo, que es el mismo Juez de la sentencia, en el caso de títulos judiciales, o bien el Juez al que se le haya repartido el asunto, en el caso de títulos extrajudiciales, a manos del Secretario del Servicio Común de Ejecución. Por consiguiente, la respuesta a la segunda de las cuestiones debe ser consecuente con la urgencia de ese tránsito y por consiguiente, no puede ser la unidad de apoyo quien tan siquiera se ocupe de esa notificación. Lo más razonable es que de ella se ocupe el propio servicio común, tal y como expresamente se ha dispuesto en el Art. 553 LEC.

La tercera de las cuestiones puede parecer algo dudosa porque no se ha dicho nada en la Ley, a diferencia de lo que ocurriera en los trabajos

preparatorios de la reforma procesal que se seguían en el año 2003, que contemplaban que las actuaciones de la fase declarativa permanecieran en el juzgado de origen. El silencio legal yo creo que debe ser interpretado en el sentido de que no cabe romper la relación existente entre la fase de ejecución y la fase declarativa, de manera que deben remitirse al órgano competente para la ejecución todas las actuaciones de la fase declarativa, salvo en el caso de la ejecución provisional en el que lo que habrá que remitir es un testimonio de lo necesario para poder llevarla adelante⁸.

Otra cuestión que podría plantearse es la de si, por razones de urgencia, podrían asumir el Juez del despacho o bien el Secretario de la Unidad de Apoyo las atribuciones o competencias que se han atribuido al Secretario del Servicio Común de Ejecución. No creo que pueda admitirse la posibilidad de que lo asuma el Juez y me parece muy dudoso que lo pudiera llegar a asumir otro Secretario distinto que el del Servicio Común, caso de existir, si bien esa cuestión sería conveniente que se asumiera como posible y que se desarrollara dentro de las instrucciones y criterios que sin duda será indispensable emitir una vez se creen los servicios comunes.

4.2. ¿ESTÁ ABSOLUTAMENTE VINCULADO EL SECRETARIO DE LA EJECUCIÓN POR LA ORDEN GENERAL DE DESPACHO?

Una nueva cuestión que se podría plantear es la de cómo actuar el Secretario de la ejecución ante un auto de despacho en el que se hubiera producido un error material o jurídico. ¿Podría el llegar a devolver a la unidad de apoyo el expediente para que se subsanara el error?

El punto de partida creo que es fácil de enunciar: el Secretario de la ejecución es órgano de cumplimiento de la orden general de ejecución librada por el Juez, de manera que parece impensable que pudiera llegar a adoptar iniciativas tales como la de cuestionar la competencia territorial para conocer de la ejecución o bien la propia procedencia del despacho (por caducidad, irregularidades del título, etc.). Por consiguiente, el Secretario judicial está vinculado por la resolución judicial de despacho y no puede en absoluto cuestionarla. No obstante, creo que sobre esa idea puede hacerse alguna matización sin la cual no se entendería bien. El Secretario de la ejecución está vinculado por la resolución judicial en la misma medida en la que lo está el propio Juez, ni más ni menos. De manera que, en la misma medida en la que el juez puede modificarla a través del instrumento de la aclaración o rectificación (Arts. 214 y 215), el Secretario judicial puede (y debe) colaborar con él para que ello sea posible cuando sea él quien repare en la existencia del vicio o

⁸ Por consiguiente, el Secretario al que se refiere el Art. 527.2 al expresar que debe expedir el testimonio (de la resolución recurrida) antes de hacer la remisión, no puede ser otro que el de la unidad de apoyo.

defecto que pueda determinar la necesidad de esas aclaración o rectificación. Por consiguiente, cuando el Secretario advierta que el auto de despacho no se corresponde con el título ejecutivo o con la demanda ejecutiva porque se ha producido un error en la cantidad o bien en la identidad de los sujetos frente a quienes se produce el despacho, él no podrá por si mismo aclararlo o rectificarlo, pero si debiera instar (dar ocasión) del Juez que lo lleve a cabo.

Más allá de esa simple actividad de colaboración en la subsanación de defectos del despacho, en mi opinión el Secretario judicial no puede plantear ninguna objeción al despacho y debe limitarse a cumplirlo, aunque no lo juzgara procedente.

En cambio, en lo que el Secretario no puede considerarse vinculado es respecto de los eventuales extremos del auto del despacho que rebasen el contenido expresado en el Art. 551.2. Así, a modo de ejemplo, si el auto estableciera la necesidad de requerir de pago al deudor y el Secretario no lo considera necesario (porque no es legalmente procedente) puede seguir su criterio. Puede pensarse que esa circunstancia no resulta fácil que se pueda producir, atendido que es claro que el requerimiento de pago no forma parte del contenido del auto judicial sino del decreto del secretario. No obstante, hay un ámbito que está abonado a que ese problema se pueda producir y es el de la ejecución provisional. Aunque pueda parecer que es posible ordenar el despacho de la ejecución sin esperar a que transcurran los 20 días del Art. 548 LEC, en mi opinión ése es un error que no por frecuente es menos clamoroso e injusto. Creo que el plazo de 20 días se debe aplicar porque no hay ningún motivo serio para no aplicar esa norma de la ejecución definitiva y aplicar otras muchas que no nos planteamos que no sean aplicables. En suma, porque las normas de la ejecución definitiva tienen el carácter de supletorias o subsidiarias en la provisional. Y es injusto no respetar ese plazo porque se somete al deudor a la vejación del embargo sin haberle dado la ocasión del cumplimiento voluntario, con lo que se contraría un principio esencial de toda ejecución judicial, su carácter subsidiario respecto del cumplimiento voluntario. Bien, pues el problema está en desde cuándo se debe iniciar el cómputo del plazo, que no puede ser desde la sentencia, porque una sentencia no firme no crea la obligación de cumplimiento, sino desde el momento de la exigibilidad de la obligaciones, esto es, desde el momento en que se inste la ejecución provisional. Por consiguiente, lo razonable es que sea la Unidad de Apoyo quien comunique al deudor la solicitud de ejecución provisional y conceda plazo de cumplimiento antes de despacharla; no obstante, también podría interpretarse que es el propio despacho el que da pie a que el plazo del 548 LEC se ponga en marcha y en tal caso el juez la despachará pero condicionando la efectividad del despacho a que se comunique y requiera de cumplimiento voluntario al deudor.

De esas dos alternativas posibles me parece mejor la primera porque con ella se zanja de entrada el problema mayor que en estos casos se viene suscitando, que no es otro que el de las costas de la ejecución. La jurisprudencia es bastante clara en el sentido de que en ningún caso las puede soportar el ejecutado a quien no se ha dado oportunidad de cumplimiento voluntario y que comúnmente resulta sorprendido por la petición de ejecución provisional y por su despacho inmediato.

4.3. EL SUPUESTO ESPECIAL DEL DESAHUCIO

Casi simultáneamente a la reforma de la LEC por virtud de Ley 13/2009 se ha producido una posterior reforma por virtud de Ley 19/2009, de 23 de noviembre. Entre los preceptos afectados por esta reforma se encuentra el Art. 549, al que se han añadido dos nuevo párrafos con los que se espera resolver el gran problema de la ineficacia de las ejecuciones en los desahucios arrendaticios. Dos son las novedades:

- A) De una parte, la exoneración en la aplicación de la regla del Art. 548, esto es, de la espera de los 20 días de cumplimiento voluntario, norma que podía considerarse en la anterior reforma del Art. 440.3, la operada por virtud de Ley 23/2003, de 10 de julio.
- B) De otra, la exoneración a la parte actora de la necesidad de tener que solicitar siquiera la ejecución de la sentencia, entendiéndose como suficiente la hecha en la demanda.

Esta nueva norma, cuya utilidad y conveniencia parecen incuestionables, viene a plantear algunas dudas relativas a cómo se debe proceder: ¿deberá dictarse por el juez auto ordenando el despacho? Caso negativo, ¿cuándo y cómo deberá trasladarse el procedimiento al Servicio de ejecución?

Parece evidente, aunque no se haya dicho explícitamente, que lo que ha querido el legislador es que se dé por sobreentendida no sólo la solicitud de ejecución sino también su despacho. No puede olvidarse que, conforme al Art. 440.3, al admitir a trámite la demanda ya se señala fecha para el lanzamiento. De manera que debe entenderse que ya en ese momento el juez se está pronunciando sobre el despacho de la ejecución e incluso sobre la procedencia de una concreta medida de ejecución (el lanzamiento), de manera que lo único que resta pendiente es el cumplimiento.

No se puede ocultar que la solución legal es algo insólita, dicho desde una perspectiva puramente formal, esto es, de organización del proceso y el buen orden sus actos⁹. No obstante hay razones de peso que el legislador ha

⁹ Resulta inconcebible, en términos generales, esa acumulación en un solo acto de una pluralidad de decisiones sucesivas. Y resulta también inconcebible que la efectividad de las segundas y terceras

tomado en consideración para imponer esa norma tan excepcional y a los aplicadores no nos queda más opción que respetarla, aunque se nos rompan los esquemas, como en el caso ocurre.

Por consiguiente lo único procedente es que el servicio de apoyo, constatada la firmeza de la sentencia, se limite a remitir de oficio las actuaciones al servicio común de ejecución para que pueda proceder al lanzamiento en la fecha previamente señalada.

4.4. EL REQUERIMIENTO DE PAGO Y EL EMBARGO

A la vista del Art. 551.3 LEC no parece dudoso que es el Secretario del Servicio Común de ejecución el órgano encargado de estas actividades, o quizá fuera más preciso decir, el órgano competente para ordenarlas. En lógica consecuencia, el órgano de ejecución o cumplimiento de esas actividades debiera ser o bien el propio Secretario o bien algún otro oficio distinto (el de Auxilio judicial o el de Gestión), pero, en cualquier caso, desempeñado por personal al servicio del propio Servicio Común. Curiosamente, en el Art. 581 LEC parece decirse algo distinto cuando se regula el requerimiento de pago. Aunque no se dice quién debe llevar a cabo el requerimiento de pago, sí que se dice que, hecho el requerimiento de pago <<el Tribunal procederá al embargo de sus (los del deudor) bienes...>>.

En mi opinión no se trata de otra cosa que de un simple desliz, aunque un grave desliz, porque se ha cometido en una norma afectada por la reforma de manera explícita. El sentido que debe darse a la expresión <<Tribunal>> que se emplea en esta norma, igual que en la anterior¹⁰, creo que es completamente abierto y no se refiere exclusivamente al Juez, a diferencia de lo que es usual en la mayor parte de las normas en las que se contraponen Tribunal a Secretario judicial. En su sentido originario, esta norma no impedía que dentro de la expresión <<tribunal>> se considerara incluido al Agente Judicial¹¹. Por eso creo que su sentido actual no puede impedir tampoco que se consideren incluidos otros oficios, tales como el del Secretario o el de Auxilio judicial o los que se puedan determinar reglamentariamente, tal y como con claridad se deriva del Art. 587 LEC. De esta norma se deriva con claridad meridiana que puede ser el Secretario del servicio común quien decrete el embargo, y que también se puede decretar o acordar en el acta con la que se documente, la llamada diligencia de embargo.

actividades acordadas en la resolución judicial no lo puedan haber sido de forma firme o segura, sino condicional, esto es, para el caso de que llegaran a darse las circunstancias que las propician.

¹⁰ Aunque en mayúsculas, mientras en el texto originario era con minúsculas, si bien por un simple cambio de criterios ortográficos que no es exclusivo de esta norma.

¹¹ Aunque no habían faltado opiniones en el sentido de que sólo el Juez resultaba facultado para embargar. Pero esa idea aparecía desmentida por otras normas de la propia LEC, como el Art. 587 LEC.

5. EL REPARTO DE FUNCIONES EN LA SUSTANCIACIÓN DE LOS INCIDENTES

Los incidentes que se pueden producir durante la sustanciación del proceso de ejecución son muy numerosos y en la mayor parte de ellos, cuando no en todos, se produce concurso de los dos oficios, el judicial y el del Secretario, para su resolución. De entre esos incidentes sobresalen: el de oposición al despacho, las tercerías, el de nulidad de actuaciones, el de calificación del título posesorio que se encuentre ocupando un inmueble sometido a la ejecución y el de sucesión procesal. En todos ellos el oficio de Secretario está presente en la fase inicial, esto es, en la admisión a trámite, y el judicial en la final, esto es, en la resolución que les pone fin.

5.1. EL INCIDENTE DE OPOSICIÓN

La oposición a la ejecución se encuentra regulada en los Arts. 556 y siguientes de la LEC, en cuanto se refiere a la ejecución ordinaria, porque en la LEC se regulan otras oposiciones a la ejecución, tales como:

- a) La oposición a la ejecución provisional, regulada en los Arts. 528 a 530 LEC.
- b) La oposición a la ejecución hipotecaria (Art. 695 LEC).
- c) La oposición a la ejecución del cónyuge del ejecutado en el caso de embargo de bienes gananciales (Art. 541 LEC).

La oposición abre una fase declarativa o contradictoria dentro del proceso de ejecución, de manera que el escrito de oposición, aunque no está expresamente regulado en la Ley, tiene la forma de una verdadera demanda que tiene la virtualidad de determinar cuál es el objeto de ese proceso declarativo. La oposición a la ejecución no es abierta sino que el legislador ha concretado los motivos que se pueden oponer de manera más o menos estricta, en función de cuál sea el título ejecutivo. Los motivos de oposición son de dos tipos: procesales y de fondo. Los procesales están expresamente establecidos en el Art. 559; los de fondo aparecen expresados en los Arts. 556, 557 y 558.

5.1.1. La admisión a trámite del incidente de oposición

La regulación que se hace en la LEC de los incidentes de oposición es muy parca y deja abiertas muchas cuestiones, particularmente en el momento de apertura o puesta en marcha del incidente de oposición. La fundamental de ellas es la de cómo proceder en el caso de que se hayan esgrimido motivos distintos a los que el propio legislador establece. El legislador no parece

contemplar la posibilidad de que el incidente de oposición no se llegue siquiera a abrir por no haberse invocado motivos pertinentes. El legislador tan siquiera despeja la duda de qué resolución debe adoptarse para admitir a trámite el incidente de oposición: si una resolución fundada o una resolución no fundada. No obstante, pese a esa parquedad legislativa, en mi opinión, la resolución admitiendo a trámite un incidente de oposición debiera ser, en todo caso, una resolución fundada en la que al menos se valore si entre los motivos opuestos se encuentra alguno de los admitidos por el legislador.

Piénsese en el caso de la oposición a la ejecución hipotecaria o en los supuestos de oposición a títulos extrajudiciales o al auto de cuantía máxima, en los que la oposición produce el efecto de suspender el curso de la propia ejecución. ¿Es sensato que se establezcan motivos de oposición cerrados y que luego pueda interpretarse que queda a disposición de quien se opone la propia admisión a trámite del incidente con efectos tan trascendentes como los que se han mencionado? A mi me parece que no y por eso he interpretado siempre que existe un filtro inicial en el incidente de oposición. No obstante, la nueva regulación parece presuponer una idea distinta, al menos según se podría deducir del contenido del Art. 557.2 LEC, donde se establece: <<Si se formulare la oposición prevista en el apartado anterior, el Secretario judicial mediante diligencia de ordenación suspenderá el curso de la ejecución>>.

De la norma anteriormente referida parece desprenderse la idea de que el Legislador ha optado por la idea de que la admisión a trámite del incidente de oposición no exige resolución fundada sino una simple diligencia de ordenación, de donde se derivaría la idea de que no es procedente hacer control alguno de admisibilidad. No obstante, no creo que no existan argumentos en sentido contrario, y uno de ellos se deriva del Art. 194. 2 y 3 de la Ley Concursal. De esas dos normas resulta: que la admisión a trámite del incidente concursal¹² se hace mediante una resolución no fundada (una providencia¹³), lo que no es contrario a que se produzca un filtro inicial de admisibilidad. Aplicando ese mismo orden de ideas a la cuestión que afrontamos podría concluirse que el hecho de que se haya previsto que la resolución de admisión no sea fundada no excluye que en el trámite de admisión deba producirse un verdadero examen de admisibilidad, esto es, un examen de que al menos concurre alguno de los motivos legalmente admitidos.

En mi opinión ese examen no puede quedar postergado hasta la decisión definitiva porque, de ser así, se estaría queriendo decir tanto como que el Juez no va a poder denegar medios de prueba que notoriamente se refieran a motivos inadmisibles, algo que me parece inimaginable. Si el Juez

¹² Que no deja de ser también un incidente de la ejecución, aunque sea de la ejecución general.

¹³ No deja de ser curioso que, habiéndose modificado ese precepto en la Ley 13/2009, se haya dejado en manos del Juez y no en las del Secretario judicial la decisión de admitir a trámite los incidentes en el concurso.

puede hacer esa censura de forma previa al fondo, durante el acto del juicio, también debe poderla hacer al admitir a trámite el incidente. Por tal razón creo que el Secretario judicial no tendrá como única posibilidad la de admitir a trámite el incidente y dar traslado al ejecutante sino que podrá (deberá, sería más exacto decir) plantear la eventualidad de no admitirlo a trámite cuando entre los motivos invocados ninguno de ellos guarde relación con los admitidos legalmente. En tal caso, parece que lo razonable es que no sea él quien lo decida por medio de decreto, sino que se debe limitar a dar cuenta al Juez para que dicte el oportuno auto, siguiendo el mismo esquema de ideas establecido para la admisión a trámite de la demanda en el Art. 404 LEC.

Las razones que abundan en esa misma dirección son poderosas. La primera de ellas procede de la propia formulación de los motivos de oposición en la que es frecuente encontrar formulaciones como “sólo podrá oponerse a ella”. (Art. 557 y 695 LEC) o bien “únicamente” (Art. 528.2 LEC). Por consiguiente, si los motivos son estrictamente cerrados, el objeto del incidente de oposición no puede versar sobre cuestiones distintas que a las partes se les hubiera ocurrido proponer. Ante ello resulta innegable que debe procederse de oficio a evitar el abuso que pudiera hacerse del proceso de oposición para finalidades distintas a las legalmente previstas. Podría decirse que el incidente de oposición resulta procedimiento inadecuado para esos objetos no admitidos legalmente, de manera que se trataría de una cuestión de inadecuación del proceso que es sin duda de las que se examinan de oficio. Caso contrario, esto es, caso de negar esa posibilidad de examen de oficio, se estaría dando patente de corso al ejecutado, que va a poder decidir a su antojo la suspensión del curso de la ejecución (en los casos en los que legalmente se establece ese efecto) y se estaría renunciando al más valioso instrumento para evitar el abuso de derecho¹⁴. Se podría pensar que renunciar a ese instrumento no es renunciar a sancionar la mala fe procesal porque luego se podrán imponer las costas del incidente de oposición e incluso las sanciones previstas en el Art. 247 LEC. No obstante, esas actuaciones *a posteriori*, que comúnmente tan siquiera se aplican, no son suficientes.

Por consiguiente, y según lo que acabo de exponer, en la admisión a trámite de todos los incidentes de oposición debe producirse una colaboración entre los dos oficios, el judicial y el del Secretario. Colaboración del Secretario que debe materializarse en el examen de la admisibilidad de la oposición, lo que incluye el examen de:

- 1.º Si la oposición se formuló dentro de plazo.
- 2.º Si se cumplieron los requisitos de postulación.
- 3.º El examen de si la oposición se funda en los motivos legalmente admitidos.

¹⁴ Y no hay ni que decir que la lucha contra el abuso de derecho es uno de los principios esenciales que informan toda la regulación de la LEC, tal y como resulta del Art. 247 LEC y 11.2 LOPJ.

Si el examen es favorable, esto es, no detecta ninguno de esos obstáculos para la admisión a trámite, el secretario debe admitir a trámite el incidente y dar traslado al ejecutante para que la conteste en el plazo de cinco días (Art. 559.2 LEC). En cambio, si del examen se deriva que se incurre en alguno de esos obstáculos, el Secretario debe limitarse a dar cuenta al Juez para que dicte auto inadmitiendo a trámite el incidente de oposición.

5.1.2. La sustanciación de los incidentes de oposición basados en defectos procesales

Si en la oposición se han opuesto defectos procesales, el Art. 559 LEC tuvo el acierto de establecer una regulación especial que permitiera la subsanación de aquellos defectos que tuvieran el carácter de subsanable. El Legislador no se ha atrevido, y ello me parece un error, a establecer que quien juzgue *a priori* la subsanabilidad del defecto sea el Secretario, de manera que la simple invocación de un defecto procesal debe determinar que las actuaciones pasen al Juez, primero, para que determine si el defecto es o no subsanable y, segundo, para que resuelva sobre el defecto y acuerde lo procedente sobre la ejecución o bien sobre el incidente de oposición, en cada uno de los casos que se podrían suscitar.

5.1.3. La sustanciación de los incidentes de oposición basados en motivos de fondo

Está regulada en el Art. 560 LEC. La cuestión esencial que se plantea está en la posibilidad de que se celebre vista. Para ello resultará necesario que:

- 1.º Cualquiera de las partes lo hubiera interesado.
- 2.º El Tribunal (el Juez) lo acuerde mediante providencia.

En cambio, el señalamiento de la vista no lo puede llevar a cabo el propio Juez sino que se atribuye al Secretario. Y esa norma parece sorprendente, porque no me parece sensata tanta complicación para algo tan simple como señalar una vista.

Para evitar un ridículo y antieconómico tránsito de las actuaciones entre el Servicio Común de Ejecución y la Unidad de Apoyo al Juez creo que debiera haberse regulado de manera mucho más clara y sensata los incidentes de oposición. Y también hubiera debido tenerse en consideración que la oposición no siempre lleva consigo que la ejecución se suspenda, sino que en la mayor parte de las ocasiones la suspensión no se produce. Ante ello, el problema está en que debe seguirse con la ejecución adelante y a la vez sustanciar la oposición. Si ambas cosas se hacen en una misma oficina, las disfunciones no son demasiadas y quedan resueltas en su mayor parte con la formación de una pieza separada en la que se sustancia la oposición. Pero si van a entrar en

juego dos oficinas distintas, la formación de la pieza (no prevista en la Ley pero usual en la práctica de nuestros tribunales) va a pasar a ser esencial, así como el contenido mismo de la pieza, esto es, los particulares con los que se encabece, de manera que con ello se intente conseguir que el proceso de ejecución propiamente tal no se mueva del Servicio Común y que lo que vaya a la Unidad de Apoyo sea únicamente la pieza separada. Aunque ello no siempre resulte posible, y en algún caso pueda resultar necesario que se desplace todo el expediente, creo que serán los supuestos menos frecuentes.

Por otra parte, para evitar los tránsitos continuos, creo que se deberá interpretar que la intervención del Secretario del Servicio Común debe limitarse al trámite inicial, esto es, a la admisión a trámite del incidente de oposición. Luego ya, en la ulterior sustanciación, debe ser el Secretario de la Unidad de Apoyo quien asuma las funciones atribuidas al Secretario.

5.2. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

El sistema de impugnaciones en la ejecución tiene particularidades muy notables, razón por la cual el legislador no ha querido que sean de aplicación sin más las normas generales. Por ello ha establecido un marco general sobre las impugnaciones dentro del Art. 562 LEC, en cuyo apartado 2 se hace explícita referencia al incidente de nulidad de actuaciones.

La posibilidad de que durante la ejecución haya que acudir a la nulidad de actuaciones tiene mucha más justificación que durante la fase declarativa, dado que es mucho mayor el riesgo de que durante la ejecución se produzcan vicios que no sean directamente imputables a una resolución, lo que dejaría fuera de juego la posibilidad de remediarlos a través del sistema de recursos.

La única novedad que se ha producido en la reforma operada por la Ley 13/2009 ha sido la de añadir un segundo párrafo al Art. 562.2 con el siguiente contenido: *<<Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello>>*.

Sobre la forma de sustanciar el incidente de nulidad, lo único que se establece por el Legislador es lo que se dice en el Art. 227.2, esto es, que se preste audiencia a las partes. Por consiguiente, el Secretario judicial puede actuar como instigador de la nulidad, cuando sea él quien haya advertido el vicio, o bien como receptor del escrito de solicitud.

5.2.1. El Secretario judicial como directo instigador de la nulidad

De la misma manera que el juez ha venido pudiendo declarar de oficio la nulidad respecto de los actos del proceso en los que ha intervenido o está

sustanciando, ahora se reconoce al Secretario judicial una facultad similar, aunque más limitada. El Secretario sólo puede instar la nulidad pero no declararla, que se ha considerado que es función judicial¹⁵.

Desaparecidas de la LOPJ las llamadas notas de examen de las actuaciones, no está claro cómo debe llevar a cabo el Secretario judicial esa función de informe al Juez sobre los motivos de que pudieran determinar la necesidad de decretar la nulidad de las actuaciones. En cualquier caso, no creo que la falta de expresa previsión legal deba poder impedir que el Secretario pueda emitir un informe o nota de examen y dación de cuenta al Juez para que se pronuncie sobre la nulidad.

Tampoco nos dice la Ley cuándo se dará la audiencia a las partes ni por qué oficina, si por el Servicio Común de Ejecución o por la de la Unidad de Apoyo. En mi opinión lo razonable es que se lleve a cabo por el Servicio Común de Ejecución y resulta indiferente que lo sea antes o después de que el Secretario emita su informe-propuesta de declaración de nulidad.

5.2.2. El Secretario judicial ante la solicitud de nulidad de las partes

En el supuesto de que la pretensión de nulidad la hagan las partes, es lógico suponer que se va a tener que presentar ante el Secretario del Servicio Común de Ejecución, quien deberá sustanciarla, esto es, dar traslado a las demás partes. Y, evacuado el mismo, deberá remitir las actuaciones a la Unidad de Apoyo para que el Juez decida y le devuelva las actuaciones con su decisión.

Me parece lamentable que el Secretario del Servicio Común no esté facultado al menos para hacer un juicio previo sobre la inadmisibilidad de la solicitud, o que si lo llega a hacer no pueda rechazar de plano aquellas peticiones que sean absolutamente injustificadas, porque es evidente que ése es un recurso común cuando se quiere entorpecer una ejecución. La única duda que me resta es si al menos estaría facultado en el caso de peticiones reiterativas que claramente se hagan en fraude de ley o abuso de derecho. En el Art. 11.2 LOPJ se encuentra un argumento sólido que puede ser invocado a favor de que el Secretario se autoatribuya esas facultades.

5.3. EL INCIDENTE DE CALIFICACIÓN DEL TÍTULO DEL TERCERO OCUPANTE DE INMUEBLES

¹⁵ Y la verdad es que no acabo de comprender bien por qué se ha decidido que sea el Juez quien tenga el monopolio de la declaración de la nulidad, cuando ésta no es más que una técnica de depuración de vicios y no existe ninguna razón de peso que permita pensar en que aquí haya algo de carácter estrictamente jurisdiccional. En la misma medida en que el Secretario está facultado para depurar vicios de sus propias resoluciones a través del recurso de reposición (Art. 451 LEC) lo debería haber podido hacer a través del incidente de nulidad.

Este incidente está contemplado en tres preceptos distintos, los Arts. 661, 675 y 704 LEC. En el primero cuando esa calificación se llegara a pedir antes de la subasta; en el Art. 704 cuando la existencia de los terceros se pone en conocimiento en el momento del lanzamiento o en directa contemplación del mismo; y en el Art. 675, el más explícito, cuando se solicita la entrega del inmueble por el adquirente en una subasta judicial.

Para entender los problemas que plantean estas tres normas es preciso comenzar distinguiendo entre dos cuestiones bien diferenciadas:

- a) De una parte, el propio incidente de calificación de los títulos, que aparece explícitamente regulado en el Art. 675, al que se remiten los otros dos preceptos.
- b) De otra, determinadas actividades previas y que pueden considerarse como preliminares del incidente propiamente dicho.

5.3.1. Sobre las actividades preliminares

El Art. 661.1 LEC establece que cuando conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas que ocupen el inmueble embargo, distintas al ejecutado, se les notificará la existencia del proceso de ejecución así como se les requerirá para que presenten los títulos que justifiquen su ocupación <<ante el Tribunal>>. El Art. 661.2 apostilla que <<*el ejecutante podrá pedir que, antes de celebrarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante o ocupantes no tiene derecho a permanecer en el inmueble*>>, petición que se tramitará conforme a lo que se previene en el Art. 675.

El Art. 704.2, de manera análoga al 661.1 LEC, establece que cuando el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas al ejecutado, el Secretario judicial, tan pronto conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución y les requerirá para que presenten los títulos que justifiquen su situación.

De esos dos preceptos 661.1 y 704.2, la nota discordante se encuentra en ante quién deben presentarse por el tercero los títulos justificativos de su situación. Únicamente el primero de ellos precisa que se haga <<ante el Tribunal>>, si bien lo razonable es interpretar en ambos casos lo mismo, que tanto el requerimiento como la presentación se debe hacer en la oficina que está conociendo de la ejecución, esto es, ante el Servicio Común de Ejecución. Si se interpretara que ante el Juez, como la literalidad de la norma parece indicar, se encontraría con el problema de que en la Unidad de Apoyo no exista expediente alguno, aparte de la innecesariedad de que deba intervenir el Juez hasta que no se haya planteado el incidente propiamente tal y se haya sustanciado.

5.3.2. Sobre el incidente de calificación de títulos

Ese incidente comienza cuando el ejecutante inste que el Juez se pronuncie sobre el derecho del tercero a ser mantenido en la posesión o bien a ser removido de ella por medio del lanzamiento. La tramitación de ese incidente se debe iniciar por parte del Secretario del Servicio Común de Ejecución, quien deberá señalar una vista dentro de los diez días siguientes a la que se citará tanto al ejecutante como a los terceros, para que en el acto se pueda alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación.

Por consiguiente, hasta el momento en el que se haya señalado esta vista no hay nada que decidir que dependa del oficio judicial.

5.4. EL INCIDENTE DE SUCESION PROCESAL

La sucesión procesal se puede producir en dos momentos distintos en el proceso de ejecución, esto es: 1) Al inicio, es decir, antes del despacho; y 2) durante el curso de la ejecución. En realidad, únicamente la segunda merece propiamente que se la considere como sucesión procesal, pues la primera es más propiamente una cuestión atinente a quiénes sean los legitimados activos y pasivos. La cuestión está en que, a pesar de que la autonomía entre el proceso de ejecución y el previo declarativo es evidente, al menos en un plano puramente conceptual¹⁶, la relación existente entre el previo proceso declarativo y el posterior de ejecución resulta innegable. Por esa razón el Art. 540 LEC se ocupa explícitamente dentro de la regulación del proceso de ejecución de esta cuestión, porque aún no siendo un verdadero caso de sucesión procesal, se le aproxima, al menos en el supuesto de que el cambio se haya producido en la figura del demandado-ejecutado.

A los supuestos de verdadera sucesión procesal les será de aplicación lo establecido en los Arts. 16 y 17 LEC, aunque no enteramente, porque tales normas están pensados más propiamente para la sucesión en la fase declarativa.

5.4.1. La sucesión en el momento del despacho

Dado que es el Juez el competente para el despacho, será él quien deba decidir sobre los cambios que se hayan producido en la parte activa y pasiva. Por consiguiente, si se ha producido la cesión del crédito por parte del

¹⁶ Y no sólo a partir de la entrada en vigor de la LEC del año 2000, sino que la doctrina siempre ha puesto de manifiesto el hecho de que son dos procesos distintos entre sí, autónomos, aunque interrelacionados.

acreedor, deberá ser el Juez quien analice si se ha probado¹⁷ la misma antes de autorizar el despacho. Y lo mismo debe ocurrir en el caso de que el cambio hubiera afectado al deudor. No obstante, en este segundo caso, las cosas se complican. Mientras en el supuesto de sucesión en la posición de acreedor resulta impensable que con la demanda (o escrito) de ejecución no se aporten los documentos que legitimen al solicitante de la ejecución, en cambio, puede resultar frecuente que no se puedan aportar por parte del ejecutante los relativos al cambio en la posición de deudor, particularmente en el caso de muerte de éste, pero no únicamente, sino también en otros muchos, como el de la desaparición de sociedades por fusión o absorción, etc.

Así se explica el contenido del apartado 3 del Art. 540, que en su nuevo texto, procedente de la reforma por Ley 13/2009, establece:

<<Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante mandará que el Secretario judicial dé traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución.>>

Lo llamativo de esa norma es la opción tan rocambolesca por la que al parecer ha optado el legislador. En lugar de que sea el propio Juez quien pueda ordenar el traslado al ejecutado y a su eventual sucesor y señale la comparecencia, resulta sorprendente que se haya dicho que lo ordene hacer al Secretario. Aparte de lo poco acertado de ese señalamiento de una vista oral para afrontar un problema como el que nos ocupa, la principal cuestión que se suscita es la de qué Secretario, si el de la Unidad de Apoyo o el del Servicio Común. En mi opinión es evidente que debiera ser el primero porque en otro caso ya se alcanza el límite de lo absurdo.

La opción legislativa es tanto más injustificada cuando luego la decisión de fondo sobre la sucesión se deja en manos del Juez.

5.4.2. La sucesión durante la sustanciación de la ejecución

Cuando la sucesión se produzca ya iniciada la ejecución, por ejemplo en el caso de muerte del ejecutante o del ejecutado acontecida durante su sustanciación, parece que lo más razonable es tener que acudir al Art. 16 LEC, donde, curiosamente¹⁸, todo se deja en manos del Secretario judicial, no concediéndose ninguna intervención al Juez. Eso mismo creo que debería

¹⁷ Es evidente que la legitimación activa en el proceso de ejecución no basta con afirmarla, como ocurre en el declarativo, sino que hay que probarla y tanto puede resultar del propio título como de otros actos jurídicos posteriores a él.

¹⁸ Y bastante sensatamente, habría que añadir.

ocurrir durante la fase de ejecución: debe corresponder al Secretario del Servicio Común decidir sobre la sucesión que se pudiera producir.

6. EL PROBLEMA DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

Capítulo aparte es el que merece la tercería de dominio, porque, aunque en apariencia no sean más que un incidente más, presenta algunas particularidades muy especiales que suponen un buen banco de prueba para el sistema de coparticipación entre los oficios de Juez y Secretario judicial.

El punto esencial de conflicto se encuentra en el trámite de admisión a trámite de la demanda de tercería, actividad que se encomienda al Secretario judicial (Art. 598.2), siguiendo el mismo esquema de la admisión a trámite de la demanda de todo Juicio ordinario (Art. 404 LEC). El inconveniente en este caso es el mismo que se puede producir en algunos supuestos de Juicio ordinario, que en la admisión a trámite debe juzgarse ya sobre una cuestión de fondo, esto es, sobre la legitimación del demandante. Esto es muy poco frecuente que ocurra; por lo común, para juzgar sobre la legitimación en este momento basta con tener en cuenta las alegaciones que se realizan en la demanda. Lo que sucede es que en la tercería, igual que en otros contados supuestos¹⁹, no ocurre así, sino que el legislador dispone que para juzgar sobre la legitimación del tercerista se emita un primer juicio, ciertamente que provisional. Por esa razón se le exige que presente junto con la demanda un principio de prueba por escrito del fundamento de su pretensión (Art. 595.3 LEC), facultándose al Tribunal para que rechace de plano la demanda si no se presenta ese principio de prueba (Art. 596.2 LEC).

Pues bien, como se habrá podido intuir, el problema está en que existe una contradicción entre lo que se determina en el Art. 598.2 y lo que determina el Art. 596.2 LEC. Para que el Juez pueda llevar a cabo el cometido que le impone este segundo precepto será necesario que tenga intervención en la admisión a trámite de la demanda. Y no me parece suficiente con lo que se podría interpretar a partir de una lectura superficial de esas dos normas en conflicto, esto es, que el trámite de admisión a trámite lo lleva a cabo el Secretario, pero que del de denegación a trámite se debe ocupar el Juez. En mi opinión, en estos supuestos, el oficio judicial debiera encontrarse presente también cuando la demanda se admita a trámite, porque el juicio de admisión es un primer juicio de fondo, no un simple trámite procesal²⁰.

¹⁹ Me estoy refiriendo a aquellos supuestos a los que se refiere el Art. 266 LEC, esto es, supuestos en los que se exige que con la demanda se acompañen necesariamente determinados documentos sin los cuales no puede admitirse a trámite.

²⁰ Y esa misma solución creo que es la que se debiera seguir en los casos del Art. 266 LEC.

Otro problema importante que se plantea en la admisión a trámite de la tercería es el que suscita la interpretación del Art. 598.2 LEC en su relación con el apartado 1 del propio precepto. El Art. 598.1 establece que la admisión a trámite (por el secretario) de la demanda de tercería produce el efecto (inmediato y legal) de suspender la ejecución respecto del bien objeto de la tercería, debiendo el Secretario adoptar (se supone que de inmediato) las medidas necesarias para dar cumplimiento a esa ejecución. La cuestión que se plantea es la de cómo se puede compatibilizar esa norma con la previsión del Art. 598.2, que autoriza al Juez, una vez admitida la demanda y previa audiencia de las partes, a condicionar la suspensión a que se preste una caución por el tercerista. ¿Habrá que interpretar el Art. 598.2 en el sentido de que lo que el Juez puede hacer es condicionar con una caución “el mantenimiento de la suspensión” previamente acordada o producida o bien podría también interpretarse esa norma en el sentido de que la suspensión de la ejecución no se puede producir hasta que el Juez se pronuncie sobre ello? En mi opinión lo más razonable, a la vista de la norma, es que se interprete lo primero. Cosa distinta es que eso sea efectivamente lo más razonable.

7. LA TASACIÓN DE COSTAS Y SU IMPUGNACIÓN

En cuanto se refiere a la tasación de costas, las dudas que se suscitan son muy numerosas y la mayor parte de ellas giran en torno a la idea de a quién corresponde la competencia para conocer de ella, si al Secretario de la Unidad de Apoyo o al que lo sea del Servicio Común de Ejecución. La mayor parte de esas dudas proceden de una misma idea, la consideración que se ha tenido de la tasación de costas como una actividad más del proceso de ejecución.

Esas dudas no son referentes al concurso del oficio judicial y el del Secretario, porque en este ámbito se ha excluido, con buen criterio, al Juez de la sustanciación y se le ha dado un papel de exclusivo órgano de recurso, lo que resulta mucho más sensato que ese reparto de funciones que hemos visto que se produce en otros incidentes. Pese a ello, me parece de interés entrar en esta cuestión por su propio interés en un curso dirigido a Secretarios Judiciales.

En cuanto a la práctica de la tasación, el Art. 243.1, establece:

<<En todo tipo de procesos e instancias, la tasación de costas se practicará por el Secretario del Tribunal que hubiera conocido del proceso o recurso, respectivamente, o, en su caso, por el Secretario judicial encargado de la ejecución>>.

La pregunta que inmediatamente surge es evidente: ¿Qué Secretario debe tasar, el del Servicio Común o el de la Unidad de Apoyo?

La respuesta no es nada segura en cuanto se refiera a las costas de la fase declarativa y es bastante segura en cuanto se refiera a las costas de la ejecución. Estas últimas es evidente que se ha querido que sea el Secretario encargado de la ejecución quien las tase. Ahora bien, la inclusión de la

expresión “o en su caso” parece que estuviera pensada para querer decir que sea el Secretario del Tribunal, en el sentido de “el de la Unidad de Apoyo” quien tase las de la fase declarativa.

En cualquier caso, que se deba disociar la tasación de las costas en dos tasaciones distintas, una para la fase declarativa y otra para la fase de ejecución, no parece demasiado razonable, por cuanto parece antieconómico. Y, por otra parte, tampoco es que esté en una diferente oposición uno y otro Secretario a la hora de practicarlas. De manera que, personalmente, ante esa duda me decanto por la idea de una única tasación en manos del Secretario de la Ejecución.

De no ser así, esto es, de seguirse la idea de que hay que disociar las tasaciones, surgiría un nuevo problema que tampoco resulta fácil de resolver: ¿a quién le correspondería la competencia para practicar la tasación del incidente de oposición a la ejecución? Creo que debe ser al propio Secretario del Servicio Común, pero las razones para poder justificar que lo sea el de la Unidad de Apoyo no serían muy distintas que en el supuesto de las costas de la fase declarativa.

8. EL SISTEMA DE IMPUGNACIONES EN LA EJECUCIÓN

Un error que con frecuencia se comete es el de creer que las normas generales establecidas en los Arts. 448 y siguientes son todas ellas de aplicación al proceso de ejecución, cuando no es así. Basta con advertir que los recursos se encuentran regulados dentro del Título IV del Libro II, cuyo título es “De los procesos declarativos”, para caer en el error. La norma basilar de todo el sistema de impugnaciones y recursos en la ejecución es el Art. 562 LEC, y a partir de ella es como hay que concebir el carácter supletorio que tienen aquellas normas.

La idea predominante en ese precepto se contiene en el ordinal segundo del apartado 1, donde se limita extraordinariamente el ámbito del recurso de apelación, que sólo será procedente cuando expresamente lo prevea la Ley. Es obvio decir que dentro de esa previsión legal no se contiene el Art. 455 LEC, sino que está referida a las propias normas concretas de la ejecución.

Además de ese recurso, que puede considerarse como extraordinario, los instrumentos ordinarios de impugnación en la ejecución puede considerarse que son dos:

- a) El recurso de reposición, tanto contra resoluciones del Secretario como del Tribunal.
- b) La simple petición, si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir (Art. 562.1, 3º LEC).

La cuestión está en que se ha introducido un nuevo recurso en el Art. 454 bis, el llamado recurso de revisión, que procede contra los decretos que

pongan fin al procedimiento o impidan su continuación, y de ese cambio, que es sustancial en la ejecución, no se ha dejado reflejo en el Art. 562 LEC, que ahora sí ha quedado como una pieza incompleta. No obstante, de esa omisión legal no se puede derivar que no quepa recurso de revisión, como se evidencia en el hecho de que el propio legislador se hace constante eco de él en numerosas normas de la ejecución.

Junto a esos instrumentos que pudiéramos considerar como ordinarios, los extraordinarios son otros dos: el recurso de apelación y el incidente de nulidad de actuaciones. Al incidente de nulidad ya he hecho referencia con anterioridad y al recurso de apelación resulta innecesario para los fines objeto del presente trabajo, igual que ocurre con el recurso de reposición, de manera que limitaré mi referencia al recurso de revisión y a la petición.

8.1. LA PETICIÓN

La petición o escrito dirigido al Juzgado fue explícitamente reconocido como un instrumento impugnativo en la LEC del año 2000. Antes no tenía carta de naturaleza legal, aunque siempre había venido constituyendo un magnífico instrumento impugnativo. La razón está en que la petición, cualquier petición que se realice a un órgano jurisdiccional, no puede quedar sin respuesta y la respuesta debe adoptarse mediante una resolución, frente a la cual procede el sistema de recursos. En suma, la utilidad de este instrumento se encuentra respecto de los actos no sometidos a recurso, frecuentes en el proceso de ejecución²¹. Para permitir la revisión de los mismos a través del sistema de recursos es preciso suscitar una decisión sobre ellos que ya sí que será recurrible.

En cambio, para lo que no sirve este instrumento es para recurrir extemporáneamente frente a una resolución o para reiterar que se replantee una cuestión ya resuelta. En estos supuestos nos encontraríamos ante la anomalía, ante el abuso de este instrumento, lo que podría justificar que ni siquiera se diera respuesta a la petición.

Al modificarse la norma que regula la petición, el Legislador se ha limitado a sustituir la expresión Juzgado, como destinatario del mismo, por la de "Tribunal" y la duda que se suscita es si las peticiones únicamente se puede dirigir al Juez o también se pueden dirigir al Secretario. En mi opinión no existe ninguna razón que impida que la petición se pueda dirigir al Secretario del Servicio Común, y de hecho creo que debiera ser a quien con más frecuencia se le dirijan, atendido que es él quien tiene competencia para la mayor parte de cuestiones. El destinatario de la petición debe ser el órgano con competencia para llevar a cabo la actuación solicitada y no en todo caso el Juez, pues de

²¹ Por ejemplo, lo que se acuerde en una diligencia de embargo o lanzamiento.

entenderse de esta segunda forma, la petición se constituiría en un fácil instrumento para acudir al Juez siempre que se juzgue conveniente, normalmente cuando se conozca el criterio del Secretario y sea adverso a la solicitud del peticionario.

En suma, la petición no puede convertirse, como se corre el riesgo que ocurra si no se interpreta con cuidado esta norma, en un verdadero ariete de demolición de todo el sistema de distribución de atribuciones que se hecho por el legislador. Yo creo que no se ha sido consciente de este riesgo al redactar esta norma y que cuando se habla de Tribunal se está empleando la expresión en sentido genérico, esto es, que incluye tanto al Juez como al Secretario titular del servicio común. Por consiguiente, la petición se debe dirigir en todo caso al órgano competente para decidir sobre su contenido y cuando la reciba el que no resulte competente debe limitarse a transmitirla al que lo sea.

8.2. EL RECURSO DE REVISIÓN

Ante la ausencia de norma general sobre su procedencia en sede de ejecución, no habrá otro remedio que acudir a lo que se establece en el Art. 454 bis LEC, aunque no puede perderse de vista que esta norma está pensada desde la perspectiva del proceso declarativo y no del de ejecución. En cualquier caso, tampoco creo que el problema sea importante, dado que es el legislador el que suele establecerlo en cada caso en el que atribuye al Secretario decisiones importantes, como ocurre en el Art. 246 LEC respecto de la decisión del incidente de impugnación de la tasación de costas.

Lo que puede originar dudas es el ámbito que se pueda conceder en la ejecución al pfo. 2.º del Art. 454-bis. 1, esto es, la previsión de recurso directo de revisión respecto de los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o se impida su continuación. No será fácil encontrar supuestos en la ejecución en la que esa previsión legal pueda encontrar específica aplicación.

En cuanto a la tramitación del recurso, regulada en el Art. 454-bis.2, parece evidente que se interpone ante el Secretario del que dimana la resolución recurrida, que tanto podría ser el del Servicio Común como el de la Unidad de Apoyo. La admisión a trámite le corresponde al propio Secretario si bien la inadmisión le corresponde al Juez, así como, en su caso, la decisión.

Caso de que el Secretario estime que no es procedente admitirlo a trámite, no podrá dictar resolución indicándolo, si bien, aunque nada se diga al respecto en la Ley, sí debiera elevar las actuaciones con informe sobre los motivos por los que procede su inadmisión. Creo que ésa es la única forma de evitar disfunciones en la conjunción de oficios que concurren en la sustanciación del recurso, pues en otro caso, al juez le pueden pasar por alto los motivos por los que el Secretario cree que es inadmisibile.

Por otra parte, en el caso de que el parecer del Juez no sea coincidente con el del Secretario del Servicio Común sobre la eventualidad de admitir a trámite el recurso y decida admitirlo, no parece razonable que las actuaciones se deban devolver al Servicio Común. No existe ninguna previsión al respecto y nada serio se opondría a que la sustanciación se haga en la propia Unidad de Apoyo.

Juan F. Garnica