

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 85

© M^a Pía Calderón Cuadrado

Ugarit Comunicación Gráfica S.L.
Pla de Foios 13. Polígono Industrial III Moncada. VALENCIA. 96 139 99 46

DERECHOS, PROCESO Y CRISIS DE LA JUSTICIA

-Prohibido leer a Chiovenda-

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado
por la Ilma. Sra. D^a M^a Pía Calderón Cuadrado,
el día 18 de diciembre de 2014

DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA
VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

DERECHOS, PROCESO Y CRISIS DE LA JUSTICIA

M^a PÍA CALDERÓN CUADRADO

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,
Sala de lo Civil y Penal.
Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valencia.

Sumario:

I.- Recordando...

1.- Pequeñas cosas. 2.- A un procesalista clásico.

II.- El acceso a la justicia y la necesaria coordinación entre la ley sustancial y la ley procesal. Con ocasión de la acción de jactancia y su cuestionable admisibilidad.

1.- Observaciones iniciales. 2.- Sobre los modos de pretender ante los tribunales civiles. 2.1 Relatividad, máxima accionabilidad y fundamento constitucional: A) Declaración, ejecución y cautela; B) El artículo 24 de la Constitución y las clases de tutela declarativa. 2.2 Un aspecto a considerar: configuración normativa y naturaleza procesal-material: A) Normas procesales. Consecuencias; B) El significado de su condición procesal-material. 3.- Sobre la vigencia de la Partida Tercera (Ley 46, Título II). 3.1 Con carácter previo. 3.2 El problema de su derogación. 3.3 Exclusión de la jactancia, tutela judicial de los derechos y creación de órganos administrativos para el restablecimiento de la legalidad.

III.- La facultad de escoger y el deber de congruencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso C-32/12, de 3 de octubre de 2013, y los poderes del juez civil.

1.- De lo privado a lo público, un desplazamiento de doble dirección. 2.- La *economia dei iudici* y las limitaciones al monopolio en el ejercicio de la acción. 3.- Principio de efectividad e intervención judicial de oficio. 3.1 Al hilo de eventuales desequilibrios en las relaciones de consumo: A) Incumplimiento contractual e interés a proteger; B) Las actuaciones reclamadas al órgano jurisdiccional. 3.2 Una equivocación de partida y un dilema final: A) Los datos de la sentencia, en especial el tratamiento de la preclusión; B) Sobreprotección del consumidor, olvido de la defensa letrada y confusión en cuanto al quehacer del juzgador.

IV.- Concluyendo...

I.- RECORDANDO...

1.- Pequeñas cosas

El Tribunal Constitucional no ha dejado de afirmar en sus más de treinta años de existencia que los formalismos son inútiles y deben desterrarse del procedimiento. Al mismo tiempo y en sentido contrario ha venido sosteniendo que la forma, en tanto en cuanto permite cumplir el fin para el que se instauró, es necesaria en su devenir precisamente por constituir un esencial instrumento de garantía y salvaguarda de los derechos de los justiciables.

Partiendo de esta doctrina, que comparto plenamente, mis primeras palabras han de ser de agradecimiento, de profundo y emocionado agradecimiento. A mis padrinos, Juan Martín Queralt y Purificación Martorell Zulueta, que desde la Universidad y la Judicatura me han acompañado hasta la tribuna. Al Presidente de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Mariano Durán Lalaguna, que ha aceptado con enorme benevolencia contestar mis palabras. Y todos y cada uno de sus miembros que son, en definitiva quienes han posibilitado que esté hoy aquí dando lectura al discurso de ingreso en esta prestigiosa corporación científica consagrada al estudio del derecho. De mi padre, el primero de una familia de médicos que se dedicó al mundo jurídico, aprendí su valor y su respeto: un valor que siempre asoció al parangón carnelutiano del derecho como “armadura del Estado”; y un respeto que siempre percibió alejado de la ciega observancia y próximo, muy próximo a esa operación intelectual del juzgador que denominamos “sana crítica”.

Por ello esta elección supone para mí un gran honor al que espero con la lealtad debida y su inseparable rigor corresponder. Ofrezco así mi compromiso con la Academia y con la sociedad valenciana a la que sirve. Y ofrezco también mis inquietudes, que lo son fruto de la curiosidad de un permanente aprendiz pues con los años he dejado de saber o, más bien, he pasado a saber que lo que sé en realidad no es mucho.

He de confesarles además que la oportunidad brindada de unirme a las tareas que realiza esta institución cercana ya a los dos siglos de existencia siempre será para mí una de aquellas pequeñas cosas que, como compuso Juan Manuel Serrat, nos dejó un tiempo de rosas... y nos hacen que lloremos cuando nadie nos ve.

Por tanto y sin que sea ningún formalismo enervante o inútil, gracias de verdad.

2.- A un procesalista clásico

Javier Marías pronunció el día 27 de abril de 2008 su discurso de ingreso en la Real Academia Española. El título “Sobre la dificultad de contar”. En él advertía que “una de las grandes y primeras dudas que asaltan a cualquier narrador -sea cronista, historiador o testigo; sea novelista incluso- es por dónde comenzar, o qué contar antes y qué luego”.

No seré yo quien lo niegue. Es más, doy fe que es así. Tal vez por ello he buscado cobijo en un clásico del derecho procesal, Giuseppe Chiovenda, para construir el hilo conductor de unas reflexiones que, aunque sorprenda –el autor italiano comenzó a formular sus “*Principi*” en 1906, no dejan de girar en torno a un presente sumamente revuelto y a un futuro, quiero pensar, esperanzador.

Me refiero a la justicia y al proceso. Una justicia que se dice en crisis y un proceso, más concretamente el civil, que se afirma inoperante como consecuencia, entre otras razones, del deterioro económico de la sociedad y de su traslación a los tribunales. Sea o no así, lo cierto es que en la resolución de una y otra problemática existe, siempre ha existido, la tentación de acudir a reformas rápidas, por definición parciales, y sin coste económico alguno. De ahí, quizá, la atracción de los poderes públicos por el derecho procesal. Se trata, sin embargo, de una fascinación que en muchos casos se ha forjado desde el olvido de un triple y esencial matiz. De un lado y principalmente, que en el origen de la ineficiencia e ineficacia de la justicia –y de su instrumento- se encuentran causas muy diversas –sociológicas y culturales, políticas y normativas, materiales y procesales, orgánicas y procedimentales-, todas ellas necesitadas de atención y de una atención conjunta y coordinada además. De otra parte, y ejemplos todos conocemos, que la implantación de la reforma procesal en cuestión puede requerir también de normas presupuestarias de acompañamiento sin las cuales difícilmente cumplirá su función. Y por último, que el proceso no deja de ser una arquitectura compleja y delicada que exige que el cambio a disponer se integre perfectamente en su estructura. En otro caso, la mejora prevista conllevará –y el riesgo de equivocación es mínimo- que el sistema se resienta con sacrificios o retrocesos de nada fácil solución.

Y aquí entra el autor italiano. Como es sabido, sus tesis, que giran en torno al principio dispositivo o de demanda, han inspirado la mayoría de las reformas procesales –civiles- sucedidas en los países de nuestro entorno jurídico en el último siglo. Y no solo, piénsese en la Ley de En-

juiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en su exposición de motivos y su texto articulado, y lógicamente en su innegable inclusión entre ellas.

Preocupado desde siempre por individualizar los instrumentos técnicos idóneos para actuar el principio según el cual “el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir”, el pensamiento de Chiovenda se articula en torno a tres postulados claves que en este momento conviene destacar:

El primero, que “todo ordenamiento jurídico debe presentar una clara correspondencia y una clara coordinación entre la ley sustancial y la ley procesal, en el sentido que toda voluntad concreta de la ley cuya formación sea posible según una ley sustancial, debe encontrar en la ley procesal medios idóneos para la actuación”.

El segundo, que “cualquier modo de actuación de la ley (y cualquier medio ejecutivo) que sea prácticamente posible y no contrario a una norma general o especial de derecho, debe considerarse admisible”.

El tercero, que “el número y la naturaleza de estos medios varían según las leyes de los distintos lugares y tiempos. En un proceso puede ser necesario el conocimiento con anterioridad a la ejecución; en otro, puede ser admitida la ejecución sin previo conocimiento, y en otro, aun puede admitirse el primer sistema como regla; el segundo como excepción. Un proceso puede admitir la acción de mera declaración, y otro, desconocerla. De igual suerte, las acciones sumarias, las acciones aseguratorias, pueden ser recogidas por una ley e ignoradas por otra”.

Desde lo anterior, Chiovenda se muestra ferviente partidario de otorgar al actor un “derecho a escoger”, un derecho que configura al margen de cualquier “coacción a obrar” y que define atribuyendo a la parte un monopolio exclusivo tanto a los efectos de la puesta en marcha del proceso, evidentemente civil, como respecto de la fijación del contenido de la resolución pedida -en los límites, como es obvio, de las posibilidades abstractamente admitidas por la ley¹.

Pese a la lógica del planteamiento expuesto, debe indicarse que a día de hoy el sistema resultante está siendo cuestionado. Y lo está siendo, de ahí nuestra preocupación y el subtítulo de estas consideraciones, sin una reflexión general y sobre la base de una serie de modificaciones puntuales que podrían conllevar importantes alteraciones en la propia

1 El pensamiento de CHIOVENDA, G., en su versión en castellano, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, traducción Gómez Orbaneja, E., Madrid 1936, pág. 49-51. Y la consideración inicial del derecho como armadura del Estado de CARNELUTTI, F., en *Arte del Derecho. Seis meditaciones sobre el Derecho*, Perú 2006, pág. 17.

concepción de la jurisdicción, y su instrumento. Y todo ello al amparo de la crisis de la justicia y los intentos apresurados de solución.

Las dudas iniciales de este narrador, que diría Javier Marías, parecen pues disiparse. En el fondo, el objeto del discurso al que se está dando lectura no es otro que la revisión del pensamiento de aquel autor italiano.

Para comprobar, en primer lugar -y la ocasión nos la brinda la acción de jactancia a la que recientemente se acudió en distintos foros jurídicos como remedio, vacuna, se defendió, frente a cambios normativos restrictivos de derechos-, que las premisas iniciales no son ni deberían ser objeto de discusión. Absolutamente la primera y con matizaciones no esenciales las siguientes. La conclusión, aunque cause extrañeza, será entonces la inadmisibilidad de la jactancia en la actualidad, pero también -y la inquietud es grande- el testimonio de un desplazamiento silencioso de la jurisdicción hacia la administración.

Y para advertir, en segundo lugar -y aquí la oportunidad viene dada desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su interpretación del principio de efectividad-, sobre los cambios acaecidos en el “derecho a escoger”. Unos cambios que se asocian a la preponderancia de lo público, economía incluida, que se concretan en la previsión de limitaciones diversas para el actor y que se extienden a la actividad judicial a través del incremento de los poderes de oficio y la flexibilización del deber de congruencia. Y en este punto, entiendo también, el desenlace podría ser perturbador.

II.- EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE LA LEY SUSTANCIAL Y LA LEY PROCESAL -Con ocasión de la acción de jactancia y su cuestionable admisibilidad-

1.- OBSERVACIONES INICIALES

“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi a un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire...”. Por ello, “todo ordenamiento jurídico debe presentar una clara correspondencia y una clara coordinación entre la ley sustancial y la ley procesal, en el sentido que toda voluntad concreta de la ley cuya formación sea posible según una ley sustancial, debe encontrar en la ley procesal medios idóneos para la actuación”.

Más de un siglo media entre la enunciación de aquella proposición y el día de hoy. Pero difícilmente se puede estar en desacuerdo. Entonces y ahora los derechos de los ciudadanos –y me estoy refiriendo fundamentalmente a los privados y dejo al margen la protección penal de los mismos en aquellos supuestos de coincidencia con intereses públicos- carecerían de virtualidad si el ordenamiento jurídico no estableciera mecanismos jurídicos oportunos y suficientes para lograr su protección jurisdiccional. Sin ellos, la efectividad del derecho dependería únicamente del obligado y su violación –y no digamos prevención- resultaría, siempre salvo retornos inadmisibles a primitivos sistemas de autotutela, de imposible reparación.

La sabiduría de la anterior doctrina es incuestionable. Acaso por ello se ha visto confirmada desde el silencio, la ausencia de reproches es sumamente significativa, y el clamor pues son numerosas las voces que, sin descanso, se han venido manifestando en tal sentido. Servirían de ejemplo las palabras de Prieto Castro sostenidas -con él y antes que él- por la mayoría de la doctrina procesal: “Para que el derecho subjetivo –o el interés legítimo- alcance su realización y las situaciones protegidas se produzcan y subsistan, contribuyendo así al cumplimiento de los fines que la ordenación jurídica y su propio destino natural señalan al hombre, es necesario proveerle de medios adecuados”. O las de Satta, con una acentuación relevante y adicional: “*la funzione principale del diritto è quella di disporre mezzi di tutela per la protezione dei rapporti giuridici, così come nell’efficacia dei mezzi di tutela disposti si trova la pietra di paragone per la bontà di un ordinamento*”. E incluso y más recientemente, las pronunciadas a raíz de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*L’opera di concretizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale, elevato a principio generale dell’ordinamento comunitario, per essere credibile e praticamente efficace, doveva passare per il sistema dei rimedi: rimedi costruiti in funzione dei diversi tipi di situazioni soggettive e dei bisogni di tutela che essi concretamente evocano di fronte alle diverse forme di lesione subita*”².

Y pocas dudas caben que tales medios existen. Con alguna matización, es cierto, los mecanismos reclamados se han venido concretando en la actividad declarativa, provisional o definitiva, y sus tres modalidades: de condena, mera declaración y constitución; en la actividad ejecutiva, pro-

2 Respectivamente, PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Pamplona 1985, pág. 39; SATTA, S., *Premesse generali alla dottrina dell’esecuzione forzata*, en RD Processuale 1932-I, pág. 349; y TROCKER, N., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ed il processo civile*, en RTD Processuale 2002-4, pág. 1197.

visional o definitiva, y sus principales manifestaciones: genérica o específica, sustitutiva o coercitiva; y en la actividad cautelar, típica o atípica y siempre provisional, que parece permitir tanto medidas de aseguramiento y conservación como, incluso, de anticipación.

Obsérvese entonces que el punto de partida no se encuentra en una configuración única de formas de actuación judicial, sino en una diversidad de técnicas con estructura y funcionalidad distinta. El problema estriba en que, no obstante esa variedad de instrumentos -algunos de larga tradición, otros relativamente modernos-, no siempre puede cumplirse con la finalidad pretendida y que no es otra que la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. De ahí la preocupación del autor italiano y la nuestra al afrontar el presente estudio.

Un estudio, debe advertirse, que no es exclusiva o principalmente teórico. Muy al contrario. Pese a su vinculación con una de las grandes controversias de la ciencia procesal moderna -y todos tenemos presente las teorías de la acción, siempre “tortuosas” según una conocida apreciación, el polifacético, discutido y en cierto modo equívoco concepto de pretensión o, en menor y “más audaz” medida, el posible desdoblamiento del ordenamiento jurídico bajo el prisma del derecho justicial material-, son numerosos los problemas reales implicados y la mayoría de ellos -identificación del objeto del proceso incluido- necesitados de solución. Máxime cuando nuestra legislación -interna y europea- no contiene un catálogo de situaciones jurídicas civilmente tutelables, cuando tampoco anuda a las que establece, al menos con carácter general, un instrumento específico para su protección judicial y cuando al hilo de las transformaciones sociales y jurídicas que se están sucediendo surgen nuevos derechos -e intereses legítimos- cuya protección jurisdiccional a través de mecanismos idóneos se convierte en imperativo incuestionable e inaplazable para los poderes públicos.

Precisamente en este contexto novedoso, y lo es el actual modelo económico, social y cultural basado en el poder de la información y/o del conocimiento, aparece o, mejor, reaparece la acción de jactancia. Puede que lo recuerden, y de cualquier modo cabe su comprobación a través de la red, hace menos de cinco años y con ocasión de la tramitación de la Disposición Final cuadragésimo tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la denominada Ley Sinde, se llegó a preguntar en determinados foros jurídicos si podría una norma del siglo XIII ser la vacuna contra el cierre de páginas web allí previsto:

“Con el panorama que dibuja la Ley Sinde se da la curiosa circunstancia de que las únicas páginas que podrán razonablemente considerarse inmunes a sus efectos son las webs que ya han sido llevadas a los tribunales y que han obtenido resoluciones que han declarado que no infringen derechos de propiedad intelectual. Así las cosas, la diana se pinta sobre aquellos administradores de páginas de enlaces que cumplan el requisito de no tener un procedimiento judicial pendiente o, con mayor razón, que éste no haya concluido con una resolución que les haya sido favorable.

Curiosamente para que las webs de enlaces puedan evitar a la comisión administrativa que se encargará de los cierres necesitarían que las acciones legales que anuncia la industria se interpongan antes de la entrada en vigor de la Ley Sinde y, por lo tanto, en los juzgados ordinarios. De este modo, si se constituyera la comisión teniendo esas webs pendientes el procedimiento judicial iniciado por la industria, no podría promoverse otro paralelo para resolver idéntica cuestión por parte de ese órgano administrativo. Además, si la sentencia que recayera en ese procedimiento fuera favorable a la web de enlaces -como es de esperar por los muchos casos idénticos ya resueltos- los demandantes no podrían volver a plantear esa misma cuestión en el futuro ante la comisión administrativa ni, en general, ante ningún órgano judicial por el llamado efecto de cosa juzgada.

(...) Puede que la satisfacción del deseo de esas webs se encuentre en una norma de hace casi 800 años. Concretamente en la ley 46, título II, partida tercera de la ley de Partidas de Alfonso X el Sabio, que regula la llamada “acción de jactancia”, declarada todavía vigente por el Tribunal Supremo en sentencia de 1988.

La “acción de jactancia” es precisamente aquella que puede interponerse contra aquél que presume de tener un derecho contra ti pero que, paradójicamente, no promueve ninguna acción legal para reivindicarlo. De este modo, esta vía sirve para obligar a quien dice poder reclamarte un determinado derecho a que lo ejerza de una vez o a que, en caso contrario, calle para siempre. La sentencia con la que terminaría ese procedimiento aclararía si realmente quien presumía de ostentarlo tiene o no tal derecho y, en caso contrario, se le impediría que volviera a plantear judicial o extrajudicialmente esa misma cuestión”³.

3 Puede verse en <http://davidbravo.es/articulos-entrevistas/puede-una-norma-del-siglo-xiii-ser-la-vacuna-contra-la-ley-sinde-62.html>.

Permitirán que en este momento de la exposición me limite únicamente a plantear el tema. Con la extraordinaria expansión de las redes de comunicación, en especial internet, como telón de fondo y a la espera de algunas consideraciones generales e indispensables sobre las clases de tutela jurisdiccional de naturaleza declarativa. En ellas justamente se encontrará la respuesta a la pregunta formulada, aunque no a ciertas disfunciones producidas en el sistema de protección de los derechos de autor, sistema que, en último término, fue el origen de aquella polémica regulación.

En cualquier caso y antes de continuar, me es difícil sustraer a las palabras de otro gran procesalista clásico, éste español. Me refiero a Francisco de Beceña quien en 1928 criticaba a la magistratura por las ocasiones perdidas para revelar su capacidad constructiva respecto a cuestiones procesales diversas necesitadas, tras la entrada en vigor del Código Civil (y habría de añadirse también de las sucesivas leyes de enjuiciamiento civil), de soluciones prácticas.

Señalaba así que dos eran los caminos posibles: “O mantener la vigencia de las instituciones que se habían quedado aisladas de la derogación, arrancándolas así al sistema de que formaban parte, trayéndolas a completar otro distinto, el nuevamente establecido, perpetuándolas a través de circunstancias sociales totalmente distintas de la época y del sistema en que nacieron, o aprovechar la situación en que quedaban estas instituciones construyendo *ex novo* una solución más acorde con las novedades del sistema y las generales del país, que aquél empezaba a regular. El primero era el camino del menor esfuerzo: construida ya la solución, no hacía falta más que declararla a salvo, aplicándola en lo sucesivo (...); el otro camino exigía sustituirla o, (...), modificarla de acuerdo con la nueva situación, a través de una *interpretatio* moderada, pero quizá suficiente para satisfacer los nuevos criterios”.

Y concluía, con el consiguiente enfado de los afectados, que los órganos jurisdiccionales patrios habían escogido, con alguna excepción reconocía, el primer camino, el sendero del menor esfuerzo. Y la prueba, por ello la cita y el recordatorio último, se encontraba en la acción de jactancia, que seguía siendo utilizada pese a la posibilidad de construir y acceder a una acción más moderna y adecuada para obtener certeza jurídica cuál era y es la meramente declarativa⁴.

4 BECEÑA, F., Magistratura y Justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial, Madrid 1928, pág. 348. Respondiendo a sus críticas DE LA PLAZA, M., Derecho procesal civil español, I, Madrid 1942, pág. 125-126, y GUASP DELGADO, J., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid 1943, pág. 346-347.

Pues bien, no sé si Beceña se alarmaría o no con el planteamiento anterior. Tal vez lo justificara acudiendo a la cláusula *rebus sic stantibus* -cuyos contornos clásicos hoy también parecen superados (STS, Sala 1ª, 333/2014, de 30 de junio)-. O tal vez no y viera con tristeza que todavía perduran aquellos viejos y denostados caminos. Quiero pensar, no obstante, que tras la sorpresa inicial compartiría con nosotros una pequeña sonrisa ante la coyuntura creada desde el conocimiento de la historia y el poder de la imaginación.

2.- SOBRE LOS MODOS DE PRETENDER ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES

“Cualquier modo de actuación de la ley (y cualquier medio ejecutivo) que sea prácticamente posible y no contrario a una norma general o especial de derecho, debe considerarse admisible”.

De nuevo tenía razón Chioyenda. Se trata de una tesis en sí misma difícil de rebatir y con mayor motivo tras la consagración en Italia, en España y ahora también en Europa del derecho a la tutela judicial efectiva. Y es que, aun cuando aquella proposición propiamente no forma parte del contenido del artículo 24 de la Constitución –italiana y española- o del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, existirán situaciones en las que el referido derecho fundamental pueda dar acogida a ciertas clases de tutela jurisdiccional no previstas inicialmente por el ordenamiento.

Ha de resaltarse entonces que en el trasfondo de esta concepción se hallan unos instrumentos plurales que varían “según las leyes de los distintos lugares y tiempos”, que por el objetivo a cumplir su admisión debería ser la regla y no la excepción y que, por esas mismas razones y en cuanto vía para la protección judicial de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos, gozarán de amparo constitucional. Y ha de destacarse también que la naturaleza de estos mecanismos es procesal, *rectius*, procesal-material con lo que ello, en general y para la acción de jactancia en particular, significa.

Concretamente el primero llegó a indicar: “es lamentable que el vituperio por no haberlo hecho se impute exclusivamente a la Magistratura, cuando es notorio el retraso que a la fecha de esas sentencias acusaban nuestros estudios de Derecho procesal, no orientados, hasta que abrió el surco Beceña, en el sentido que a la sazón era familiar para los juristas alemanes e italianos”.

2.1 Relatividad, máxima accionabilidad y fundamento constitucional

Como se viene indicando, obligación inexcusable de los poderes públicos es prever los medios necesarios para tutelar de modo efectivo los derechos subjetivos y las situaciones jurídico-materiales previamente reconocidas.

No obstante, y como también se ha señalado, la previsión requerida no ha llegado a extenderse a su entera y acabada configuración, a una eventual disposición de todos y cada uno de los recursos posibles. Entre otras razones -se dijo-, porque aquellos mecanismos surgen en el marco de las transformaciones sociales y sus necesidades de protección jurisdiccional y las mismas, por definición, son esencialmente cambiantes, novedosas y siempre dependientes de concretas coordenadas de lugar y tiempo.

De ahí su relatividad, su variación en función del ordenamiento a considerar, del país y del preciso momento histórico al que pertenece.

Ocurre, sin embargo, que estamos ante una relatividad condicionada o, si se quiere, al cuadrado o de carácter relativo. Indudablemente por la finalidad perseguida. Aunque también los poderes públicos podrían ver limitada su capacidad de obrar por otras estipulaciones de índole constitucional que no dejen de disfrutar en el tiempo y en el espacio de una estabilidad y permanencia superior.

A) Declaración, ejecución y cautela

Desde luego, y centrándonos en nuestro país, así ha sido, es en realidad, respecto a la tutela declarativa, ejecutiva e incluso cautelar. Con la aprobación de la Constitución en 1978, lo que en cierta medida confirma aquella relatividad, se consagra la necesidad de que el ordenamiento jurídico contemple dos modalidades de actividad jurisdiccional: la declarativa -que requiere “una *cognitio* judicial previa”- y la ejecutiva -que implica un acto de esta naturaleza “con o sin declaración previa”-⁵. Los artículos 24.1 y 117.3 de la Norma Fundamental que atribuyen a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y a estos últimos la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado son buen paradigma de ello. La comprobación anterior no impide señalar que nos situamos ante un compromiso que va más allá de actuales exigencias constitucionales.

5 En definición rápida de GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid 1976, pág. 237 (al clasificar las acciones en sentido procesal). De él también la apreciación posterior de arraigo a la esencia del Estado moderno (que toma de JERUSALEM, F.W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, pág. 23).

Cabe recordar así que cuenta con precedentes diversos en nuestro país, y la Constitución de Cádiz de 1812 serviría de muestra: “los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado” (art. 245). E incluso que está presente en otros sistemas jurídicos que llegan a idéntico desenlace desde la consideración que una y otra forma de tutela son, “*per rationi ontologiche*”, consustanciales a la jurisdicción y están, por los mismos motivos, arraigadas a la esencia del Estado moderno. De este modo, el establecimiento de las vías procesales pertinentes para la tutela declarativa y ejecutiva de los derechos vendría impuesto desde la óptica constitucional pero también y previamente desde parámetros de índole institucional y funcional. Recuérdense ahora la prohibición de autotutela y lo que ello supone.

No acontece exactamente lo mismo con la tipología cautelar. En una primera etapa, el silencio del constituyente y la falta de unanimidad sobre su consideración como *tertium genus* de la función jurisdiccional hizo que la relatividad, sin condicionante alguno para la obligada previsión de medidas de esta naturaleza, surgiera con fuerza. A día de hoy, sin embargo, la hermenéutica ha variado y resulta difícil negar que los poderes públicos estén compelidos a su disciplina.

En el origen de este cambio de postura se encuentra una interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, jurisprudencial principalmente, que entiende que la efectividad dispuesta exige arbitrar mecanismos que eviten la práctica desaparición de los intereses legítimos de los ciudadanos. Se declarará así que “la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva”, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por la ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello es preciso reiterar (...) que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. No extrañará, en consecuencia, que sobre esta base se llegara a declarar la inconstitucionalidad del artículo 6.2 de la Ley 34/1979, de Fincas Manifiestamente Mejorables, al amparo del cual se estaba negando la posibilidad de suspender de modo cautelar el acto administrativo de expropiación y urgente ocupación impugnado (STC 238/1992, Pleno, de 17 de diciembre).

Y de nuevo conviene anotar que de manera similar se ha concluido en el ámbito de influencia de otros ordenamientos cercanos al nuestro y también y más recientemente en el espacio judicial europeo. En este último

son varias las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión que se pronuncian en tal sentido. A título ejemplificativo, la Sentencia Unibet, de 13 de marzo de 2007, asunto C-432/05, llega a indicar que “el ordenamiento jurídico comunitario exige que, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho comunitario, cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos”.

Consiguientemente, hoy por hoy en España y en Europa –de ahí la matización, que no excepción, a la relatividad proclamada-, puede suscribirse que la protección cautelar forma parte, sin ninguna dificultad y al igual que se proclama para la actividad jurisdiccional declarativa y ejecutiva, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Obligación, por tanto, de nuestros poderes públicos es prever modalidades de protección de los derechos de una y otra tipología.

Al respecto y muy brevemente interesa destacar -o tan sólo rememorar- lo siguiente:

1º.- En lo atinente a la tutela declarativa, que el artículo 24 de la Constitución protege tanto el acceso a la misma, lo que incluye la previsión de mecanismos concretos de actuación procesal, como que el proceso finalice mediante sentencia de fondo, favorable o adversa, resolutive de todos y cada uno de los puntos que fueron objeto de debate. Por supuesto, dicha sentencia ha de estar fundada en derecho y debidamente motivada y, por supuesto también, una vez firme ha de venir invariable e intangible, esto último en cumplimiento además de lo dispuesto en el artículo 9.3 del Texto Fundamental.

Ni que decir tiene que los problemas principales se han venido planteando en relación con la posible existencia de ámbitos exentos de jurisdicción –subjetivos o/y objetivos (y aquí entraría la ausencia de instrumentos de tutela)- y con los presupuestos y requisitos procesales legalmente establecidos que condicionan la emisión de aquella resolución. Y así y en cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Constitucional ha llegado a admitir, y a ello se dedica el apartado siguiente, cierto tipo de pretensiones y también ha debido anular determinados preceptos que o bien sustraían del control de los tribunales la legalidad de determinados actos administrativos (STC 39/1993, de 16 de mayo) o bien exigían en condiciones inaceptables la resolución del

conflicto a través del arbitraje (STC 174/1995, de 23 de noviembre)⁶. Y acerca de la segunda problemática, el máximo intérprete de la Constitución no ha dejado de avisar al legislador sobre la imposibilidad de “establecer requisitos arbitrarios, absurdos o desproporcionados o carentes de fundamento o de finalidad (SSTC 32/1991, 48/1995 y 76/1996)” y al juez sobre la vulneración constitucional que supondría “realizar interpretaciones arbitrarias o carentes de base legal” imponiéndole, incluso, que se guíe “por un criterio *pro actione* o de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental”.

2º.- En lo que afecta a la tutela ejecutiva, que el artículo 24.1 de la Constitución se limita a reconocer el derecho a que la sentencia se cumpla, sin que semejante cumplimiento lo haya de ser necesariamente y en todo caso en sus propios términos (STC 58/1983, de 29 de junio, y tras ella toda la jurisprudencia ulterior). La técnica de la ejecución genérica –o por sustitución– resulta, pues, admisible, pero siempre que la misma responda “a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarden debida proporcionalidad con dichas finalidades” (por todas y después de unos pronunciamientos iniciales un tanto confusos, STC 113/1989, de 27 de junio).

3º.- Y referente a la tutela cautelar, que su comprensión como elemento integrante del contenido del artículo 24 de la Norma Constitucional impone, entre otras cosas y fundamentalmente, la disposición por el

6 Sin duda “el derecho a la tutela judicial efectiva ha traído consigo una drástica reducción de la noción de acto político”, pero no parece existir tanta claridad o rotundidad tratándose de la sustitución de la vía jurisdiccional por la arbitral (CAVALLINI, C., *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, en RD Processuale 2003-3, pág. 797-814). Por un lado, nótese que el modificado artículo 38.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres sigue disponiendo: “Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”. Por otro, téngase en cuenta que desde esa visión economicista de la Administración de Justicia ha comenzado a proclamarse la incapacidad del Estado para poner a disposición de los ciudadanos un aparato judicial que resuelva todas y cada una de las controversias posibles. Si a ello se une la idea de que la tutela perseguida con los árbitros no difiere de la jurisdiccional y que en último término siempre puede acudir a este camino procesal –en España a través de la acción de anulación (arts. 40-42 LA)-, la conclusión final –y sus peligros– no son difíciles de imaginar.

Ahora bien, en cualquier caso no se podría olvidar: que es la voluntad de las partes la que legitima la viabilidad de las fórmulas alternativas, incluyendo al arbitraje; que el derecho fundamental ampara la tutela –efectiva– de los tribunales; y que el acceso a la vía judicial de los derechos e intereses legítimos nunca se producirá a través de una impugnación contra el laudo que se limite a revisar la forma y no el fondo. Otra cosa desde luego es la jurisdicción condicionada, que dirían los italianos. Ningún inconveniente existiría al respecto, piénsese en nuestra reclamación administrativa previa o en la conciliación preliminar obligatoria.

legislador de posibilidades de adopción judicial de medidas de tal naturaleza; disposición que afectará a la protección judicial de “toda clase de derechos –y no sólo los fundamentales- y de intereses legítimos” (STC 238/1992, de 17 de diciembre). Tampoco aquí pueden existir ámbitos excluidos ni subjetiva ni objetivamente y también aquí el derecho, que lo es condicionado, engloba un pronunciamiento jurídicamente fundado y motivado (entre otras y además de la antes citada, STC 115/1987, de 7 de julio).

B) El artículo 24.1 de la Constitución y las clases de tutela declarativa

El amparo constitucional que se brinda con carácter general a la actividad jurisdiccional declarativa, ejecutiva y cautelar no se extiende de igual modo a los distintos instrumentos que pueden hacer factible cada una de estas tres modalidades.

Sucede, en efecto –y nos referimos a la primera actividad que es la que en estos momentos importa-, que el artículo 24.1 de la Constitución Española era y es norma que poco o nada puede decir respecto a la tipología de acciones examinada. Y ello dado que la problemática de las modalidades de protección jurisdiccional declarativa se enmarca en el estudio de las relaciones derecho sustancial y proceso, siendo, por tanto, distinta de la que rodea a la previsión constitucional que atribuye a toda persona la posibilidad de accionar en juicio para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos.

Sin duda nos hallamos ante un punto de partida correcto. La norma que reconoce como derecho fundamental en el proceso de declaración la obtención de una sentencia de fondo lo hace sin referirse a los posibles contenidos de la misma. Estos contenidos, como comenzaron a sugerir los autores alemanes del XIX, podían y pueden consistir en declarar la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica -o el cumplimiento o infracción de un deber-, en constituir, modificar o extinguir concretos estados o situaciones jurídicas, o en condenar al demandado a la abstención de cierto comportamiento –prestación de no hacer- o a la realización de determinada conducta -prestación de hacer o de dar dinero o cosa distinta a él-. De ahí entonces que el legislador pudiera responder a la exigencia constitucional estableciendo formas típicas o atípicas de protección jurisdiccional mediante condena, modalidad clásica y más incisiva que la puramente declarativa, así como relegando ésta última a hipótesis excepcionales o marginales⁷.

7 Véase PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela di condanna*, RTD Processuale 1978, pág. 1126, y *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, RTD Processuale 1979, pág. 623-624.

Con todo, no puede dejar de indicarse que la relatividad anterior carece de la condición de absoluta. Recuértese que en más de una ocasión la realidad normativa de un país provoca una profunda distancia entre los derechos sustantivos y la justicia civil. Pues bien, cuando esto ocurre, es decir, cuando el reconocimiento de situaciones subjetivas nuevas no va seguido de la necesaria adecuación del ordenamiento procesal, forzosamente han de surgir excepciones. Por ello es por lo que no se debe impedir el acceso a aquellas modalidades de tutela que, no obstante su falta de previsión y/o su carácter coercitivo en extremo modesto, se presenten como único instrumento idóneo para llevar ante el juez esos derechos que, afirmados por la ley material, de otra forma estarían al margen de la protección judicial.

A este entendimiento no ha sido ajeno el Tribunal Constitucional. Lo siguió en momento en que la ley procesal en vigor era la de Enjuiciamiento de 1881 y al pronunciarse sobre la tipología de acción meramente declarativa. La prueba puede encontrarse en la Sentencia 20/1993, de 12 de febrero, donde se proclamó la libertad del legislador para diseñar las formas de protección jurisdiccional posibles: “el artículo 24 de la CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora (...)”. Advirtiéndose a continuación que “el artículo 24.1 de la CE impone que cualquier derecho subjetivo o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de Jueces y Tribunales” y que la exclusión de ese tipo de acciones “en el orden jurisdiccional social significaría una injustificada limitación del derecho consagrado en el precepto constitucional”.

Y no se trata de una opinión aislada. De la misma manera y unos meses después se concluyó respecto de otra modalidad de tutela, la pretensión de condena a prestación futura: “El artículo 24.1 CE consagra como fundamental el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, y que esa tutela se despliega respecto del ejercicio de todo tipo de derechos e intereses legítimos. De este precepto cabe deducir un mandato al legislador y a los órganos judiciales de favorecer los mecanismos de tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos, esto es, en general, de las situaciones jurídicas de poder de las personas físicas y jurídicas. Así, una forma de tutela de condena, como la condena de futuro, no puede ser negada *a radice* sólo por el hecho de que, por excepción a la regla general, conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles. Ciertamente esto no significa, en el otro extremo,

la indiscriminada admisibilidad *ex Constitutione* de este tipo de tutela en toda clase de procesos. Al legislador o, en su defecto, a los Jueces y Tribunales, sobre la base de los principios generales del ordenamiento, corresponde perfilar los presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional, que ha de contar, por parte de quien impetra la tutela y similarmente a los supuestos de ejercicio de acciones meramente declarativas (SSTC 71/1991, 210/1992 y 20/1993), con un específico y cualificado interés que le habilite y legitime para solicitar una tutela frente a quien aún no ha incumplido la obligación que le incumbe, pero que, por su conducta actual, es previsible que no la cumpla” (STC 194/1993, de 14 de junio).

Por consiguiente, sería muy poco razonable sostener la libertad absoluta de los poderes públicos en la previsión, e incluso admisión, de las distintas clases de tutela declarativa. También aquí nos hallaríamos ante una relatividad condicionada. Por influencia directa de los fines a cumplir, la protección de los derechos, o por la vía indirecta del reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva, lo cierto es que el rechazo, según indicaba Chiovenda, debería estar fundado y permanecer siempre como excepción. No cabe otra opción. Un ordenamiento no puede permitir ámbitos exentos de jurisdicción, ni por razón del sujeto ni por razón del objeto sobre el que recae. Si lo hiciera, si se produjera una sustracción de los derechos e intereses legítimos concedidos por el legislador a su conocimiento judicial o, en su caso, una reconducción a otros sistemas distintos como el arbitral, nos enfrentaríamos no solo a un quebrantamiento clarísimo del artículo 24.1 de la Constitución sino también a su práctica desaparición, a su conversión en una simple declaración de intenciones.

2.2 Un aspecto a considerar: configuración normativa y naturaleza procesal-material

No puede negarse que el legislador español ha partido de aquellos condicionantes constitucionales y funcionales a la hora de articular las relaciones, el puente de paso, entre los derechos y el proceso. Acercándose a la *Zivilprozessordnung* alemana, el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil configura normativamente las clases de actividad jurisdiccional que se pueden pretender y conseguir de los tribunales. Lo ha hecho con la técnica de las disposiciones mixtas. Enumerando primero, aunque a título algo más que ejemplificativo, ciertas modalidades de protección

de los derechos e intereses legítimos de las personas: “la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares”. Y finalizando después con una cláusula de cierre enmarcada de nuevo y de forma palmaria en el principio de legalidad: “y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”.

Cabría pensar entonces que la normativa que acaba de reproducirse, y de modo especial su previsión última, entra en discordia con las tesis de Chiovenda favorables a la máxima accionabilidad. Pareciera, en efecto, que el criterio de legalidad procesal establecido conduce forzosamente a hermenéuticas restrictivas y en tal sentido letales. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Desde el momento en que todos los derechos e intereses legítimos han de poder, sin excepciones, acceder a la vía judicial, semejante interpretación no resulta atendible y fuerza a una muy distinta conclusión. Tan así es que siempre que los instrumentos dispuestos de forma expresa no dispensen aquella protección, los órganos jurisdiccionales estarán compelidos a admitir la utilización de mecanismos procesales distintos que garanticen el referido acceso. En esta situación se encuentra la acción declarativa negativa y tal vez también la de jactancia. No obstante y según indicaba el autor italiano, para que el silencio del legislador no impida su aceptación resulta preciso que la modalidad de tutela de que se trate sea respetuosa con el ordenamiento jurídico, dicho con sus palabras, no se oponga a norma general o especial de derecho. Y esto es algo que aplicándolo a la institución medieval no aparece con total claridad. Procede, pues, analizar su viabilidad teniendo en cuenta que la respuesta última dependerá no solo de la propia conformación del mecanismo provocatorio sino también y previamente de la naturaleza de las normas en cuestión.

A) Normas procesales. Consecuencias

La condición procesal de los preceptos que disciplinan los modos de pretender ante los tribunales resulta proposición mayoritariamente aceptada. Desde luego, su ubicación se encuentra en un cuerpo legal de tal naturaleza, aunque, como de todos es sabido, una colocación similar no constituye dato relevante. En realidad, lo que de verdad importa, de ahí la conclusión formulada, es que dichas normas, sus consecuencias jurídicas, tengan sentido única y exclusivamente en la esfera de un litigio. Y así ocurre en el caso que nos ocupa. Puesto que es en el proceso donde

se pide tutela y donde los jueces y magistrados la dispensan, fuera del mismo carecen de virtualidad. Por ello, el que vayan a determinar el contenido de la sentencia o de la resolución judicial que en su día se dicte para prestar –o denegar- la protección jurisdiccional solicitada tampoco puede significar, ahora en sentido inverso, su conversión en disposición sustantiva.

Con semejante punto de partida y sin que sea necesario resaltar la índole pública, procesal será el precepto que confiera a un sujeto el derecho a pretender ante los tribunales la satisfacción de su interés legítimo mediante condena, constitución y mera declaración. Y procesal será también la norma que regule su ejercicio como parte integrante de esa compleja ordenación que disciplina, precisamente para dar cumplimiento a la garantía judicial prometida por el Estado, la actividad de los órganos jurisdiccionales en el proceso. De esta determinación se deduce, y no se descubre nada nuevo:

Uno, que su aplicación en el tiempo y en el espacio vendrá establecida por lo dispuesto en los artículos 2 –irretroactividad- y 8.2 –*lex fori*- del Código Civil. Ello implica, en cuanto al ámbito espacial, que los tribunales españoles no podrán valerse, aunque la relación material a examen no se rigiera por el derecho patrio, de normas extranjeras que concedieran para su tutela tipologías de protección jurisdiccional diferentes a las previstas en nuestro ordenamiento. Y respecto al ámbito temporal, que habrá que tener presente la denominada -incorrectamente- irretroactividad tácita de las leyes procesales aquí, sin embargo, con una muy difícil aplicación (así y es ejemplo reciente art. 681.2 LEC en cuanto al requisito del precio en escrituras públicas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Dos, que será posible una interpretación analógica y extensiva. Con base en ella se ha posibilitado tanto la admisibilidad de la acción declarativa negativa como la viabilidad de la ejecución impropia de ese tipo de sentencias (art. 4 CC en relación con arts. 5 y 521 y 522 LEC).

Tres, que la impugnación procedente -recursos y motivos- partirá siempre de la infracción procesal. Entre o no en funcionamiento el recurso extraordinario así designado, si las disposiciones que rigen las distintas clases de tutela tienen aquella naturaleza, como tal deberán considerarse a la hora de elegir, si fuera preciso, la vía impugnativa a seguir, y como tal deberán alegarse a la hora de justificar el correspondiente quebranto o vulneración (arts. 459 y 469 LEC).

Cuatro, que el Estado tendrá competencia exclusiva para su regulación, con la sola excepción de aquellas necesidades propias del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.6 CE). Evidente es entonces que las “necesidades” referidas serán mínimas, justamente por las amplias posibilidades de accionabilidad procesal previstas en el ordenamiento jurídico. Y evidente es también que las mismas en ningún caso podrán tener como específica finalidad la eliminación de los presupuestos concretos establecidos por el legislador estatal para la concesión de una determinada modalidad de pretensión (petición inmediata, mejor). Una legislación autonómica con semejante objetivo se apartaría claramente del mandato constitucional (STC 47/2004, Pleno, de 29 de marzo).

B) El significado de su condición procesal-material

Ahora bien, que aquellas disposiciones, procesales sin duda, lo sean en sentido material y no formal -entendiendo por tal tanto la regulación de la forma externa de los actos como la de sus presupuestos, requisitos y efectos- es caracterización no por todos asumida. Con ello, claro es, no se pretende indicar que la ordenación de la tutela declarativa –de mera declaración, constitución o condena- pertenezca al ámbito del derecho sustantivo y mucho menos que su incidencia se sitúe en el tráfico privado. No, ya lo adelantamos. Simplemente se quiere advertir que la norma que nos ocupa, aun siendo procesal, resulta ajena a la problemática de la validez o invalidez del proceso, a la temática de su correcta o incorrecta iniciación y continuación. Por tal motivo y dado que no disciplinan la admisibilidad de la actividad jurisdiccional sino su propio contenido, su aplicación se producirá en la decisión final y como tema de fondo, aunque previo al enjuiciamiento de la existencia o inexistencia de la “situación jurídica” debatida.

En nuestra opinión es ésta la concepción que subyace en la ley y asimismo la que mejor se adecua a su configuración como elemento integrante del objeto del proceso (entre otros, arts. 5, 22, 399 y 406 LEC)⁸. Conse-

⁸ Añadir tan sólo que hay razones serias, motivos sólidos para defender semejante planteamiento. En realidad, cuando no se comparte la tesis de una tripartición de normas sustitutiva del tradicional binomio derecho sustancial-derecho procesal, cuando se admite que en el ordenamiento jurídico se encuentran disposiciones que inciden en esa zona intermedia que establece las relaciones entre los intereses sustantivos y el proceso y, finalmente, cuando se repara que el legislador sólo ha contemplado dos modos de actuación de los tribunales ante el incumplimiento de las previsiones legales, “inadmisión-sobreseimiento” y “desestimación”, otro desenlace no parece posible. Y es que todavía no se ha demostrado que el derecho procesal verdadero y propio sea únicamente el formal. Desde luego no se puede negar que las “formas” en el proceso constituyen mayoría y que por ello poseen una importancia especial, pero dicha aseveración no impide afirmar que nos encontramos ante argumento impreciso e insuficiente

cuentemente, no se puede ignorar:

Uno, que su tratamiento no se producirá, salvo hipótesis excepcionales entre las que se podría encontrar la falta absoluta o relativa de accionabilidad, *in limine litis*. Hay que recordar que la inadmisión de la demanda sólo puede realizarse en los casos y por las causas previstas por la ley (art. 403.1 LEC) y que otra actuación podría suponer denegación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dos, que la verificación de los presupuestos de la acción -y nótese que no lo son, y por motivos distintos, los que determinan la válida existencia del proceso así como los que atañen a la propia realidad del derecho material o interés legítimo subyacente- se efectuará en la sentencia, al menos con carácter general y, en su caso, tras la prueba a realizar en el momento procesal oportuno.

Tres, que la ausencia de dichos presupuestos conducirá a la desestimación de la demanda, desestimación que se producirá a través de una sentencia de fondo de naturaleza procesal. Las diferencias, en lo que ahora interesa, son manifiestas pues no se trata de una absolución en la instancia que decide sobre la invalidez de lo actuado (por eso no puede proceder dictar auto de sobreseimiento), sino de una absolución en cuanto al objeto del proceso. Más concretamente, en cuanto a su *petitum* inmediato y al entender que se pretendió la satisfacción del bien de la vida mediante una modalidad de acción carente del fundamento debido.

Cuatro, que la autoridad de cosa juzgada (material) será consecuencia jurídico-procesal de aquella sentencia, pero sólo afectará a la cuestión *iudicata*, es decir, a las concretas condiciones de la tipología de tutela examinadas o que pudieron serlo en virtud del artículo 400 de la LEC. Cabe señalar al respecto que en el derecho de acción (entendido como derecho a una sentencia favorable) pueden distinguirse aquellos presupuestos que determinan la procedencia de la específica clase de actividad jurisdiccional solicitada y aquellos otros de los que depende el reconocimiento y otorgamiento del propio derecho sustantivo deducido. Como es obvio, en la situación que se describe los últimos habrán quedado imprejuizados, no así los primeros, con lo que el interés material

para sostener la presencia y existencia de un monopolio similar. Ese monopolio, no se olvide, dejaría fuera algo tan procesal como las reglas de la carga de la prueba, la disciplina de los *tipi i gli effetti della tutela giurisdizionale dei diritto*, o la regulación de la propia organización judicial -personal jurisdiccional y no jurisdiccional incluido- que la sustenta. De ahí que pueda mantenerse la división del derecho procesal en subcategorías diferentes -orgánica, procesal *stricto sensu*, o procesal-material- y de ahí los obstáculos para proclamar, en ciertas cuestiones, soluciones idénticas en su tratamiento procesal.

subyacente y en modo alguno satisfecho habrá de considerarse, a estos efectos al menos, existente⁹.

3.- SOBRE LA VIGENCIA DE LA PARTIDA TERCERA (LEY 46, TÍTULO II)

Desde los datos y consideraciones anteriores se impone volver a aquella pregunta que nos servía de hilo conductor y que fue formulada en plena irrupción de la era digital y en el transcurso del debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Su marco de referencia, las reformas que pretendían introducirse en la Ley de Propiedad Intelectual respecto al establecimiento de restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de información y, sobre todo, a la posibilidad de cierre administrativo de determinadas páginas web.

La pregunta, recuérdese, consistía ¿puede una norma del siglo XIII ser la vacuna contra la Ley Sinde?

A priori todo parece conducir a una respuesta positiva. No hace falta insistir en las proposiciones del autor italiano a favor de la máxima accionabilidad ni tampoco en su confirmación por el Tribunal Constitucional. Como no ha dejado de subrayarse, este órgano jurisdiccional proclama la “libertad del legislador, a la hora de determinar las modalidades procesales y los requisitos formales que han de presidir la relación de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales” y al mismo tiempo exige que se faciliten las vías procesales necesarias “cuando la opción legislativa –su falta de previsión, diríamos- suponga (...) erigir un obstáculo real y efectivo para el acceso a la tutela judicial sin una justificación discernible y legítima a la luz de los derechos o valores a los que sirve” (STC 48/1995, Pleno, de 14 de febrero).

El caso es que por razones que ahora veremos la jactancia no solo se enfrenta a una norma general contraria a su admisibilidad sino que además pretende ejercitarse en una coyuntura de derechos respetuosa con el artículo 24.1 de la Constitución. Por lo pronto, los intereses a proteger, sean cuales sean -también, caso de existir, los vinculados a la difusión de contenidos a través de Internet-, se encuentran procesalmente amparados mediante los distintos modos de pretender establecidos en el artículo 5 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹ Al respecto, DE LA OLIVA SANTOS, A., Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, Madrid 2005.

3.1 Con carácter previo

Cuando se habla de acción de jactancia es habitual comenzar indicando que esta modalidad de tutela aparece regulada en las leyes 46 y 47 del título II de la Partida III. Y también continuar señalando que con su utilización se pretende obtener la condena del demandado para que o bien ejercite el derecho que se vanagloria poseer —obviamente en el plazo concedido por el tribunal— o bien guarde silencio para siempre.

En realidad y con alguna matización, ésta fue la fórmula de la primera de las leyes citadas. La misma, tras establecer como principio general “*que ningun ome non deue fer confreñido que faga fu demanda*”, autorizaba excepcionalmente a los órganos jurisdiccionales que apremiaran, “*fegund derecho, para fazerla*”. Dicha incitación tenía lugar en los casos en que “*alguno fe va alabando, e diziendo contra otro, que es fu fieruo; o lo enfamando, diziendo del otro mal ante los omes. Ca en tales cofas como estas, o en otras femejantes dellas, aquel contra quien fon dichas, puede yr al juez del lugar, e pedir que conftriña a aquel que las dixo, que le faga demanda fobrellas en juyzio, e que las prueue, o que fe defdiga dellas, o quel faga otra enmienda, qual el judgador entendiere que fera guifada. E fi por auentura fueffe rebelde, que non quifieffe fazer fu demanda, despues que el Judgador gelo mandaffe, dezimos, que deue dar por quito al otro para fiempre; de manera, que aquel nin otro por el, non le pueda fazer demanda fobre tal razon como esta. E avn dezimos, que fi dende en adelante fe tornaffe a dezir del, aquel mal que ante auia dicho, que el Judgador gelo deue efcarmentar de manera, que otro ninguno, non fe atreva a enfamar, nin a dezir mal de los omes tortizeramente*”¹⁰. Por su parte, la ley 47 recogía también una excepción, la segunda, aquí referida a “*como los judgadores pueden apremiar a algunos omes que fagan fus demandas contra aquellos que quieren yr en sus caminos*”¹¹.

10 *Las Siete Partidas*, edición Boletín Oficial del Estado. Téngase en cuenta, como advertía TAPIA FERNANDEZ, I., *Las condenas no pecuniarias*, Palma de Mallorca 1984, pág. 187, que la palabra latina *iacio*, verbo frecuentativo de *iacio*, significa exactamente, en su voz pasiva refleja, vanagloriarse, jactarse, hacer alarde de una cosa. De ahí que esta acción pretendiera que quien se aclamaba como tenedor de derechos frente al actor iniciara el correspondiente proceso o cesara en la correspondiente jactancia. Sobre ella y entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, V., *La acción de jactancia como forma anticipada de tutela civil. Su futuro*, en RDP 1998, nº 2, pág. 288-290.

11 Igualmente en *Las Siete Partidas*, edición Boletín Oficial del Estado. Su tenor literal era el siguiente: “*Afechan los omes vnos a otros maliciofamete, por embidia, o por mal querencia, que han contra ellos. E esto fazen contra los mercadores, e contra los otros omes, que han a fazer fus viajes, por mar, o por tierra. Ca luego que faben que tienen fus mercaderias, e fus*

No causa sorpresa, por tanto, que la jactancia haya sido –y sea– considerada como institución medieval a incluir en las denominadas acciones provocatorias. Semejante configuración, que supone una salvedad al criterio de que nadie debe ser obligado a demandar, unida a la legalidad de las modalidades de tutela y a la ausencia de específica previsión en la tipología de actuaciones jurisdiccionales que se pueden pretender de los tribunales hace pensar que, pese a las tesis de Chiovenda, esta histórica normativa ha quedado sin efecto. Desde luego ninguna duda cabe respecto a la ley 47, perfectamente justificada en su momento y en la actualidad carente de razón de ser, de ahí su difícil o imposible traslación. Y desde luego tampoco debiera producirse cuestionamiento alguno con relación a la ley 46, aunque aquí se afirme su moderada importancia práctica y su apropiada y factible aplicación¹². Precisamente son esas afirmaciones las que, unidas a un ejercicio excepcional pero ininterrumpido de dicha acción, han hecho que se llegue doctrinal y jurisprudencialmente a conclusiones dispares sobre la admisibilidad de la jactancia en la actualidad.

Entre los pronunciamientos favorables destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de septiembre de 1944, que constituyó el inicio de una corriente propicia a la mera declaración y que, diferenciándola de la jactancia, exigió para su procedencia la concurrencia de un doble requisito: “a) el supuesto derecho constituido por la jactancia o difama-

cofas aparejadas para yrfe, mueuen demandas efcatimofamente, contra ellos, ante los judgadores, para eforuar les que fe non puedan yr de la tierra, en la fazon que deuian. Onde dezimos, que los judgadores non deuen sofrir tal efcatima, nin tal engaño como este quando lo fopieren. E para refrenar los de esta maldad, mandamos, que el mercador, o otro qualquier que fe temiere de defto, pueda pedir al juez que apremie a aquel que le esta afechando quel faga luego fu demanda e que la non aluengue, fasta en la fazon que fe quiere yr. E el Juez deuelo fazer. Ca fi entedece el demandador non quiffieffe fu demanda mouer, non deue despues der oydo, fasta que el demandado torne de fu viaje”. Al respecto, PRIETO CASTRO, L., *La acción declarativa (un estudio de historia, doctrina y legislación procesales)*, Madrid 1932, sobre todo pág. 128; FAIRÉN, ob. cit. nota anterior, pág. 290-291; y FRAGA IRIBARNE, M., *La acción meramente declarativa*, Madrid 1951, pág. 23-25, quien advierte del olvido doctrinal y jurisprudencial de esta ley 47.

12 Un ejemplo en FANJUL VICUÑA, J.I., *La acción de jactancia*, en “Estudios sobre Derecho Procesal”, dirección Díez-Picazo Giménez, I., y Martínez-Simancas y Sánchez, J., Madrid 1996, pág. 156. Y varios más en FAIRÉN, ob. cit., pág. 301 y 302, quien entiende apropiada la acción de jactancia: “Primero en los casos de personas jurídicas comerciales cuyo “honor económico” se pone en entredicho con ataques en medios de comunicación...; segundo “en los matrimonios disueltos cuando uno de los esposos por rencor se dedica a publicar informaciones infamantes contra el otro”. En uno y otro, afirma, “la pretensión declarativa negativa no causará efecto”. Por un lado “querellas e injurias por calumnias serán inútiles” y siempre podrían aparecer nuevos “informantes”, por otro el exconyuge burlaría la cosa juzgada con facilidad por ser tan tenue y frágil. Parece que sea oportuno una pretensión de jactancia para obtener una alternativa de condena”.

ción que naturalmente ha de ir revestido de un cierto matiz de publicidad, «*cuando alguno se va alabando o diciendo contra otro que es su siervo, e lo enfamando diciendo del otro mal ante los homes*»; y b) el mecanismo y finalidad procesal, en el principio de la provocación o acción, «*en tales casos como este o en otros semejantes dellos, a quien son dichas, puede al juez del logar pedir que constriña a aquel que lo dixo que faga demanda sobre ellas en juicio o que las pruebe*»” (RJA 1944/1003, pág. 579-580)¹³.

Entre los desfavorables, mucho más reducidos, se encuentran las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11 de mayo de 1995, al entender que nos hallamos ante una “figura histórica de dudosa vigencia”, o de 22 de febrero de 2002, que otorga en juicio de impugnación de acuerdos sociales el calificativo de hibernada a la acción de jactancia. (RA nº 4230-1995, pág. 5633-5634 y nº 1168-2002)¹⁴.

Dos visiones distintas, pues, que han hecho que la admisibilidad de la institución medieval siga siendo tema controvertido y que, con base en

13 O, más recientemente, las sentencias de este mismo órgano jurisdiccional de 20 de mayo de 1988 (RA nº 4324-1988, pág. 4241-4242), y de 3 de diciembre de 1993 (BD, marginal RJ 1993/9829), aunque, en realidad, en ellas tan sólo se salva formalmente su aplicabilidad sin examinar en modo alguno su posible legalidad y, sobre todo, su constitucionalidad. Siguiéndolas, pueden encontrarse también ciertas resoluciones de la jurisprudencia menor: sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 6 de abril de 1994 (BD, marginal AC 1994/562), de Asturias de 17 de enero de 1995 (BD, marginal AC 1995/1), de Granada de 8 de abril de 1997 (BD, marginal AC 1997/1664), y, ya en este siglo, las de Madrid de 19 de febrero de 2001, recogiendo la doble condena típica de la jactancia (BD, marginal AC 2001/1504), de Ávila de 24 de abril de 2002 (BD, marginal AC 2002/1303) o de Málaga de 31 de julio de 2012 que llega a afirmar que “la acción de jactancia está vigente en nuestro ordenamiento” si bien no puede utilizarse “para defender el derecho de propiedad cuyo cauce es la declarativa de dominio o la reivindicatoria” (Cendoj, nº 1998/2012).

Igualmente pueden mencionarse otros pronunciamientos de las Audiencias Provinciales de Huesca de 4 de noviembre de 1996 (BD, marginal AC 1996/2131), de Alicante de 10 de noviembre de 1997 -si bien en este proceso se produjo la reconvencción del demandado ejercitando la pretensión a la que se refería la acción de jactancia- (BD, marginal AC 1997/2381), de Córdoba de 24 de abril de 2002 (BD, marginal 2002/167601), de Almería de 13 de julio de 2002 (BD, marginal JUR 2002/227558), o de Barcelona de 2 de septiembre de 2002 (BD, marginal JUR 2002/271483). Característico de todos ellos es, sin embargo -y aquí estaría la principal diferencia con los anteriores-, la afirmación de la innecesariedad de este tipo de tutela en nuestro ordenamiento jurídico.

14 También se hacen eco los Tribunales Superiores de Justicia -el del País Vasco, por ejemplo, Sala de lo social, Sentencia de 14 de julio de 1998 (BD, marginal nº 6984/1998)- y las Audiencias Provinciales. En este último ámbito es posible hallar pronunciamientos dudando de su viabilidad e, incluso, de su constitucionalidad; y en esta segunda dirección la más representativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 27 de enero de 1994, que, por los argumentos dados, sirve de apoyo a la jurisprudencia siguiente (BD, marginal AC 1994/2).

la disparidad existente, pueda llegar a formularse aquella interpelación virtual sobre su posible utilización como “vacuna” frente a la Ley Sinde.

3.2 El problema de su derogación

Llama la atención, sin embargo, que una equívoca configuración de la institución medieval durante la etapa codificadora esté en la base del panorama jurisprudencial que acaba de describirse y, consiguientemente, de la división científica y jurisprudencial existente al respecto. Primero, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, mejor, su cláusula derogatoria, no pudo ser de aplicación por la condición material que se dio a la jactancia en aquel periodo de tiempo. Después y pese a su aparente lógica, tampoco incidió en ella la correspondiente disposición del Código Civil: cuando así se pretendió se argumentó su índole procesal. Finalmente, y por lo anterior inexplicable, no llegó a plantearse –o no se planteó con la debida reflexión- la derogación de la histórica normativa a la luz de lo ordenado por la Ley de Enjuiciamiento de 1881.

En efecto, la ley procesal sancionada durante el reinado de Isabel II contenía, como no podía ser de otra forma, ciertas estipulaciones derogatorias. De un lado, su artículo 1414 disponía que “todos los Jueces y Tribunales, cualquiera que sea su fuero, que no tengan ley especial para sus procedimientos, los arreglarán, en los pleitos y negocios civiles de que conozcan, a las disposiciones que anteceden”. De otro, el precepto siguiente establecía que “quedan derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglar para el enjuiciamiento civil”. Pero, y según ya se anticipó, tales normas no fueron de interés para la jactancia. Y no lo fueron porque, al margen de sus dos interpretaciones –restrictiva la primera, al entenderse derogado únicamente el derecho antiguo allí mencionado, y mucho más amplia la segunda, al incluir en la revocación todo aquello sobre lo que se guardara silencio-, en aquel entonces su condición no era cuestionada o, al menos, no lo era bajo la opción procesal o material. Al contrario, y siempre partiendo de aquella caracterización sustantiva, la problemática que en tales momentos hubo de resolverse se limitó a consagrar la viabilidad de la institución en el ámbito civil dado que su referencia había estado situada en la esfera penal (atribución de delitos, acusación de servidumbre...) ¹⁵.

15 En este sentido, STS de 14 de mayo de 1861: “Considerando que ampliada por la jurisprudencia de los Tribunales la prescripción de la ley 46 tít. 2º de la Partida 3ª a la materia civil, es necesario en ésta ajustarse a los preceptos de la misma ley, la cual solamente declara

Por su parte, los intentos de utilización de la disposición derogatoria del Código Civil -"quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio..."- tampoco tuvieron éxito al concluirse en esos momentos, casi treinta años después, que la acción de jactancia era de índole procesal. Muy gráfica fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1912 al señalar: "La facultad que por excepción concede la Ley de Partidas, para acudir ante el Juzgado, ejercitando la acción llamada de jactancia es de carácter adjetivo o procesal, como lo revela, de una parte, la finalidad que con ella se persigue, que no es otra que la de amparar y garantizar por ese medio los derechos de una persona, cuando en la forma o en el modo que consigna han sido desconocidos o atacados, y de otra la de hallarse comprendida en el lugar destinado en dicho Cuerpo legal a fijar las reglas a que ha de ajustarse la tramitación de los juicios, y, por consiguiente, no tratándose de un derecho de naturaleza substantiva o civil, materia propia del Código de este nombre, no ha sido por él derogada en su artículo 1976, como pretende el recurrente en el motivo del recurso"¹⁶.

Desconcierta entonces que tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se introdujera cambio alguno en la situación expuesta. Extrañamente, los órganos jurisdiccionales patrios siguieron inclinán-

decaído el derecho del demandado de *jactancia* cuando éste es rebelde, y se niega a presentar su demanda después de la intimación judicial. Considerando que los demandados, lejos de haber incurrido en esa rebeldía y desobediencia, han manifestado su propósito de reclamar el derecho de que sean asistidos, y aún han hecho gestiones para ello. Y considerando por consiguiente que al declarárseles decaídos de su derecho, imponiéndoles silencio, perpetuo, se ha infringido la ley citada. Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada en estos autos por la Sala primera de la real Audiencia de Valencia en 10 de junio de 1859, y en su consecuencia la casamos y anulamos" (en Jurisprudencia Civil 1861, VI, pág. 141-143). O SSTS de 5 de octubre de 1866 (en JC 1866, nº 53, pág. 186-189); y de 15 de abril de 1871 (en JC 1871, nº 122, pág. 572-579). 16 En FENECH NAVARRO, M., *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo*, III, Madrid 1956, pág. 4214-4215, y en una dirección muy similar STS de 15 de junio de 1946, ob. cit. pág. 4215-4216, donde se indica, sin embargo, que "el plazo que el Juez pueda señalar al demandado para la presentación de su demanda en uso de su arbitrio en este punto haya de regularse por las normas establecidas por la Ley 3ª, Tit. XV, Part. III, que otorga a aquellos la facultad de fijar hasta tres plazos a las partes en juicio para probar sus intenciones, como reza el epígrafe de dicho título, pues estas disposiciones generales sobre términos judiciales (...) fueron sustituidas y derogadas por las distintas leyes de Enjuiciamiento civil, y por ello son inaplicables".

No así, sin embargo, la STS de 17 de febrero de 1956 que entendió que el artículo 1976 del Código Civil había derogado las acciones de jactancia, en RJA 1956-XXIII, nº 1498, pág. 979-981.

dose por admitir, no obstante su naturaleza procesal, el ejercicio de la acción jactancia. Y lo hicieron sin cuestionamiento alguno o, incluso, excluyendo de modo expreso su derogación. Bastaría para comprobarlo con acudir a las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1882 y de 27 de septiembre de 1912. Ahora bien, aunque una y otra fueron muy representativas de aquel parecer, lo cierto es que incurrieron en un error. Olvidaron -y en este olvido se centraron las críticas- que, si bien podían no ser aplicables las disposiciones derogatorias del Código Civil -por referirse únicamente a cuestiones de derecho material y otorgarse naturaleza procesal a la acción de jactancia-, sí debían serlo las contenidas en la propia Ley de Enjuiciamiento, entonces vigente, cuyo artículo 2182 disponía y dispuso hasta fechas no muy lejanas: “Quedan derogadas todas las Leyes, Reales Decretos, Reglamentos, Ordenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil (...)”. De este modo, se perdió una ocasión única para resolver definitivamente sobre la admisibilidad o no de la jactancia y con ello se impidió poner fin a una convivencia imposible de dos tesis contrapuestas.

3.3 Exclusión de la jactancia, tutela judicial de los derechos y creación de órganos administrativos para el restablecimiento de la legalidad

Con independencia del alcance dado a las cláusulas derogatorias de las leyes del diecinueve citadas, es lo cierto que las dudas generadas en torno a la vigencia de la Partida III, en cuanto a la acción provocatoria en ella regulada, pueden y deben hoy resolverse acudiendo a la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. La condición procesal de la institución histórica que se comenta así lo exige y la consecuencia no puede ser otra que su falta de validez. Nótese que en aquella disposición no sólo se están aboliendo ciertas normas -entre otras, aunque con ciertas salvedades, la de enjuiciamiento civil de 1881 (nº 1)-, sino que además se dejan sin efecto todas aquellas que “se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley” (nº 3). Y la jactancia, precisamente, incurriría en esa incompatibilidad motivadora de su derogación.

Dos serían las razones. La primera, de importancia algo menor, el principio de legalidad que recoge el artículo 5 de la LEC respecto a las clases de tutela jurisdiccional y que permite únicamente aquéllas de configuración normativa. La segunda, de relevancia mayor, la

imposibilidad de acudir a criterios interpretativos diversos mediante los cuales pudiera llegarse –integrando, por tanto, dicho tenor literal- a su admisibilidad. Que la acción de jactancia pretenda una condena y que ésta se mencione de manera expresa en el citado artículo 5 de la LEC no supone, sin embargo, obstáculo alguno. Hay que insistir en que dicha condena tiene por objeto una prestación inicialmente contraria a los criterios inspiradores de la propia regulación procesal civil y que además alguno de sus efectos entraría en contradicción con lo dispuesto con carácter general por nuestro ordenamiento jurídico. Piénsese en el principio de justicia rogada o principio dispositivo y su primera y principal consecuencia: la libre iniciativa para acudir –o no- a los tribunales en demanda de la tutela que se entienda necesaria para la protección de los derechos e intereses legítimos. Y, aunque la excepción que confirma la regla de autonomía de la voluntad existe, la misma, en estos momentos al menos, camina en diversa dirección¹⁷. Se establece para legitimar al Ministerio Fiscal y para otorgar poderes *ex officio* al Juez en situaciones de predominio de un interés público que exija satisfacción, nunca para obligar a un sujeto a accionar en plazo determinado bajo sanción de “caducidad” de su pretendido derecho. “Caducidad”, obsérvese además, que las normas jurídicas en vigor atribuyen al transcurso del tiempo fijado por ley, no al determinado judicialmente.

Con todo, debe advertirse que tales consideraciones han pasado en gran medida desapercibidas para nuestros órganos jurisdiccionales. La Audiencia Provincial de Ávila, por ejemplo, en Sentencia de 24 de octubre de 2002, excluye la aplicación de la Disposición derogatoria única de la LEC al entender que la acción de jactancia encierra una doble condena y, en consecuencia, que su vigencia queda amparada por el artículo 5 de dicho cuerpo legal. En cualquier caso, conviene saber que esta afirmación no le impidió decidir en favor de una interpretación restrictiva del ámbito de la jactancia lo que en el supuesto concreto le condujo a desestimar la demanda presentada e inclinarse por la procedencia de una modalidad diferente, la tutela meramente declarativa.

Justamente es este último entendimiento el que nos lleva a desautorizar una respuesta positiva a la pregunta que dio origen a este apartado. Y es

17 Antes, recordemos, la vigencia de las leyes de Partida conducía a que se contestara la pregunta de si “¿hay algún caso en que pueda obligarse a uno a poner demanda?” de modo distinto: “Hay tres, que son cuando uno sabe que otro va diciendo cosas en deshonor suyo; o que trata de moverlo pleito maliciosamente para estorbarle un viage; o que espera para movérsele la muerte de alguna persona con cuyo testimonio había de apoyar su derecho” (ESCRICHE, *Elementos de derecho patrio*, Madrid 1840, pág. 260).

que, pronunciamientos judiciales al margen, el único argumento posible que validaría la institución medieval, su fundamento constitucional, no concurre. Como se ha expuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva admitiría modalidades de protección no configuradas normativamente siempre que nuestro sistema jurídico careciera de instrumento de defensa judicial para el derecho o interés legítimo subyacente. No, obviamente, en caso contrario, que es donde se encuentra la Ley de Partidas que examinamos. Recuérdese que el ordenamiento jurídico español regula de forma específica la mera declaración y la condena, conteniéndose en esta última el no hacer y en la primera tanto la declarativa positiva como, algo más discutible, la negativa (art. 5 LEC). Y recuérdese también que principio general del mismo es que “nadie puede ser obligado a demandar”, requiriéndose para su excepción previsión expresa¹⁸.

Así las cosas, el actual rechazo de la acción de jactancia no haría sino confirmar las tesis de Chiovenda. Incluida la relatividad de los modos de pretender ante los tribunales pues nada impediría que en un futuro pudiera restablecerse esta modalidad de acción provocatoria y que, partiendo de aquel precedente histórico y adaptándolo a las necesidades del momento, se facultara su utilización para el acceso a la vía judicial de los derechos, también de los que en su caso correspondieran a los responsables de servicios de la sociedad de la información. Como mínimo desde una perspectiva teórica, en la práctica se comprenderá que sea un atrevimiento aventurar su previsión y eventua beneficio.

Tema distinto y que únicamente cabe apuntar es la preocupación última por alguna de las reformas introducidas en la Ley de Propiedad Intelectual. Dichas reformas, lo hemos visto, motivaron aquella indagación sobre la admisibilidad y procedencia de la acción de

18 En tal sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1992 inadmitiendo a trámite de la demanda formulada por Ruiz Mateos y otros contra el Presidente del Gobierno: “para prestar cobertura procesal a la insólita pretensión que se deduce ante esta sala (petición de una indemnización económica al demandado), los actores acuden al arcaico remedio de la acción de jactancia que, efectivamente, pese a lo poco afortunado de la decisión, según el parecer de doctos especialistas en la materia, fue declarada vigente por el Tribunal Supremo (sala 1ª), promulgada la ley de enjuiciamiento civil actual, (...), criterio que ha venido manteniéndose (...), no obstante, observarse en sus más recientes manifestaciones que, en realidad, salvada formalmente su vigencia, lo que se hace (como así ocurrió en muchos casos anteriores) es explicar su inaplicabilidad al caso concreto (...), circunstancias que acaso lleven en el futuro, cuando el tema se plantee en forma adecuada, a ponderar su derogación en razón de que sus remanentes finalidades, como vestigio de las acciones frente a la difamación, están hoy atendidas de modo menos complicado y más satisfactorio por la Ley Orgánica 1/1982, junto con la posibilidad de suscitar ante los tribunales, acciones plenamente declarativas que evitan el rodeo de las acciones provocatorias, y sin perjuicio de la tutela jurídico penal” (Actualidad Jurídica Aranzadi, 1992 nº 57, pág. 5).

jactancia, pero asimismo han suscitado, nos suscitan, algún otro interrogante al incidir, en cierta medida al menos, en el delicado equilibrio que acompaña al Estado moderno y su división de poderes.

Me refiero a la modificación del artículo 158 del Texto Refundido y a la creación de una Sección Segunda en la Comisión de Propiedad Intelectual, hoy confirmada tras la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, para el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002. La llamada de atención, ya se imaginarán, proviene de una de esas funciones. Específicamente, de la relacionada con la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su posible vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. En estos supuestos, y otros similares donde la normativa pública irrumpe con fuerza para regular aspectos hasta entonces pertenecientes al ámbito privado, se hace difícil ignorar que la Administración estará actuando el derecho objetivo en el caso concreto más próximo a la vía de heterotutela que caracteriza a la Jurisdicción que a la de autotutela que le es propia¹⁹. Y ello aunque finalmente las medidas que se acuerden –de interrupción de la prestación y de retirada de los contenidos- exijan para su ejecución de autorización judicial pues previamente se habrá debido enjuiciar la vulneración de derechos declarando su necesidad y determinando su adopción.

Ciertamente se podrá argumentar que existen normas administrativas detrás y que las mismas son ya una tradición en materia de telecomunicaciones, en el sector audiovisual e incluso en otros ámbitos. De igual forma se podrá alegar que las potestades conferidas a la Comisión de Propiedad Intelectual se conceden dejando a salvo el ejercicio por la parte de las acciones judiciales –civiles, penales y contenciosas administrativas- que se estimaran procedentes. Y asimismo se podrá aducir que este *ius dicere* de la Administración está legalmente previsto, resulta instrumental respecto de fines públicos concretos y, además y sobre todo, goza de la condición de revocable. Y se tendrá razón. Pero, si bien se

19 Sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 22 de julio de 2014, que trae causa de un procedimiento administrativo iniciado por solicitud del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) en demanda de protección de determinados derechos de propiedad intelectual en Internet frente a quien afirmaba era su infractor en tanto en cuanto responsable del servicio de la sociedad de la información y causante del daño patrimonial. Nótese que el esquema procesal se repite, *actus trium personarum*, aunque en este supuesto el “demandado administrativo” careciera de la condición de obligado por ser simplemente un prestador de servicios de intermediación. Sobre esta base se construyó el fallo de la citada sentencia, que lo fue estimatorio del recurso contencioso-administrativo planteado declarando la nulidad de la resolución dictada –y allí atacada- por la Comisión de Propiedad Intelectual.

mira y con independencia de pronunciamientos últimos del Tribunal Supremo rechazando eventuales razones de inconstitucionalidad referidas a la vulneración de los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución, el acercamiento a posiciones de tercero imparcial para resolver sobre relaciones en gran medida ajenas es un hecho incontestable como también lo es que la revisión prevista quedará al margen del orden naturalmente competente para la protección de los derechos en juego, civil y de autor, con lo que ello significa.

En el fondo –y es una reflexión claramente inacabada–, se estaría produciendo un desalojo de lo jurisdiccional a lo administrativo para volver, evitando un conflicto claro entre poderes, a lo jurisdiccional. Un regreso, sin embargo, que se hará a través de un proceso donde parte necesaria es la Administración. Y todo ello con la excusa del predominio de lo público sobre lo privado, por lo que su extensión a otras esferas no resultaría imposible. De ahí la advertencia y nuestra inquietud²⁰.

20 En las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 3169/2013 y 3181/2013, ambas de 31 de mayo, se trató, precisamente, el problema expuesto: “la recurrente parte de una idea general y es que considera que el sistema que debiera haberse previsto para la salvaguarda de la propiedad intelectual debería haber sido otro, en el que los órganos jurisdiccionales se encargarán, directamente, de dicho cometido de control de la legalidad en internet para la protección de la protección intelectual. Lo que, a su juicio, tendría más garantías. Se defiende la no intervención de la Administración en este ámbito y frente a las eventuales vulneraciones contra la propiedad intelectual se deba acudir, directamente, ante el órgano jurisdiccional. Es una opción, tan legítima como cualquier otra, entre muchas posibles. Ahora bien, ese debate no puede suscitarse ahora en este recurso, pues ya está resuelto por la ley, que sigue un diseño diferente al que postula la recurrente (...)”.

Con todo, en ambas resoluciones se indicó claramente –y la cursiva es nuestra–:

1º.- Que “este tipo de propiedad *se integra por los derechos de carácter personal y patrimonial*, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, ex artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual”.

2º.- Que “entre las funciones de la Sección Segunda de la Comisión se encuentran, como ya señalaba el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual y ahora desarrolla el real decreto recurrido, la adopción de las medidas para el restablecimiento de la legalidad, que constituyen el eje central de las críticas formuladas ahora, y que son *la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual* (1), *y la retirada de los contenidos que vulnere los citados derechos* siempre que el prestador, directa o indirectamente, *actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial* (2)”.

3º.- Que “para el cumplimiento de la finalidad encomendada a la Sección Segunda de la Comisión *en orden a salvaguardar la propiedad intelectual, frente a vulneraciones por los responsables de servicios de la sociedad de información*, resulta esencial defender, al propio tiempo, la libertad de expresión, sin que tal defensa pueda materializarse, en el entorno digital en que nos encontramos, en un enriquecimiento y explotación comercial, al margen del titular del derecho de propiedad intelectual”.

4º.- Que “no estamos, por otro lado, ante una regulación propia del derecho sancionador, sino únicamente ante el restablecimiento de la legalidad en internet frente a los embates contra la

Considérese, en efecto:

1º.- Que no habría inconveniente alguno en la previsión de intervenciones administrativas para actuar en otros sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular relaciones entre particulares.

2º.- Que la única condición que pesaría sobre el legislador sería que la resolución dictada en el procedimiento administrativo en cuestión no fuera la última. Procediendo su revocación por parte de la jurisdicción no se produciría la confusión de funciones prohibida desde la Constitución.

3º.- Que la actuación del derecho objetivo en el caso concreto por vía de heterotutela dejaría de ser elemento identificador de la potestad jurisdiccional. Administración y Jurisdicción se diferenciarían, en consecuencia, a través de un único elemento, la revocabilidad o irrevocabilidad de sus decisiones.

A partir de ahí...

III.- LA FACULTAD DE ESCOGER Y EL DEBER DE CONGRUENCIA

-A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso-32/12, de 3 de octubre de 2013, y los poderes del juez civil-

1.- DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO, UN DESPLAZAMIENTO DE DOBLE DIRECCIÓN

El demandante dispone del monopolio exclusivo para poner en marcha el proceso y fijar el contenido de la resolución pedida. Goza, pues, de un “derecho a escoger “que excluye cualquier tipo de “coacción a obrar”.

propiedad intelectual. No se trata, por tanto, del ejercicio del “ *ius puniendi* “ del Estado, sino de *reponer las cosas a su situación legal, cuando dicha legalidad ha sido conculcada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información*”.

5º.- Que “efectivamente estos derechos fundamentales, que no son ilimitados, no impiden crear un órgano administrativo, diseñar un procedimiento administrativo, y adoptar una serie de medidas para restablecer la legalidad en la red, siempre que se respeten las garantías constitucional y legalmente establecidas, *especialmente que esa actuación administrativa pueda ser revisada por los jueces y tribunales, en cumplimiento de la función que la CE les atribuye de control de la legalidad de los actos y disposiciones administrativas, ex artículo 106.1 de la CE, para que la tutela judicial efectiva no se resienta*”.

La coordinación entre la ley sustancial y la ley procesal sigue presentándose, un siglo después de las tesis de Chiovenda, como imprescindible. Aun partiendo del carácter relativo de los modos de pretender ante los tribunales, no hay duda que los poderes públicos están obligados a garantizar la efectividad de los derechos dispuestos y, consecuentemente, a otorgar su máxima protección judicial.

Ahora bien, el acierto del autor italiano y el mantenimiento de aquellos postulados a lo largo del tiempo experimentan un revés en lo que respecta a su concepción última sobre el principio dispositivo. En los años ochenta, o quizás antes, comenzó a fraguarse una corriente de opinión según la cual procedía reformular las relaciones entre los grandes actores del proceso: la actividad de parte y su gran autonomía, de un lado, y la actividad del juez muy constreñida por aquélla, de otro. Naturalmente, dicha reformulación comprendía el derecho a escoger, que se otorgaba casi sin límites al actor, y también el deber de congruencia, que se requería en total correspondencia y prácticamente sin excepciones al titular del órgano jurisdiccional. Se llegó a afirmar así que “son ampliamente maduros los tiempos” para realizar una crítica sobre aquel modo de interpretar el principio de la demanda, modo “que aparece siempre enlazado con épocas pasadas y que probablemente sólo por la autoridad que deriva de la adhesión a Chiovenda hasta el momento no ha sido revisado”²¹.

En la base de este pensamiento crítico se encontraba un doble argumento. El primero, en cierta manera novedoso, era el denominado principio de economía procesal cuyo punto de partida situaban en el carácter público de la jurisdicción y en la no secundaria circunstancia de que el costo del proceso grava a todos los ciudadanos. El segundo, era el principio de efectividad en virtud del cual debía favorecerse al máximo el ejercicio de los derechos y la instrumentalidad del proceso reduciendo así las diferencias existentes entre la utilidad garantizada por la ley sustantiva y la que la ley procesal tiende a asegurar. De estos dos criterios y en tanto en cuanto insitos en el ordenamiento jurídico se extrajo una hermenéutica contraria a conceder al demandante aquel monopolio absoluto en cuanto a la fijación del objeto del proceso y su *petitum* y, al mismo tiempo, favorable a flexibilizar la exigencia judicial de pronunciamientos congruentes.

21 PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit., pág. 631-632. En España suele englobarse este criterio constructor del proceso bajo el más amplio de “principio dispositivo”. No obstante, utiliza la expresión de “principio de la demanda” ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia 2003, pág. 25-27; y FERNÁNDEZ MATA, A., MARTÍNEZ LÓPEZ, R., PÉREZ BAÑUELOS, V.M., y PÉREZ HEREDIA, B., *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, coordinadores Abel Lluch, X., y Picó i Junoy, J., Barcelona 2003, pág. 20-21.

Es en esta revisión del pensamiento de Chiovenda donde, creo, se impone una profunda y serena reflexión.

Una reflexión que, desde luego, ha de ir unida a esa visión economicista del proceso, pero también a la naturaleza de los intereses en juego, que lo son mayoritariamente privados pese a que, en los últimos tiempos, se está produciendo una aproximación relevante a fines que se califican de públicos.

Y una reflexión que aquí y ahora tiene en su punto de mira no el ejercicio de una acción medieval sino la labor actual de una instancia europea, el Tribunal de Justicia de la Unión, con influencia cada vez mayor en nuestro ordenamiento jurídico. Fácilmente recordarán que este órgano jurisdiccional resolvió no hace mucho una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Badajoz, cuestión que giraba en torno a la posibilidad de actuaciones judiciales de oficio en protección de los derechos de los consumidores. En concreto, cuando éstos acuden al juez y piden la resolución del contrato de compraventa de un bien defectuoso, que no cabe, guardando silencio sobre la rebaja del precio, que podría proceder.

En el marco de sus conclusiones se incardina, justamente, el análisis que sigue pues no hay duda que en ellas late un cierto relativismo tanto en lo que respecta a las consecuencias del derecho a escoger como en lo que atañe al cumplimiento de los deberes de congruencia:

“La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda”.

No sería necesario indicar que este pronunciamiento, caso C-32/12 y Sentencia de 3 de octubre de 2013, nos sitúa ante un distinto escenario del denominado principio de demanda, ante un nuevo orden que, conse-

cuencia de ese deslizamiento de lo privado a lo público, subvierte o al menos difumina la tradicional distribución de facultades entre el juez y las partes.

Pero acaso sí convendría anotar que el cambio de posiciones al que se acaba de hacer mención no camina en una única dirección sino que se bifurca en una doble, y no siempre compatible, trayectoria. Mientras que para los revisionistas primeros el movimiento hacia lo público incide exclusivamente en el proceso como institución en sí misma considerada, para el Tribunal de Luxemburgo el desplazamiento es previo y afecta, o parece afectar, al interés jurídicamente protegido, es decir, a la esfera de los derechos sustanciales -consumidores y usuarios- y tras ella y por derivación al instrumento procesal. Dos perspectivas distintas, por tanto, que confluyen en el principio dispositivo para matizar sus consecuencias en función del sujeto afectado, bien la parte demandante, bien el órgano jurisdiccional.

2.- LA ECONOMIA DEI IUDICI Y LAS LIMITACIONES AL MONOPOLIO EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

A diferencia de otros ordenamientos donde la interpretación de Chiovenda carece de plasmación en el derecho positivo, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil consagra el principio de justicia rogada y con él y en cierta medida el derecho a escoger que incumbe al actor y que se extiende a la individualización de esa concreta modalidad de actividad judicial que pretende se dispense por el órgano jurisdiccional para la satisfacción o realización del propio derecho controvertido.

No sorprenderá entonces si se afirma que semejante elección, normalmente a cargo de la defensa letrada de la parte, se ha comportado como uno de los pilares básicos para la correcta reparación del derecho material subyacente. La diversidad de técnicas y la distinta eficacia de cada una de ellas, su incidencia en la delimitación del objeto del proceso -no en vano se configura como elemento inmediato del *petitum*- y, entre otras razones, el deber de congruencia exigido al tribunal contribuye a ello. Baste pensar en las diferencias existentes entre solicitar una tutela sumaria y una plenaria o entre un suplico de sentencia condenatoria a emisión de una declaración de voluntad y un suplico de sentencia constitutiva con petición del referido cambio jurídico. Las consecuencias en uno y otro caso no pueden ser más diversas: pronunciamiento con o sin eficacia de cosa juzgada, título ejecutivo y ejecución propia o ejecución impropia.

Empero, esta libertad del actor en la delimitación de la resolución judicial pedida se ha tildado característica de una concepción liberal individualista del proceso difícil de sostener en los momentos actuales. La censura, realizada fundamentalmente al hilo de parámetros economicistas, vendría a concretarse en una comprensión similar a la siguiente: si un proceso no puede dar respuestas parciales, si un proceso debe garantizar mediante una solución global la paz jurídica entre los contendientes y si el derecho procesal ha de evitar cualquier acumulación –y no se utiliza el término en sentido técnico- de litigios, resulta forzoso superar la tradicional preponderancia de aquellos criterios que se inspiran en la autonomía de parte en detrimento de las exigencias derivadas del carácter público del instrumento de enjuiciamiento.

Desde la inteligencia anterior se construyen las distintas alternativas revisionistas. Y así, y siempre manteniendo el monopolio del actor en cuanto al momento inicial del proceso –acceso de los derechos al mismo-, se introducen limitaciones en el derecho a escoger y en la conformación unilateral del objeto litigioso.

Una de las reformas pretendidas, quizá la más extendida entre la doctrina crítica con los postulados clásicos, ha sido requerir ciertos condicionantes para la admisibilidad de las modalidades de tutela declarativa. En lo que en estos momentos importa, se trataría de que el actor a la hora de formular su demanda se inclinara por aquella tipología de acción que agotara las posibilidades de respuesta sobre el derecho material subyacente, por aquel suplico que permitiera examinar de manera concluyente o aclarar en su integridad la relación litigiosa entre las partes. Y funcionaria como una carga procesal, como un imperativo en interés propio que ante una distinta elección haría proceder su inadmisión. De este modo –y podría ser un supuesto- si la pretensión ejercitada tuviera como objeto inmediato la simple declaración siendo posible la condena, el juez se vería obligado a su rechazo o, si fuera el caso y en uso de los poderes legalmente conferidos, a su conversión en otro tipo de tutela más incisiva o, incluso, más amplia.

Parece, no obstante, que el planteamiento expuesto se realizó principalmente desde la abstracción. Como sus mismos defensores llegaron a reconocer, el análisis efectuado fue más teórico que real y por este motivo y tras su correspondiente plasmación práctica el desenlace último se alejó enormemente de lo esperado. Tanto que terminaron aceptando la existencia de matizaciones diversas y asumiendo la relativa viabilidad de su propuesta. Seguramente otra conclusión no resultaba factible. La casuís-

tica correctora diseñada se comprobó de tal magnitud que se volvió en contra de los propios criterios de eficacia a los que servía: surgieron obstáculos insalvables para una apreciación *in limine litis* y, sobre todo, aparecieron dificultades múltiples en el que sería desarrollo normal del procedimiento.

Con unos inconvenientes efectivos mayores de los inicialmente pensados, no extrañará que las limitaciones del derecho a escoger patrocinadas quedaran al margen de los códigos procesales y sus posibles reformas.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, desde luego, no contempló ni contempla semejante restricción. Su punto de partida fue y sigue siendo otro y doble. De un lado, entender descabellado que al órgano jurisdiccional “le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho” y asimismo irracional que se le grave “con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso”. De otra parte, considerar sensato que sea “a quien crea necesitar tutela a quien se atribuyan las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela”. Para ello –y es disposición esencial sobre la que se volverá después-, “para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías,” el legislador “impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado” (Exposición de Motivos, apartado VI).

El mantenimiento legal de las tesis de Chiovenda no significa, empero, que el legislador haya desconocido los criterios economicistas. En absoluto. Basta con acudir al artículo 400 y a la regla de preclusión de alegaciones y fundamentos jurídicos que contiene o al artículo 219 y la prohibición de sentencias de condena con reserva de liquidación que establece para comprobarlo. E incluso antes. Leyendo el preámbulo de la Ley se revela con toda claridad que sus criterios inspiradores son tanto “la necesidad de seguridad jurídica” como “la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo” (Exposición de Motivos, apartado VIII).

A día de hoy, en consecuencia, la parte con su letrado sabe que en el proceso civil –y nos referimos de forma muy somera y básica a aquellos

en los que el interés inherente al objeto litigioso es fundamentalmente privado:-

1º.- Se exige petición de parte para el otorgamiento de la tutela pretendida (art. 216 LEC).

2º.- Se requiere que sea el actor quien fije la *res in iudicio deducta* teniendo en cuenta que no cabe ampliaciones de la demanda salvo en los momentos iniciales del proceso y que sí se prevé la posibilidad de pretensiones complementarias (arts. 401 y 426 LEC).

3º.- El objeto de debate igualmente será conformado por demandante y demandado. A ellos, que disfrutaban de un gran poder de disposición con matizaciones muy puntuales a favor del juez, les incumbe la introducción de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes y su correspondiente prueba (arts. 19, 217, 399 o 405 LEC).

4º.- Se impone al juez el deber de congruencia con lo pretendido por las partes (art. 218 LEC).

5º.- La sentencia que se dicte producirá cosa juzgada abarcando tanto al objeto procesal realmente resuelto como al que pudo resolverse y que viene definido únicamente por los actos de alegación, hechos y fundamentos jurídicos, afectados por la regla de preclusión (arts. 222 y 400 LEC). Obsérvese entonces que dicha regla, que requiere una visible positivación legal, no alcanza a peticiones formulables y no formuladas o, de forma más restringida, a modalidades de tutela solicitables pero no solicitadas.

Siendo así, pocas dudas hay de que en España el carácter público del proceso no ha servido para restringir el dispositivo hasta extremos que comporten cerrar la puerta al derecho a escoger preconizado por los clásicos. Simple o no tan simplemente se conjugan los distintos intereses en juego: la *economia dei iudici*, de un lado, y la libertad de la parte demandante para conformar el concreto *petitum* que solicita del órgano jurisdiccional, de otro. Y todo ello sin olvidar el interés del sujeto pasivo de no verse involucrado en dos o más procesos por el mismo bien litigioso y a los efectos de evitar incidencias negativas en el trabajo del órgano jurisdiccional y, en definitiva, en el funcionamiento de la justicia.

Que las medidas dispuestas sean suficientes o no desde esa visión economicista del proceso, que *lege ferenda* pueda pensarse en otras opciones restrictivas del derecho a escoger, entre ellas la eliminación o disminución de las posibilidades de tutela sumaria o, por lo que ahora importa, la preclusión de peticiones tratándose del mismo bien de la vida, es algo que deberá reflexionarse en profundidad si no se quiere que

la casuística correctora supere de nuevo a la propia proposición. Y no solo. Nótese que en una materia como esta última será inevitable establecer una regulación preclusiva inequívoca. Igualmente y para ello resultará necesario atender a las diferencias existentes entre *petitum* y *causa petendi*, diferencias que imposibilitan una automática traslación. Y en todo caso devendrá imprescindible partir de la vigencia, como ahora se verá, del principio de efectividad, principio que, en más de una ocasión y muy probablemente, terminará imponiéndose a la *economia dei iudici*.

3.- PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD E INTERVENCIÓN JUDICIAL DE OFICIO

La huida de lo privado hacia lo público no solo se ha contemplado desde la institución procesal. También, y se ha adelantado, ha afectado a los derechos sustantivos cuya protección se pide en un proceso civil.

Referente de este deslizamiento ha sido el entorno de las relaciones familiares y asimismo y en los últimos tiempos el ámbito del consumo y la protección debida a quienes son destinatarios finales de los bienes y permanecen ajenos a la actividad empresarial o profesional. Para el legislador, el interés material preponderante en uno y otro contexto tiene carácter público sobrepasando, de este modo, al estrictamente particular con el convive.

De esa supremacía inspiradora de la legislación sustantiva derivan, precisamente, los cambios acaecidos en el instrumento procesal. Y así y con el fin de lograr su satisfacción, el proceso se construye bajo limitaciones importantes del principio dispositivo: en los juicios de capacidad, filiación y matrimonio a través de la intervención del Ministerio Fiscal, la indisponibilidad del objeto litigioso o la permisión de actuaciones probatorias de oficio; y en los procesos relativos a consumidores mediante la ampliación de la legitimación, la autorización del control de oficio de las cláusulas abusivas o el dictado de normas especiales en materia de cosa juzgada y ejecución.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que nos sirve de hilo conductor se sitúa en este último escenario, un escenario que ha dejado de ser estrictamente privado, que tiende a prestar apoyo a la parte más débil de la relación contractual y que por tal motivo parece requerir de un incremento de los poderes oficiales del juez.

3.1 Al hilo de eventuales desequilibrios en las relaciones de consumo

A través de una jurisprudencia europea que podemos calificar de unánime y reiterada se ha venido explicando que en el ámbito de la contratación con consumidores se produce un desequilibrio entre las partes intervinientes que solo puede ser nivelado mediante actuaciones positivas de los poderes públicos. Sin ellas, se dirá, resulta imposible minimizar los efectos que derivan de la situación de superioridad en que se encuentran productor y vendedor a la hora de iniciar y desarrollar la negociación. De ahí el incremento de facultades del juez civil en aquellos procesos donde se pretende la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios y en tanto en cuanto mecanismo de apoyo para la parte más débil de la relación.

Lo que importa en definitiva es que éste fue el punto de partida de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Badajoz. Se trataba de interpretar el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en especial, de aquellos apartados que confieren al consumidor derechos e implícitamente acciones para su ejercicio en vía judicial:

“(…) 2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6. (...) 6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia”.

Y en esa interpretación, el Tribunal de Luxemburgo, como ya hiciera con ocasión de la Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (entre otras, sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11), terminó proclamando la presencia de un interés público en las situaciones jurídicas reguladas y, sobre esta base –que lo es de búsqueda de un equilibrio real entre las partes del contrato–, autorizando e incluso instando el uso de facultades *ex officio* por el órgano jurisdiccional. En la resolución que nos ocupa lo fue para reconducir la pretensión del actor consumidor a otra distinta de la inicialmente formulada, mientras que en las dictadas en torno a la Directiva 1993/13/CEE lo fueron

para introducir y someter a discusión el hecho relativo a la existencia de una cláusula abusiva y su consiguiente nulidad.

Conviene aclarar, sin embargo, que las decisiones referidas no reúnen tantos puntos de conexión como a primera vista pudiera pensarse. Todas ellas, es cierto, se inscriben en un entorno de garantía de los derechos de los consumidores, pero fuera de este dato y fruto de una naturaleza, material o procesal, heterogénea prevalecen las divergencias. Así y al menos, no podrán considerarse similares las razones de interés público concurrentes en uno y otro caso y tampoco podrán equipararse los particulares poderes concedidos –y exigidos- al titular de la potestad jurisdiccional.

A) Incumplimiento contractual e interés a proteger

En ese orden de cosas, la primera llamada de atención es para advertir sobre la relación que subyace en la cuestión prejudicial planteada al amparo de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo. Una relación que difícilmente trascenderá del ámbito procesal y del específico carácter público que le informa.

A diferencia del control imperativo dispuesto en materia de cláusulas abusivas donde el derecho de consumo se traslada al proceso, la intervención judicial aquí exigida no parece responder ni al beneficio colectivo que comporta evitar un uso continuado de dichas cláusulas ni a la salvaguarda de la parte que se halla en franca desigualdad ni mucho menos a la posibilidad de cambios sociales más amplios. En realidad, la problemática que acontece es otra y de imposible reconducción a la órbita interna de las relaciones entre consumidor y empresario. Son planos distintos. No se trata de una contratación viciada por la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor-comprador, de una limitación *ab initio* de la extensión o alcance de los derechos conferidos, sino del amparo judicial de los correctamente nacidos ante el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el vendedor del bien en cuestión.

Y en este punto y como se ha venido exponiendo no existe particularidad alguna. Al igual que sucede con cualquier otro derecho subjetivo o interés legítimo, los poderes públicos están obligados a permitir su paso al proceso sin restricciones, sin que pueda suprimirse u obstaculizarse el ejercicio de acciones judiciales –o de recursos jurídicos- por quien afirma ser su titular. Sea consumidor o no lo sea. Lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española o en el artículo 47 de la Carta de Dere-

chos Fundamentales de la Unión Europea reconociendo a toda persona, sin excepción, la prestación de tutela judicial efectiva para la defensa de sus derechos e intereses legítimos -naturalmente, mediante un proceso que lo ha de ser equitativo, público y desarrollado en plazo razonable y con todas las garantías, incluida la orgánica de procederse ante tribunal independiente e imparcial- así lo exige. Por ello y desde la perspectiva apuntada, que lo es primordialmente externa, entender que el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE impone una mayor protección procesal al consumidor-demandante resulta sumamente cuestionable. Máxime cuando no se parte de situación sustantiva de desequilibrio alguno, cuando se acude al proceso en pie de igualdad –formal, desde luego, pero también material- y cuando es regla general que lo haga asistido, asesorado y defendido por profesionales del derecho que serán quienes definan la estrategia a seguir en atención a sus propios deseos y, claro es, de acuerdo con las formas de saneamiento previstas por la Directiva y traspuestas por el ordenamiento español.

Hay que señalar, en efecto, que ante la falta de conformidad del bien con los términos de la compraventa realizada:

1º.- La legislación sustantiva, tras valorar la posición dominante del profesional y el equilibrio de intereses, ofrece al consumidor dos caminos. De un lado, la opción de exigir la reparación del producto adquirido o su sustitución. De otro y cuando aquella no fuera factible -por imposibilidad objetiva o desproporción en una de las referidas alternativas-, la facultad de solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato -determinándose la inviabilidad de esta última reclamación si el defecto alegado resultara de escasa importancia- (art. 3 Directiva 1999/44/CE y arts. 118 a 122 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

2º.- Y la legislación procesal, como no podía ser de otra forma, facilita al consumidor el acceso de unos y otros derechos, que son eminentemente patrimoniales, a la vía judicial sin reservas de ningún tipo, con cualquiera de los modos de pretender establecidos y bajo asistencia letrada generalizada salvo en casos de mínima entidad.

Así las cosas, no parece que el interés público esté comprometido más allá del previo y específico sistema de contratación de los bienes de consumo, exigencia de conformidad y fijación del régimen de responsabilidad del vendedor incluidos, y del posterior y universal requerimiento de tutela judicial efectiva, prohibición de ámbitos exentos de jurisdicción

también incluida. Afirmar lo contrario, extender en definitiva el desplazamiento de lo privado a lo público propio del derecho de consumo a la materia que nos ocupa, además de resultar teóricamente discutible, puede tener consecuencias prácticas de difícil asunción y con riesgos evidentes de generalización y acaso también de desnaturalización de los propios intereses en juego.

Por lo mismo y resultando que tales intereses son individuales y disponibles y que con tal condición llegan al proceso se ha de convenir que comprometer actuaciones de tercero –juez- para restaurar una igualdad sustancial *a priori* no quebrantada deviene, cuando menos, impertinente e inútil.

B) Las actuaciones reclamadas del órgano jurisdiccional

La segunda llamada de atención se centra en el contenido de aquellas correcciones judiciales que se afirman equilibradoras. Su introducción en este momento sirve a una finalidad muy concreta: resaltar que la intervención exigida al titular de la potestad jurisdiccional incide únicamente en los derechos procesales del consumidor, no, por tanto, en los materiales. No hay que confundir.

Mientras la participación requerida al resolver sobre contratos que incorporan cláusulas abusivas se dirige a privar de eficacia a una negociación de una forma u otra prohibida por el ordenamiento, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la adquisición de bienes de consumo las facultades dispuestas se encaminan a sustituir la elección realizada por el actor con la asistencia de su abogado, y ello y en principio sin norma legal que lo respalde y al margen de las razones que pudieran estar detrás de dicha decisión. Nuevamente las diferencias son evidentes. No es lo mismo exigir poderes *ex officio* para accionar sin petición de parte en un ámbito bajo dominio de la autonomía de la voluntad que apreciar unas circunstancias fácticas -impeditivas o extintivas- que desbordan la esfera particular y donde está comprometido el interés público. El salto cualitativo, sobre todo teniendo en cuenta que el consumidor legalmente disfruta del monopolio de acceso al proceso y de la facultad de elección del sistema de tutela a seguir, es innegable.

Y no es cuestión de arbitrar mecanismos que protejan la contradicción como sucede en el ámbito de la apreciación de las cláusulas abusivas. El problema aquí es previo. Si bien se mira y aunque igualmente deba respetarse el principio de audiencia, con tales atribuciones el juez se aleja de su condición de tercero imparcial para acercarse a posiciones de parte. Hay

que admitir que estaría defendiendo unos intereses cuya naturaleza pública es muy relativa e interviniendo respecto de una actuación procesal que corresponde no a un sujeto indefenso sino a una persona que, salvo excepciones muy limitadas, actúa bajo dirección letrada. Por tanto y desde el momento en que no se reproduce en el proceso el desequilibrio apreciado durante la etapa de negociación, mal puede proclamarse que los sacrificios de parcialidad son ilusorios y que en todo caso resultarían corregidos a través de la aplicación de formulas similares a la denominada “tesis de la desvinculación”. El distinto ámbito sobre el que recae, lo impide.

En cierta medida y aunque no se comparta la consecuencia final, ésta fue la opinión vertida por la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013 y al pronunciarse sobre la cuestión que nos ocupa. Afirmó así que:

“42. Contrariamente a lo propuesto por la Comisión, tampoco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia referente a la Directiva 1993/13 se desprende la obligación de rebajar el precio. Y ello porque, a diferencia de la Comisión, estimo que dicha jurisprudencia no es trasladable a este ámbito.

43. Ciertamente, las dos Directivas son semejantes en la medida en que ambas se refieren a la protección de los consumidores en el tráfico jurídico y pretenden alcanzar un alto nivel de protección de los mismos. Con todo, en razón de sus fines reguladores distintos, no resultan comparables hasta el extremo de que quepa trasladar al ámbito de la Directiva 1999/44 la jurisprudencia del Tribunal de Justicia referente a la Directiva sobre las cláusulas abusivas.

44. Es decir, mientras que la Directiva 1993/13 pretende compensar la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor en el momento de la *celebración* de un contrato con un empresario, la Directiva 1999/44 se refiere al *cumplimiento* de un contrato ya celebrado. Se trata de dos situaciones muy diferentes.

45. Es decir, la situación de desequilibrio que se da en el momento de la celebración del contrato sólo puede superarse mediante la intervención de un tercero. Por regla general, el consumidor no sabe juzgar si una cláusula es o no abusiva. Si se le exigiera ese conocimiento y se le impusiera la carga de invocar la nulidad de la cláusula, peligraría el cumplimiento de la Directiva 1993/13.

46. Por otra parte, debe buscarse que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas. La Directiva 1993/13 sólo puede cumplir dicha función disuasoria si a las empresas no les «trae cuenta» intentar usar cláusulas abusivas. Una vez más, ello sólo puede garantizarse mediante la intervención de un tercero. De lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera. Por ello, sin intervención de un tercero, el efecto útil de la Directiva 1993/13 sufriría menoscabo.

47. Sin embargo, en el ámbito de la Directiva 1999/44 la situación es diferente. Por una parte, en el momento del cumplimiento del contrato, la actuación de oficio no cumple la función disuasoria que se pretende. Y ello porque, en la mayoría de los casos, el cumplimiento defectuoso de las prestaciones contractuales no depende de la voluntad de las partes, en particular cuando la contraparte no es la productora del bien objeto de la compraventa, y, por ello, no tiene influencia en la calidad del mismo, ni, por regla general, tiene conocimiento de sus defectos no manifiestos.

Reconocidas las diferencias -celebración y cumplimiento del contrato, presencia y ausencia de funciones disuasorias, desequilibrio inicial e igualdad posterior...-, no cabe otra opción que cuestionar eventuales equiparaciones más allá del sujeto afectado y al mismo tiempo defender la posibilidad de soluciones varias en lo que a la intervención de los poderes públicos se refiere. Y es que, trazada la distinción y como vimos, germina la duda sobre las facultades *ex officio* concedidas al juez en protección de unos intereses que no son, a diferencia de los recogidos por la Directiva 1993/13/CEE, predominantemente públicos y que tampoco se conforman por el legislador bajo la condición de irrenunciables.

3.2 Una equivocación de partida y un dilema final

Llegados a este punto dos son las reflexiones últimas que quedarían por realizar. Una y otra traen causa de estos tiempos de mudanza, de futuro incierto y de profunda crisis económica –y no solo- en la que estamos inmersos. Sin duda, estos momentos hacen vacilar voluntades, de todo or-

den y también en lo que a la tutela judicial civil de los derechos se refiere. Y la vacilación es peligrosa, entre otras cosas por conllevar un olvido paulatino y silencioso de aquellos principios que han dado y dan todavía solidez al sistema. Se podrá decir en su descargo que tan solo pretenden su adecuación a nuevas circunstancias, pero un análisis detenido pareciera más bien que están dando entrada al fin de un ciclo con prohibición de leer a Chiovenda incluida. Naturalmente, el problema no es solo de desnaturalización de los intereses en juego, que también, sino primordialmente de confusión, de la confusión procesal que surge a continuación y que conduce a una quiebra de los conceptos básicos sobre los que se asienta con total lógica y fundamento esta rama del ordenamiento jurídico.

Así el proceso civil deja de ser ese instrumento al servicio propio de los litigantes y del órgano jurisdiccional para la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y se convierte también en mecanismo destinado a equilibrar relaciones materiales aparentemente desiguales. Así la acción civil deja de estar bajo dominio de las partes como titulares de los intereses jurídicos en disputa, y se autoriza el dictado de resoluciones judiciales que vayan más allá de lo que éstas le sometieron. Y así la jurisdicción deja de inspirarse en criterios únicos y exclusivos de desinterés objetivo e imparcialidad, y se acepta la intervención del juez en protección de quien parece acudir al juicio en posición de inferioridad.

Que se trate de cambios que afecten a un conjunto normativo muy concreto, el derecho de consumo, no es obstáculo para el desasosiego. Al margen de que se estarían construyendo dos modelos procesales para la tutela de los derechos e intereses privados sin suficiente justificación, pocos son los ámbitos de la vida diaria que quedan al margen la actividad de los consumidores y muchas las posibilidades de que, llevados a juicio, se continúe manteniendo esa exigencia de defensa pública judicial de la parte más débil.

A) Los datos de la sentencia, en especial el tratamiento de la preclusión

Para comprobar las transformaciones –y vacilaciones- acaecidas es preciso acercarse a la resolución del Tribunal de Luxemburgo que nos ocupa. Ha pasado poco tiempo desde su dictado. Pero como la función principal de la memoria es el olvido, al menos así lo observó William James Sidis, no está de más acudir a alguno de los que son sus antecedentes, fundamentos y principales conclusiones.

Interesa básicamente destacar aquellos pronunciamientos que recogen la contravención de la Directiva comunitaria por la norma procesal interna,

en particular, aquellos que se dirigen a verificar si las reglas de preclusión establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil respetan o no el principio de efectividad. Según se ha adelantado, la respuesta del órgano jurisdiccional europeo fue contraria a la regulación española. Aunque muy probablemente se partió de un error, un error que ha de comprobarse y que, si de verdad lo fuera, requeriría de inmediata aclaración y, en su caso, rectificación.

1º.- La cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz fue “si un consumidor, tras no obtener la puesta en conformidad del bien –porque, pese a pedirla de forma reiterada, la reparación no ha sido llevada a cabo–, reclama judicialmente con carácter exclusivo la resolución del contrato y tal resolución no es procedente por estarse ante una falta de conformidad de escasa importancia, ¿puede el Tribunal reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio?”.

2º.- Según consta en la propia sentencia de 3 de octubre de 2013, los antecedentes –y la cursiva para resaltar los principales es nuestra-, fueron:

“17. En julio de 2004, la Sra. Duarte Hueros compró a Autociba un coche de techo corredizo. Efectuado por parte de la compradora el pago del precio, que fue de 14.320 euros, Autociba le hizo entrega del citado vehículo durante el mes de agosto siguiente.

18. Habida cuenta de que, cuando llovía, se filtraba agua por el techo al habitáculo, la Sra. Duarte Hueros llevó el vehículo a Autociba. Al no haber resultado eficaces las repetidas reparaciones efectuadas, la Sra. Duarte Hueros solicitó la sustitución del coche.

19. Dado que Autociba no accedió a la referida sustitución, la Sra. Duarte Hueros presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz, mediante la que reclamó la resolución del contrato de compraventa y la condena solidaria de Autociba y Citroën España, S.A. (esta última como fabricante del vehículo), a la devolución del precio.

20. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz expone que, en virtud del artículo 3, apartado 6, de la Directiva 1999/44, la resolución del contrato de compraventa que se solicita no es procedente, por ser de escasa importancia el defecto que dio origen al litigio del que conoce.

21. En tal contexto, aun cuando, con arreglo al artículo 3, apar-

tado 5, de la referida Directiva, la Sra. Duarte Hueros tenía derecho a exigir una reducción del precio, el Juez remitente expone que, de conformidad con el Derecho procesal nacional y, en particular, con el artículo 218, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al principio de congruencia que ha de existir entre las demandas de las partes y las sentencias, no puede reconocérsele la reducción del precio, porque la consumidora no la solicitó, ni con carácter principal ni con carácter subsidiario.

22. Además, al haber tenido la Sra. Duarte Hueros la posibilidad de pedir en el litigio principal, siquiera con carácter subsidiario, dicha reducción del precio, esa eventual pretensión no podría ser ya juzgada en un ulterior procedimiento judicial, dado que, en el Derecho español, el instituto de la cosa juzgada se extiende a todas las acciones que hubieran podido ser ejercitadas en un primer procedimiento”.

3º.- La normativa española a examen se entendió perfectamente respetuosa con el principio de equivalencia. Ya lo razonó la Abogada General en sus conclusiones:

“28. En virtud del principio de equivalencia, la regulación procesal concreta que rijan la deducción de las pretensiones derivadas del Derecho de la Unión no puede ser menos favorable que la que se reserve a demandas semejantes de naturaleza interna. En el presente asunto no se aprecia que se haya violado el principio de equivalencia. Antes bien, las normas procesales españolas en cuestión son de aplicación con independencia de si se trata de procedimientos cuyo objeto sea una pretensión derivada del Derecho de la Unión o una pretensión derivada del Derecho nacional, respectivamente”.

4º.- No ocurrió lo mismo, sin embargo, con el principio de efectividad que se consideró vulnerado por la referida normativa procesal. El Tribunal, siguiendo las conclusiones de la Sra. Juliane Kokott, determinó y de nuevo la cursiva de nuevo es nuestra:-

“35. En el presente asunto, del auto de remisión se desprende, por una parte, que, en virtud de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces nacionales están vinculados por la pretensión deducida por el demandante en la demanda y, por otra, que, de conformidad con el artículo 412, apartado 1, de la misma Ley, el demandante no puede modificar

el objeto de la demanda durante el procedimiento.

36. *Además, con arreglo al artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento. Efectivamente, en virtud del instituto de la cosa juzgada, dicha demanda resultaría inadmisibile.*

37. Por consiguiente, de lo indicado se deriva que, en el sistema procesal español, un consumidor que reclama judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa de un bien queda privado de modo definitivo de la posibilidad de ejercer el derecho a obtener una reducción adecuada del precio (derecho que le confiere el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44) si el juez nacional que conoce del asunto considera que, en realidad, la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, y ello salvo en el supuesto de que se haya deducido con carácter subsidiario una pretensión cuyo objeto sea dicha reducción.

38. No obstante, a este respecto es preciso señalar que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del sistema procesal español, debe considerarse que el referido supuesto es muy improbable, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no deduzca una pretensión subsidiaria, la cual, por lo demás, tendría por objeto una protección inferior a la que tiene por objeto la pretensión principal, ya sea debido a la relación especialmente inflexible de concomitancia que se da entre una y otra pretensión, ya porque el consumidor ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, por analogía, la sentencia Aziz, antes citada, apartado 58).

39. *En tal contexto, procede declarar que un régimen procesal de las referidas características, al no permitir que el juez nacional reconozca de oficio al consumidor el derecho a obtener una reducción adecuada del precio de compra del bien, a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión ni de presentar al efecto una nueva demanda, puede menoscabar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión.*

40. En efecto, el sistema español obliga a los consumidores, en

lo esencial, a anticipar el resultado de la calificación jurídica de la falta de conformidad del bien, cuyo análisis definitivo corresponde al juez competente, lo que supone que la protección que el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 atribuye al consumidor resulte meramente aleatoria y, en consecuencia, inadecuada. Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el litigio principal, dicho análisis es especialmente complejo y, por ello, la referida calificación depende esencialmente de las diligencias que practicará el juez que conoce del asunto.

41. En estas circunstancias, tal como señaló la Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se atiene al principio de efectividad, en la medida en que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, en los procedimientos judiciales iniciados a instancia de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado, la aplicación efectiva de la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

42. Sentado lo anterior, incumbe al Juez remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el mismo, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, apartado 27 y jurisprudencia citada).

43. A la luz del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 1999/44 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca

de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda”.

Con este planteamiento y antes de entrar en el error y el dilema, se comprenderá que el pensamiento de Chiovenda y con él ciertos conceptos básicos del derecho procesal hayan quedado en entredicho. Al menos en lo que respecta a procesos civiles que sirven de cauce para la protección judicial de los derechos de los consumidores. Y no se trata de una “reinterpretación” desde aquellos parámetros economicistas o de eficacia del proceso que idearon los críticos italianos de los años ochenta, sino de una pretendida “adecuación” desde el principio de efectividad que preside y acompaña a la tutela judicial reconocida como derecho fundamental y que, en opinión del órgano europeo con sede en Luxemburgo, consiente que el juez abandone las posiciones de neutralidad que le vienen caracterizando desde antiguo²².

B) Sobreprotección del consumidor, olvido de la defensa letrada y confusión en cuanto al quehacer del juzgador

Se ha dejado para el final el que a mi juicio constituye *punctum dolens* de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Badajoz y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El enfrentamiento, y ya ha de concluirse, inexistente entre la norma procesal interna y la Directiva 1999/44/CE.

Esta determinación nuestra comporta, obviamente, la falta de coincidencia con la premisa inicial de la sentencia: la regulación española es respetuosa con el principio de equivalencia pero no con el de efectividad. Pero también conlleva, con independencia incluso del error de partida, la imposibilidad de compartir su resultado final: la exigencia de garantizar a los consumidores el alto nivel de protección que persigue la Directiva a través de un incremento de los poderes *ex officio* del juez, poderes que autorizarían la introducción judicial de peticiones no formuladas y que eludirían o flexibilizarían el consiguiente deber de congruencia. Disconformidad, por tanto, en ambos extremos.

Comenzando por la premisa, ha de reiterarse que una lectura del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en modo alguno permite aseverar con la rotundidad sostenida por el juzgador español, la Abogada General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el ordenamiento patrio

²² Al respecto y entre otros, CORDÓN MORENO, F., *La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)*, en www.uclm.es/centro/cesco (fecha de publicación, 29 de octubre de 2013).

contravenga el principio de efectividad. Téngase en cuenta que no hay regla clara e inequívoca que asocie el efecto preclusivo y la consecuencia ulterior de cosa juzgada a los actos de petición. En cambio, sí se prevé, de un lado, la posibilidad, que no carga u obligación, de acumular eventualmente acciones incompatibles entre sí con indicación del orden de ejercicio (art. 72 LEC), y de otro, la preclusión de alegaciones con indicación de que la litispendencia y la *res iudicata* se extenderán a los hechos y fundamentos –títulos- jurídicos aducidos o que pudieron aducirse (art. 400 LEC). En este contexto normativo y aunque sufra el criterio de economía procesal, aquel principio europeo no resultará vulnerado.

Y no resultará vulnerado porque la sentencia desestimatoria primera, al no guardar las identidades necesarias, no producirá el efecto excluyente de la cosa juzgada sino únicamente y en su caso el positivo o prejudicial permitiéndose, en consonancia con lo anterior, un segundo proceso con solicitud diferente. Aunque no sea lugar para abordar la problemática que rodea a la identificación de la causa de pedir y las opciones abiertas desde la máxima *iura novit curia* (entre otras, SSTS 5762/2013, de 28 de noviembre, y 351/2014, de 6 de julio), sí debe indicarse que la jurisprudencia española en este punto ha venido sosteniendo la imposible aplicación de la eficacia negativa de la institución procesal cuando en el litigio posterior se ejercitan entre las mismas partes acciones distintas con finalidades también distintas a la inicialmente planteada o acciones subsidiarias cuya acumulación no venga impuesta por el artículo 71.2 de la Ley (por todas, STS 277/2013, de 9 de enero, apuntando expresamente a la insuficiencia del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto para declarar semejante efecto). Luego nada impediría que el consumidor, cuya demanda de resolución de contrato vio desestimada, pueda iniciar un nuevo proceso en reclamación de la reducción de precio por los defectos del bien adquirido.

Concluir de forma distinta no lo vemos posible. Primero, porque el tenor literal de las normas reguladoras de la preclusión y de la cosa juzgada, que solo se refieren a actos de alegación, fácticos o/y jurídicos (arts. 400 y 222 LEC), nos situaría en el ámbito de la interpretación *contra legem*. Después y por si no fuera suficiente con lo anterior, porque se entraría en abierta oposición con el derecho a la tutela judicial efectiva que rige con total normalidad en el ordenamiento europeo y en el español y que impide, como no hemos dejado de repetir, la existencia de ámbitos objetivos exentos de jurisdicción. Que este entendimiento pueda rebatirse desde el carácter público del proceso es tema distinto y en este momento

tal vez de relevancia menor. Porque lo que sí parece evidente es que ante una colisión entre ambos criterios ha de ceder la *economia dei iudici* frente a la efectiva protección judicial del derecho de que se trate, cualquiera y por supuesto también de aquellos pertenecientes a los consumidores. Desde esta perspectiva deberá abordarse cualquier reforma legal encaminada a conseguir una mayor eficacia del instrumento procesal, sabiendo que en la actualidad y en relación con la petición ejercitada no existe más posibilidad que acudir a la previsión del artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referida a la introducción a instancia de parte de pretensiones complementarias. Falta, recuérdese, un régimen preclusivo similar para el elemento petitorio del objeto litigioso.

Dicho esto, procede entrar en el desenlace de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2013. Un desenlace preocupante y complejo que nos exige centrar las reflexiones siguientes y ya últimas en dos órdenes de cuestiones. De un lado, en aquel paralelismo que permitió situar en un mismo plano las correcciones equilibradoras propias de la Directiva 1993/13/CEE y unos más que posibles excesos de protección al amparo de lo dispuesto en la Directiva 1999/44/CE. De otra parte, en el aparente olvido del significado del derecho, que lo es fundamental, a la asistencia letrada y asimismo de la posible distracción sobre el quehacer, que también constituye garantía esencial, del juez en el proceso en general y en el civil en particular.

1º.- Respecto a la primera problemática, que atañe a la condición de las actuaciones judiciales demandadas desde Europa en procesos donde actúa un consumidor, la lectura realizada nos conduce a cuestionar la finalidad pretendida por la sentencia –lograr el equilibrio ante la posición dominante del profesional vendedor- y a demandar por ello un análisis sereno y profundo del escenario en que nos encontramos; naturalmente con participación de los poderes públicos y de los propios actores implicados.

Son ampliamente maduros los tiempos, que diría Proto Pisani, para situar al derecho de consumo en el lugar que verdaderamente le corresponde. Protegiendo al consumidor en todo lo necesario, evitando cualquier desequilibrio para la parte más débil de la relación contractual, pero sin excesos que puedan subvertir la propia protección brindada y la igualdad formal y real perseguida.

Seguramente quede todavía mucho camino por recorrer, pero no creo que la dirección a seguir tratándose de la Directiva que comentamos pase por abandonar la órbita interna para situarse en la externa y procesal. Al menos, no creo que lo sea en lo que se refiere a una posible equi-

paración a situaciones vividas en el entorno del derecho laboral. La consideración de irrenunciables de los derechos de los trabajadores y la mayor intervención del órgano jurisdiccional en los procesos de aquella naturaleza constituye un modelo de difícil aplicación en el ámbito de los consumidores. Sería irracional y sumamente perjudicial. Pese a que pudiera entenderse que el interés predominante es el público -lo cual no es tan sencillo cuando la legislación sustantiva se preocupó previamente de atender a los intereses de la parte más débil-, sería inexcusable ignorar que seguimos estando en un litigio civil donde la parte, el consumidor, es libre de acudir a los tribunales y de escoger y diseñar la tutela a pedir. Tal vez por ello la traslación de aquel modelo no haya sido en ningún momento defendido desde instancias europeas o españolas. Estas últimas, recordemos, matizan la vigencia del principio dispositivo en tales casos, amplían la legitimación... pero siempre sin comprometer la posición de tercero imparcial del juez y la distribución de poderes propia de este modelo procesal. Instrumentos brinda el ordenamiento jurídico para dar satisfacción a la tutela judicial efectiva del consumidor amparado por la normativa comunitaria de venta de bienes de consumo y hacerlo en condiciones de igualdad.

La sobreprotección que parece derivarse de la sentencia del Tribunal de Justicia es, por tanto y cuando menos, discutible. Lo es en sí misma considerada y desde luego lo es más aún si sus conclusiones intentan extrapolarse a cualquier proceso civil o, si se quiere, a cualquier proceso civil que afecte a un consumidor. El error se agravaría y a nadie se ocultan las consecuencias: una inseguridad jurídica difícil de aceptar y unos derechos procesales de carácter fundamental difuminados cuando no directamente vulnerados. Y todo ello como venimos indicando con la intención de compensar situaciones en principio y *ex ante* equilibradas.

2º.- Acerca de la segunda problemática, que atiene al incremento de poderes del juez civil, me permitirán que simplemente vuelva la mirada a la exposición de motivos de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil. La razón puede intuirse. No se comparten aquellas observaciones de la sentencia relativas a la inferioridad de condiciones en que se sitúa el consumidor que accede al proceso en reclamaciones asociadas al incumplimiento contractual por la compra de un bien. Tampoco se participa de la declaración relativa a la infracción del principio de efectividad por las reglas de preclusión españolas impeditivas, presuntamente, del acceso a la vía judicial. Y además no se ha encontrado en la resolución que nos ocupa argumento adicional alguno que favorezca

el abandono de las tesis del profesor de Roma y que autorice la fisura en la conformación básica del derecho procesal. Al contrario.

Es de recordar entonces:

Primero, que las peticiones de tutela en el ámbito de un proceso civil son cuantitativa y cualitativamente ingentes fruto, y ocioso es incidir en ello, de las propias situaciones jurídicas, derechos, deberes, efectos... que se pueden trasladar a los tribunales.

Segundo, que por ese motivo y por considerar absurdo e imprudente que se grave al órgano jurisdiccional “con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso”, se consideró sensato y lógico que fuera “a quien crea necesitar tutela a quien se atribuyan las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela” (Exposición de Motivos, apartado VI).

Tercero, que “para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías” se hizo preciso imponer “a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado” (Exposición de Motivos, apartado VI).

No quisiera simplificar en exceso y repetir conceptos por todos conocidos, pero me parece ineludible continuar advirtiendo que alterar la esencia del proceso, que nos conduce a un *actus trium personarum* con actuaciones de dos partes parciales y de un tercero imparcial, es un error estratégico de enorme magnitud y de consecuencias imprevisibles. Sobre todo cuando procesalmente existe una distinta interpretación razonable y lógica que asegura el principio de efectividad y cuando materialmente las consecuencias del incumplimiento contractual desde la posición dominante del profesional vendedor ya fueron valoradas por el legislador europeo y español.

Con ello y volviendo a Chiovenda no pretendemos sugerir que el derecho a escoger sea absoluto o que la correlación que se precisa del órgano jurisdiccional haya de responder a una conformidad tan literal o rígida que impida que todos los puntos sometidos a decisión judicial alcancen adecuada solución (STS 9149/2012, de 5 de noviembre). No. Nuestra intención es otra y se dirige a recordar que el contenido esencial de aquel derecho y su consiguiente deber ha de ser inatacable y de obligado cumplimiento²³.

Si pocas dudas hay de que los litigantes no pueden convertirse en juzgadores, menos aún debiera haberlas en sentido inverso. El titular del órgano jurisdiccional no puede ni debe situarse en aquella posición y por ello no puede ni debe introducir peticiones, subsidiarias o no, que no hubie-

23 Y en este punto y como no podía ser de otra manera, hay que leer a MONTERO AROCA, J., *Proceso (civil y penal) y Garantía*, Valencia 2006.

ran sido previamente solicitadas por la parte o, en su caso, que no pudieran entenderse comprendidas en la pretensión interpuesta en uso de su libertad. Aunque se salve la contradicción. Lo exige la garantía de un juez imparcial que reconocen expresa o implícitamente todos los textos constitucionales e internacionales. En cualquier caso. Y también en el ámbito de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Y ha de insistirse, el camino seguido fue equivocado. Primero, porque la idea de que el consumidor de halla en situación de inferioridad respecto al empresario en lo referido a la capacidad de negociación o al nivel de información no es aplicable al escenario donde nos encontramos. Después, porque se parte de unos derechos disponibles que pueden acceder al proceso en pie de igualdad y en la medida y la forma que determine su titular. Finalmente porque en el ejercicio de esa autonomía de la voluntad el consumidor, no se olvide, estará asistido de abogado.

Parece claro, pues, que si el consumidor ignora o no percibe con amplitud sus derechos no es un problema asociado a la relación de consumo y consecuencia de su debilidad a la hora de contratar sino de algo ajeno y posterior que entra de lleno en el terreno de la defensa letrada. Y en este punto, como en otros muchos, entiendo que abogacía y judicatura deben caminar unidos. La salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes en el proceso y el respeto a los que siguen siendo sus principios estructurales lo requieren.

Porque restringir el derecho a escoger y otorgar al juez civil poderes para delimitar el objeto litigioso definido previamente y en uso de su libertad por la parte con asistencia de su letrado constituye, se quiera o no, un atentado a los cimientos del instrumento procesal. Y porque, lo hemos dicho, la vacilación es peligrosa y las consecuencias perversas. Para las partes, para una de ellas al menos, que podría encontrarse indefensa y desvalida de seguridad jurídica; para la abogacía, que podría convertirse en prescindible o en simple convidado de piedra; y para el órgano jurisdiccional, que podría caer en la tentación de hacer justicia con minúscula.

Prohibido leer a Chiovenda...

IV.- CONCLUYENDO...

Y termino.

Una vez más con un recordatorio que nos sirve ahora de conclusión.

Aquel mundo ideal al que se refería Salvatore Satta donde *“il veltro danzerà con le lepri, per dirlo con d’Annunzio,”* donde *“non ci saranno più bastonati nè bastonatori, per dirlo con Manzoni,”* o donde se acudirá al juez del brazo del adversario en demanda de consejo sobre el camino a elegir, todavía no ha llegado.

No sé si su advenimiento sería la solución a estos tiempos de crisis y de futuro incierto en que vivimos. Tampoco me atrevo a sostener, como hacía el jurista italiano, que si llegara finalmente aquel mundo ideal sería *“una bella giornata per chi potesse vivirla”*. Pero no tengo dudas que entonces, más que nunca, *“il giudice cesserebbe di essere giudice”*.

Muchas gracias a todos. Por acompañarme en este momento y en el camino previo. Por la atención prestada y por la indulgencia y el regalo recibido.

Y me permitirán que muy especialmente se lo agradezca a Pilar de la Oliva Marrades, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y a Juan Montero Aroca, Catedrático de Derecho Procesal y magistrado que fue de su Sala de lo Civil y Penal. Es de Justicia. Sin ellos, sin su magnífico y generoso hacer, no habría podido comprender el significado verdadero de la potestad jurisdiccional en lo que tiene de vocación de servicio e independencia, de dificultad, peligro y nobleza, de tutela de los derechos y de salvaguarda última del Estado y su armadura.

Esperando la llegada de aquella bella jornada que anunciaba el poeta y confesándoles que para mí hoy lo es,

Gracias de nuevo.

