

Con este *Liber Amicorum* del Profesor Francisco Ramos Méndez los coautores de la obra quieren ser fieles a la costumbre académica, tan inmemorial como loable, en virtud de la cual los colegas universitarios de un gran maestro le tributan, al llegar a la edad de su jubilación, un homenaje, ofreciéndole los estudios que han elaborado con esa finalidad. La condición de gran maestro del Profesor que recibe con este Libro el reconocimiento de sus compañeros está sobradamente justificada.

Dada la variedad de los temas tratados en los diversos trabajos que integran estos Estudios, se ha optado por insertarlos siguiendo el orden alfabético correspondiente a los apellidos de sus respectivos autores, si bien se han antepuesto los referidos específicamente a la obra o a la figura del homenajeado.

Al final de la obra se inserta una *tabula gratulatoria* con los nombres de los compañeros que no han podido remitir una aportación pero han deseado adherirse al Homenaje.



DERECHO Y PROCESO

Francisco Ramos Méndez
(*Liber Amicorum*, I)

Francisco Ramos Méndez
(*Liber Amicorum*)

DERECHO Y PROCESO



VOL. I

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

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

© 2018 Los autores

© 2018 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N. Obra completa: 978-84-17466-30-5

I.S.B.N. Volumen I: 978-84-17466-31-2

Depósito legal: B-25534-2018

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, S.L. - Av. del Prat, 7 - 08180 Moià

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR.....	17
CURRICULUM VITAE DEL PROFESOR FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ.....	19
LA OBRA PROCESAL DEL PROFESOR FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ (AVISOS PARA FUTUROS PROCESALISTAS).....	49
<i>Manuel Cachón Cadenas</i>	
PANEGÍRICO AL PROF. DR. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ CON MOTIVO DE SU JUBILACIÓN COMO DOCENTE EN LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA DE BARCELONA.....	89
<i>Just Franco Artas</i>	
FRANCISCO RAMOS MENDEZ, MI COMPAÑERO DE UNIVERSIDAD Y DE PROFESIÓN.....	97
<i>Ignacio Arroyo Martínez</i>	
EN BUSCA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA OBRA DEL PROFESOR RAMOS MÉNDEZ.....	103
<i>Francisco Ramos Romeu</i>	
EJERCICIO DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN JUICIO DECLARATIVO: FRAUDE PROCESAL Y JURÍDICO.....	135
<i>Federico Adán Domenech</i>	
EL PROYECTADO NUEVO PROCESO DE PERSONAS DISCAPACITADAS.....	149
<i>José Almagro Nasete</i>	
PROCESO PENAL Y DERECHO DE DEFENSA TRAS LAS REFORMAS DE 2015.....	159
<i>Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol</i>	
CONVENIENCIA DE ACTUALIZAR Y REFUNDIR EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 281 LEC.....	177
<i>Juan Manuel Alonso Furelos</i>	

HASTA DÓNDE LLEGA EL ORDEN PÚBLICO O DE CÓMO MEDIR SIN METRO EN JUSTICIA	205
<i>Pedro Álvarez Sánchez de Movellán</i>	
UNA PRUEBA INADMISIBLE EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL: LA CORRESPONDENCIA ENTRE LETRADOS	227
<i>Juan Antonio Andino López</i>	
MECANISMOS INTERNOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	247
<i>Coral Arangüena Fanego</i>	
NUEVAS FÓRMULAS PARA ACUSAR EN EL PROCESO PENAL: EL ART. 109 BIS LECRIM	275
<i>María Jesús Ariza Colmenarejo</i>	
MEDIDAS COERCITIVAS DIRIGIDAS A TUTELAR EL DESARROLLO ADECUADO DEL PROCESO Y A COLABORAR CON LA JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA	299
<i>Teresa Armenta Deu</i>	
LA OBJETIVACIÓN DE LOS CRITERIOS PARA LA APRECIACIÓN DEL <i>FUMUS BONI IURIS</i> Y EL PERICULUM IN MORA EN LA PRISIÓN PROVISIONAL	323
<i>José María Asencio Mellado</i>	
PROCESOS <i>IN ABSENTIA</i> . LA DIRECTIVA 2016/343/EU A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	355
<i>Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter</i>	
LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS ARBITRALES	377
<i>Ramiro Bejarano Guzmán</i>	
LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA INADMISIÓN A LIMINE DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES	391
<i>Rafael Bellido Penadés</i>	
LAS ESTRUCTURAS COOPERATIVAS Y CONSENSUALES DE NORMATIVIDAD: ¿HACIA LA SUPERACIÓN DE LA «CULTURA DEL LITIGIO»?	415
<i>Roberto Omar Berlzonca</i>	
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ÚLTIMOS ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD DE LA JURISDICCIÓN	433
<i>José Bonet Navarro</i>	
SOBRE EL POR QUÉ DEL PROCESO PENAL DEL MENOR COMO UN PROCESO ESPECÍFICO	463
<i>Lorenzo M. Bujosa Vadell</i>	
TUTELA REFORZADA DE LOS MENORES ANTE SU MÚLTIPLE VICTIMIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	487
<i>Sonia Calaza López</i>	

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y LOS DOS PILARES DE LA PROTECCIÓN PROCESAL DISPUESTA	521
<i>M^a Pía Calderón Cuadrado</i>	
L'INDIPENDENZA E L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO. LA SUA RESPONSABILITÀ ...	545
<i>Federico Carpi</i>	
LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA	553
<i>Roser Casanova Martí</i>	
INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEMÁTICAS Y HALLAZGOS CASUALES ...	571
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	
UNA FONDAZIONE ASIMMETRICA	605
<i>Bruno Cavallone</i>	
LA PRUEBA DEL MALTRATO OCASIONADO A LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	615
<i>Elisabel Cerrato Guri</i>	
ESTUDIO CRÍTICO DE LA EJECUCIÓN DE CONDENA PERSONALÍSIMA	629
<i>Tiziana di Ciommo</i>	
LOS RETOS DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA	659
<i>Juan Pablo Correa Delcasso</i>	
EL JUEZ ANTE LA LEY. INFORME PARA LA ACADEMIA	677
<i>Juan Damián Moreno</i>	
ASAUTO POLÍTICO AL GOBIERNO DE LOS JUECES: UN FACTOR DE CORRUPCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO	705
<i>Luis Alfredo de Diego Díez</i>	
LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ PERUANO: UNA HISTORIA DE DESCONFIANZAS ...	735
<i>Yolanda Doig Díaz</i>	
SOLUCIONES PROCESALES A LOS DESAHUCIOS DE PERSONAS FÍSICAS SOBRENDEUDADAS: EL JUICIO CONCURSAL COMO CAUCE INTEGRADOR	765
<i>Ramon Escaler Bascompte</i>	
EL REQUISITO TEMPORAL EN LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE LA LEY CONCURSAL	809
<i>M^a Elsa Escolà Besora</i>	
LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ARBITRAJE. EN PARTICULAR LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD	829
<i>José Francisco Elxeberría Guridi y Eneko Elxeberría Bereclartua</i>	

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ÚLTIMOS ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD DE LA JURISDICCIÓN

José Bonet Navarro

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria nació en la vorágine reformadora anterior de la sequía legislativa de calado que disfrutamos durante prácticamente todo el año 2016. Al menos en cuanto introduce el procedimiento monitorio notarial a través de los nuevos arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado, precedida de otros ejemplos, representa la tendencia legislativa hacia la erosión o minado de la integridad de potestad jurisdiccional.

No hace falta prestar excesiva atención para comprobar cómo el ejercicio de esta potestad sufre numerosos embates que pretenden menguar su ámbito. Además, este asedio se produce mediante una especie de dicotomía entrelazada. De un lado, se origina por decisiones que, al focalizar su atención en el ámbito privado del individuo, tienden a limitar la intervención del Estado y de los poderes públicos. De otro, se genera por una particular valoración de lo colectivo que, enmarcado en corrientes de pensamiento que propugnan la preminencia de lo público en los medios de producción y distribución de los bienes, tienden a potenciar el ejecutivo frente a los otros poderes.

Así, el necesario reconocimiento de la libertad del individuo subyace en la omnipresente tendencia a reducir «volumen» de asuntos judiciales a través del fomento de las llamadas «vías alternativas» a la jurisdicción, intentando sustraer parcelas a la misma, al mismo tiempo lo colectivo y el fortalecimiento del poder inmediato del estado, late también en la invasión de ámbitos propios

de la jurisdicción, en ocasiones creando administraciones «independientes» con potestades «parajudiciales». Y, en ocasiones, ambas tendencias llegan a justificar una poco disimulada pasividad a la hora de introducir medidas de mejora de la administración de justicia, que conduce a introducir ciertos obstáculos para el acceso a la jurisdicción, como intentar imponer una mediación preceptiva, o la más reciente imposición de tasas judiciales que, por el camino de hacer artificialmente inconveniente la jurisdicción, consciente o inconscientemente facilitaron la opción por sus alternativas.

Así y todo, el esponjamiento de la potestad jurisdiccional no siempre se dibuja con el trazo grueso de arrebatar ámbitos a la jurisdicción o de intentar trasladar asuntos a sus vías alternativas. Inaugurado oficialmente con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que atribuye competencias a los tradicionalmente conocidos como Secretarios Judiciales que es muy dudoso que no formen parte de la jurisdicción, últimamente se llega al extremo de entregar competencias similares a otros profesionales que ni siquiera integran el órgano jurisdiccional.

Como es sabido, a un funcionario como el Letrado de la Administración de Justicia se le atribuye la gestión del procedimiento monitorio regulado en los arts. 812 a 818 LEC², y, sobre todo, se le otorga graciosamente el señorío absoluto del procedimiento regulado en los arts. 34 y 35 de la LEC, donde ni siquiera concurre la atenuante de actuar colaborativamente con el titular de la potestad³. Y lo último es que la «gestión» del monitorio notarial regulado en los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado se entrega a un fedatario público como el Notario, obviamente ajeno a la titularidad de la potestad jurisdiccional.

Lo bien cierto es que esta sempiterna tendencia expansiva del poder ejecutivo frente al judicial y, con inusitado ímpetu, la fe en la «privatización de

1. El art. 7 del Proyecto de Ley de Mediación pretendió introducir un apartado 4 del art. 437 LEC que abría las puertas a la mediación obligatoria como requisito previo a la vía judicial en determinados casos. Sobre la misma, véase, ORTIZ-PRADILLO, J. C., «Mediación y proceso civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal», en *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, UCLM, págs. 9-12. Y sobre algunas experiencias concretas de implantación de la obligatoriedad en otros ordenamientos puede verse ÁLVAREZ, G. S., «Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la «mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles o comerciales en argentina», en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 29-65; PÉREZ SALCEDA, J. B., «La situación actual de la mediación en México», en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 317-330.

2. HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 68-74. Antes y más específicamente, *Idem*, «La reforma del proceso monitorio por la Ley 13/2009», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre 2010, págs. 81 y ss.

3. Como apunté, en relación con la reforma de 2009 (BONET NAVARRO, J., «Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante denegada patología legal», en *El trabajo profesional de los abogados*, coor.: BLASCO, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 172-3), «desjudicializa la materia poniéndola en exclusión y excluyentemente en manos de los Secretarios Judiciales», cosa que «permite reflexionar sobre el contenido del art. 117.3 CE y la posible invasión de la función de juzgar».

la justicia», se sitúan en el *bit parade* de la actualidad, pues no cesa de roerse la potestad jurisdiccional, por dentro y por fuera, desde otros poderes del Estado, por profesionales sustitutos, o como consecuencia de un fenómeno tan en boga en estos tiempos como es el de la búsqueda de alternativas a la jurisdicción⁴.

Ha llegado el momento de evidenciar esta tendencia que, en mi opinión, atenta contra la integridad del ámbito de la potestad jurisdiccional.

2. ALGUNOS SUPUESTOS DE EROSIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DESDE LO PRIVADO Y LO PÚBLICO

La jurisdicción es asediada desde diversos frentes. Algunos de los más relevantes son el fomento artificial de vías alternativas de carácter privado, las invasiones del ejecutivo, y, por último, el apoderamiento a funcionarios y a otros profesionales cualificados. Veamos.

2.1. Las vías alternativas a la jurisdicción como intento de hurtar asuntos desde a jurisdicción

El punto estrella para quienes gobiernan el Poder Judicial suele ser el de las alternativas a la jurisdicción, primero el arbitraje y actualmente la mediación⁵. Desde luego, es útil para justificar la escasa inversión en la jurisdicción, aunque lo que se suele destacar son otros aspectos como la conveniencia de la cultura de la paz para una resolución del conflicto amistosa, más rápida, eficaz y satisfactoria que la ofrecida por una apocalíptica jurisdicción.

El discurso no está exento, sin embargo, de cierto pesimismo, así como de abandono y renuncia respecto del papel del Estado en la resolución de conflictos privados. Incluso, a veces, pueden vislumbrarse otros intereses menos obvios⁶. Lo bien cierto es que se «apuesta» decididamente por la mediación⁷.

4. HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, cit., pág. 25, habla de algunos filtros: «desde la potenciación de los llamados medios alternativos... a la desjudicialización de algunos mecanismos hasta ahora atribuidos a los tribunales, pasando por el escarcamiento del acceso al proceso y la limitación de las vías de impugnación».

5. Resulta cuanto menos «curioso» que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la hora de solicitar la suspensión del procedimiento a instancia de ambas partes para someterse a vía alternativa, modifique los arts. 415 y 443.LIII LEC solamente para sustituir la referencia al arbitraje por la mediación.

6. Algunas consideraciones sobre estas cuestiones pueden verse en BONET NAVARRO, J., «El abogado ante el procedimiento de mediación. De espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 47, 2013, págs. 13-53.

7. Entre otras, pueden escucharse desde escuetas alusiones, como en el discurso de apertura del año judicial en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2015-2016, a una «más y mejor mediación»; a inquebrantables adhesiones en el del Presidente del Tribunal

Es más, el mismo Consejo General del Poder Judicial se presenta como abandonado de esta especie de intersección jurisdiccional que desvíe el máximo número de asuntos a vías privadas. Entre otras cosas, aprobó por unanimidad un informe, el 28 de junio de 2012, por el que apoya decididamente fomentar y redoblar los esfuerzos por implantar en España una cultura de resolución de conflictos fundada sobre tres pilares básicos: la mediación, el arbitraje y la conciliación⁸. Hasta tal punto es así que puede afirmarse que en los últimos tiempos viene pergeñándose desde diversos sectores, sea el gobierno del poder judicial o sean algunos autores⁹, una tendencia claramente favorable a la llamada «cultura» basada en la solución derivada de la voluntad de las partes frente a la justicia considerada «formal», hasta el punto que se ha convertido en un tópico «políticamente correcto».

No obstante, conviene recordar, de entrada, que alguna de estas alternativas, como la conciliación obligatoria, había sido ya desterrada del proceso civil español precisamente porque, salvo contadas excepciones¹⁰, mayoritariamente se reconocía su escasa eficacia práctica¹¹. El penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo puso de manifiesto cuando afirmó que el acto de conciliación «como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios».

Superior de Justicia de Murcia, que reconoció haber «hecho una apuesta decidida y militante por incentivar la mediación intrajudicial y extrajudicial», básicamente porque —según afirma— si bien el conflicto no es una patología, sí lo es «la judicialización masiva de toda la conflictividad», pues —sigue— «no hay sistema judicial que pueda dar respuesta a todas las disputas y desavenencias sociales si no encontramos otros métodos alternos, complementarios o anteriores a la intervención de la Administración de Justicia, que debería ser residual o de última ratio».

8. Llega a afirmarse en el mismo informe que «debe ser fomentado desde las instancias públicas, creando condiciones legislativas adecuadas».

9. Puede ser representativo, entre otros, DORADO PICÓN, A., «El arbitraje y la mediación en España», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 1-8, cuando defiende la mediación como «instrumento de diálogo de la pacificación», porque —en su opinión— resulta positiva tanto para las partes, al ser solución más ágil y rápida del conflicto, como también para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo.

10. MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil. (Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1971, págs. 875-95, defiende con algunas estadísticas, de los años 1953 a 1967 su eficacia. También ALVARADO VELLOSO, A., «La conciliación», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, enero 1989, págs. 10-1.

11. Así por ejemplo, afirman GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, Colex, 2ª ed., 2007, págs. 287-8, que el acto previo se revelaba como «superfluo y dilatorio», aunque pueda tener algunas ventajas. También, MONTES REYES, A., «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986, pág. 263. En el mismo sentido, AVILÉS NAVARRO, M., «La conciliación civil preprocesal», original, pág. 29, significa que «se ha convertido en un mero trámite al que se ha prestado poca o nula atención». Asimismo, dice gráficamente LÓPEZ ORTEGA, F. J., «Jueces de Paz. Competencia», en Ponencia Jornada Jueces de Paz, (en web CGPJ), que «de todos es conocida la escasa eficacia de estos actos de conciliación en orden a evitar un futuro litigio»; y BONET NAVARRO, A., «La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24, 2011, pág. 5, reconoce que «se estableció como facultativo, ante el elevado índice de fracasos o pérdidas de oportunidad de resolver en ese momento previo los conflictos».

Lo cierto es que la entusiasta defensa de estas vías alternativas no siempre viene acompañada del análisis aséptico y del contraste empírico de sus bondades, sino más bien destaca por una retórica con escasa constatación de sus verdaderos resultados. Más bien suele partirse de la conveniencia de las vías alternativas como idea preconcebida y presupuesto indubitado, explicando sus ventajas en el coste, la rapidez procedimental, la participación y el control de las partes en el resultado y sin riesgos a una decisión de todo o nada, o en la incapacidad de la jurisdicción para resolver eficazmente determinados asuntos o materias, por su lentitud, onerosidad y consecuente desconfianza en el usuario, en una visión de la jurisdicción prácticamente dantesca que hace inevitable acudir a sus alternativas. Pero todo este discurso dialéctico se ancla en argumentos que, como algunas «prendas», son reversibles, porque pueden confeccionarse igualmente, con similar fundamento y lógica, pero esta vez para llegar a conclusiones diametralmente opuestas. Así ocurre, por ejemplo, con el pretendido carácter económico de la mediación. Sin contar los gastos específicos, resultará escasamente rentable para quien decide sacrificar una posible solución totalmente favorable a su pretensión en aras de una solución autocompositiva que implique concesiones. Si bien se mira, desde un punto de vista económico, solo resultará interesante cuando haya acuerdo y se logre por quien en la jurisdicción no lo obtendría. En definitiva, el verdadero favorecido por la mediación es aquel que, en realidad, no merece el derecho. Asimismo, creo que conviene poner de manifiesto que el proceso no tiene por qué representar una especie de guerra fratricida pues solo se trata de un medio por el que un poder del estado resuelve dudas, discrepancias y, en definitiva, da solución a conflictos entre las personas. Desde luego, el efecto reductor de volumen de trabajo no ha operado hasta el momento. Y por lo demás, no veo en lugar alguno qué maldad intrínseca hay en que las personas acudan a los órganos jurisdiccionales para resolver sus problemas, superando sus miedos o limitaciones¹².

De otro lado, convendría recordar que las vías alternativas suponen en principio un esfuerzo económico, especialmente gravoso cuando no hay acuerdo (y si lo hay, ya sabemos a quién interesará principalmente). En cualquier caso, sabido es que los esfuerzos económicos adicionales, suelen conducir a la escasa utilización de la institución afectada en la práctica. Así, el legislador reconoce expresamente el efecto de lastre en la fianza que se exigía para la ejecución provisional¹³; e implícitamente lo mismo sucede con la fianza nece-

12. Como afirma GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7871, de 1 de junio de 2012, pág. 1, «que haya más o menos procesos judiciales no es ni bueno ni malo si lo analizamos de forma aislada. El hecho de que el ciudadano medio tenga fácil acceso a los órganos jurisdiccionales es un logro, y la ausencia de procesos no está necesariamente en consonancia con una sociedad menos conflictiva... que haya pleitos no es mejor ni peor que los haya. A veces la inexistencia de conflictos no supone paz, no supone ausencia de enfrentamientos, supone miedo, o la imposibilidad o la dificultad de plantear la queja».

13. El párrafo 6 del punto XVI de la Exposición de Motivos de la LEC se reconoce que la caución al solicitante operaba «a costa de cerrar en exceso la ejecución provisional, dejándola sólo

saría para la adopción de medidas cautelares cuando se elimina en los casos en que se pretende potenciarla (arts. 821.2.2ª LEC y 21.5.II Ley de Propiedad Horizontal). Y similares efectos de lastre corresponden al depósito previo para recurrir¹⁴; o a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, además de constatar una clara reducción de la actividad procesal¹⁵, mereció un pronunciamiento de inconstitucionalidad precisamente por su «efecto disuasorio» desproporcionado, y porque, según palabras de la STC 140/2016, de 21 de julio, lo elevado de la cuantía de la tasa «acarrea, en concreto, un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles».

Con todo, puede decirse con cierto fundamento que los argumentos aportados a favor de la potenciación de las vías alternativas a la jurisdicción y, por tanto, minadoras del ámbito de la jurisdicción, resultan, cuanto menos, discutibles y relativos.

2.2. La invasión por otros poderes del Estado

El poder ejecutivo no pierde ocasión para entrar en ámbitos propios de la jurisdicción. Para poder afirmar con fundamento este hecho, es preciso identificar correctamente el ámbito de la jurisdicción, pues ambos poderes actúan el derecho en el caso concreto. Se hace preciso, por tanto, su deslinde y, para ello, además de constatar materias exclusivas de la jurisdicción como derechos fundamentales y libertades públicas, relaciones entre el Estado y Comunidades Autónomas, y en la actuación del derecho penal¹⁶, básicamente contamos con dos criterios fundamentales: la irrevocabilidad de la decisión y la actuación mediante heterotutela, pues la actuación de la Administración es siempre revocable y, en la medida que protege los intereses generales, a diferencia de la jurisdicción, actúa o debería actuar mediante autotutela. Sin embargo, como después veremos, ninguno de los criterios resulta definitivo. Quizá por esto,

en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado dispusiera del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad».

14. También en este punto, en el párrafo 12 del punto XIV de la Exposición de Motivos de la LEC se admite que «además de representar un factor de encarecimiento de la Justicia, de desigual incidencia sobre los justiciables, plantea, entre otros, el problema de su posible transformación en obstáculo del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme al principio de igualdad».

15. En el Boletín de Información Estadística núm. 34, de junio 2013, del CGPJ, en la «primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial», pudo constatar una reducción de asuntos hasta su extinción a las personas físicas. Por lo demás, al respecto conviene la lectura de HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La jurisdiccional en entredicho*, cit., págs. 102-17.

16. OTELLS RAMOS, M., «La potestad jurisdiccional», en *Introducción al Derecho Procesal*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 127-9.

podemos encontrar numerosos ejemplos de invasión del poder ejecutivo en ámbitos de la jurisdicción. Entre los ejemplos, los siguientes:

1.º Un precedente interesante es el control administrativo de la competencia desleal llevado a efecto por el «Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia» para la resolución de expedientes sobre la materia¹⁷. Actualmente extinguido mediante Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el mismo se superponía la garantía y protección del sistema económico, tal y como prevé el mismo art. 38 CE, con los intereses de una determinada empresa, produciéndose así una posible invasión competencial de la jurisdicción.

2.º Similar efecto se producía con la Ley autonómica valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, sobre arrendamientos históricos, vigente hasta el 20 de agosto de 2013 hasta ser derogada por la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias. El art. segundo de la citada Ley 6/1986 disponía que «los arrendamientos históricos valencianos podrán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la Administración agraria autonómica», por tanto, encomendando a la Administración el reconocimiento y calificación jurídica de un arrendamiento como histórico¹⁸. De hecho, el voto particular discrepante del Magistrado don CARLOS DE LA VEGA BENAYAS a la STC 121/1992, de 28 de septiembre, considera sobre esto que «parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinante de todas unas consecuencias que afectan no sólo a quien solicitó aquel acto sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la Administración sino una potestad de intervención que esa Ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las que son propias de la Jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del Derecho civil; y ese es el efecto propio del reconocimiento administrativo de los contratos de arrendamiento históricos».

17. Anteriormente denominado «Tribunal de Defensa de la Competencia». Sobre el mismo, véase BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998, págs. 16-29.

18. Según el párrafo 13 del Preámbulo de dicha Ley, «la concurrencia de la práctica social, generadora de la institución, hace necesario hoy encomendar a los investigadores los correspondientes estudios sociológicos y jurídicos que determinen rigurosamente la pervivencia del específico arrendamiento histórico y que, desde esta perspectiva, pueda ser declarada por la Administración Autonómica la existencia de los repetidos arrendamientos. Junto a esta posibilidad resulta también necesario, habida cuenta de que se produjo la destrucción de determinados archivos o registros, establecer un procedimiento de reconocimiento del arrendamiento histórico, mediante la declaración de la Administración Autónoma para aquellos casos en los que desde un marco de antigüedad de la relación arrendaticia existan elementos demostrativos de la pervivencia de la institución que se pretenda recobrar».

Con todo, actualmente la situación al menos se ha intentado paliar a través del art. 50 de la antes citada Ley 3/2013, cuando prevé que, en caso de existir litigio entre las partes, la declaración administrativa no condiciona ni impide el ejercicio de las acciones jurisdiccionales para la calificación. Pero este intento de mejora no resulta plenamente satisfactorio pues, en cualquier caso, aclara que la decisión no es irrevocable (como no lo son algunos pronunciamientos indudablemente jurisdiccionales), pero mantiene la actuación mediante heterotutela, pues la Administración sigue actuando el derecho en el caso concreto sobre situaciones privadas que le son ajenas.

3.º La Agencia de Protección de Datos, según el art. 18 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, podrá recibir reclamaciones de los interesados por las «actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley». Además, su art. 37.1 autoriza para «requerir a los responsables y encargados de los tratamientos, previa audiencia de los mismos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros». Asimismo, la Disposición Final de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, permite que un órgano administrativo como la «Comisión de Propiedad Intelectual»¹⁹, a instancia de quienes afirman ser titulares de los derechos de propiedad intelectual, pueda requerir al prestador de servicios de la sociedad de la información para que retire contenidos lesivos. Y a continuación, tras un procedimiento administrativo en el que pueden oírse todos los interesados y practicar pruebas, se le apodera para ordenar la retirada de los contenidos y la interrupción del servicio. Aunque el acto administrativo de la Comisión solamente será ejecutivo previa autorización judicial dictada en procedimiento rápido en el que oír a todas las partes, solo atenderá como cri-

19. El consejo de ministros de 14 de febrero de 2014, ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Propiedad Intelectual que supone un refuerzo de la Comisión de Propiedad Intelectual, según se ha afirmado en los medios de comunicación, «para la lucha contra la piratería». Entre otras cosas, con la intención de fortalecer los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de los derechos de los autores y creadores en Internet se propone además de modificar puntualmente la LEC para que el titular que vea dañados sus derechos pueda solicitar a un juez la identificación del titular de una página web sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala contenidos protegidos, de forma directa o indirecta, refuerza las potestades de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual pues se le permite actuar frente a las web que tengan como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de contenidos ofrecidos ilícitamente de forma notoria; se le dota de mecanismos más eficaces de reacción frente a aquellos que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada de contenidos vulneradores de los derechos de autor, incluyendo la estrangulación económica de las páginas web infractoras. De este modo, se incluye la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pago electrónico y de publicidad. También, cuando esté justificado, podrá pedir al juez de lo contencioso-administrativo el bloqueo técnico de la web; y en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada de contenidos ilícitos podrá imponer sanciones económicas de entre treinta mil y trescientos mil euros; y se crea un tablón de edictos electrónico que producirá efectos de notificación con carácter global.

terio de derecho material al art. 20 CE, sin poder apreciarse por la jurisdicción las posibles relaciones de Derecho Privado que pudieran justificar la conducta del prestador de servicios. De ese modo, como afirma ORTELLS²⁰, tal apreciación de estricto Derecho privado «habrá sido realizada por un órgano administrativo (...) parece que, para el legislador, lo único que la CE reserva a los órganos jurisdiccionales sea la tutela del derecho fundamental, mientras que no sería potestad jurisdiccional la potestad de decidir sobre relaciones jurídicas de Derecho privado».

En estos, como en otros ejemplos similares, en un entendimiento expansivo de lo que deben considerarse «intereses generales» no resiste a crear órganos con potestades propias de la jurisdicción. Y ante esto, el Tribunal Constitucional, siempre atento a las «invasiones» de las competencias estatales por las Comunidades Autónomas²¹, no ha puesto un límite claro a estas invasiones. De hecho, la STC 146/1996, de 19 de septiembre²², en relación con la Ley 34/1988, de 1 de noviembre, General de Publicidad, al pronunciarse sobre otra posible intervención administrativa respecto a ciertos conflictos entre particulares, planteó acriticamente una alternativa entre «los dos criterios procedimentales —jurisdiccional o administrativo— por los que alternativamente se pronuncia la Directiva 84/450/CEE», por lo que parece partir de la inexistencia de límites constitucionales genéricos a la potestad del legislador de establecer vías administrativas previas o alternativas.

Ni siquiera resulta significativa la STC 58/2016, de 17 de marzo, en relación con la delimitación de ámbitos competenciales entre jueces y magistrados, de un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, de otro. Esta Sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del art. 102 bis. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 13/2009, por cuanto impedía el control judicial de los decretos dictados por los Letrados de la Administración de Justicia al resolver el recurso de reposición interpuesto contra diligencias de ordenación o decretos no definitivos. Aunque parte de la delimitación competencial entre titular de la potestad jurisdiccio-

20. ORTELLS RAMOS, M., «La potestad jurisdiccional», cit., pág. 134.

21. Recientemente, por ejemplo, en un ejercicio de trazo grueso e interpretación restrictiva, salvo en un magnífico voto particular del magistrado Xiol Ríos, considera la STC 82/2016, de 28 de abril que en el tenor del art. 149.8, cuando dice que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, sobre legislación civil, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», debe entenderse que debe existir en el momento de entrada en vigor de la Constitución, equiparando «existente» y «vigente». De ese modo, viene a privar de competencias a la Generalitat Valenciana para la recuperación del derecho civil valenciano. Y todavía más reciente, en la misma línea, la STC 110/2016, de 9 de junio, en la que declara parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat Valenciana, de uniones de hecho formalizadas.

22. Un comentario sobre ella: DÍEZ-PICAZO GOMEZ, I., en *Tribunales de Justicia*, 1997, 3, pág. 347.

nal y de un funcionario²³, y aunque deja sentado con base en el art. 117.3 CE, que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados, no concreta en qué supuestos se ejerce jurisdicción, como podría ser tanto el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC, como el monitorio notarial de los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado. Por esto creo que no puede afirmarse que el Tribunal Constitucional haya ofrecido hasta la fecha una respuesta definitiva a las posibles invasiones de la jurisdicción por parte de la Administración, y no es de esperar que lo haga en un futuro inmediato.

2.3. El apoderamiento al Letrado de la Administración de Justicia para conocer tanto del procedimiento monitorio como del procedimiento por manifestación de cuentas de los arts. 34 y 35 LEC

El monitorio regulado en los arts. 812 a 818 LEC recibe la denominación de proceso, no solo en el Título III y en el Capítulo I, sino también en el texto de los arts. 812, 813 y 816 LEC. Además, como afirma LÓPEZ SÁNCHEZ²⁴, se practican «una serie de actividades de enjuiciamiento que entrañan cometidos claramente jurisdiccionales»: decisión sobre la admisión o inadmisión de la demanda, «petición inicial», lo que implica, de un modo o de otro, valorar la suficiencia documental y los requisitos de la obligación que funda la pretensión, actividad que, unido a las expeditivas consecuencias derivadas de la inactividad —o actividad legalmente irregular— del requerido, no es más que función jurisdiccional, que debería estar reservada a la jurisdicción (art. 117.3 CE).

23. Por ejemplo, afirma que a al «Secretario Judicial» corresponden funciones «en materias colaterales a la función jurisdiccional» (Preámbulo de la Ley 13/2009), como dictar determinadas resoluciones motivadas (decretos), pues «se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional». Igualmente, señala que «la toma de decisiones en el proceso se distribuye entre Jueces y Magistrados, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, por otro. Se reserva a los primeros, como es obligado, las decisiones procesales que puedan afectar a la función o potestad estrictamente jurisdiccional, que les viene constitucionalmente reservada en exclusiva (art. 117.3 CE); y se atribuye a los segundos, que asumen la dirección de la oficina judicial, aquellas funciones que no tienen carácter jurisdiccional, lo que incluye el dictado de resoluciones procesales que no tengan este carácter». Y partiendo de ese diseño, concluye que «son los Jueces y Magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pueda ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE)».

24. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario», en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales*, VII-2001, Madrid, 2001, págs. 575-6. Concluye que el carácter de procedimiento encaminado a solventar una situación litigiosa le atribuye una naturaleza claramente jurisdiccional que, en su opinión, exige su conocimiento por jueces y magistrados.

Este procedimiento puede representar, en principio, un buen ejemplo de invasión del ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional. En este caso se produciría desde dentro del órgano jurisdiccional, pues este «Letrado-Secretario» es personal cualificado integrante de la oficina judicial. Como se recordará, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, pretendió, según su preámbulo, que «los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», y para ello se considera preciso «descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales (...) se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional». Si esto fuera cierto, no habría más que hablar ni escribir²⁵. Pero esta reforma supuso que el entonces indubitablemente denominado cuerpo de «Secretarios judiciales», dictara decretos o gestionara el procedimiento monitorio hasta el punto que, dictado su decreto de terminación por inactividad del requerido, podrá instarse una ejecución que proseguirá como si de una sentencia dotada de cosa juzgada se tratara (art. 816.2 LEC).

Para llegar a esta atribución competencial, previamente se tuvo que hacer un cierto esfuerzo para justificar alguna suerte de naturaleza extrajurisdiccional propia del procedimiento monitorio. Así, entre otros, entendiéndose que desde 2009 el monitorio ya era, de hecho, un procedimiento de jurisdicción voluntaria, BANACLOCHE²⁶ todavía va más allá y justifica «dar un paso más en esa línea de desjudicialización de la técnica monitoria y permitir que un procedimiento parecido, con efectos también similares, pueda desarrollarse al margen de los juzgados». El serio problema de esta posición doctrinal consiste en explicar cómo, y por qué regla de tres, de un procedimiento no jurisdiccional pueda derivar un efecto de cosa juzgada y una ejecución como si de una sentencia se tratara. Además, mayoritariamente se reconoce que el monitorio no perte-

25. En esa línea PILLADO GONZÁLEZ, E., «Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas», en *Diario La Ley*, núm. 8782, 14 de junio de 2016, pág. 3, argumenta que «tampoco esa atribución de nuevas competencias al letrado de la Administración de Justicia se puede entender como contraria al art. 117 CE en cuanto debe tenerse presente, de un lado, que el letrado de la Administración de Justicia forma parte del órgano jurisdiccional y, de otro, que la potestad jurisdiccional, en un sentido amplio, no incluye sólo la clásica función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino también otras muchas actividades que son necesarias para que esa función pueda ser desempeñada, como puede ser la ordenación del proceso o su documentación» por ese motivo, la propia CE, atribuye la función de administrar justicia a los jueces y tribunales en el apdo. 1 del art. 117, mientras que en el apdo. 3 de este mismo precepto encomienda la potestad jurisdiccional en sentido amplio a los juzgados y tribunales.

26. BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, La Ley, Madrid, 2015, pág. 258. Y en esa misma línea parece inscribirse PILLADO GONZÁLEZ, E., «Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas», cit., pág. 6, cuando afirma que «se presenta como lógica consecuencia de la propteroevolución del juicio monitorio que a lo largo de sus distintas modificaciones ha llegado a ser competencia exclusiva del letrado de la Administración de Justicia, salvo intervenciones puntuales del juez, lo que lleva a calificarlo como un expediente de jurisdicción voluntaria».

nece al ámbito de la jurisdicción voluntaria sino se trata de un proceso judicial de carácter declarativo si bien especial²⁷.

En realidad, la intervención en el monitorio de este funcionario judicial, que integra y hasta dirige la oficina judicial pero que carece de potestad jurisdiccional, partiendo de su formación técnica, únicamente cabe ser explicada, y todavía con ciertas dudas²⁸, en el carácter de intervención subsidiaria o coadyuvante respecto del titular de la potestad jurisdiccional²⁹. En efecto, la intervención judicial, si bien no siempre resulta visible, gravita controladora alrededor de la gestión del Letrado-Secretario. Por este motivo, por ejemplo, según el art. 454 bis LEC las resoluciones de este Letrado-Secretario serán recurribles ante el juez mediante el recurso de revisión; conforme al art. 815.1 LEC, cuando los documentos aportados con la petición no fueran de los previstos en el apartado 2 del art. 812 o no constituyeran un principio de prueba del derecho del peticionario, el Letrado-Secretario «*dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial*»; en virtud del art. 815.4 LEC³⁰, si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato

27. GUTIÉRREZ DE CABEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, «Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España», en *Revista de Derecho Procesal*, 1972, pág. 567) defendía ya que el monitorio es «un proceso de cognición plenario, si bien abreviado, de naturaleza especial y cuya finalidad es la producción de un título ejecutivo». Y actualmente también, entre otros muchos, ROMÁN GARZÓN, J. A., «Los procesos especiales. El proceso monitorio», en *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (COORD.: CABAÑAS), Madrid, 2000, págs. 722-8. ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso monitorio», en *Derecho Procesal Civil. Parte Segunda*, Valencia, 2001, pág. 282. TOMÉ GARCÍA, J. A., «El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, 2000, pág. 446. GÓMEZ AMIGO, L., «La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español», en *Actualidad Civil*, 38, 18 a 24 octubre 1999, págs. 1178 y 1181. HINOJOSA SEGOVIA, R., «El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, núms. 1-3, 2001, págs. 305-6. CORREA DELCASO, J. P., «El proceso monitorio», en *Instituciones del nuevo proceso civil, IV*, (COORD.: ALONSO-CUEVILLAS), Barcelona, 2000, págs. 188-92. En la misma línea, BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles en el derecho español*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 27-33. Y GÓMEZ COLOMER, J. L., «El proceso monitorio», en *Derecho Jurisdiccional, II*, (CON MONTERO, MONTÓN Y BARONA), Valencia, 2000, págs. 758-9, si bien matiza que en caso de que no comparezca o comparezca y no pague, la naturaleza de proceso declarativo especial, «se transforma... en una ejecución, que a su vez es especial también. Y si formula oposición, el proceso se transforma a su vez en un proceso de declaración ordinario».

28. En ocasiones el legislador se ha excedido, como ocurre en el procedimiento previsto en los arts. 34 y 35 LEC, el que se llega a atribuir competencia al Letrado-Secretario sin el control judicial con la excusa de que no se genera cosa juzgada.

29. Según afirma PELLADO GONZÁLEZ, E., «Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradictorias», cit., pág. 3, «no por ello se han reducido las garantías para el ciudadano, pues los letrados de la Administración de Justicia forman un cuerpo técnico con formación especializada que les cualifica suficientemente para su desempeño. A esto se añade, además, que todas las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia podrán ser controladas por el juez a través, no sólo de la declaración de nulidad, sino también del nuevo recurso de revisión introducido por esta misma Ley 13/2009, en el art. 454 bis LEC».

30. Introducido por el apartado setenta y seis del art. único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, y ante la previsión del varapalo que se prevenía y que posteriormente vino con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, de 18 de febrero de 2016,

entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Letrado-Secretario, con carácter previo dará cuenta al juez para que, sin perjuicio de su potestad de oficio, pueda «*apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible*»; o, conforme al art. 818 LEC, la oposición será decidida judicialmente —y con efecto de cosa juzgada— en «juicio que corresponda».

Pero la competencia para conocer del procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC es totalmente autónoma. Es cierto que Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2017 «el Secretario Judicial no constituye un «*órgano jurisdiccional*» a efectos del art. 267 TFUE». Además esta sentencia recuerda que han sido calificados de administrativos, y no de judiciales, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la sentencia 4/2011, de 28 de septiembre 2011, en relación con un expediente de jura de cuentas, así como por el Tribunal Constitucional en el auto 163/2013, de 9 de septiembre de 2013, y en la sentencia 58/2016, de 17 de marzo de 2016, relativos a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En consecuencia, concluye la citada STJUE que no corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia el control de las cláusulas abusivas en este procedimiento «administrativo», sino al Juez en el subsiguiente proceso de ejecución que, en su caso, derive. Sin embargo, de modo similar a lo que se indicará más adelante, el problema que subyace es que en este instrumento se actúa el derecho objetivo en el caso concreto con heterotutela, de modo que forma parte indubitada de ámbitos propios de la jurisdicción. En este caso de forma indubitada, un funcionario público, aunque se halle en la cúspide de la oficina judicial, está realizando funciones que corresponden exclusivamente a la jurisdicción.

2.4. Consideraciones sobre el apoderamiento a profesionales no titulares de potestad jurisdiccional, en especial el notario

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, reguladora como es sabido de una gran variedad de temas de calado para la garantía de los derechos, se presenta como la punta de un verdadero iceberg repleto de carcoma de la jurisdicción. Junto a otras muchas cosas, esta Ley introduce los nuevos arts. 70 y 71 en la vetusta Ley, de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado, para regular un procedimiento denominado para «*la reclamación de deudas dinerarias no contradictorias*». Este procedimiento, junto al regulado en los arts. 34 y 35 LEC para la

en la que, entre otras cosas, se afirma que «*la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional... que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación*».

reclamación de créditos de abogado y procurador frente a sus clientes, guarda similitudes al monitorio judicial de los arts. 812 a 818 LEC, con la trascendental pero única particularidad de que su competencia no se atribuye al titular de la potestad jurisdiccional sino a Notario y a Secretario Judicial respectivamente, y, en su consecuencia, están privados de cosa juzgada, además de que en el caso del notarial, derivará un título ejecutivo extrajudicial.

Desde luego, en un contexto como el que hemos venido sufriendo de «macdonaldización legislativa»³¹ y de «fast legislation», en el que prima la cantidad, el «low cost» y el «copy and paste», no resulta en absoluto extraño que el legislador regule un determinado procedimiento, más bien al contrario; ni provoca perplejidad alguna que pueda constituirse un título ejecutivo ante Notario³². Tampoco representa ninguna novedad que tan cualificado fedatario pueda realizar actas de notificación y requerimiento de deudas, pues así lo vienen autorizando desde hace mucho los arts. 202 a 206 del Decreto 2 de junio de 1944. Pero resulta ciertamente novedoso que el Secretario Judicial pueda conocer de un procedimiento como el monitorio bajo la supervisión y control judicial, aunque sea para un objeto como el crédito del abogado y procurador frente a sus clientes derivado de un proceso judicial.

Igualmente se presenta ciertamente original que la creación de un título ejecutivo, aunque sea extrajudicial, no derive de la voluntad expresa de ambas partes, sino meramente de un acto presunto o tácito de un deudor requerido para pago. Es patente que la adquisición de eficacia ejecutiva de los títulos ejecutivos extrajudiciales hasta ahora siempre había sido consecuencia bien de la actividad judicial o equivalente como el laudo arbitral, o bien del acuerdo expreso de las partes en los títulos ejecutivos extrajudiciales. No obstante, desde la entrada en vigor en este punto de la Ley del Notariado a través de la repetida Ley de Jurisdicción Voluntaria, el título ejecutivo extrajudicial alcanza tal categoría ejecutiva con la intervención notarial, y con la ausencia de una actividad activa de la deudora.

Y esta atribución de competencias a personas que no son titulares de la potestad jurisdiccional entra en clara colisión con el mandato constitucional de exclusividad de la jurisdicción a favor de los jueces y magistrados.

31. RITZER, G., *La McDonalitzación de la sociedad: un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, (trad. HIERRO y HIERRO), Ariel, Barcelona, 1996, constata la tendencia social a exacerbar un proceso de racionalización formal que, en su momento, derivó en la burocracia. Igualmente, resulta oportuna su obra para calificar la tendencia de nuestro ordenamiento jurídico español a la motorización, tendente a la producción, aparentemente superflua, banal y excesiva.

32. Para comprobar un ejemplo clásico, no hay más que acudir al tenor del art. 517, 4.º LEC, y a sus precedentes legislativos del art. 1429 de la LEC 1881, que regula un título ejecutivo basado en la escritura pública con los correspondientes requisitos.

2.4.1. La identidad formal y material entre el monitorio notarial, el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC y el monitorio judicial

Un somero ejercicio de comparación permite comprobar que los cauces formales por los que se sustancia el procedimiento para la reclamación notarial de deudas dinerarias no contradichas y el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC, se corresponden con los propios del procedimiento monitorio de los arts. 812 a 818 LEC. En todos los casos, el acreedor, titular de una obligación documentada que cumpla con ciertos requisitos, podrá solicitar el requerimiento al deudor: para que, en un periodo de tiempo relativamente breve, cumpla y de ese modo se ponga fin al procedimiento; para oponerse y que se pueda abrir la vía de oposición; o para no hacer nada, de modo que podrá abrirse en tal caso la ejecución. La novedad sin duda más reseñable, al margen de otras particularidades más o menos de detalle en la regulación del monitorio notarial³³, es que en caso de pasividad del deudor se constituirá un título ejecutivo que no será judicial sino extrajudicial, debido a que el órgano jurisdiccional es sustituido en este caso por el Notario.

La identidad procedimental, en el caso del monitorio notarial, salvo alguna excepción³⁴, ha sido reconocida por la generalidad de autores³⁵. No obstante, el preámbulo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria tiene la sorprendente osadía de negar esta identidad. Afirma sin ningún rubor que «no es un procedimiento

33. Como la imprevisión de que el Notario realice averiguación del domicilio del deudor; requisitos adicionales en la obligación como ser indubitada y ser civil y mercantil no excluida; criterios alternativos y no subsidiarios de atribución de competencia, no exigencia de solicitud escrita; imposibilidad de impugnar la decisión; atisbo expreso de poderse reclamar a varios obligados; no exigencia expresa de que la solicitud sea escrita; imposibilidad de impugnar la decisión de inadmisión; o, en caso de oposición, cierre en todo caso del monitorio, sin abrir el juicio que corresponda en la forma que se produce en el monitorio por cuantías propias del juicio verbal; igualmente, a diverso tratamiento fiscal en cuanto que el que el monitorio notarial, como no podía ser de otro modo, está exento de tasas judiciales, salvo que tras la oposición la persona jurídica se vea compelida en un proceso. Cuestión distinta será lo que contemple en un futuro el RD 1426/1989 sobre los aranceles tal y como prevé la Disposición Adicional 4.ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

34. Con base en las distintas consecuencias en caso de inactividad del deudor, afirma PILLADO GONZÁLEZ, E., «Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas», cit., pág. 6, que «aunque emplea la técnica monitoria, no puede considerarse como un juicio monitorio y tiene claras diferencias con el mismo».

35. Por citar solamente tres ejemplos: SEGANE CACHARRÓN, J., «Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria», en *Diario La Ley*, núm. 8184, 5 de noviembre de 2013, pág. 9, considera que «su contenido tiene a reproducir en lo esencial la técnica monitoria de los arts. 812, 814, 815, 816, 817 y 818 LEC»; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8273, 18 de marzo de 2014, pág. 14, señala que «se configura, por otra parte, en la estela del procedimiento monitorio judicial, que regulado en los arts. 812 a 818 LEC, se conforma como un juicio declarativo especial privilegiado»; LIÉBANA ORTIZ, J. R. y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 486, afirman que «se configura, por lo tanto, a imagen y semejanza del proceso monitorio civil regulado en los arts. 812 a 818 LEC».

monitorio o de pequeña cuantía sino que se sigue la técnica del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», en mi opinión, con el intento de enmascarar la posible inconstitucionalidad de este procedimiento debida a la atribución competencial al Notario.

El monitorio notarial había sufrido duras críticas doctrinales. Así, entre otros, SEOANE señala que «no se justifica porque no se puede justificar semejante heresia legal que viene a vulnerar la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Civil».³⁶ En tono más suave pero igualmente contundente, CASADO³⁷, indica que «no hay ninguna razón legal, ni siquiera de política legislativa, que justifique la implantación de un procedimiento monitorio notarial como alternativa al proceso judicial que se regula en la LEC, máxime teniendo en cuenta la eficacia demostrada de tal juicio especial en el ámbito de la Administración de Justicia, en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables». Asimismo, en el «Informe relativo al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria 2013», emitido el 4 de diciembre, el colectivo de abogados veladamente iba centrando el tema en la constitucionalidad, cuando adelanta que la atribución excede la «nueva dimensión que se les da como servidores públicos». Con total rotundidad, el mismo SEOANE³⁸ afirma derechamente que «su implantación sería inconstitucional, puesto que el proceso monitorio, como proceso especial declarativo corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales conforme a los arts. 117.1 y 3 CE y la tutela judicial efectiva solo se garantiza en el art. 24.1 de dicha norma Suprema ante los Jueces y Tribunales». Y, por último, el propio Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria³⁹, una vez más sitúa al monitorio notarial en el centro de la diana constitucional concluyendo que «la propia naturaleza de este tipo de procedimientos determina su incardinación en las competencias que exclusivamente reserva a la jurisdicción el art. 117.3 CE».

36. SEOANE CACHARRÓN, J., «Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria», cit., pág. 9.

37. CASADO RODRÍGUEZ, E. P., «Sobre el novedoso Juicio Monitorio Notarial», en Diario La Ley, núm. 8269, de 26 de febrero de 2014.

38. SEOANE CACHARRÓN, J., «Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria», cit., pág. 9.

39. CGPJ, en su apartado 12 d de su «Informe de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», págs. 267-8, afirma además y entre otras cosas, que «debe evaluarse la oportunidad de encomendar al Notariado este tipo de procedimientos, hasta ahora exclusivamente jurisdiccionales. No podemos olvidar que no nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuya competencia se traslada a un distinto operador jurídico, sino ante un procedimiento declarativo de naturaleza especial, cuya tramitación ha sido atribuida a los Secretarías judiciales, sin perder el control el Órgano judicial en los casos de inadmisión (art. 815.1 LEC). (...) El resultado es la creación de un título ejecutivo de incuestionable pujanza agresiva de patrimonios que, precisamente por ello, al estar fundado en una solicitud unilateral, debe ser objeto de un control de legalidad que quizás tan solo el Juez por la vía del control de admisión pueda actuar. Consecuentemente se entiende que, contrapesando ventajas e inconvenientes, el control de admisión debe ser necesariamente jurisdiccional».

Esta relevante crítica permitiría explicar la razón por la que el legislador, en un preámbulo que debería servir para una correcta interpretación en lugar de conducir al error, haya pretendido orillar tan fundamental objeción, negando identidades con el monitorio y afirmando que sigue la técnica del Reglamento (CE) núm. 805/2004, con el que apenas comparte nada. Ya se ha indicado que los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado regulan un procedimiento que no instrumenta otra cosa más que la técnica monitoria, más o menos adaptada a la intervención de un fedatario privado. Y, desde luego, aunque se ha previsto para «deudas dinerarias no contradichas», o, lo que viene a ser lo mismo, para «créditos no impugnados», nada tiene que ver con lo previsto en el citado Reglamento (CE)⁴⁰, cuyo objeto son resoluciones judiciales o, a lo sumo, documentos ejecutivos, pero siempre constanding consentimiento expreso del deudor en su constitución. Y partiendo de estos concretos títulos ejecutivos creados judicial o convencionalmente, previa petición de la parte al órgano jurisdiccional, se constituirá un título ejecutivo eficaz en el ámbito europeo sin necesidad de declaración de ejecutividad particularizada ni posibilidad de impugnar su reconocimiento. No es preciso ser un gran jurista para comprender que todo lo relativo al título ejecutivo europeo poco o nada tiene que ver con la técnica monitoria ni con el monitorio notarial. Y la referencia en el preámbulo no consigue despistar acerca de las dudas de constitucionalidad fruto de su atribución competencial.

Lo bien cierto es que el procedimiento para la reclamación de deudas dinerarias no contradichas a través de Notario es sin duda un procedimiento monitorio, como también lo es el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC. En ambos casos, aunque sea de modo ciertamente muy especial porque incluye en su núcleo un requerimiento, se aplicará el derecho concreto con desinterés objetivo o heterotutela, generando esta actividad efectos sin necesidad de la concurrencia de voluntad de las partes al menos de modo expreso hasta el punto que podrá abrirse la ejecución en su consecuencia.

2.4.2. La actividad jurisdiccional en el monitorio notarial y en el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC

Afirmar la posible invasión de ámbitos de la jurisdicción por personal no titular de la potestad jurisdiccional exige identificar la jurisdicción y, concretamente, valorar si el procedimiento monitorio, sea el atribuido al Secretario Judicial en los arts. 34 y 35 LEC o el que se atribuye a Notario, forma parte de la misma. Para ello deberemos fijar la atención principalmente a dos crite-

40. Esta naturaleza presupone que la Ley de Enjuiciamiento Civil, principalmente las previsiones de los arts. 812 a 818 LEC, será de aplicación general o supletoria de la especial contemplada en la Ley del Notariado, tal y como dispone el art. 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Y desde luego, ha de rechazarse cualquier atisbo de aplicación de las correspondientes normas del Reglamento (CE) núm. 805/2004.

rios identificadores: la irrevocabilidad de la decisión y la actuación con desinterés objetivo, también denominada «heterotutela».

El monitorio notarial de los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado, como igualmente el procedimiento «por cuenta manifestada» previsto de los arts. 34 y 35 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tienen efecto de cosa juzgada, por tanto, sus decisiones son revocables por la jurisdicción mediante el procedimiento que corresponda. ¿Significa eso que, por ser revocables, no forman parte del ámbito de la jurisdicción? En mi opinión, podría ser así pero no necesariamente. Si bien las decisiones irrevocables integran la jurisdicción, no todas las revocables quedan fuera de la misma como lo demuestra el hecho de que los procesos sumarios, que como es sabido no están dotados de eficacia de cosa juzgada (art. 447.2 a 4 LEC⁴¹), sin duda suponen ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En realidad, el criterio de la irrevocabilidad, aunque sin duda sea relevante, tiene un alcance limitado. Será útil para determinar qué es jurisdicción, esto es, en principio aquello irrevocable. En cambio, no servirá para excluirla en lo revocable, pues si bien todo lo irrevocable será jurisdicción, no todo lo revocable queda fuera de la jurisdicción, como hemos visto que ocurre con los procesos sumarios. Además, tal criterio se presenta como inadecuado para valorar si una determinada actividad en principio irrevocable, en realidad no debería serlo por merecer estar incluida en el ámbito de la jurisdicción; o si, siendo revocable y por ello no jurisdiccional, merecería sin embargo ser considerada como jurisdicción. Buena prueba de esto último es que, conforme al art. 19.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo, en relación con el art. 125 de la Constitución española, el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia mutó de órgano administrativo a órgano jurisdiccional⁴². Y de ese modo, transitó de administración a jurisdicción al ser reconocida como lo que ya era, un órgano tradicional y consuetudinario⁴³.

41. Más concretamente, sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión; las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo; las dictadas en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito; todas las pretensiones calificadas como sumarias y aquellas que legalmente se nieguen los efectos de cosa juzgada.

42. De interés igualmente es que el Ayuntamiento de Orihuela, la Diputación de Alicante y, por último, el 5 de marzo de 2014, el Pleno de «les Corts valencianes», por unanimidad de todos los grupos, ha reconociendo el derecho histórico del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela para ser considerado tribunal tradicional y consuetudinario y, por tanto, adquiera la categoría de órgano jurisdiccional. Por ello, *les Corts* instaron al *Consell de la Generalitat Valenciana* para que se dirija al gobierno español y recabe la presentación de un proyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitando al Congreso de los Diputados y al Senado su apoyo al mismo.

43. Como afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 177/2003, de 30 de mayo, «desde el 16 de mayo de 1999, fecha en que entró en vigor la Ley 13/1999 citada, los actos

Siendo así, se presenta nítido que el carácter irrevocable o irrevocabable de una actividad resulta inútil para valorar si dicha actividad, a pesar de ser irrevocable, en cambio merecería ser considerada jurisdiccional; o si otra revocable, y por ello en principio administrativa, salvo que se derive de un proceso sumario, debería no obstante ser jurisdiccional. En fin, si la irrevocabilidad ya no es un elemento definitivo para determinar qué debería ser la jurisdicción⁴⁴, todavía lo será menos la revocabilidad, por cuanto se constata actividad jurisdiccional con este último carácter por mucho que sea excepcionalmente. Y es que el hecho de que determinados procedimientos como los que nos ocupan carezcan de eficacia de cosa juzgada y, por ello, sean esencialmente revocables, no excluye que supongan una actividad propia de la jurisdicción. Por ello, dada la debilidad de este criterio, se hace preciso buscar otros elementos de delimitación más sólidos. Y como la naturaleza del derecho aplicado (penal, derechos fundamentales...) no es de los que determinan necesariamente la actuación jurisdiccional, se impone comprobar si la decisión se adopta mediante heterotutela o si la actuación se produce con desinterés objetivo.

Dado que los créditos que pueden ser objeto del monitorio notarial o del procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC son de naturaleza civil y mercantil, sin perjuicio de las excluidas⁴⁵, y por tanto, de naturaleza jurídico-privada, difícilmente se dirigirá a proteger intereses generales ni, derivadamente, consistirá en autotutela administrativa. En principio, en tal caso, la actividad de aplicación del derecho en este ámbito conduciría a una actuación con desinterés objetivo o mediante heterotutela⁴⁶ y, en consecuencia, se tratará de

que emanan del Consejo de Hombres Buenos, y que sean dictados en ejercicio de las competencias que le atribuyen las Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia, no pueden ser revocados en vía jurisdiccional (...) no nos encontramos ante un acto administrativo dictado por un órgano administrativo; se trata, como pone de manifiesto la sentencia apelada, de auténticos fallos dictados por un Tribunal que tiene jurisdicción propia, que ha sido reconocido por una Ley Orgánica».

44. Además, podría conducir a admitir la arbitrariedad de negar al legislador cualquier condicionamiento constitucional para establecer los casos en que la jurisdicción ha de conocer *ab initio*. Por ello, ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal, (con otros), cit., págs. 125-6, estima que la determinación de en qué consiste la potestad jurisdiccional debe tener en consideración el conjunto del texto constitucional y el contexto de la tradición jurídica en el que se inserta, sin que la irrevocabilidad tenga relevancia exclusiva en esta determinación.

45. Cuando la deuda se funde «en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario»; «las basadas en el art. 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal», o entre Comunidades de Propietarios frente a los correspondientes propietarios o viceversa, siempre que se funden en el citado precepto; las deudas de alimentos «en las que estén interesados menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, ni las que recaigan sobre materias indisponibles u operaciones sujetas a autorización judicial»; y cuando esté concernida una Administración Pública.

46. Dado que el mero hecho de juzgar implica *per se* que deba ser un tercero quien realice tal actividad, precisamente se acude al desinterés objetivo o «heterotutela» para identificar la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal*, I, (trad. CASÁIS), Editorial Reus, Madrid, 1922, págs. 344, 347 y 349. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, (con HERCE), Madrid, 1976, págs. 49-53. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal*, I, (con otros), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 26. ORTELLS RAMOS, M., «Aproximación al

potestad reservada a jueces y magistrados exclusivamente en virtud del art. 117.3 de la Constitución española. Sin embargo, los intereses generales parece que son como el universo porque se expanden tanto que en ocasiones llegan a solaparse con otros intereses privados. De ese modo, derecho privado y autotutela administrativa no resultan necesariamente incompatibles. Sin embargo, la aplicación del derecho objetivo al caso concreto por Letrado de la Administración de Justicia y por Notario no queda amparada por este solapamiento, de modo que su actividad en el procedimiento monitorio debería quedar reservada a la jurisdicción.

Asimismo, la función meramente colaboradora, que podría estar justificando la atribución competencial al fedatario judicial en el monitorio de los arts. 812 a 818 LEC, tampoco concurre a la que le corresponde en el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC, ni, todavía menos, a la que se atribuye al Notario. Circunstancia que, una vez más, favorece la consideración de que esta atribución de competencias se sitúa más allá del límite tolerable. A pesar de ello, el «pequeño» paso que se dio para atribuir competencias al «Letrado-Secretario» en la gestión del monitorio judicial de los arts. 818 a 819, parece que ha servido de excusa o justificación para dar el gran salto de atribuirle ese poder sin control alguno judicial, así como, todavía más, a otro fedatario, en este caso ni siquiera integrante del juzgado, sin control ni supervisión judicial inmediata al menos, y con la mala excusa de que del mismo no se derivan efectos de cosa juzgada ni título ejecutivo judicial sino extrajudicial. Dicho en términos más gráficos, se permitió que el legislador apoderara al Letrado-Secretario en el monitorio ordinario —técnico, cualificado y jefe de la oficina judicial, pero funcionario y no titular de potestad jurisdiccional—, y a partir de esto ahora aprovecha para ir más allá atribuyendo la competencia para un procedimiento sin control alguno judicial, así como también a un Notario la gestión del procedimiento monitorio. Queda poco pues para que empiece a creerse que quienes no son jueces y magistrados son idóneos también para satisfacer el derecho a la tutela «judicial» efectiva⁴⁷.

Por último, la actividad del Secretario Judicial y del Notario va más allá de la de meros fedatarios. Ante notario podrá ciertamente ser constituido un título ejecutivo extrajudicial mediante la constatación expresa de la voluntad conforme de las partes. Pero algo muy diferente es que un título de ejecución derive de un procedimiento equivalente a otro jurisdiccional en el que, previa la valoración de documentos sobre aspectos subjetivos y sobre la suficiencia de la deuda, pueda «crear» un título ejecutivo sin que conste esa voluntad expresa de ambas partes.

concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 1984-5, pág. 417.

47. Así, MEJÍAS GÓMEZ, J. F., *Mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009.

2.4.3. Sobre la posible inconstitucionalidad del apoderamiento a secretario judicial y a notario

Tildar cualquier norma o regulación como inconstitucional tiene patentes peligros en la medida en que, por último, lo inconstitucional más bien podría ser el incompleto o erróneo entendimiento de la norma o de la regulación por parte del intérprete⁴⁸. Sin duda se impone una actitud de prudencia, moderación y rigor⁴⁹. Sin embargo, con toda la prevención posible, con lo ya expuesto considero que concurren razones suficientemente serias como para afirmar la incompatibilidad de la competencia de estos profesionales dada la configuración constitucional de la jurisdicción, reservada como es sabido al titular de la potestad jurisdiccional. Todo ello porque usurpan funciones jurisdiccionales, con la sola pretendida justificación de una «desjudicialización» de asuntos que sirva para aliviar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales⁵⁰.

Los procedimientos en que se instrumenta la técnica monitoria implican un verdadero enjuiciamiento, valoración de actividad probatoria, fijación de hechos y aplicación sobre los mismos del derecho a los efectos de dar solución a un conflicto, concretamente referido a un crédito más o menos concreto de una persona frente a otra. La misma decisión sobre la admisión o inadmisión de la solicitud, que en mi opinión ha de ser un trámite riguroso⁵¹, es ya una clave.

En el caso del monitorio notarial, el art. 70.2.II LN concluye que «el Notario no aceptará la solicitud si se tratara de alguna de las reclamaciones excluidas, faltara alguno de los datos o documentos anteriores o no fuera competente», incluyendo aspectos no solamente formales sino también materiales. Por esto mismo, el Notario no solamente deberá controlar que existe una solicitud de inicio de monitorio, esto es, que conste una voluntad para que se requiera, su

48. Con ocasión de la afirmada inconstitucionalidad del trámite de oposición tras el procedimiento monitorio judicial conforme a la reforma operada por la Ley 42/2015, sobre la necesaria prudencia y un correcto entendimiento de la norma antes de calificarla de inconstitucional, puede verse BONET NAVARRO, J., «Monitorio y juicio verbal para sustanciar la oposición conforme a la Ley 42/2015, de 5 de octubre», en *Diario La Ley*, 25 de julio de 2016.

49. Especialmente cuando, en contra de lo señalado en el Informe del CGPJ de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, ya se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad. Así, PILLADO GONZÁLEZ, E., «Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas», cit., pág. 8, afirma que «no hay razón alguna de peso que nos lleve a considerar inadecuada la atribución de competencias al notario para la tramitación de este procedimiento de reclamación de deudas dinerarias en cuanto en ningún caso puede entenderse que los arts. 70 y 71 LN estén atribuyendo a los notarios competencias propias de los jueces que se incluyan dentro de la potestad jurisdiccional que tienen atribuida de forma exclusiva y excluyente en el art. 117.3 CE».

50. Así lo reconoce el mismo CGPJ, en el apartado 12 d) de su Informe de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, cit., pág. 267, cuando señala que «la encomienda proyectada presenta la evidente ventaja de tener una incidencia cierta en la deseable desjudicialización de procesos que alivien la carga de trabajo que afecta a nuestros Tribunales».

51. Será así dadas las expeditivas consecuencias que derivan del monitorio. Además, habrá de serlo por razones puramente prácticas pues, en caso de admisiones poco exigentes, al final supondría facilitar la oposición del deudor, frustrando así las expectativas generadas por el requerimiento.

competencia y capacidad de la parte o su integración, sino que también valorará la legitimación a partir de la documentación aportada y los requisitos de la obligación, incluida, por su importancia, que resulte indubitada.

En efecto, según el art. 70 citado, al margen de las correspondientes exclusiones que en ocasiones ya le exigirá decidir si el deudor ostenta la condición de consumidor o usuario⁵², la deuda ha de ser «*dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía y origen, líquida, determinada, vencida y exigible*», encontrarse documentada y, sobre todo, a juicio del Notario ser «*indubitada*». De ese modo, el Notario deberá controlar la concurrencia de los documentos aportados, los datos, y las consideraciones formuladas por el acreedor-peticionario. Actividad toda ella que supone valorar el material probatorio, fundamentalmente documental, y decidir resolver la atribución subjetiva del derecho que corresponde al acreedor. Incluso en aquellos supuestos en que sea aplicable el derecho extranjero sobre la relación material que sustente el crédito, como sea que no es previsible ni exigible que el Notario conozca el derecho de todo el mundo, se presenta plausible que sea aplicable analógicamente el art. 281.2 LEC, por el que el derecho extranjero deba ser probado ante el mismo Notario en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse para ello de cuantos medios de averiguación estime necesario para su aplicación. Con todo esto, a ver que jurista de los de vanguardia se atreve y consigue negar que esta actividad sea estrictamente jurisdiccional.

Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1158 del Código Civil, el Notario comprobará la atribución subjetiva activa y pasiva del derecho, igualmente derivada de la documentación aportada. Así, controlará tanto la constancia de las identidades subjetivas como el origen, naturaleza, cuantía de la deuda y del documento o documentos que constituyan el «*título de la reclamación*». Una vez más, esto implica rotundamente valoración de material probatorio y decisión sobre la atribución subjetiva del derecho. En definitiva, en palabras de ROSALES⁵³, «*el notario hace algo más que lo que suele hacer habitualmente en un acta, que es dar fe de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos... entre juicios de valor y fija derechos y obligaciones*». Y esta actividad implica, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁵⁴, que el monitorio notarial resulta «*más*

52. Resalta PILLADO GONZÁLEZ, E., «*Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradictorias*», cit., pág. 10, que «*no se genera un problema práctico de relevancia en cuanto no será fácil para el notario, con la documentación facilitada por el acreedor, determinar si, en efecto, el deudor ostenta la condición de consumidor o usuario*».

53. Son palabras de ROSALES, F., «*Procedimiento monitorio notarial*», cit. Asimismo, con ocasión de la notificación a personas jurídicas, insiste en que «*el Notario el que ha de emitir juicio de quien es notoriamente la persona encargada... creo que es conveniente que el Notario deje constancia en el acta de los motivos en los que se basó para emitir su juicio. Lo cierto es que la confesión es un medio de prueba, y por tanto la manifestación de la persona con la que el Notario entienda la diligencia ha de ser el elemento fundamental de juicio*».

54. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «*Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013*», cit., pág. 14.

propio de la tutela judicial que de la notarial, por más que el notario merezca la máxima consideración y respeto en su función».

Pero todavía hay más. La actividad del Notario es jurisdiccional no solo por los medios, sino también por sus fines o consecuencias, pues se constituye un título ejecutivo, aunque sea extrajudicial, sin la voluntad de una de las partes. Y aunque pudiera defenderse que en tal caso concurre una cierta voluntad tácita o presunta por el deudor que tras ser requerido no hace nada, situación que muy dudosamente sería apta provocar por sí misma ninguna suerte de voluntad creadora nada menos que de un título ejecutivo, desde luego resulta patente que dicha «*voluntad*» no es precisamente expresa, como había sido exigible hasta la fecha.

Crear un título extrajudicial sin constancia de esta voluntad expresa, tras un juicio analítico de los documentos que permiten valorar el crédito como «*indubitado*» y una vez comprobada la pasividad del deudor, es tanto como constituir un título ejecutivo por aplicación de la ley⁵⁵. Salvando las distancias, esta actividad notarial es idéntica a la que realiza el «*Letrado-Secretario*» bajo la supervisión y control judicial de constituir un título a través del monitorio de los arts. 812 a 818 LEC. En ambos casos, se está aplicando el derecho objetivo con heterotutela para la resolución de un conflicto. Por tanto, en modo alguno el Notario se limita aquí a la simple defensa de un derecho, como haría si de jurisdicción voluntaria se tratara. De ese modo, aunque el deudor no quede indefenso y pueda acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, atribuir al Notario la gestión de este procedimiento, con la actividad y consecuencias que derivan, supone traspasar la frontera de lo jurisdiccional. Como agravante, se atribuye solapadamente, pretendiendo despistar al intérprete, con el único objetivo de intentar favorecer a un concreto profesional y, en el mejor de los casos, como reconoce el punto XI del preámbulo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, para «*contribuir de forma notable a una importante disminución del volumen de asuntos que ingresa anualmente en los Juzgados, al constituirse como una alternativa a la reclamación de las deudas en vía judicial*».

En el caso del procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC, resultan altamente significativas las consideraciones que aporta la abogada general, Dña. Juliane Kokott, el 15 de septiembre de 2016; previa a la Sentencia dictada por la Sala Quinta, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2017, en el asunto C-503/2015, que considera al «*Secretario Judicial*», como «*órgano jurisdiccional*» aunque solo sea a los efectos de su legitimación para plantear las cuestiones prejudiciales. Argumenta para ello señalando que los Letrados

55. El título ejecutivo, aunque extrajudicial, impone un deber de prestación, concretamente el pago de una cantidad, que podrá exigirse forzosamente si no hay cumplimiento voluntario y con las posibilidades de defensa algo más amplias a las que correspondería a una sentencia, pero limitadas a las establecidas en los arts. 557 a 559 y 564 LEC en el correspondiente proceso de ejecución que pudiera instarse.

de la Administración de Justicia dictan resoluciones⁵⁶; las resoluciones tienen eficacia ejecutiva, sin ser susceptibles de recurso, esto es, tendrán eficacia de cosa juzgada formal aunque no material, si bien esta ineficacia «no obsta en absoluto a su carácter ejecutivo»; la eficacia ejecutiva de estas resoluciones será la propia de los títulos judiciales⁵⁷; aunque los Secretarios Judiciales españoles no pertenecen al poder judicial, sino que son funcionarios públicos al servicio del Ministerio de Justicia, desde el punto de vista la Unión, tienen la consideración de órgano jurisdiccional cuando, a los efectos del art. 267 TFUE, ejerce funciones jurisdiccionales. Asimismo, resalta que su actuación tiene carácter legal y actividad en la que aplica el derecho objetivo en el caso concreto⁵⁸; se produce con suficientes garantías de independencia⁵⁹; y tiene carácter contra-

56. Si hay oposición, los «Secretarios Judiciales» dictarán decreto fijando la cantidad, pero, como afirma la abogada general, «también dictan resoluciones cuando... al requerir a los deudores para que satisfagan los créditos que previamente han examinado y al despachar la ejecución de los mismos por no haberse formulado oposición. Es de suponer que tales resoluciones también se dictan en forma de decreto».

57. Sostiene la abogada general, al contrario de lo que entiende el gobierno español, «si se sigue cuidadosamente la cadena de remisiones de las disposiciones de la LEC que se ocupan de la ejecución (arts. 517 LEC, 556 LEC y 557 LEC), resulta que las resoluciones de los secretarios judiciales se ejecutaban como resoluciones judiciales». Además, argumenta que «el art. 557 LEC, apartado 1, remite sólo a «otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del art. 517» y no a las «demás resoluciones procesales» que también se mencionan en la misma disposición, puesto que éstas últimas se regulan en el art. 556 LEC, el cual, según su propio tenor, tiene por objeto precisamente la ejecución de las «resoluciones procesales». Y, en fin, concluye argumentando sobre esto que, «los decretos dictados por los secretarios judiciales en la jura de cuentas de acuerdo con los arts. 34 LEC y 35 LEC no están entre los «documentos con fuerza ejecutiva» a que se refiere el art. 517 LEC, apartado 2, número 9.º, sino entre las «resoluciones procesales» a que se refiere la misma disposición, puesto que, de conformidad con el art. 206 LEC, apartado 2, dichos decretos quedan subsumidos en el concepto de «resoluciones» del mismo órgano. Por tanto, a efectos del art. 556 LEC, los decretos dictados por los secretarios judiciales en la jura de cuentas son, sin género de dudas, resoluciones procesales, por lo que, a la hora de proceder a su ejecución, se han de asimilar a las resoluciones judiciales». Incluso desde una interpretación sistemática se llegaría a esta solución porque «la Ley 13/2009, que trasladó a los secretarios judiciales la competencia para conocer de la jura de cuentas, modificó también el título del art. 556 LEC, que antes era «Oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales» y ahora es «Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales»; por ello, tal como explica expresamente el preámbulo de la Ley 13/2009, «con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del Secretario judicial, se utiliza la expresión «resoluciones procesales», para englobar tanto las resoluciones judiciales [...] como las del Secretario judicial». Y, por último, concluye sobre esto afirmando que «estas palabras prueban la voluntad del legislador español no sólo de transferir a los secretarios judiciales la competencia sobre la jura de cuentas, otrora reservada a jueces y magistrados, sino también de asegurarse de que, de acuerdo con el art. 556 LEC, la ejecución de las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales en dicho procedimiento deba despacharse del mismo modo que la de las resoluciones judiciales».

58. Señala la abogada general que «no existe controversia sobre el origen legal de la actividad de los secretarios judiciales y la permanencia de éstos... tampoco hay duda de que en la jura de cuentas (arts. 34 LEC y 35 LEC) los secretarios judiciales aplican normas jurídicas».

59. Indica que «los secretarios judiciales disfrutaban, tanto en relación con su estatuto como en relación con el desempeño de sus funciones en la jura de cuentas, de suficientes garantías como para considerar cumplido el criterio de la independencia... pese a su condición de funcionarios

dictorio para resolver una controversia, con valoración de prueba y control de la fundamentación de la reclamación al comprobar el crédito a la vista de los documentos disponibles⁶⁰. Por último, recuerda que la reforma 13/2009 se limitó a sustraer al titular de la potestad jurisdiccional la competencia del proceso de «manifestación de cuentas» atribuyéndola al «Secretario Judicial», sin que se alterara el desarrollo del procedimiento ni la eficacia ejecutiva que derivaba del mismo⁶¹. Asimismo, entiende que el aparente carácter incidental por su dependencia de un pleito anterior que genere los créditos, como tampoco el carácter alternativo del procedimiento que corresponde a todo monitorio, impide ser contradictorio cuando la competencia de los Secretarios judiciales y el carácter vinculante de sus resoluciones no dependen de un acuerdo de las partes⁶². Y de particular interés, por tratarse de un elemento identificador de la jurisdicción es que afirme rotundamente la abogada general que «la falta de fuerza de cosa juzgada material no resta carácter jurisdiccional a las resoluciones dictadas en la jura de cuentas»⁶³. Como colofón, reconoce que esta atribución competencial en su momento «suscitó un debate a escala nacio-

públicas de la Administración de Justicia, en el desempeño de sus competencias en materia de jura de cuentas los secretarios judiciales si son lo suficientemente independientes como para considerarlos «órganos jurisdiccionales» a los efectos del art. 267 TFUE».

60. Señala sobre esto que «la jura de cuentas presenta rasgos que apuntan claramente a su carácter contradictorio. Si bien en teoría es posible que, por no formular oposición el deudor, el abogado obtenga en el procedimiento un título ejecutivo para su reclamación sin que llegue a existir debate contradictorio en cuanto al fondo, el procedimiento pasará a ser contradictorio a más tardar en el momento en que se produzca dicha oposición de la parte contraria, en la medida en que entonces el secretario judicial deberá no sólo comprobar la reclamación del abogado sino también oír a éste... en la jura de cuentas está evidentemente pendiente una controversia: el litigio sobre una reclamación de honorarios presenta o realmente no abonados a un abogado. Por lo tanto, mediante el despacho de la ejecución del crédito o la fijación del importe del mismo los secretarios judiciales desencadenan dicho litigio, llevando a cabo en todo caso también una valoración de la prueba y cierto control de la fundamentación de la reclamación al comprobar el crédito a la vista de los documentos disponibles».

61. Afirma literalmente que «tampoco desvirtúa el carácter contradictorio del procedimiento la circunstancia de que la jura de cuentas fuera atribuida a los secretarios judiciales con la finalidad de descargar a los jueces y magistrados de todas aquellas tareas que no supusieran el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Tanto más cuanto que el desarrollo del propio procedimiento y el carácter ejecutivo de la resolución con que concluye no sufrieron cambios en el contexto de su atribución a los secretarios judiciales».

62. Insiste en que «tampoco el carácter incidental de la jura de cuentas y su dependencia de un pleito anterior son indicios de que el procedimiento, que por ello mismo es semejante a la tasación de costas que conoce bien el Tribunal de Justicia, no sea contradictorio o no sirva para zanjar un litigio pendiente... la competencia de los secretarios judiciales sobre el procedimiento no depende de un acuerdo entre las partes y que sus resoluciones son vinculantes para ellas... a la hora de considerar obligatorio este procedimiento no obsta que, para reclamar sus honorarios, los abogados puedan recurrir a otros procedimientos distintos, puesto que si deciden recurrir a esta vía especial en un asunto, los clientes se ven involucrados necesariamente en el expediente».

63. Argumenta para ello que «con independencia de que con posterioridad puedan impugnarse en un procedimiento separado, dichas resoluciones de los secretarios judiciales tienen para las partes del expediente indudablemente los mismos efectos que las resoluciones judiciales. Como no son recurribles, tienen fuerza de cosa juzgada formal y en ellas se basan, bien un requerimiento de

nal sobre la conformidad con el Estado de Derecho de la atribución de competencias cuasi judiciales a órganos dependientes de la Administración de Justicia⁶⁴. Debate este cuyo fundamento desde luego se mantiene y ahora se reproduce, aunque sea indirectamente, de una forma demasiado patente como para que el legislador se mantenga impasible como hasta ahora.

En fin, si estos profesionales aplican el derecho objetivo en el caso concreto con desinterés objetivo o heterotutela, por tanto, realizan una actividad de «juzgar» propia y característica de la función jurisdiccional que está o debería estar reservada exclusivamente a los jueces y magistrados según el art. 117.3 de la Constitución española.

Ante esta invasión competencial, el Tribunal Constitucional, además de centrarse en salvaguardar el ámbito de competencia del Estado frente a los gobiernos periféricos, debería también preocuparse de la integridad de los poderes de ese mismo Estado que tanto le ocupa. En algún momento deberá delimitar con nitidez los límites que configuran la jurisdicción, de modo que no logren traspasarlos todos aquellos que la horadan e invaden por tantos frentes, especialmente apoderando a personas carentes de potestad jurisdiccional, por muy fedatarios y cualificados que puedan ser.

3. DOS PROPUESTAS PARA UNA TUTELA JUDICIAL ADECUADA

3.1. Para la tutela judicial de los créditos de abogado y procurador frente a sus clientes

Aunque no se han recogido las conclusiones de la abogada general en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concurren elementos suficientes para considerar que la actividad que desarrolla el Letrado de la Administración de Justicia en el procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC debería ser jurisdiccional en atención a sus características. Así, desde el punto de vista del derecho de la Unión, no parece urgente el desapoderamiento, pero, tal y como se ha presentado, si lo es desde el punto de vista del derecho interno siempre que, como creemos, este alto funcionario esté invadiendo funciones que debería ser jurisdiccionales. Y, de ser así, no solamente procede, si

pago al deudor, que tiene un carácter ejecutivo autónomo, bien, en su caso, la obligación para el acreedor, vinculante por sí misma, de aceptar una reducción de sus honorarios.

64. Con todo, el debate no fue excesivamente ruidoso. Aunque centradas en las dudas de constitucionalidad, no pasaron de meras referencias y alusiones. Así, BONET NAVARRO, J., «Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante demasiada patología legal», en *El trabajo profesional de los abogados*, coor.: BLASCO, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 172-3, afirma que la reforma «desjudicializa la materia poniéndola en exclusiva y excluyentemente en manos de los Secretarios Judiciales». Cosa que, señala, «permite reflexionar sobre el contenido del art. 117.3 CE y la posible invasión de la función de juzgar».

es que ha de subsistir, que se recupere por la jurisdicción, y además, que igualmente el control de abusividad debería entonces corresponder al mismo juez competente para conocer.

Para la recuperación de la integridad de la jurisdicción es necesario que se desapodere al jefe de la oficina judicial de estas competencias. Esto puede alcanzarse básicamente por tres caminos:

1º. Volver a la situación inmediatamente anterior a la Ley 13/2009. Antes de la Ley 13/2009, competente era el titular de la potestad jurisdiccional. No habían dudas de constitucionalidad por esta causa y, además, le correspondería el control de las cláusulas abusivas al crear el título en lugar del momento de la ejecución.

Convendría no obstante mantener las mejoras introducidas por la Ley 42/2015 (entre otras cosas, coherencia en materia de legitimación y solución a ciertas polémicas como dejar sentado que la cuenta del procurador no es impugnabile por excesiva). Mejoras a las que solamente faltaría añadir en la futura reforma, que el control de admisión no solamente procede cuando reclame el procurador, tal y como establece el art. 34.2 LEC, sino que del mismo modo deberá procederse cuando reclama el abogado, para lo que deberá incluirse en el art. 35 LEC una previsión expresa sobre el particular, o al menos la correspondiente remisión al precepto precedente.

2º. Mantener la intervención del «Letrado de la Administración de Justicia» de modo similar a lo previsto en el art. 815.4 LEC. Esto implicaría dejar en manos del «Secretario Judicial» la «gestión» del procedimiento, pero en colaboración con el titular de potestad jurisdiccional, encargado de ejercer discretamente control y supervisión. Básicamente, partiendo de la dación de cuenta al juez para apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula según el modelo del art. 815.4 LEC, en la hipótesis improbable que el documento no constituyera un principio de prueba del derecho del peticionario (por ejemplo, al no ofrecerse la manifestación formal), el Letrado-Secretario «*dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial*» (de modo similar a lo previsto en el art. 815.1 LEC). Y además, aunque esta cuestión trasciende de las exigencias del derecho de la Unión puesto que se orienta exclusivamente al respeto de la actual configuración constitucional, la oposición debería ser decidida judicialmente, con efecto de cosa juzgada o no, en el procedimiento especial para tal fin como el que se regula —incluidas las correspondientes remisiones a las normas sobre tasación de costas—, en los arts. 34 y 35 LEC, en una versión adaptada de lo previsto en el art. 818 LEC.

3º. Derogación del procedimiento especial de los arts. 34 y 35 LEC, en su caso, introduciendo especialidades a los arts. 812 a 818 LEC. Semejante a lo anterior, se alcanzaría en cambio a través de otra estrategia sistemática: en lugar de llevar la estructura del procedimiento monitorio a la regulación específica de los repetidos arts. 34 y 35 LEC, se trataría de lo contrario, de llevar las especialidades que se consideran necesarias a la regulación general del monitorio.

De ese modo se desterraría toda duda de constitucionalidad, así como también cualquier cuestión relativa a la adecuación al derecho de la Unión. Y, si se considera conveniente, como parece, podrían mantenerse las correspondientes especialidades para esta materia cuando se instrumente el procedimiento monitorio, sea en esos mismos preceptos o sea llevándolas al articulado de los arts. 812 a 818 LEC⁶⁵.

3.2. Para un procedimiento notarial respetuoso con la jurisdicción

El monitorio notarial se introduce, en palabras SEOANE⁶⁶, «para favorecer económicamente a determinados Profesionales», e igualmente, parece que trata de fortalecer, a base de introducir alternativas, la tutela del crédito basado en ciertas obligaciones de carácter civil y mercantil. Sin embargo, con independencia de esto y de los variados problemas prácticos que pueda presentar la aplicación de los arts. 70 y 71 Ley del Notariado por sus deficiencias y carencias⁶⁷, lo más relevante con diferencia es que la atribución competencial del monitorio a favor de Notario supone el último instrumento «perforador» o «reductor» del ámbito de la jurisdicción, invadiendo su ámbito. No ha de sorprender que la misma existencia y subsistencia de este procedimiento se presente ciertamente controvertida desde su concepción.

Es cierto que la importancia de este problema, y, por ende, su efecto minador, se palia desde un punto de vista práctico debido a la debilidad del monitorio notarial⁶⁸. Pero esto no empece para que en todo caso suponga un nuevo intento de reducir el ámbito propio de la jurisdicción, atribuyendo a este profesional una actividad propiamente jurisdiccional. Y ante ello, resulta urgen-

65. Entre estas especialidades al menos se encontraría: la norma de competencia funcional al «Secretario Judicial» del lugar en que «el asunto radicare»; la concreción del documento que contiene el crédito (minuta o cuenta detallada); la necesidad de manifestar (formalmente) que el crédito reclamado es debido y no ha sido satisfecho; la extensión de la legitimación —y la posibilidad de «beneficiarse» de las especialidades— a favor de los herederos del abogado y procurador; la reducción del plazo otorgado a la mitad, a diez días; la adecuación por la materia a un procedimiento especial para sustanciar la oposición con independencia de la cuantía, tal y como se prevé en la actualidad en los arts. 34.2.II LEC y 35.2.II y III LEC, si bien resolviéndose de forma motivada mediante la correspondiente resolución judicial.

66. SEOANE CACHARRÓN, J., «Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria», cit., pág. 1.

67. Véase BONET NAVARRO, J., «La reclamación de créditos a través del procedimiento de los artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 8921, de 14 de febrero de 2017.

68. Resulta patente que el deudor puede ponerle fin con sorprendente facilidad nada más que con la sola oposición, sin que la misma necesariamente tengan soporte legal, correspondencia con la realidad, ni derive de la misma sanción alguna por la eventual temeridad o falta de sustento o de veracidad. Y es que, conforme al art. 71.II.1 *in fine* de la Ley del Notariado, la oposición supondrá que «una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial».

te la derogación o cuanto menos la reforma de los tan repetidos arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado.

No hay inconveniente en que el Notario realice actas de notificación y requerimiento de deudas. De hecho, como se ha señalado, los arts. 202 a 206 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, así lo vienen autorizando desde hace bastante tiempo. Igualmente, el hecho de que se constituya un título ejecutivo extrajudicial ante Notario es algo que cuenta con una dilatada tradición. Ahí tenemos al art. 517, 4.º LEC 1/2000, y su precedente art. 1429 LEC 1881, referido a escrituras públicas con los correspondientes requisitos como título que permite abrir la ejecución. El problema relevante es que ahora el título extrajudicial de ejecución se constituya sin que conste la voluntad, al menos expresa, del requerido, y tras una valoración de aspectos tales como el carácter «indubitado» de los documentos aportados.

Toda la problemática se obviaría en este punto simplemente con que la falta de voluntad expresa del deudor requerido para constituir el título ejecutivo extrajudicial implicara, como ocurre con la oposición, la finalización del monitorio. Esto permitiría respetar tanto el ámbito competencial del notariado como, sobre todo, la integridad del ámbito de la jurisdicción. Más concretamente, podría superarse el déficit constitucional si se sustituyera la expresión del art. 71.3.II de la Ley del Notariado, según la cual: «el acta será documento que llevará aparejada ejecución a los efectos del número 9.º del apartado 2 del art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha ejecución se tramitará conforme a lo establecido para los títulos ejecutivos extrajudiciales», por la siguiente o equivalente: «se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial». De ese modo quedaría intacta la integridad de la potestad jurisdiccional en el procedimiento de los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado y salvadas sus dudas de constitucionalidad. El único problema es que de este modo el procedimiento para la reclamación de deudas dinerarias no contradichas a través de notario dejaría de ser así un verdadero procedimiento monitorio. Pero, ¿a quién le importa eso?