

GUILLELMO SCHUMANN BARRAGÁN

DERECHO A LA TUTELA  
JUDICIAL EFECTIVA  
Y AUTONOMÍA  
DE LA VOLUNTAD:  
LOS CONTRATOS  
PROCESALES

Prólogo de  
Fernando Gascón Inchausti

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO</b> .....	23
<b>ABREVIATURAS</b> .....	29
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	31
1. EL OBJETO DE ESTE TRABAJO .....	31
2. LA NATURALEZA COMPLEJA DE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....	33
3. LA SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA SEPARACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA Y ASPIRACIÓN CIENTÍFICA .....	34
4. LOS NEGOCIOS PROCESALES COMO UN INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO CIVIL: UNA PERSPECTIVA IDEOLÓGICA.....	35
5. LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL ESTUDIO.....	37

## PRIMERA PARTE

### **LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

<b>CAPÍTULO I. LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</b> .....	41
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	41
1.1. Las teorías abstractas y concretas de la acción .....	41
1.2. Una delimitación terminológica necesaria .....	43
1.3. La acción civil privada y la acción civil pública .....	44
1.4. La superación de la discusión en torno a las teorías clásicas de la acción .....	45

	Pág.
2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL: LA TUTELA JUDICIAL.....	47
2.1. El sistema de protección judicial.....	47
2.2. El Derecho de la UE y el sistema de protección judicial.....	48
2.3. La pretensión de tutela jurisdiccional.....	49
2.4. La pretensión de tutela jurisdiccional y la pretensión material.....	50
2.5. La pretensión de tutela jurisdiccional, el Derecho privado y el Derecho judicial.....	52
3. LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	53
3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción.....	53
3.2. El derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo del asunto.....	54
3.3. El derecho a la tutela jurisdiccional.....	54
3.4. La (mera) pretensión de tutela jurisdiccional como elemento unificador del sistema y el objeto del proceso.....	55
4. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL PRETENDIDA.....	57
4.1. El reconocimiento de un derecho a la tutela jurisdiccional no influye en la concesión de la tutela pretendida: inexistencia de consecuencias fenomenológicas.....	57
4.2. Razones que justifican el reconocimiento de un derecho a la tutela jurisdiccional concreta.....	58
4.3. El origen y el reconocimiento legal del derecho a la tutela jurisdiccional.....	60
4.4. El término «acción».....	61
 <b>CAPÍTULO II. LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....</b>	 <b>63</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.....	63
1.1. La constitucionalización de los derechos de los justiciables ante la Administración de Justicia.....	63
1.2. La delimitación del objeto de estudio.....	64
2. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	65
2.1. Una teoría integral de los derechos fundamentales.....	65
2.2. El fundamento de los derechos fundamentales.....	66
2.3. Los derechos fundamentales como concreciones de la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento jurídico.....	66
2.4. Una clasificación de los derechos fundamentales.....	67
2.5. Las posiciones jurídicas activas garantizadas por los derechos fundamentales: el derecho subjetivo, la libertad, la potestad y la inmunidad.....	68
2.6. Los derechos de prestación como derechos a acciones positivas del Estado.....	70

	Pág.
2.7. Las posiciones jurídicas activas desde el punto de vista de su disfrute y ejercicio .....	70
2.8. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales: las garantías de organización y procedimiento .....	71
3. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	71
3.1. El sustrato iusfundamental del derecho a la tutela judicial efectiva. ....	72
3.2. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de estructura compleja .....	73
3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho a acciones positivas del Estado .....	74
3.4. El Estado como único sujeto pasivo del derecho a la tutela judicial efectiva .....	75
3.5. Las estructuras y el ejercicio de los derechos que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva .....	76
<i>a)</i> El derecho de acceso a la jurisdicción.....	76
<i>b)</i> El derecho a una sentencia sobre el fondo .....	77
<i>c)</i> El derecho a una sentencia fundada en Derecho.....	77
<i>d)</i> El derecho a la invariabilidad y a la intangibilidad de los pronunciamientos.....	78
<i>e)</i> El derecho a la tutela cautelar .....	78
<i>f)</i> El derecho de acceso a los recursos .....	79
<i>g)</i> El derecho a la ejecución .....	80
<i>h)</i> El derecho de defensa: un derecho de libertad.....	80
3.6. La dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva: las garantías de procedimiento y organización.....	82
3.7. El proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.....	84
3.8. Los negocios procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva: una primera aproximación .....	85
<b>CAPÍTULO III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD .....</b>	<b>87</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	87
1.1. El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: una primera aproximación .....	87
2. UNA APROXIMACIÓN A LA DISPOSICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	90
2.1. La naturaleza y el objeto del negocio dispositivo de los derechos fundamentales.....	90
2.2. Una breve referencia a la disposición de los derechos de libertad y prestación.....	93
2.3. La libertad del individuo como justificación de las autolimitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales .....	94
2.4. La autonomía de la voluntad material —libertad y conocimiento reforzado— como criterio de validez de las autolimitaciones del ejercicio de derechos fundamentales.....	95

	Pág.
2.5. La dignidad de la persona y la dimensión objetiva del derecho fundamental como criterio de validez abstracto.....	99
2.6. El ámbito objetivo y temporal de las autolimitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales .....	101
2.7. La obtención de una ventaja o un beneficio en la disposición de los derechos fundamentales .....	102
2.8. La irradiación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a través de la cláusula de orden público.....	103
2.9. La disposición negocial de los derechos fundamentales y la teoría de la <i>Drittwirkung</i> .....	104
2.10. La autonomía de la voluntad y la responsabilidad: la falsa «revocación» de la autolimitación al ejercicio de los derechos fundamentales .....	107
2.11. La naturaleza de la prestación debida y la imposibilidad de exigir el cumplimiento <i>in natura</i> .....	109
<b>3. LA DISPOSICIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....</b>	<b>110</b>
3.1. Las disposiciones al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva institucionalizadas y no institucionalizadas .....	110
3.2. El arbitraje como una disposición del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva .....	111
<i>a)</i> El objeto de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva .....	112
<i>b)</i> La naturaleza obligacional de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	113
<i>c)</i> La delimitación de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	114
<i>d)</i> La libertad y la autonomía de la voluntad de las partes como fundamento constitucional del arbitraje .....	114
<i>e)</i> Los elementos y los requisitos del convenio arbitral como un medio para asegurar la libertad de la persona.....	116
<i>f)</i> El juicio de ponderación entre la dignidad de la persona y la libertad.....	116
<i>g)</i> El beneficio de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental.....	117
<i>h)</i> La vinculación del pacto y el cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación debida.....	118
<i>i)</i> Excurso: la proyección del art. 24 CE al procedimiento arbitral.	118
3.3. La renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho administrativo sancionador .....	120
<i>a)</i> El objeto de la autolimitación.....	121
<i>b)</i> La naturaleza obligacional de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	121
<i>c)</i> La delimitación de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	122

	Pág.
d) La libertad como fundamento constitucional del negocio jurídico .....	122
e) El beneficio de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental .....	123
f) La ponderación entre la dignidad de la persona y la libertad como fundamento del negocio autolimitativo .....	124
g) La vinculación del pacto y el cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación debida.....	124
3.4. Una referencia a la renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías procesales en el orden jurisdiccional penal .....	126
3.5. Las prohibiciones de impugnar el testamento.....	127
a) La cautela <i>socini</i> y las prohibiciones de impugnar el testamento: una diferenciación necesaria.....	128
b) El objeto de la prohibición de impugnar el testamento .....	130
c) La naturaleza obligacional de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	130
d) La delimitación de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	131
e) La libertad y la autonomía de la voluntad del sucesor .....	132
f) El beneficio de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental.....	132
g) La ponderación entre la dignidad de la persona y la libertad como fundamento del negocio autolimitativo .....	133
3.6. A modo de síntesis .....	133

SEGUNDA PARTE

**LOS NEGOCIOS Y LOS CONTRATOS PROCESALES:  
ASPECTOS GENERALES**

<b>CAPÍTULO IV. LOS NEGOCIOS PROCESALES.....</b>	<b>137</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	138
1.1. Los negocios procesales como categoría jurídica.....	138
1.2. La autonomía de la voluntad procesal .....	139
1.3. La naturaleza compleja y multidimensional de los negocios procesales.....	140
1.4. La eficacia procesal de la autonomía de la voluntad.....	142
1.5. Delimitación.....	143
2. LOS NEGOCIOS PROCESALES.....	144
2.1. El negocio procesal es un negocio jurídico que pretende producir efectos procesales en un proceso determinado.....	144
2.2. Los negocios procesales dispositivos.....	147
2.3. La norma procesal imperativa y dispositiva: la vinculación del órgano jurisdiccional al Derecho objetivo .....	148
2.4. Los negocios procesales obligacionales.....	150

	Pág.
2.5. La disposición de los poderes procesales: las normas procesales de libertad.....	151
2.6. La naturaleza contractual de la disposición sobre los poderes procesales (remisión).....	153
2.7. Los negocios procesales: un análisis social y económico del Derecho.....	154
3. LA EFICACIA DE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....	157
3.1. La eficacia material y procesal de los negocios procesales .....	157
3.2. La eficacia procesal de los negocios procesales a través de herramientas procesales.....	158
3.3. La concurrencia del efecto obligacional y dispositivo de algunos negocios procesales.....	161
3.4. La eficacia procesal mediata o indirecta de los negocios procesales: la abstracción de la obligación .....	162
3.5. La incidencia de las herramientas procesales en la dinámica del negocio procesal: de la obligación material a la carga procesal ...	163
3.6. La evolución de la institución arbitral como una muestra de la naturaleza compleja de los negocios procesales .....	164
3.7. La indemnización de los daños y los perjuicios derivados del incumplimiento de un pacto de sumisión expresa como manifestación de su naturaleza obligacional .....	168
3.8. Un apunte comparado adicional: el <i>enforcement</i> de los convenios arbitrales y los pactos de sumisión expresa en Reino Unido .....	171
3.9. La <i>exceptio doli processualis</i> como una herramienta para conseguir la eficacia procesal de las obligaciones de no hacer que nacen de los negocios procesales .....	173
3.10. La exigibilidad del cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación que nace del negocio procesal.....	179
3.11. La resolución del negocio procesal: el sinalagma genético y funcional .....	181
3.12. La indemnización de los daños y los perjuicios derivados del incumplimiento de un negocio procesal.....	183
4. LA INCIDENCIA DEL DERECHO MATERIAL SOBRE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....	185
4.1. El poder de disposición sobre la relación jurídica y sobre los derechos y los intereses jurídicos que nacen de ella .....	186
4.2. Las normas imperativas y los derechos indisponibles .....	187
4.3. El principio dispositivo y la disposición del objeto del proceso .....	190
4.4. Los negocios procesales y la disponibilidad de los derechos y los intereses objeto de tutela.....	192
4.5. El derecho de consumo y los negocios procesales.....	193
a) El arbitraje .....	193
b) La sumisión expresa .....	195
c) La renuncia de acciones .....	196
4.6. Los negocios procesales y el fraude de ley material .....	198

	Pág.
5. UN ESTUDIO CONCRETO DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO PROCESAL .....	199
5.1. La obligación procesal.....	199
5.2. El objeto del contrato procesal .....	201
5.3. El consentimiento.....	203
5.4. La causa.....	205
5.5. La forma.....	206
5.6. La separabilidad de los contratos procesales.....	208
5.7. El contrato procesal como una condición general de la contratación.	208
5.8. El ámbito subjetivo de los contratos procesales .....	212
6. LA IMPUGNACIÓN DE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....	213
6.1. La impugnación a título principal de los negocios procesales .....	214
6.2. La impugnación incidental de los negocios procesales.....	215
6.3. La relación entre la impugnación a título incidental y a título principal de los negocios procesales.....	216
6.4. La imposibilidad de modificar situaciones procesales consolidadas: los efectos restitutorios derivados de la resolución, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión de los negocios procesales (remisión) .....	217
7. LOS NEGOCIOS PROCESALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	217

TERCERA PARTE

**CONTRATOS PROCESALES EN PARTICULAR**

<b>CAPÍTULO V. LA DISPOSICIÓN NEGOCIAL DE ACCIONES JUDICIALES.....</b>	<b>223</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	223
1.1. La pretensión material: <i>Anspruch</i> .....	224
1.2. Las funciones del deber y la responsabilidad .....	225
1.3. Las obligaciones naturales.....	226
1.4. La prescripción como un contraderecho que permite enervar la pretensión material.....	227
1.5. La <i>Verwirkung</i> como un contraderecho que permite enervar la pretensión y el ejercicio de los derechos .....	230
1.6. La exigibilidad extrajudicial de la pretensión material.....	231
1.7. La protección judicial de los derechos y los intereses materiales: la accionabilidad.....	232
1.8. La falta de pretensión material, de accionabilidad y las excepciones materiales: una diferenciación necesaria .....	235
2. EL PACTO DE <i>NON PETENDO</i> .....	235
2.1. El objeto del pacto .....	235
2.2. Los efectos jurídico-materiales del pacto.....	236
2.3. Los efectos jurídico-procesales del pacto.....	237
2.4. El pacto temporal de no pedir .....	238
2.5. Excurso: las obligaciones naturales y la autonomía de la voluntad.	240



	Pág.
3. LA RENUNCIA CONTRACTUAL AL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES.....	240
3.1. El objeto de la renuncia contractual al ejercicio de acciones judiciales.....	240
3.2. La eficacia procesal y material de la renuncia contractual al ejercicio de acciones judiciales .....	241
3.3. Los requisitos de validez y los límites de la renuncia contractual al ejercicio de acciones judiciales .....	241
4. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN JUDICIAL: LA EXCLUSIÓN NEGOCIAL DE LA ACCIONABILIDAD.....	242
4.1. El objeto de la renuncia a la acción judicial .....	242
4.2. La exclusión contractual de la accionabilidad.....	243
4.3. La exclusión contractual de la accionabilidad y la disposición del derecho a la tutela judicial efectiva .....	245
4.4. La renuncia de acciones declarativas .....	246
4.5. Los efectos jurídico-materiales y procesales de la exclusión de la accionabilidad .....	248
4.6. La accionabilidad como un presupuesto material de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en sentido estricto .....	248
4.7. El tratamiento procesal de la falta de interés legítimo.....	251
4.8. El tratamiento procesal de la falta de accionabilidad como una cuestión incidental de previo pronunciamiento .....	253
4.9. La falta de accionabilidad como una cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC).....	256
4.10. La necesaria alegación a instancia de parte de la exclusión contractual de la accionabilidad y la concreción de la carga de la prueba.....	257
4.11. Un análisis constitucional del tratamiento procesal de la accionabilidad propuesto.....	258
4.12. La renuncia intraprocesal de acciones judiciales: el art. 20 LEC .	259
4.13. Los requisitos de validez y los límites de la renuncia de acciones judiciales .....	260
4.14. La exclusión temporal de la accionabilidad.....	262
5. LA CONCURRENCIA DE NEGOCIOS JURÍDICOS .....	263
5.1. La concurrencia de una renuncia al ejercicio de acciones judiciales y de acciones judiciales .....	263
5.2. La concurrencia de un pacto de no pedir, de renuncia de acciones judiciales y a su ejercicio .....	264
6. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RENUNCIA CONTRACTUAL A ACCIONES JUDICIALES.....	265
6.1. La renuncia de acciones judiciales de impugnación de negocios procesales .....	265
6.2. La renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral .....	265
6.3. El contrato de transacción y la disposición negocial de acciones judiciales.....	266

	Pág.
<b>CAPÍTULO VI. LOS CONTRATOS SOBRE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS.....</b>	273
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	273
1.1. Los contratos procesales sobre la fijación de los hechos y los principios jurídico-técnicos sobre los que se construye el proceso civil.	274
1.2. La formación del juicio de hecho .....	276
1.3. Los distintos contratos procesales y materiales que directa o indirectamente pueden influir en la formación del juicio de hecho .....	278
2. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL COMO UN CONTRATO PROCESAL.	278
2.1. El objeto de la confesión judicial: una disposición contractual del derecho de defensa (remisión).....	279
2.2. La eficacia procesal y material del contrato de reconocimiento judicial (remisión).....	279
2.3. El contrato de reconocimiento judicial y su influencia en la elaboración del juicio de hecho .....	280
2.4. El contrato de reconocimiento judicial y la confesión extrajudicial.	281
3. LOS NEGOCIOS MATERIALES SOBRE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS .....	282
3.1. Las presunciones <i>iuris et de iure</i> .....	282
3.2. Las ficciones legales.....	284
3.3. La modificación del supuesto de hecho de la norma dispositiva como una forma de incidir indirectamente en la fijación de los hechos: la creación contractual de ficciones.....	285
3.4. Los negocios de declaración y fijación como una forma de incidir indirectamente en la formación del juicio de hecho .....	286
3.5. Los negocios jurídicos de declaración.....	287
3.6. Los negocios jurídicos de fijación.....	288
4. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LA PRUEBA .....	290
4.1. El papel de las partes en el fenómeno probatorio: las normas sobre la proposición y la práctica de la prueba como normas de libertad.....	291
4.2. El objeto de los contratos sobre la prueba: una disposición contractual del derecho de defensa .....	292
4.3. La eficacia procesal y material de los contratos procesales sobre la prueba (remisión) .....	292
4.4. Los contratos sobre la prueba y su influencia en la elaboración del juicio de hecho.....	293
5. LOS CONTRATOS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA .....	294
5.1. La formulación positiva de la carga material de la prueba: la fijación del supuesto de hecho de la norma cuyos efectos se pretenden.	295
5.2. La relatividad de la carga de la prueba .....	295
5.3. La concreción de la carga de la prueba.....	297
5.4. Los cambios del supuesto de hecho o de las reglas sobre la carga de la prueba.....	298

	Pág.
5.5. La falsa inversión de la carga de la prueba: las presunciones <i>iuris tantum</i> .....	299
5.6. La falsa inversión de la carga de la prueba: las verdades interinas o «falsas» presunciones .....	302
5.7. Los negocios sobre la carga de la prueba: la modificación del supuesto de hecho de la norma .....	305
6. EL ARBITRIO DE UN TERCERO .....	308
6.1. El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos: un sistema de remisión negocial.....	308
6.2. La naturaleza jurídica de la actividad y del dictamen del arbitrio de un tercero .....	310
6.3. El arbitrio de un tercero y su influencia en el juicio de hecho .....	311
6.4. La eficacia del dictamen del tercero arbitrador: la vinculación material de las partes y del órgano judicial.....	313
6.5. La eficacia positiva y negativa del arbitrio de un tercero: los mecanismos de nombramiento del tercero y la exclusión del proceso judicial.....	314
6.6. El control del contenido del dictamen y del procedimiento seguido en el arbitrio de un tercero .....	316
<b>CAPÍTULO VII. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LOS RECURSOS Y LA TERMINACIÓN DEL PROCESO.....</b>	<b>319</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	319
2. EL CONTRATO DE RENUNCIA A LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS .....	320
2.1. El objeto del contrato de renuncia a los recursos: una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (remisión).....	320
2.2. La eficacia procesal y material del contrato de renuncia a los recursos .....	321
2.3. Excurso: el recurso de casación directo .....	323
3. EL CONTRATO SOBRE EL ÁMBITO DE LOS RECURSOS.....	325
3.1. El objeto del contrato sobre el ámbito de los recursos: una disposición contractual del derecho de defensa (remisión).....	326
3.2. La eficacia procesal y material del contrato sobre el ámbito de los recursos .....	326
4. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE EL DESISTIMIENTO DEL JUICIO Y LOS RECURSOS .....	327
4.1. El objeto de los contratos.....	327
4.2. La eficacia procesal y material del contrato de desistimiento .....	328

	Pág.
<b>CAPÍTULO VIII. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	331
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	331
1.1. Las medidas cautelares en la LEC .....	332
1.2. La tutela cautelar y el procedimiento de medidas cautelares .....	333
1.3. La tutela sumaria en la LEC .....	334
1.4. La tutela cautelar y la tutela sumaria .....	336
2. EL CONTRATO DE TUTELA SUMARIA: LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.....	338
2.1. El objeto del contrato de tutela sumaria: una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (remisión) .....	338
2.2. La instrumentalización de la tutela cautelar .....	339
2.3. El efecto disuasorio de las medidas cautelares.....	340
2.4. La instrumentalización de la tutela cautelar en Alemania: la <i>Abschlussserklärung</i> .....	341
2.5. La instrumentalización de la tutela cautelar <i>ante demandam</i> en España: la importación de la <i>Abschlussserklärung</i> .....	345
2.6. La instrumentalización de la tutela cautelar solicitada con la demanda en España: la importación de la <i>Abschlussserklärung</i> .....	348
2.7. La eficacia material y procesal del contrato de tutela sumaria .....	348
2.8. Excurso: el contrato de conducta preprocesal y el contrato de tutela sumaria arbitral .....	349
3. EL CONTRATO DE RENUNCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	351
3.1. El objeto del contrato de renuncia a las medidas cautelares: una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (remisión).....	351
3.2. La eficacia procesal y material del contrato de renuncia a las medidas cautelares .....	352
3.3. La renuncia a la tutela cautelar arbitral.....	352
3.4. La renuncia a la tutela judicial cautelar en el arbitraje.....	354
3.5. La renuncia a la tutela cautelar judicial en apoyo de un procedimiento judicial o arbitral extranjero .....	356
3.6. La tutela cautelar arbitral en un procedimiento judicial .....	357
4. EL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO DE LA EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA .....	357
4.1. El objeto del contrato sobre el aseguramiento de la efectividad de la sentencia.....	357
4.2. La cláusula de sumisión a arbitraje del contrato de aseguramiento de la efectividad de la sentencia: la tutela cautelar arbitral .....	358
<b>CAPÍTULO IX. LOS CONTRATOS SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA</b> .....	361
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	361
1.1. Los efectos procesales de la sentencia: la cosa juzgada material ...	362

	Pág.
1.2. Los efectos procesales de la sentencia: la ejecutividad de los pronunciamientos condenatorios.....	363
1.3. La prescripción de la pretensión material reconocida judicialmente y la caducidad de la acción ejecutiva.....	365
1.4. La eficacia material directa o inmediata de la sentencia .....	367
1.5. La eficacia material refleja o mediata de la sentencia: la sentencia como supuesto de hecho .....	369
<b>2. LOS CONTRATOS SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA .....</b>	<b>372</b>
2.1. Los contratos procesales sobre la cosa juzgada material.....	372
2.2. Los contratos materiales sobre los efectos de la sentencia .....	373
<b>3. EL CONTRATO DE PROCEDIMIENTO MODELO .....</b>	<b>376</b>
3.1. Los elementos del contrato de procedimiento modelo: la renuncia de acciones y/o a su ejercicio .....	377
3.2. Los elementos del contrato de procedimiento modelo: la extensión contractual de los efectos de la sentencia .....	379
3.3. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la configuración y la disposición del objeto del proceso .....	382
3.4. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la prueba.....	384
3.5. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la interposición y la renuncia de los recursos ordinarios y extraordinarios.....	384
3.6. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la intervención voluntaria y provocada .....	385
3.7. El mecanismo de extensión de los efectos de la sentencia y el procedimiento modelo regulado legalmente .....	388
<b>4. LOS CONTRATOS SOBRE LA EJECUCIÓN.....</b>	<b>393</b>
4.1. El pacto de no ejecutar: la exclusión contractual de la responsabilidad que deriva de la pretensión material reconocida judicialmente.	395
4.2. La renuncia al ejercicio de la acción ejecutiva .....	397
<b>5. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN .....</b>	<b>399</b>
5.1. La defensa jurídica del deudor antes de la incoación del procedimiento ejecutivo.....	400
5.2. La defensa jurídica del deudor después de la incoación del procedimiento ejecutivo .....	403
5.3. La naturaleza de la oposición al despacho de la ejecución y de la oposición a la ejecución .....	404
5.4. El arbitraje y la oposición a la ejecución .....	405
5.5. El contrato procesal de suspensión de la ejecución .....	408
5.6. El contrato de renuncia de oposición a la ejecución.....	408
 <b>CAPÍTULO X. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL .....</b>	 <b>411</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....</b>	<b>411</b>

	Pág.
2. LA INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS Y LOS INTERESES MATERIALES .....	412
2.1. La realización extrajudicial de la pretensión o el derecho material: los mecanismos jurídicos de autotutela .....	412
2.2. Las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual.....	412
2.3. La iniciativa procesal y su relación con las cargas materiales, procesales y económicas .....	414
2.4. Las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual y su incidencia en la carga de la demanda.....	416
3. UN ESTUDIO DINÁMICO DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.....	419
3.1. La venta extrajudicial del bien hipotecado .....	419
3.2. El pacto marciano .....	421
3.3. El contrato de <i>escrow</i> .....	423
3.4. Los <i>smart contracts</i> o contratos autoejecutables .....	425
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>431</b>

## PRÓLOGO

*«Ojalá te toque vivir en tiempos interesantes» es una maldición china, seguramente apócrifa, que pone de relieve, de forma a la vez irónica y paradójica, las dificultades asociadas a los periodos en que se producen cambios y transformaciones —no siempre pacíficos y ordenados—. Sin duda, estos son «tiempos interesantes» para la justicia y, en lo que ahora importa, para la justicia civil, tanto en nuestro país como en un contexto global. A nivel social y político, la noción de «derecho a la tutela judicial efectiva» hace tiempo que se está viendo suplantada por el llamado «acceso a la justicia». Esta expresión, de origen angloamericano, predomina en el panorama comparado y sirve para referirse, de modo genérico, a la necesidad de que existan mecanismos eficaces y eficientes para la solución de controversias.*

*Centrar el debate en el acceso a la justicia permite, sin duda, afrontar los problemas que encuentran muchos justiciables para lograr hacer valer sus derechos: por supuesto, en términos de coste económico, pero también desde la perspectiva de su «empoderamiento», esto es, fomentando un mejor conocimiento de su posición jurídica, una mayor toma de conciencia de que sus derechos han sido vulnerados y de que existen vías a su alcance para lograr su reparación.*

*Hablar de «acceso a la justicia» sirve también para poner el acento en la «solución de controversias» como contenido esencial de esa «justicia» a la que se «accede». Se coloca así el foco primordial en el qué —lograr una solución de la controversia—, de modo que el cómo pasa a un segundo plano y admite muchas variedades o «puertas», a condición de que superen ciertos umbrales de garantías y, sobre todo, a condición de que sean eficaces y eficientes.*

*En este contexto, el proceso judicial se ve como una más de entre las posibles formas de llegar a una solución del litigio, esto es, como una vía de acceso a la justicia. Desde luego, no es la única, y, de hecho, el discurso oficial imperante es que ha de verse como una opción residual, un último remedio al que acudir solamente si fracasan los demás. Los llamados «medios adecuados de solución de controversias» deben así dejar de ser meras alternativas a algo que se concibe como nuclear —la opción jurisdiccional— y reciben, en las coordenadas actuales de política legislativa, una atención destacada: es preciso colocarlos en el centro de la acción normativa y lograr que alcancen un protagonismo práctico real que sea acorde con la visión político-legislativa que los sitúa en el eje central de la solución de controversias.*

*Es evidente la utilidad de los medios adecuados y/o alternativos de solución de controversias y son igualmente claras sus ventajas. Pero no se puede incurrir en el error de equiparar el proceso judicial y la actividad jurisdiccional con estos otros medios, porque obedecen a lógicas y dinámicas diferentes. Además, como sucede con todo movimiento pendular, se corre el riesgo de incurrir en excesos. Así, se puede advertir cómo el fomento de los medios adecuados y/o alternativos de solución de controversias se construye sobre un relato que, hasta cierto punto, demoniza el proceso judicial y lo presenta como mal necesario —algo que, en buena medida, enlaza también con una crítica soterrada pero constante que se dirige a los justiciables que buscan la vía jurisdiccional, caricaturizados como querulantes profesionales insolidarios y no como ciudadanos que confían en las instituciones del Estado—.*

*Por otro lado, centrar la atención en la «solución de controversias» no puede hacernos olvidar que lo relevante debería ser, en todo caso, la tutela del ordenamiento, como vara de medir lo jurídico y de orientar hacia la solución «justa». Es indudable el valor de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo, y es igualmente claro que «más vale un mal acuerdo que un buen pleito». Pero el punto de referencia, a la hora de llegar a «malos acuerdos», no puede dejar de ser lo que cabría esperar como resultado de un «buen pleito», esto es, lo que el ordenamiento prevé en una situación dada de infracción de una norma sustantiva que otorga a un sujeto un derecho.*

*Estos son los «tiempos interesantes» que están viviendo el proceso judicial y la actividad jurisdiccional. A pesar de que, de facto, siguen siendo el núcleo de lo que esperan los ciudadanos y las empresas ante las situaciones de lesión de sus derechos e intereses, la atención política y legislativa no parece centrada en mejorarlos, sino en reafirmar su valor residual —y, con ello, justificar su desatención—. Es imprescindible potenciar los medios adecuados y/o alternativos de solución de controversias y, por supuesto, regular su interrelación con el proceso judicial y la actividad de los tribunales civiles. Pero la acción legislativa no puede limitarse a ello, ni tampoco a meros retoques secundarios del proceso judicial que sirven primordialmente para dar respuesta a las reivindicaciones de ciertos colectivos implicados en el funcionamiento del sistema. Se echa en falta, desde luego, un genuino plan de mejora que, partiendo de las bondades del modelo de proceso civil que creó la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, lo adapte a los grandes cambios socioeconómicos y tecnológicos que se han vivido en las dos últimas décadas.*

*En este contexto, centrarse en el proceso judicial y analizar la manera de mejorarlo para reivindicar su esencia y su valor constitucional como garantía de respeto al ordenamiento supone, en buena medida, nadar contracorriente. Y esto es precisamente lo que ha hecho Guillermo Schumann en este libro. Porque, como verá el lector, esta monografía es, a fin de cuentas, una reivindicación del proceso judicial y de la potestad jurisdiccional como herramientas para la solución de controversias a través de la aplicación del Derecho en el caso concreto. Y esa reivindicación se realiza desde la perspectiva de lo que los ciudadanos tienen derecho a esperar del Estado, volviendo así al anclaje en la noción de «tutela judicial efectiva».*

*A Guillermo Schumann le preocupa el proceso judicial y le preocupa, singularmente, que sea una herramienta eficaz al servicio de la tutela de los derechos de los justiciables. Por eso, ha dedicado varios años a estudiar concienzudamente una de las posibles maneras de mejorarlo a través de la gestión —la maximización, incluso— del poder de disposición de las partes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.*

*Se trata, además, de una de las cuestiones en relación con las que resulta más frecuente oír hablar de la superioridad de los medios alternativos de solución de controversias sobre la jurisdicción. En este sentido, se reprocha a lo jurisdiccional una rigidez excesiva, asociada a una pretendida imperatividad de todas las normas pro-*



cesales, reforzada a su vez por la presencia de derechos fundamentales en juego, y esa rigidez, a juicio de algunos, puede fomentar la percepción del proceso judicial como herramienta inidónea para cumplir la función que de él esperan los justiciables. Y es que, al menos en ciertos tipos de asuntos, los operadores jurídicos echan en falta un mayor nivel de flexibilidad procesal que les permita tener una cierta percepción de control respecto de algunos extremos que afectan al modo en que será resuelto un eventual litigio ante los tribunales —similar a la que, v. gr., les ofrece el arbitraje—. Aspiran, en otros términos, a celebrar ciertos negocios jurídicos que les permitan disponer válida y eficazmente de aspectos relacionados con un litigio hipotético o ya existente, y que por algún motivo resultan de importancia desde el punto de vista de sus relaciones jurídico-materiales.

Así, no es infrecuente que algunos operadores jurídicos pregunten si se puede pactar que, en relación con un cierto contrato o negocio, las partes se comprometen a no ejercitar determinadas acciones judiciales o a no recurrir la sentencia que se dicte en primera instancia, y es que una eventual admisibilidad de esos pactos —y una expectativa de observancia por los tribunales— se convierte en una variable relevante, v. gr., a la hora de fijar el precio por el que transmiten unos activos o se encargan unos servicios. En términos similares, a muchos operadores jurídicos les interesa saber si las partes pueden válidamente acordar que uno o varios documentos no podrán nunca aportarse como prueba en un hipotético proceso judicial y, sobre todo, si la eficacia de ese pacto conducirá, en la práctica, a una exclusión probatoria en caso de que el documento resulte finalmente introducido en el proceso, incumpliendo lo acordado.

Hasta la fecha, la categoría de los negocios o contratos procesales apenas ha sido abordada en nuestra doctrina, que se ha centrado en negocios típicos y pacíficamente asumidos, como los acuerdos de sumisión expresa y los convenios arbitrales. Y, desde luego, la renuncia en mayor o menor medida a alguna de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva ha solido percibirse como un anatema. Estos son precisamente las cuestiones que aborda esta monografía, sin prejuicios ni apriorismos. Cuando Guillermo Schumann empezó a trabajar sobre este tema le movía únicamente la curiosidad por saber cómo de indisponible era realmente el derecho a la tutela judicial efectiva en sus diversas facetas y cuál era, en consecuencia, el margen de operatividad de aquellos contratos procesales que comportaran, de algún modo, la renuncia o la disposición de aquellas. Si la respuesta hubiera sido una negativa rotunda, así lo habría concluido y justificado el autor.

Sucede, sin embargo, que cuando los análisis se hacen con el máximo rigor científico y con la mejor metodología, los resultados pueden llegar a ser sorprendentes. Con sólidos fundamentos en la teoría de los derechos fundamentales y de los negocios jurídicos aplicados a la doctrina procesal clásica sobre la acción y la posición jurídica de los justiciables, el autor llega en la primera parte de su obra a la conclusión de que, en realidad, los contratos procesales en cuestión no suponen la renuncia al derecho fundamental en sí, sino al ejercicio de alguno de los poderes o facultades que confiere a su titular.

Su admisibilidad, en consecuencia, debe medirse desde tres ejes diferentes:

- El primero —constitucional— reclama una ponderación entre la libertad y la autonomía de la voluntad de quien pretende obligarse, de un lado, y el valor absoluto que el ordenamiento otorga a la concreta faceta del derecho a la tutela judicial efectiva a cuyo ejercicio pretende renunciarse, de otro.
- El segundo se efectúa desde los parámetros propios del Derecho de obligaciones y determina la conveniencia de exigir unos niveles elevados de consentimiento —libertad y conocimiento— por parte del sujeto que se obliga en un contrato procesal de esta índole, dado el objeto sobre el que recae.

- *El tercer eje tiene que ver con la eficacia en sí del acuerdo válido y, más en concreto, con las consecuencias que acarrea su incumplimiento: allí donde el legislador procesal las ha previsto, existen herramientas para asegurar el respeto a lo pactado, que en el fondo suponen asumir que vincula al tribunal (es lo que sucede, v. gr., cuando se utiliza la declinatoria para lograr el respeto a un pacto de sumisión expresa ignorado por el demandante); en cambio, en defecto de herramienta ad hoc —o, como apunta Guillermo Schumann, cuando el negocio todavía no ha sido «institucionalizado»—, el remedio ante la infracción puede quedar reducido a una indemnización de daños y perjuicios, no siempre satisfactoria del interés material del litigante en cuyo favor se había suscrito la cláusula en cuestión.*

*Estos grandes ejes sostienen la construcción que se efectúa a partir de ese momento en relación con la figura del contrato procesal. Guillermo Schumann desarrolla, en este punto, una labor pionera de elaboración dogmática sin precedentes en nuestro ordenamiento procesal y en nuestra doctrina. Identifica, define y analiza todos los elementos estructurales de los negocios/contratos procesales, asumiendo los desafíos que conlleva su ubicación en la frontera entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal, sin descartar ninguno de los dos ángulos.*

*Y, asentada la «parte general», el autor se lanza a estudiar de forma minuciosa y exhaustiva los posibles negocios procesales que puedan acarrear la disposición del ejercicio de alguna de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva, con una fineza y una capacidad de disección sobresalientes: pactos de no pedir; renunciaciones contractuales al ejercicio de acciones judiciales; exclusiones negociales de la accionabilidad; negocios jurídicos de declaración y de fijación de hechos; contratos sobre la prueba o sobre la carga de la prueba; renunciaciones a recursos o limitaciones contractuales acerca del ámbito de los recursos; contratos de renuncia a solicitar medidas cautelares y contratos de tutela sumaria; contratos sobre la cosa juzgada, sobre la ejecución o sobre la oposición a la ejecución. «Nada escapa al ojo de Sauron» del profesor Schumann, podría decirse con permiso de Tolkien: ni siquiera las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual —incluidos los conocidos como contratos «inteligentes»— y sus repercusiones sobre la carga de la iniciativa procesal.*

*Como ya he dicho antes, Guillermo Schumann ha nadado contracorriente y lo ha hecho con éxito. No ha seguido un camino cómodo o fácil en esta primera monografía; podría haber elegido un tema de moda, haberse decantado, por ejemplo, por el estudio de una figura novedosa o recién reformada. Prefirió, en cambio, dedicar varios años a estudiar un tema difícil en el que parecía que poco habría ya que decir; optó, en definitiva, por volver a las cuestiones nucleares del Derecho procesal y demostró que, como todo lo que es esencial, nunca pierden actualidad, pues son la mejor base sobre la que construir las respuestas a los desafíos reales que reclama la mejora de la tutela judicial efectiva. Creo, por ello, que con este trabajo el profesor Schumann logrará, tal vez paradójicamente, volver a «poner de moda» un tema que se creía agotado y que, en todo caso, estaba casi olvidado: se hablará, y mucho, de contratos procesales y de autonomía de la voluntad en el ámbito de lo procesal.*

*Explorar la viabilidad de los negocios procesales con impacto en el derecho a la tutela judicial efectiva era, en efecto, algo que siempre habían reclamado los operadores jurídicos, porque, en el fondo, necesitan tener la certeza de que, al final del camino, podrán acudir a un sistema procesal eficaz y confiable, respaldado por la potestad jurisdiccional del Estado; pero, al mismo tiempo, les interesa tener claros los límites a la autonomía de la voluntad y contar con un marco claro de seguridad jurídica en el que desarrollar su actividad negocial, que pueda contemplar también el sistema de solución de controversias. En este libro encontrarán las respuestas a sus preguntas*

*y, mejor aún, las razones, magníficamente desarrolladas y expuestas, en las que se sostienen esas respuestas.*

*Y es que un libro extraordinario, como el que el lector tiene en sus manos, solo se explica por un autor extraordinario. Creo que los párrafos anteriores han permitido al lector intuir que Guillermo Schumann no es un académico cualquiera. Alumno brillante del Grado en Derecho y del Máster de Acceso a la Abogacía, podría haberse dedicado al ejercicio profesional —en el que se había iniciado con éxito—, pero su vocación hacia la docencia y hacia la investigación, por suerte para quienes convivimos con él, lo trajo de vuelta como becario predoctoral al Área de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.*

*Este libro tiene precisamente su origen en su tesis doctoral, que tuve el privilegio de dirigir y que fue defendida con éxito el 2 de marzo de 2022 ante un tribunal integrado por profesores del máximo nivel: Julio Banacloche Palao, María Pía Calderón Cuadrado, Juan Francisco Herrero Perezagua, Christoph A. Kern y Alicia Bernardo San José. Todos ellos merecen la mayor gratitud por su magnífica labor al enjuiciar el trabajo de Guillermo; sus apreciaciones y observaciones han sido debidamente tenidas en cuenta al preparar la versión final que ahora ve la luz. Igual gratitud merece la profesora Teresa Armenta Deu, gracias a la cual ha sido posible la publicación en la editorial Marcial Pons.*

*Durante estos años Guillermo Schumann, ahora ya profesor ayudante, se ha revelado como un investigador infatigable, humilde en su solidez científica, pero inquieto y genuinamente ávido de conocimiento, de seguir aprendiendo y de seguir formándose como jurista y como procesalista. Este libro, por sí solo, justificaría más que de sobra los casi cinco años transcurridos desde los comienzos investigadores de su autor. Y, sin embargo, durante ese tiempo Guillermo ha escrito, con la misma seriedad y rigor, una veintena de artículos y capítulos de libros sobre temas muy diversos que han visto la luz en las más prestigiosas revistas y editoriales, españolas y extranjeras. Se ha incorporado de forma plena al circuito académico, integrándose con la más absoluta solidez en esa gran conversación o diálogo que comportan los congresos, los seminarios y los demás encuentros científicos. Y, por supuesto, se ha iniciado también en la actividad docente, para suerte de los estudiantes, que se benefician de un profesor entusiasta, motivado y siempre disponible.*

*Esta capacidad de trabajo fuera de lo común, que se sostiene en una inteligencia excepcional, constituye una de las señas de identidad de Guillermo Schumann. Pero, más que todo eso, es una magnífica persona y un excelente compañero, siempre de buen humor, sonriente y dispuesto, con la mayor de las generosidades, a compartir su tiempo con quien necesita su ayuda o su colaboración; contribuye, con su forma de ser, al magnífico ambiente de trabajo y convivencia en el que tenemos la suerte de desenvolvemos cotidianamente los procesalistas complutenses.*

*Es mucho todavía, además, lo que tiene que ofrecer y lo que todos esperamos de él. Por suerte para la comunidad científica, es aún muy joven y tiene por delante tiempo para seguir abordando, con el mismo rigor y el mismo empeño demostrados hasta ahora, cuestiones dogmáticamente difíciles y al mismo tiempo de relevancia práctica. Estoy seguro de que lo hará, como hasta ahora, con rigor, método, paciencia y brillantez. Sus aportaciones serán de gran utilidad para ayudar al proceso judicial, a la actividad jurisdiccional y, con ellos, al derecho a la tutela judicial efectiva a salir adelante, reforzados, de estos «tiempos interesantes» que les está tocando vivir en la actualidad.*

*Madrid, 2 de septiembre de 2022.*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid

## INTRODUCCIÓN

¿Es válido un contrato por el que las partes se obligan a no ejercitar determinadas acciones judiciales? ¿Lo es un contrato por el que las partes se obligan a no proponer un documento como medio de prueba? ¿Y un contrato por el que las partes se obligan a no recurrir una futura sentencia, a no solicitar medidas cautelares o a no ejercitar acciones ejecutivas? ¿Cuál es realmente el objeto de estos contratos? ¿Qué consecuencias procesales o materiales tendría su incumplimiento?

Todos estos contratos tienen un elemento en común: en todos ellos la prestación debida la constituye un comportamiento procesal con trascendencia constitucional. A través de estos contratos las partes se obligan a hacer o no hacer un acto por el que se ejercita alguno de los derechos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a usar los medios de prueba pertinentes, el derecho de acceso a los recursos, el derecho a la tutela cautelar o el derecho a la ejecución. Se puede decir, por ello, que son *contratos procesales que comportan una disposición contractual del art. 24 CE*.

Este trabajo se propone estudiar en profundidad este tipo de negocios procesales. En la primera parte se analiza la relación entre la autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva. A partir de ahí, el análisis se centra en la articulación de la disposición del derecho fundamental a través de los negocios procesales. En la segunda parte se desarrolla una teoría general del negocio procesal y en la tercera se examinan contratos procesales específicos. Se aspira, de este modo, a identificar los elementos necesarios para poder fijar su objeto, sus criterios de validez y su eficacia procesal y material.

### 1. EL OBJETO DE ESTE TRABAJO

Hace ya mucho tiempo que la doctrina alemana definió la categoría de los contratos procesales para referirse a aquellos acuerdos en los que la voluntad de las partes pretende la producción de determinados efectos procesales<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El estudio aborda los negocios procesales desde una perspectiva nacional, es decir, dentro de las posibilidades negociales que delimita el ordenamiento jurídico español. Ahora bien, es evidente el peso que la doctrina alemana tiene en el desarrollo de la investigación. Esto responde a varias razones. La principal

Desde luego, los negocios procesales tampoco son una realidad desconocida en nuestro ordenamiento. El arbitraje o el pacto de sumisión expresa, sin ir más lejos, son negocios jurídicos con efectos procesales a los que indudablemente se les puede calificar como contratos procesales. Son, además, contratos procesales típicos o institucionalizados, respecto de los cuales el ordenamiento contempla herramientas jurídicas para asegurar su eficacia procesal.

Aunque existen estudios sobre el convenio arbitral o el pacto de sumisión, no se ha contado, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacionales, con un intento claro de desarrollar los *negocios procesales como una categoría jurídica*, esto es, como un conjunto de negocios jurídicos que comparten una serie de elementos estructurales y unos criterios de validez y eficacia comunes.

Esto determina que para cumplir con la finalidad de este estudio se haya considerado necesario desarrollar una *teoría general del negocio procesal*. Solo desde esta base podrá abordarse un estudio completo de los concretos contratos procesales que constituyen una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay que tener bien presente que los contratos procesales no se agotan conceptualmente en aquellos que aquí se examinarán. Es necesario, pues, delimitar con claridad el objeto del estudio. No se pretende examinar aquí todos los negocios procesales en abstracto posibles, sino únicamente aquellos que suponen o pueden suponer la referida disposición contractual del art. 24 CE.

Debe señalarse igualmente que la figura del contrato procesal no es el único medio a través del cual los individuos pueden desarrollar su autonomía de la voluntad en el marco de un proceso. Existen otros tipos de negocios jurídicos que, en abstracto, también son susceptibles de articular disposiciones del derecho a la tutela judicial efectiva —*v. gr.*, la prohibición de impugnar el testamento—.

A pesar de ello, la realidad demuestra que el contrato es el instrumento principal a través del que los individuos regulan negocialmente su esfera jurídica. Por ello, inevitablemente se centrará la atención en la obligación procesal y en el contrato procesal —el negocio procesal de mayor importancia económica y social en el tráfico—. A partir de aquí podrá empezarse a construir una teoría general del negocio procesal que, en su caso, podrá servir de base para un estudio futuro de otros negocios jurídicos, *inter vivos* o *mortis causa*, gratuitos u onerosos.

Se ha de advertir igualmente que, en algunas ocasiones, se examinarán negocios materiales o procesales que no comporten una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva. El interés en ello se halla, justamente, en determinar por qué en esos casos no hay una disposición del derecho fundamental, lo cual ayudará a delimitar con claridad los entornos de aquellos otros en que sí sucede.

---

y más evidente es el espectacular desarrollo científico que los negocios procesales han tenido en la doctrina germana, en la que la categoría de los contratos procesales está desde hace años consolidada dogmáticamente. En todo caso, y se debe insistir en ello, tratándose de un estudio que se enmarca en el ordenamiento español, ha sido necesario en todo momento un proceso de asimilación y adaptación. Este «filtrado» es especialmente necesario en relación con los negocios procesales que constituyen una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene en nuestro ordenamiento un contenido complejo y muy concreto que ha sido fruto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Los derechos que conforman el art. 24 CE —y con ello, los comportamientos procesales de las partes con trascendencia constitucional— no son los mismos que aquellos reconocidos en el *Grundgesetz* alemán o en cualquier otra constitución europea. Lo anterior supone que, en relación con los concretos negocios procesales que aquí se examinan, no sea asimilable directa e indiscriminadamente todo lo que se ha desarrollado sobre ellos en la bibliografía extranjera. El distinto ámbito de nuestro art. 24 CE cualifica su objeto y, con ello, influye en sus criterios de validez y eficacia. Junto con las evidentes particularidades de nuestro ordenamiento, este es un elemento importante que se debe tener presente a la hora de incorporar el Derecho comparado como herramienta metodológica en la investigación de los negocios procesales.

Debe señalarse también que el estudio se enmarca en los *procesos civiles declarativos y ejecutivos de carácter ordinario*, es decir, aquellos contruidos técnicamente sobre los principios dispositivo y de aportación de parte.

El estudio no aborda directamente la dinámica de los contratos procesales en determinados sectores del ordenamiento como el Derecho de consumo o el Derecho laboral, en los que la aplicación de normas tuitivas de naturaleza imperativa altera el funcionamiento ordinario de la autonomía de la voluntad. La investigación se fija, pues, en el contexto de relaciones materiales y procesales en las cuales el ordenamiento no parte de una situación de asimetría.

El estado de la ciencia y la escasa implantación de los negocios procesales atípicos hacen que resulte necesario, antes que nada, consolidar la categoría en un entorno «normal». Solo posteriormente podrá someterse la institución a las dinámicas materiales y procesales propias de sectores del ordenamiento en las que se crean determinadas estructuras de protección que repercuten en el fenómeno contractual.

Ahora bien, aunque las relaciones en los que intervenga un consumidor o un trabajador no son el objeto directo de este trabajo, su examen es una herramienta útil para determinar cuál es en general la relación de los negocios procesales con el Derecho material. Y es que la distinta naturaleza del Derecho que regula la relación jurídica que une a las partes —dispositivo, imperativo o de orden público— repercute irremediabilmente en la dinámica de los negocios procesales. De ahí que no se renuncie a analizar puntualmente determinados elementos del negocio procesal desde la perspectiva que ofrecen estos sectores del ordenamiento.

## 2. LA NATURALEZA COMPLEJA DE LOS NEGOCIOS PROCESALES

*Los negocios procesales tienen una naturaleza compleja* que exige su estudio desde distintas parcelas del ordenamiento. Esto impone que la investigación tenga un inminente carácter multidisciplinar.

El negocio procesal es una categoría conceptual que se sitúa en la intersección entre el Derecho civil y el Derecho procesal, es decir, entre el Derecho privado y el Derecho público. Se nutre de instituciones básicas, como el negocio jurídico, el contrato, los actos procesales, el proceso o las normas jurídicas imperativas y dispositivas —civiles y procesales—. Los negocios procesales ponen en relación distintas áreas del ordenamiento y someten instituciones jurídicas civiles y procesales a dinámicas específicas. Es justamente esta naturaleza compleja lo que les dota de un interés científico añadido.

Los negocios procesales pueden producir efectos materiales y procesales de distinto tipo. Esta naturaleza compleja y multidimensional les es propia y se debe tener presente a lo largo de todo el estudio. En otro caso se caerá en una visión reduccionista que impida alcanzar un entendimiento abstracto y concreto de los negocios procesales —*i. e.*, como una categoría jurídica, pero también como un instrumento llamado a operar en la realidad—.

Por todo lo anterior, el estudio de los negocios procesales que suponen una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva tiene varias dimensiones. Una *dimensión constitucional*, que se proyecta sobre la validez de la disposición del derecho fundamental. Una *dimensión jurídico-material*, relativa a los elementos esenciales del negocio y a la eficacia material de las obligaciones que nacen de él. Y, finalmente, una *dimensión jurídico-procesal*, relativa a la producción de los efectos procesales que las partes pretenden.

El Derecho constitucional, el Derecho privado y el Derecho procesal confluyen —y en algunas cuestiones se sobreponen— en el estudio de los negocios procesales.

### 3. LA SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA SEPARACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA Y ASPIRACIÓN CIENTÍFICA

Desde hace tiempo existe una aproximación intelectual al fenómeno procesal cada vez más generalizada que consiste en una separación casi absoluta entre el Derecho procesal y el material. Es lo que Konzen ha denominado *dogma de la separación (Trennungsdogma)*<sup>2</sup>. Se trata de un punto de partida erróneo que puede falsear el análisis del papel que ambas parcelas del ordenamiento desempeñan en la realidad. En concreto, dificulta el entendimiento de lo que es la función instrumental del proceso como una herramienta para la realización del ordenamiento material —que es, después de la satisfacción del art. 24 CE y la disolución del conflicto intersubjetivo, uno de sus fines institucionales—.

El proceso civil debe estar construido técnicamente sobre las mismas valoraciones que impregnan el Derecho material. Por ello, el principio dispositivo (art. 19 LEC) refleja el poder de disposición material que las partes tienen sobre sus derechos e intereses (art. 1255 CC): es un principio reflejo. Desde una perspectiva técnica, prolonga en el proceso las valoraciones sobre las que se construye el Derecho material, manteniendo la unidad y la coherencia en el ordenamiento<sup>3</sup>.

La superación del dogma de la separación y el entendimiento de la función instrumental del proceso permiten asumir con mayor claridad por qué la distinta naturaleza del Derecho material aplicable —dispositivo, imperativo o de orden público— puede influir en el alcance de los distintos principios jurídico-técnicos del proceso, que funcionan a modo reflejo.

Además, la superación del dogma de la separación ayuda a entender el fenómeno de la *materialización del Derecho procesal*. El ordenamiento procesal ha dejado de ser desde hace tiempo un sistema formal y conceptualmente cerrado. Es un sistema abierto y vinculado a elementos «externos» como lo son la Constitución, el Derecho de la Unión Europea o el Derecho material que se tutela en el proceso<sup>4</sup>. El proceso se convierte así en una herramienta más de política legislativa para la realización de determinados intereses protegidos por la norma constitucional, europea o nacional.

El nacimiento de la ciencia procesal y su progresiva «emancipación» del Derecho privado ha llevado en ocasiones a una visión reduccionista y aislada del fenómeno procesal. Se ha entendido que la independencia de la dogmática procesal se consigue rompiendo todas las ataduras conceptuales con el Derecho material, cuando lo cierto es que en la realidad ambos están en constante interacción.

Los negocios procesales son un área en la que la interrelación entre el Derecho material y el Derecho procesal es evidente. Solo a través de ambos es posible aproximarse a su esencia. Por ello, el estudio incorpora como criterio metodológico y aspiración científica la superación del dogma de la separación: *se parte de y se aspira a* alcanzar una visión de conjunto del ordenamiento —constitucional, material y procesal—.

<sup>2</sup> H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Berlin, Dunker and Humblot, 1976, pp. 19-23, 173 y 331-336, y M. TRENKER, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, View, Manz'sche Verlags-Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 63-120.

<sup>3</sup> M. TRENKER, *Einvernehmliche Parteidisposition...*, *op. cit.*, pp. 100-103 y 190.

<sup>4</sup> En relación con el fenómeno de la materialización del Derecho procesal *vid.* R. F. KEHRBERGER, *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

Con profundo acierto dice De la Oliva Santos «los procesalistas (al menos en mi escuela) no ocultamos, sino que nos enorgullece, el carácter siempre ancilar, instrumental, del Derecho procesal. Por eso procuramos saber algo de aquello a lo que el proceso debe servir: el Derecho a secas, el Derecho sustantivo. Y, en todo caso, consideramos de capital importancia poseer una sólida formación jurídica general o básica, a la que atribuimos mucho más valor y utilidad que al exhaustivo conocimiento de cambios y pormenores. Así pues, siempre *back to basics*, siempre en búsqueda humilde del saber jurídico esencial, sin desdeñar nada especial, pero sin creer en compartimentos estancos, ni incurrir en una especialización que, como advertía Baroja, tiende a favorecer la miopía intelectual»<sup>5</sup>.

#### 4. LOS NEGOCIOS PROCESALES COMO UN INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO CIVIL: UNA PERSPECTIVA IDEOLÓGICA

El estudio de los negocios procesales siempre ha estado rodeado de una serie de ideas preconcebidas que empañan el análisis y el correcto entendimiento de su verdadera naturaleza. El reconocimiento y la admisibilidad de los negocios procesales no supone, debe dejarse claro desde ahora, una privatización del proceso. Y, desde luego, tampoco una subversión del orden público y del principio de legalidad procesal (art. 1 LEC). Cada ordenamiento procesal, en función de decisiones de política legislativa, otorga un mayor o menor ámbito de operatividad a la autonomía de la voluntad a través de normas dispositivas o normas de libertad. Es en este ámbito de autonomía reconocido al individuo en el que se desenvuelven los negocios procesales. *Los negocios procesales parten y se integran necesariamente en el ordenamiento procesal positivo, no aspiran en modo alguno a subvertirlo.*

El proceso civil es un *instrumento artificial* que crea el legislador para que se dispense la tutela judicial efectiva<sup>6</sup>. Por ello, a diferencia de determinados principios jurídico-naturales como el de defensa o el de igualdad, los principios jurídico-técnicos responden a decisiones de *política legislativa* —i. e., a valoraciones— que pueden variar en un espacio y tiempo determinado<sup>7</sup>. Son, como sostiene De la Oliva, principios contingentes<sup>8</sup>.

La configuración de las instituciones jurídicas suele responder a razones ideológicas —entendidas no de forma peyorativa, sino como un «conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época»—<sup>9</sup> y/o técnicas —aquellas que racionalmente se consideran las «mejores» para el sistema en un contexto histórico determinado—<sup>10</sup>.

Desde luego, son también razones ideológicas y técnicas las que subyacen a la admisión de negocios procesales atípicos y a su posterior institucionalización. Los negocios procesales son un instrumento para la realización de la autonomía de la

<sup>5</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, «Justicia predictiva, interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del “Justizklavier”», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 80, 2019, p. 30.

<sup>6</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, curso académico 2020-2021, p. 68, disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>.

<sup>7</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 39-42.

<sup>8</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, «El papel y los poderes del juez en el proceso civil», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 2010, p. 39.

<sup>9</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed.

<sup>10</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez...*, op. cit., pp. 51-54, 57-58 y 81-82.



voluntad en el proceso civil que, como se ha dicho, está delimitada por el propio ordenamiento a través de normas dispositivas y de libertad.

Como se sabe, el negocio jurídico está construido sobre el dogma de la autonomía de la voluntad. El Código Civil es el fruto de la sociedad liberal y burguesa del siglo XIX. En la actualidad, y como consecuencia de las ideas propias de un Estado social como el nuestro (art. 1 CE), el Derecho privado se ve influido por ideas de justicia social. La libertad del individuo no se protege ya solamente frente al poder estatal —a través de los derechos fundamentales—, sino también frente al poder social o económico que la puede debilitar o anular. Es en este ámbito en el que aparecen parcelas del ordenamiento privado protectoras de la parte contractual débil —*v. gr.*, el agente, el asegurado, el consumidor o el trabajador—.

En una economía de la contratación en masa como en la que vivimos, el Derecho privado se adapta a esta nueva dinámica contractual. Supera el dogma de la autonomía de la voluntad formal e incorpora progresivamente estructuras para garantizar la justicia del fenómeno negocial. Esto se materializa en la exigencia de una autonomía de la voluntad material que aumenta la libertad y el conocimiento exigibles para que los pactos sean válidos. Igualmente se traduce en la imposición de un determinado contenido negocial al configurar las normas que regulan una parcela de la vida como imperativas o de orden público, excluyéndose así la eficacia de la autonomía de la voluntad en relación con la ley aplicable (art. 6.2 CC)<sup>11</sup>. También se puede controlar, directamente, el contenido de los pactos (art. 82.1 TRLGDCU). Se reconfiguran y adaptan así los mecanismos de justicia contractual.

Como no podía ser de otra manera, este estudio parte de la concepción liberal incorporada por el legislador en la LEC. Se ha dicho ya que el carácter privado y dispositivo de los derechos y los intereses materiales que se tutelan en el proceso se prolonga a través de los principios jurídico-técnicos sobre los que este se construye.

En este marco, la idea que late en el estudio que aquí se propone es la de dotar de mayor eficacia procesal a la autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, como se verá, la disposición del derecho a la tutela judicial efectiva que constituye el objeto de los negocios que se examinan exige la concurrencia de una *autonomía de la voluntad material*. No basta para disponer válidamente de los derechos fundamentales con el nivel de conocimiento y libertad que exige ordinariamente el CC.

Se acaba de decir que en la actualidad el Derecho privado se ve influido por ideas de justicia social que repercuten en el mecanismo contractual: la libertad del individuo no se protege ya solamente frente al poder estatal —a través de los derechos fundamentales—, sino también frente al poder social o económico que la puede debilitar o anular. Las disposiciones de los derechos fundamentales se desenvuelven también en este paradigma.

Se pretende así ampliar la operatividad de la autonomía de la voluntad, pero sobre la base de una autonomía de la voluntad real. Lo contrario sería aceptar por la puerta de atrás renuncias contractuales al ejercicio de los derechos fundamentales con base en el nivel de conocimiento y libertad que exige el CC para considerar válido cualquier otro pacto entre los individuos (arts. 1266 y 1267 CC). Este es un nivel más bien bajo, cuya justificación está en facilitar el desenvolvimiento del tráfico, pero que en principio no es suficiente para que el ordenamiento reconozca una disposición negocial del art. 24 CE.

<sup>11</sup> L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, 1956, pp. 1149-1181.

Si fuera suficiente con el nivel de conocimiento y libertad que exige el Código Civil para aceptar la validez de los negocios dispositivos del art. 24 CE se podrían producir resultados injustos que podrían acabar con su rechazo *in toto*. *El exigir una autonomía de la voluntad material supone incorporar con garantías una mayor liberalización de los derechos procesales de naturaleza constitucional*. Metafóricamente podría decirse que, o no se deja pasar a nadie, o se deja pasar a algunos aumentando los controles en la puerta.

## 5. LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL ESTUDIO

Los contratos procesales son una realidad en el tráfico jurídico desde hace tiempo en países de nuestro entorno. En un mundo en el que las relaciones jurídicas están cada vez más interconectadas, cabe esperar que los órganos judiciales españoles se encuentren con contratos procesales atípicos con mayor frecuencia.

La realidad demuestra que los protagonistas del tráfico jurídico intentan que su autonomía de la voluntad se proyecte sobre elementos del derecho a la tutela judicial efectiva y del proceso que de forma generalizada y casi automática se han venido considerando imperativos o indisponibles. Ante la inexistencia de un estudio integral de estas disposiciones, los operadores jurídicos y los órganos judiciales se encuentran sin criterios claros para celebrar sus pactos y resolver las controversias jurídicas que surjan en torno a ellos. Esta es otra de las razones que justifican el estudio que aquí se aborda.

El tráfico jurídico necesita seguridad y rapidez, ya que sin ambos elementos la actividad económica no puede desarrollarse en un entorno global y competitivo. Estas necesidades se proyectan también sobre los mecanismos de resolución de las controversias. Es deber del Estado ofrecer a todos los operadores jurídicos y económicos un sistema judicial que tutele eficazmente sus derechos e intereses materiales y que les permita solucionar sus controversias de forma eficiente.

En el contexto internacional, se advierte cada vez con mayor claridad una tendencia a tratar de desarrollar al máximo los potenciales de la voluntad de las partes sobre los mecanismos de solución de controversias. No se trata solo de fomentar los mecanismos extrajudiciales y alternativos, sino también de hacerlo sobre los procesos judiciales en sentido estricto. Se aspira con ello a trasladar al ámbito de la jurisdicción estatal ciertas dosis de flexibilidad y adaptabilidad que, tradicionalmente, parecían ser exclusivas del arbitraje o de otros mecanismos de *ADR*.

En este marco, los negocios procesales potencian el atractivo de la jurisdicción ordinaria frente a otros sistemas alternativos de resolución de controversias. Su desarrollo y consolidación, por tanto, también puede servir para posicionar a España como un ordenamiento moderno integrado en las tendencias de litigación internacional.

Además, los negocios procesales ayudan a adecuar la resolución de la controversia jurídica a su naturaleza, aumentan la cooperación entre las partes y un cierto grado de certeza en el resultado del pleito, reducen la litigación oportunista o abusiva, incentivan el cumplimiento voluntario de los pactos y crean valor económico.

Todo lo anterior justifica un estudio que aborde los negocios procesales como categoría jurídica en el ordenamiento español. Esto permitirá hacer futuras propuestas *de lege ferenda* en relación con la institucionalización de determinados negocios procesales atípicos y continuar la investigación en torno a otros distintos de aquellos que constituyen el objeto de este estudio.

PRIMERA PARTE

**LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO  
A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

# CAPÍTULO I

## LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—1.1. Las teorías abstractas y concretas de la acción.—1.2. Una delimitación terminológica necesaria.—1.3. La acción civil privada y la acción civil pública.—1.4. La superación de la discusión en torno a las teorías clásicas de la acción.—2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL: LA TUTELA JURISDICCIONAL.—2.1. El sistema de protección judicial.—2.2. El Derecho de la UE y el sistema de protección judicial.—2.3. La pretensión de tutela jurisdiccional.—2.4. La pretensión de tutela jurisdiccional y la pretensión material.—2.5. La pretensión de tutela jurisdiccional, el Derecho privado y el Derecho justicial.—3. LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.—3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción.—3.2. El derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo del asunto.—3.3. El derecho a la tutela jurisdiccional.—3.4. La (mera) pretensión de tutela jurisdiccional como elemento unificador del sistema y el objeto del proceso.—4. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL PRETENDIDA.—4.1. El reconocimiento de un derecho a la tutela jurisdiccional no influye en la concesión de la tutela pretendida: inexistencia de consecuencias fenomenológicas.—4.2. Razones que justifican el reconocimiento de un derecho a la tutela jurisdiccional concreta.—4.3. El origen y el reconocimiento legal del derecho a la tutela jurisdiccional.—4.4. El término «acción».

### 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Como se ha señalado ya en la introducción, el objeto de esta investigación es la «disposición» contractual del derecho a la tutela judicial efectiva y su articulación a través de los negocios procesales. Lógicamente esto impone un análisis previo de los derechos subjetivos públicos del individuo frente al Estado y, en concreto, frente a la Administración de Justicia. Para ello es imprescindible comenzar el análisis por donde históricamente empezó: el derecho de acción. Será en el capítulo II en el que se examine en qué medida la constitucionalización de determinados derechos subjetivos públicos de naturaleza procesal influye en la posición del justiciable y, con ello, en el estudio que aquí se aborda.

#### 1.1. Las teorías abstractas y concretas de la acción

La jurisdicción, la acción y el proceso son los tres pilares básicos sobre los que se construye la ciencia procesal moderna. Aunque se suele decir que existen tantas teorías de la acción como autores la han tratado, si se simplifica, podrían agruparse las principales teorías en tres grandes grupos.

- i) Aquel que concibe la acción como un derecho subjetivo público que permite al justiciable excitar la actividad de los órganos judiciales. El derecho triunfaría siempre que provocara un comportamiento activo en el juez o el tribunal. Por ello, este derecho se satisface con *cualquier* resolución judicial.
- ii) Aquel que defiende que la acción es un derecho subjetivo público que da al justiciable el poder de excitar la actividad de los órganos jurisdiccionales y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto. Este derecho no se satisface con cualquier resolución, sino con una *sentencia sobre el fondo del asunto*.
- iii) Aquel que sostiene que la acción es un derecho subjetivo público que garantiza al justiciable una sentencia favorable que le conceda la concreta tutela jurisdiccional pretendida. Solo el otorgamiento de esa concreta tutela jurisdiccional satisface el derecho.

Los primeros dos grupos son los que tradicionalmente se han conocido como teorías abstractas de la acción —cada uno de ellos, con una mayor o menor abstracción del derecho—. El tercero sería el postulado principal de la teoría concreta de la acción. La existencia de estos derechos de acción dependerá, en función de la teoría que se defienda, de presupuestos distintos. Las teorías de la acción de una mayor abstracción no establecen prácticamente ningún requisito para su existencia. Las teorías abstractas que consideran que el contenido del derecho es una sentencia sobre el fondo del asunto fijan unos presupuestos —procesales y, en algunos casos, incluso materiales— más exigentes. En último término, los defensores de la teoría concreta sostienen que el derecho de acción está condicionado a la concurrencia de presupuestos jurídico-materiales.

Los ejes que hacen que los autores se muevan entre una y otra doctrina son de dos clases. En primer término, influyen variables de índole técnico-jurídica: la dependencia o independencia del proceso respecto del derecho o el interés material cuya tutela se pretende y la construcción de una «teoría integral» de la acción que sea funcional tanto en el orden jurisdiccional civil como el penal. En segundo lugar, determinadas concepciones de índole iusfilosófica relacionadas con el equilibrio entre el interés público y privado en el proceso.

Tradicionalmente, el estudio de la acción ha pretendido explicar la relación entre el derecho subjetivo y el proceso. Si se quiere conceptualizar y explicar el fenómeno procesal de forma autónoma e independiente del Derecho material, la acción se debe abstraer lo más posible.

La teoría concreta hace depender la concesión de la tutela judicial pretendida a la existencia de determinados presupuestos materiales. Si el proceso sirve para satisfacer la acción y la acción depende de una serie de presupuestos materiales, en el fondo, el proceso se vincularía —según los críticos— al Derecho material. Por ello, si se siguen las teorías concretas, la concreción significa dependencia —de la acción al derecho subjetivo o, por lo menos, a sus presupuestos jurídico-materiales—. Por el contrario, mediante las teorías abstractas se rompe el vínculo entre el derecho de acción y el Derecho material, dotando al proceso de independencia —conceptual y funcional—.

En definitiva, si consideramos que el derecho subjetivo es un interés privado jurídicamente protegido, la concreción haría depender la existencia de la acción y del proceso del interés individual.

Calamandrei sostenía la relatividad del concepto de acción<sup>1</sup>. En este sentido, explica que las distintas teorías son el resultado de la relación de dos fuerzas que

---

<sup>1</sup> P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, S. Sentís Melendo (trad.), Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 135-160.

coexisten en el proceso y, en general, en un ordenamiento jurídico concreto: el interés individual y el interés público. Las teorías de la acción serían una especie de radiografía del equilibrio de estos intereses en un momento histórico determinado.

En las teorías concretas de la acción predomina el interés individual. Sería, se dice, una concepción esencialmente liberal en la que todo el interés público está considerado en función del interés privado. En las teorías abstractas de la acción, por el contrario, la acción se desvincula totalmente del derecho subjetivo y sirve únicamente para la realización del ordenamiento jurídico. El justiciable se concibe como un agente *quasi* colaborador de una función pública que le da al Estado la oportunidad de confirmar su propia autoridad mediante la aplicación del Derecho objetivo al caso concreto. En ese caso, el interés privado desaparece; es dejado en la sombra.

Con la perspectiva que da el presente, se ha llegado a entender en parte el origen de la discusión doctrinal en torno a la acción. Montero Aroca y Ortells Ramos explican que cada una de las teorías de la acción ha intentado explicar dos fenómenos distintos<sup>2</sup>. La teoría abstracta intenta explicar el poder de los ciudadanos de acceder a la Administración de Justicia, la actividad de los órganos judiciales, el inicio y el desarrollo del proceso y la sujeción del demandado a este. Por otro lado, la teoría concreta explicaría las relaciones entre el Derecho material, el proceso y la obtención la tutela judicial de los derechos e intereses privados.

## 1.2. Una delimitación terminológica necesaria

De lo anterior se desprende que, posiblemente, la doctrina lleve años refiriéndose a dos derechos distintos —aquel que permite el inicio de la actividad jurisdiccional u obtener una concreta tutela jurisdiccional— con el mismo término. Por eso, el análisis de los derechos y las teorías que los defienden debe hacerse de forma independiente. Cada una de ellas intenta explicar fenómenos y realidades jurídicas distintas. Esta es una de las enseñanzas que aporta la perspectiva histórica: no puede examinarse —y criticarse— la teoría concreta con los parámetros sobre los que se sostiene la teoría abstracta —y viceversa—. La utilización de un mismo término —«acción»— para referirse a realidades distintas, por mucho que no haya sido el único motivo, sí ha sido un ingrediente adicional en la confusión y en el eterno debate en torno a la acción. La solución que ofrece Montero Aroca es la precisión del lenguaje y la determinación del sentido en que se está empleando la palabra «acción»<sup>3</sup>.

El concepto es la abstracción de un fenómeno. Cualquier jurista que se aproxime al estudio de la acción —y, en general, al de cualquier otro instituto jurídico— podrá comprobar cómo se utiliza en ocasiones el mismo concepto para referirse a fenómenos distintos, cómo se utilizan conceptos distintos para referirse a fenómenos iguales y cómo dos conceptos, que aparentemente se refieren al mismo fenómeno, amplían o reducen el ámbito de la realidad que pretenden abstraer. Si los conceptos son el medio de comunicación entre los individuos y no existe una homogeneidad en los términos que se emplean, podrá imaginarse por qué se lleva más de siglo y medio discutiendo sobre las mismas cuestiones en torno al derecho de acción —con argumentos a favor y en contra que no dejan de reiterarse—.

Las teorías de la acción han intentado explicar hasta tres fenómenos diversos: el poder de los justiciables de acceder a la jurisdicción y excitar la actividad de los

---

<sup>2</sup> J. MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 117-142.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 142.