



STVDIVM
GENERALE
CAESARAV-
GVSTANAE
CIVITATIS

COLECCIÓN PARANINFO
SAN BRAULIO 2015



Universidad Zaragoza

LA EXPERIENCIA PROCESAL DEL FRACASO DEL DERECHO · ÁNGEL BONET NAVARRO

LA EXPERIENCIA PROCESAL
DEL FRACASO DEL DERECHO

Ángel Bonet Navarro



STVDIVM
GENERALE
CAESARAV-
GVSTANAE
CIVITATIS



Prensas de la Universidad
Universidad Zaragoza

LA EXPERIENCIA PROCESAL
DEL FRACASO DEL DERECHO

LA EXPERIENCIA PROCESAL
DEL FRACASO DEL DERECHO

Ángel Bonet Navarro

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

STVDIVM
GENERALE
CAESARAV
GVSTANAE
CIVITATIS

COLECCIÓN PARANINFO
SAN BRAULIO 2015

- © Ángel Bonet Navarro
- © De la presente edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza
1.ª edición, 2015

Prensas de la Universidad de Zaragoza
Edificio de Ciencias Geológicas
c/ Pedro Cerbuna, 12 • 50009 Zaragoza, España
Tel.: 976 761 330. Fax: 976 761 063
puz@unizar.es <http://puz.unizar.es>

Impreso en España
Imprime: Servicio de Publicaciones. Universidad de Zaragoza
ISBN: 978-84-16272-62-4
Depósito legal: Z 103-2015

A Blanca, Isabela, Inés, Juan Pablo y Bruno

1 INTRODUCCIÓN

Podría causar inquietud el enunciado del título de esta lección, trasladándonos a regiones del pensamiento proclives a crear estados de ánimo de signo aciago, cataclísmico y caótico. Nada de esto hay detrás de dicho título. Porque, pese a que ponderar el alcance de lo que expresa pudiera originariamente inducir al abatimiento sobre el actual estado del cultivo y aprecio del derecho en su experiencia jurisdiccional, quiero asegurar que nada de esto guía mi propósito. Simplemente, la exposición va encaminada a poner de relieve que la sujeción a la ley y al derecho es algo que se encuentra habitualmente en el proceso jurisdiccional, y que este, en lugar de ser un elemento aflictivo, es la garantía de mi protección y aleja el trato arbitrario del adversario.¹

Tomando apoyo en estas breves consideraciones quiero dirigir mis ulteriores desarrollos de la tesis sugerida por el título, no por la línea solemne y comprome-

1 Cfr. A. de la Oliva Santos, «El diablo y la ley», en *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 30, y M. Libertini, «Il vincolo del diritto positivo per il giurista», en G. Zaccaria, *Diritto positivo e positività del diritto*, Turín, Giappichelli, 1991, p. 74.

tedora que me lleve a una abstracción teórica del asunto, aunque no desdeñe los beneficios de esta, sino al simple bosquejo de unos trazos que pertenecen a la llana experiencia de la vida jurídica que existencialmente pertenece a cualquiera que ajusta su conducta a exigencias que se le presentan como condición de la convivencia social; esto ya es actividad jurídica.²

El derecho es, entre otras cosas, una dimensión de la vida humana; una experiencia *de y en* la vida social. Con el derecho vivimos y experimentamos sus consecuencias naturalmente, siendo conocedores de ellas o sin serlo, en la realización de las múltiples tareas y acontecimientos que componen nuestra biografía. Así, en el ámbito de la normalidad, lo vivimos sin prestarle atención, como si no existiese. Sin embargo, la esfera del conflicto social frecuentemente erige un señalado apremio para tomar conciencia vibrante de la realidad y del valor del derecho en la vida humana. Es el momento de echarlo en falta o de buscarlo denodadamente para que efectivamente proteja nuestros intereses batidos y quizá ya violados por otra u otras personas. La inquietante zozobra sacude la tranquilidad al conocer y sufrir la exigencia injustificada o la resistencia sorda de alguien que desprecia nuestra situación y nuestros razonamientos.

En esta circunstancia, fracasados los razonamientos e interpelaciones para la amigable composición, lo invocamos ante los órganos jurisdiccionales para que lo apliquen en el sentido que pedimos. Y lo hacemos partiendo de la seguridad del funcionamiento de tales órganos y de la idoneidad del instrumento por medio del cual pronun-

2 Cfr. A. Ollero Tassara, *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 259.

cian sus decisiones. Sin embargo, la experimentación de la defensa del ejercicio del derecho en el proceso, como abogado en los tribunales y su estudio como profesor del derecho, me ha revelado, a lo largo de tantos años, cómo, en ocasiones, en el proceso jurisdiccional se evidencia la irrefragable demostración del naufragio del derecho que se invocaba y cuya tutela se pedía; al cabo, se aprecia en el juicio jurisdiccional la lastimosa experiencia del contraste entre lo que el derecho ofrece amparar y lo que el juez decide tutelar; de la disparidad entre decisión y justicia. Algo que no debería ser, no debería ocurrir así. Sin embargo, ocurre; y es.

Ahora bien, conviene distinguir algunos matices en este cuadro general que acabo de proponer. Como se podrá comprender fácilmente, no me estoy refiriendo ahora a los casos en que, ejercitada la correspondiente pretensión debidamente amparada por el derecho aplicable, no es estimada por alguna de las causas por las que ordinariamente se pierden los pleitos: una deficiencia probatoria, la existencia de otra norma que sustente un efecto contrapuesto al pretendido, o una defectuosa apreciación de la prueba o la incorrecta aplicación de la ley material por parte del juez; quizá la pérdida de alguna oportunidad procesal al no formular en tiempo un recurso o promover un incidente de previo pronunciamiento. Puede decirse en estos casos que mi derecho no ha sido tutelado, tal como pretendía, dejando a un lado calificaciones de responsabilidad. Esto es algo que entra dentro de lo posible; forma parte de la articulación del proceso. No me han dado la razón, pero ha sido debidamente examinada mi pretensión.

Tampoco me refiero a los casos en que la concurrencia de algún óbice o la falta de algún presupuesto procesal impiden llegar a un pronunciamiento sobre el fondo

a pesar de haber discurrido normalmente todo el procedimiento hasta el momento de dictar la sentencia.

Existen, sin embargo, otras circunstancias en las que la causa determinante del fracaso del derecho se halla en la deficiencia de la propia regulación del proceso o en su utilización inadecuada por parte del juez. Es en aquellas ocasiones en que el proceso aboca a la inseguridad por la insuficiencia de la eficacia de la ley procesal o por el activismo del juez que revelan, a veces, la existencia de peligrosos resquicios en el modo de proceder, por los que se malogra el derecho de los litigantes. La finalidad jurídica de la protección de sus intereses no se alcanza.³ Y de estos resquicios es preciso hablar como de oportunidades notadas y probadas para abordar la reforma del derecho del proceso a fin de que el derecho del ciudadano, cuya tutela se pretende en su cauce, sea eficaz y realmente protegido. Al estudio de esta situación he dedicado un largo tiempo de mi vida⁴ y un amable esfuerzo como jurista que ha podido disponer de una privilegiada doble lente: la de la práctica en el foro, que me ha enseñado a mirar el derecho en la vida, y la de la academia, desde la que he procurado enseñar el derecho para la vida.⁵

3 Cfr. A. Latorre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1972, 5.^a ed., pp. 162 ss.

4 Cfr. Á. Bonet Navarro, «Rasgos de la forma y formalismo en el proceso. (En defensa de la forma)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º II-III, abril-septiembre de 1977, pp. 451 ss.; también recogido en *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, IFC del CSIC, 1981, por donde se citará en lo sucesivo.

5 Estimo que este es un programa completo para un jurista. Enseñar el derecho y enseñar a respetarlo es ser y enseñar a ser benevolente, porque el derecho es la protección institucionalizada del desarrollo de la persona creando un orden justo. Sé que otros piensan de otra manera. Los respeto. La benevolencia, no en el sentido rousseauiano (J.-J. Rousseau, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigual-*

dad entre los hombres, Madrid, 1987, p. 151) y en el que a veces tiene esta palabra en el lenguaje ordinario (algo aislado: dar una limosna, ser condescendiente o, quizá simplemente, amable), sino como actitud habitual, es dar la vuelta al escarabajo que hallamos en nuestro camino boca arriba para que pueda seguir caminando; no aplastarlo (R. Spaemann, *Felicidad y benevolencia*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 146-164). Con la enseñanza, se ayuda a los alumnos para que encuentren el fin tutelar propio del derecho y para que lo aprecien. Luego viene la defensa del ejercicio del derecho: la vida del derecho y el derecho en la vida. La benevolencia me enseña que el derecho me defiende, pero también defiende a mi contrario. El abogado ejerce esta bella y primorosa tarea de defensa en beneficio de los demás. El artículo 10.1 CE proclama que «[...] el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Una buena elección de lentes.

2.1. La actualidad del derecho que hay que defender

El derecho no es una abstracción, sino una concreta actualidad en el sentido genuino de esa palabra (actual de *ago*: activo, práctico) que, como se ha dicho, se reconoce en tres circunstancias o ámbitos: el espacial, el temporal y el cultural.⁶

Es oportuno profundizar en el examen de esta triple perspectiva de la actualidad jurídica, porque permite conocer el campo al que hay que acudir para intentar la gesta de aproximarse al conocimiento del estado del derecho y llevar a cabo una eficaz defensa. No solo en su aspecto teórico, ni en la plasmación textual del derecho positivo (*puesto*) en la norma formal, sino en su realización práctica; en la denominada experiencia jurídica.

Al hablar de gesta entiendo que no incurro en falta alguna de comedimiento si, al mismo tiempo, pienso en la valerosa determinación de conocer y cultivar el derecho. Porque, aun a pesar de estar dotado el jurista con

6 Cfr. M. Otero Parga y F. Puy Muñoz, *Jurisprudencia dialéctica*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 88.

una notable facilidad de lectura de los textos, una copiosa disposición de tiempo y una protegida serenidad para la asimilación de todo lo leído y estudiado —dando por su puesta su inteligencia preclara—, la producción de normas es tan abultada y la edición de obras jurídicas tan desbordante que resulta difícil augurarle un dominio pronto y satisfactorio de cualquier tema, incluso en los planos medios del conocimiento de la especialidad a la que ese jurista se dedica. Por eso, a menudo, hallamos al jurista, aun casi sin quererlo, ocupado en una modesta y acelerada labor de exégesis de la ley (¡solo de la ley!) para explicar urgentemente qué ocurre con el derecho (quizá, sin *cómos* ni *porqués*), ya que solo en ella es, al parecer, posible lograr una autorresponsable reducción de la complejidad.⁷ Y esto se observa incluso, a veces, en obras que se presentan como *exposiciones o monografías* destinadas a formar a los nuevos juristas, o en publicaciones que tienen por objeto dar a conocer las novedades legislativas tan pronto como se publica la correspondiente ley en el *Boletín Oficial del Estado*.

No obstante, tampoco desmerece el título de gesta la tarea de defender el derecho cuando se emprende por el jurista frente a la labor fraudulenta *permitida* por una ley deficiente, aunque no haya sido querida su conformación por el legislador, o cuando el jurista se encuentra en su experiencia con leyes que no siguen los parámetros de abstracción, generalidad y racionalidad que abonan la certeza del derecho;⁸ o cuando halla normas que no se ajustan a los patrones de la técnica legislativa, o que son

7 Cfr. N. Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, en *Soziologie Aufklärung*, Colonia, Westdeutscher Verlag, 1970, p. 126.

8 Cfr. A. de la Oliva Santos, «Racionalidad y normatividad», en *Escritos*, pp. 10 ss.

fruto de la improvisación, de la confusa expresión lingüística, o incoherentes en su propio articulado.

La actualidad del derecho (*ius vivens*) se aprecia en los tres marcos que he mencionado. Prestemos atención a lo que en ellos se contiene. Porque esta observación nos permitirá conocer y comprender mejor el asunto que es objeto de nuestro estudio; al cabo, el derrotero que puede seguir la defensa y estimación del derecho dentro del proceso jurisdiccional.

A) *La actualidad espacial*

La fatigosa tarea del jurista, hasta hacer desfallecer a los más animosos, es provocada por y parte de la pluralidad y atipicidad de fuentes jurídicas que concurren para ordenar o resolver un conflicto. Miramos el espacio material y físico de la ordenación o de la resolución del conflicto y descubrimos, quizá con asombro, que no es un territorio concreto de un Estado, sino que es el mundo. Ya se ha hablado de un *diritto sconfinato*.⁹ Además, no estamos solo ante una normativa nacida de lo *oficial*, sino la que se impone y, en ocasiones, prevalece, nacida de lo *privado*. Ahora el derecho aplicable no es solo el constituido por aquellas *disposiciones* que nacen de los aparatos institucionales de los Estados, sino de organizaciones supraestatales e internacionales e incluso de ámbitos privados de poder económico que establecen, observan y *resuelven* sobre un derecho contractual que es consecuencia de las exigencias del mercado. La desterritorialidad del derecho y el redescubrimiento del pluralismo jurídi-

9 Cfr. M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, *passim*. Ver también de la misma autora *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000.

co que surge de la desafección territorial de la norma son dos evidencias que orientan la actual experiencia jurídica. Por razón de esta desterritorialidad del derecho y de la complejidad de las fuentes —profunda y dispersa en ocasiones— resulta difícil saber con exactitud quién, a quién y en qué medida ampara el derecho.¹⁰

Este espacio jurídico condiciona no solo el modo de conocer el derecho, sino el modo de defender el derecho. La *defensa* que proviene del simple ejercicio del derecho y de su ordinario acatamiento puede verse afectada cuando surgen dudas fundadas acerca de cuál es el derecho que ampara los intereses del ciudadano en cada caso. La concurrencia de varios *derechos* en un territorio no vertebrado ya por las fronteras hace vacilar y enerva la certeza de la consecuencia jurídica que ha de producir determinada actuación. Pero, cuando se utilizan los instrumentos tuitivos del derecho, tradicionalmente establecidos, no deja de resentirse el funcionamiento de unos mecanismos que se construyeron sin tener en cuenta esta circunstancia espacial. La «globalización jurídica» no solo determina una multiplicidad y atipicidad de las fuentes normativas, y una incondicionada sumisión a la factualidad económica que prorrumpe con determinación en los enunciados normativos que formulan las instancias reguladoras oficiales y privadas, sino que genera un incremento de tribunales, arbitrajes administrativos e institucionales y organismos parajurisdiccionales estatales, ultraestatales, internacionales no coordinados entre sí que operan por todas partes.¹¹ En el ámbito interno de los

10 Cfr. M. Á. Fernández-Ballesteros, *Avenencia o ADR*, Madrid, Iurgium, 2013, 1.ª ed., p. 36.

11 P. Grossi, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, trad. de C. Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 60-62. Más recientemente,

Estados también se genera una variedad de situaciones fácticas cuya multiforme realidad está sometida a una amplia dispersión normativa general o sectorial no siempre bien coordinada y enlazada. Asimismo, en estos casos, surgen dudas acerca de cuál será el camino a seguir para obtener la tutela del derecho vulnerado ante tribunales que están establecidos según una organización previa.

B) *La actualidad temporal*

La conexión de un sistema jurídico con el hombre de su tiempo es, a todas luces, una realidad insoslayable. El derecho nace de la experiencia de la vida colectiva, con el designio de establecer un orden justo en un determinado contexto histórico.¹² El significado histórico del derecho, en cuanto hace referencia a un tiempo concreto, lleva al creador, al intérprete y al aplicador del derecho a tomar inmediatamente la doble referencia de los «antecedentes históricos» y «la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas» las normas (art. 3 CC). Porque el derecho no se *da* solo para el instante en que la norma es promulgada ni para los intereses inmediatos, sino para un futuro; como «visión del interés a largo plazo».¹³ De esta manera se puede contar con una regulación diacrónica de las realidades sociales que transmite la conveniente serenidad y certeza en el actuar. En tal caso, tener en cuenta la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse la norma se reduce, como se ha dicho, a oír la voz

N. Picardi, «Le trasformazione della giustizia nell'età della globalizzazione», *Rivista di diritto processuale*, n.º 5, 2012, pp. 1153 ss.

¹² Cfr. A. E. Pérez Luño, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2008, 7.ª ed., p. 38.

¹³ Cfr. R. von Ihering, *El fin en el derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000.

del derecho que surge en la actualidad de debajo de las cosas.¹⁴

Sin embargo, cuando se contempla la actualidad temporal del derecho, no hace falta mucha perspicacia para comprobar cómo prolifera la legislación de urgencia que camina al paso de las protestas, algaradas o manifestaciones sociales, casi como si se tratara de una legislación de guerra; una legislación que surge de una situación conflictiva recientemente regulada, pero cuyos matices, que no fueron advertidos finamente por el legislador al crear la norma, ya han engendrado otra anomalía; o de una desdicha humana individual que ha conmovido a la sociedad; cuando no se debe a una crisis económica no prevenida por las autoridades económicas y financieras que, casi a diario, va tomando nuevos aspectos, en buena medida, faltos de regulación. Podemos pensar en la expansión de la actividad normativa por medio del real decreto-ley. Así, una reforma sucede a otra que no es ya más que la penúltima reforma que convoca a otra reforma.

Aquí se está prestando oído también al derecho que surge en la actualidad de debajo de las cosas, pero de otra manera. Ciertamente, es un derecho sincrónico que hoy es y mañana (no dentro de tres meses) no sabemos si seguirá siendo. Importa el aquí y ahora. Porque viene a regular el conflicto que ya acaba de plantearse y que carece de ordenación. Ahora bien, no es fácil averiguar si estas normas que afloran en circunstancias de urgencia para *un* caso que quizá pueda darse de nuevo, y que vienen dictadas por la necesidad y oportunidad del momento, no serán, al mismo tiempo, fundamentos de un nuevo

14 Cfr. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Turín, Bocca, 1893, vol. I, «Prefazione», p. 7.

derecho que, nacido de la más pura *factualidad* económica o social, está destinado a desarrollarse en un futuro más o menos próximo.

C) *La actualidad cultural*

Durante más de una centuria no parece que hubiese otra referencia para describir al derecho que la palabra *ley*. El uso quedaba determinado por los postulados de la modernidad que ensalza hasta límites anteriormente desconocidos al Estado, siendo el poder político el único ente legítimo para transformar las relaciones sociales en reglas jurídicas.¹⁵ La cultura del código, que domina en la sociedad moderna durante todo el siglo XIX y parte del XX, aporta una excelente situación de comodidad y certeza para el operador jurídico, a cambio de un acatamiento conformista al código sin fisuras. En esa cultura el intérprete no es más que un modesto mediador entre el legislador y el destinatario del precepto. El mismo Código Civil español establecía en el artículo 6.II, en su versión inicial (1889), una norma a guisa de clara advertencia al *lector* y aplicador del derecho: «Estas son las únicas fuentes del derecho que se aplicarán “cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido”». También partía de la idea predominante en la época de la supremacía de la perfección estética del sistema lógico-formal.¹⁶

En la actualidad no ocupa exclusivamente el terreno de lo jurídico la ley, considerada en su visión más positi-

15 Cfr. P. Grossi, *El Novecientos*, pp. 16 ss., en especial p. 18.

16 A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Sevilla, Minerva, 1995, pp. 45 ss., afirma que la coherencia lógica y el rigor sistemático de un ordenamiento jurídico no representan por sí solos una garantía de la legitimidad o justicia de sus contenidos normativos.

vista del derecho,¹⁷ sino que el ciudadano se organiza y ve su convivencia jurídicamente organizada mediante una labor de abogados, notarios, registradores, hombres de negocios, corporaciones empresariales, sindicatos de la que, en su caso, toma razón el mismo juez cuando tiene que aplicar el derecho al caso planteado ante él. Junto a la ley existen otras formas espontáneas no categorizadas conceptualmente, usos, costumbres, directivas, recomendaciones, estándares, modelos uniformes, normas técnicas, protocolos, códigos de conducta diseñados por unos u otros grupos o entidades privadas (no oficiales) con la voluntad de observarlos sin saber a ciencia cierta cuál es su fuerza de obligar. Hay un mundo que no es el del legislador *oficial* en el que adquiere eficacia y tiene valor esta forma de ordenamiento jurídico. No en el sentido de *orden-mandato*, sino en el de «ordenamiento de lo social» con el significado de poner orden: una finalidad propia del derecho.¹⁸

¿Dónde queda la pirámide kelseniana? Para algunos sometida a un apeo continuo de sus piezas, para otros ya desmoronada; quizá hecha un montón de escombros sobre un terreno que es preciso recoger para dejar limpio

17 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961 (*El concepto del Derecho*, trad. de G. R. Carrio, México, Editora Nacional, 1980, § 5.1 y 5.3), considera el derecho como una reunión de reglas primarias de obligación que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, quieran o no. Al cabo, afirma P. Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 34, aparece como un sistema de reglas autoritarias, abstractas, inelásticas e incriticables en su contenido, porque su autoridad no procede de su cualidad, sino de la cualidad del sujeto legislador.

18 En este sentido explica la expresión Santi Romano en su obra, publicada en 1914, *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. y L. Martín-Retortillo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 15 y, sobre todo, pp. 22-24.

el solar sobre el que se levantaba para que se pueda construir otra cosa.¹⁹

Por lo demás, la actualidad cultural jurídica está decidida por la concepción explicativa del derecho como *experiencia jurídica*, entendida como tal en sí,²⁰ bien que con diversos matices. Así, la experiencia no puede darse sin tomar en consideración conjuntamente el *hecho social*, la *norma* y el *valor*.²¹ Todos estos elementos confluyen en el *mundo de la vida común (Lebenswelt)*.²² Por este método se trata de conocer el derecho en todo su ciclo vital, desde su fundamento en *valores* dignos de protección, su partida de conductas sociales, su expresión normativa, su cumplimiento por los ciudadanos y su aplicación por los operadores jurídicos cuando no es cumplido dentro de una denominada dialéctica de la complementariedad.²³ Se reservan para estas *experiencias* diversos nombres: «realidad jurídica», «fenómeno jurídico», «derecho vivo», «derecho en acción», transparentándose en ellas las plasmas convencionales, la jurisprudencia consolidada por los tribunales o las normativas sectoriales como algo contrapuesto o yuxtapuesto al «derecho legislativo textual». Podría decirse que actualmente el derecho «se vive en vivo». Solo la confianza de hallarse el derecho en manos de un experto conocedor de la realidad jurídica permite mantener las expectativas de alcanzar una juiciosa decisión jurídica y, por tanto, justa.

19 Cfr. P. Grossi, *El Novecientos*, p. 63.

20 Cfr. A. E. Pérez Luño, *Teoría del derecho*, p. 41.

21 Cfr. M. Reale, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de Á. Mateos, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 103 ss.

22 M. Reale (ib., p. 107) toma esta idea de Husserl, de quien cita *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, trad. de E. Filippini, Milán, 1965, 2.^a ed., pp. 133-213.

23 Cfr. M. Reale, *Teoría*, p. 103.

Tomando en consideración estas circunstancias que rodean el presente ciclo existencial del derecho, no cabe sino formular una pregunta que precisa una respuesta: ¿Tiene la gente fe en ese derecho?, la cual se enlaza con otra pregunta: ¿Cómo defender el derecho en la situación actual?, también necesitada de respuesta. Comencemos por buscar la respuesta a la segunda pregunta.

2.2. La lucha por el derecho es la lucha por su defensa

Ver la actualidad del derecho, en el sentido genuino que ofrece la significación de este sintagma, no es otra cosa que reconocerlo activo: cómo es y cómo actúa el derecho en la realidad. Nos referimos a una manera de examinar, conocer e interpretar el derecho que supera el análisis del texto inerte, ordenado formalmente en un código o en la ley que emana del Parlamento, al que acude el ciudadano al organizar sus relaciones con otros; y el juez para decidir la cuestión planteada debidamente ante él en un concreto proceso.

Esa experiencia de la *acción* del derecho no precisa necesariamente de la actuación del juez. Ni tampoco comporta una situación conflictiva. El juez solo aplica la ley cuando el ciudadano sometido a ella no la cumple y otro ciudadano exige su cumplimiento. Cumplir la ley es compararla con una situación de hecho para saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer; y acomodar a ella la conducta. Es la forma ordinaria de cumplir y luchar por el derecho, aun sin tener conciencia de que se está cumpliendo una concreta norma de un código que posiblemente ese ciudadano no ha leído nunca. De una manera sencilla pero luminosa, afirma Carnelutti que «el juez provee a terminar el producto semielabora-

do únicamente cuando los ciudadanos no consiguen hacerlo».²⁴

A) *Su ejercicio ya es defensa*

La labor del ciudadano, al recorrer la senda de su existencia dentro de la sociedad en su dimensión jurídica, está enderezada por sí a la lucha y defensa del derecho. Es conocido el pensamiento de Ihering expresado de forma paremiológica: «el derecho es trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo».²⁵ La lucha es elemento connatural al derecho. Y ello porque la única manera de conseguir la paz ansiada por la justicia es luchar con el derecho contra la injusticia.²⁶

Inmediatamente que el ciudadano, lesionado en sus intereses, en su limitado mundo, decide luchar por su derecho, no solo está defendiendo sus intereses, sino que defiende los intereses de los demás, el propio interés que el Estado tiene al establecer el derecho.²⁷ Cuando otro defiende sus intereses ejerciendo su derecho no solo atiende a su salvaguarda personal, sino que me defiende a mí, aun cuando en este momento no tenga ningún agravio sufrido. Así se ha configurado el ejercicio del derecho como un acto de conservación personal al mismo tiempo que un deber.²⁸

24 Cfr. F. Carnelutti, *Cómo nace el derecho*, trad. de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redín, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1994, pp. 2-3. Asimismo, A. Ollero Tassara, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 276.

25 R. von Ihering, *La lucha por el derecho*, trad. de A. Posada, Madrid, Civitas, 1985, p. 60.

26 Ib.

27 Ib., p. 112.

28 Ib., p. 95.

Un eco de esto se halla en el resplandeciente pasaje de una conferencia que Calamandrei pronunció en una época especialmente compleja como fue la de la Italia fascista y que merece la pena ser reproducido:

El derecho no está hecho para mí o para ti, sino para todos los hombres que mañana vayan a encontrarse en la misma situación en la que yo me encuentro. Esta es la gran virtud civilizadora y educadora del derecho, del derecho incluso entendido como pura fórmula, independientemente de la bondad de su contenido: que no puede ser pensado sino en forma de correlación recíproca; que no puede ser afirmado en mí sin serlo al mismo tiempo en todos mis semejantes; que no puede ser ofendido en mí semejante sin ofenderme a mí; sin ofender a todos los que mañana pudieran ser titulares del mismo derecho, víctimas de la misma ofensa. En el principio de legalidad está el reconocimiento de la igual dignidad moral de todos los hombres, en la observancia individual de la ley está la garantía de la paz y libertad de cada uno.²⁹

El beneficio de esta defensa es «real, perfectamente práctico, comprendido y apreciado por todos, como se defiende y asegura el orden establecido en las relaciones sociales».³⁰ Ihering busca toda la robustez de este pensamiento en un texto literario clásico de gran fuerza expresiva para iluminar la realidad de la pujanza del derecho y su defensa mediante su ejercicio.³¹ Son las palabras que Shakespeare, en *El mercader de Venecia*, pone en boca del prestamista judío Shylock. Bassanio no le ha devuelto el préstamo de tres mil ducados. Y el prestamista ejercita la estrafalaria pretensión, amparada en un título notarial

29 P. Calamandrei, *Fe en el derecho*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 103 (pronunciada en el mes de enero de 1940).

30 R. von Ihering, *La lucha por el derecho*, pp. 100 ss.

31 *Ib.*, pp. 106-107.

(«me atengo al documento», dice Shylock), de cobrar una libra exacta de carne cortada y quitada de la parte que le plazca del cuerpo del mercader Antonio, fiador de Bassanio. Por toda invocación de justicia para exigir la cruenta fianza de la libra de carne, interpela al Dogo: «Es mía y quiero tenerla. Si me la negáis, ¡ay de vuestras leyes! Los decretos de Venecia ya no tendrían fuerza».³² «De extraña naturaleza es la pretensión que seguís, pero de tal forma que el derecho veneciano no os puede impugnar que la llevéis adelante», dice Porcia, y concluye: «No ha de ser así. No hay poder en Venecia que pueda alterar un decreto establecido; se anotaría como precedente, y, por ese mismo ejemplo, muchos abusos invadirían el Estado. No puede ser [...] el tribunal lo concede y la ley lo da».

El ejercicio de un derecho es lucha por el derecho que hace crecer a toda la sociedad, la consolida en su organización y consigue para ella la paz. Porque el derecho es expresión de la sociedad, es ordenamiento que organiza lo social y se establece para ser observado.³³

La inobservancia de lo ordenado por el derecho constituye el incumplimiento. Nace el *desorden* característico del conflicto que en la organización social debe reconducirse de nuevo a la paz. La falta de observancia del derecho produce una lesión. Su tamaño, su profundidad y su extensión deben ser medidos jurídicamente para ser reparada aquella. Solo cuando se toma conciencia de la existencia y el tamaño de la lesión con todas sus circunstancias, estamos en disposición de establecer la medida en que el derecho debe ejercitarse ajustadamente

32 W. Shakespeare, *El mercader de Venecia*, trad. de J. M.^a Valverde, Barcelona, Planeta, 1982, acto cuarto, escena primera.

33 Cfr. P. Grossi, *La primera lección de derecho*, trad. de C. Álvarez Alonso, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 24 ss.

para subsanar la inobservancia perpetrada y así restablecer la paz.

No hay que olvidar que también existe otro camino para conseguir la paz: renunciar al ejercicio del derecho transigiendo.

B) *El incierto modo de defensa del derecho en la transacción*

Litigar, en sentido amplio, es debatir judicialmente por un derecho, pero lo que subyace en el debate no es una mera disceptación teórica, sino que es la invocación y la reclamación contendidas de la observancia del ordenamiento jurídico previamente establecido para exigir que se restituya e imponga el respeto de la situación jurídica perturbada, doblegando al opositor en el conflicto. Transigir, sin embargo, es evitar la provocación de un pleito o poner término al que ya ha comenzado (art. 1809 CC). Al cabo, es declinar la exigencia de la observancia del ordenamiento jurídico que se infringió, para superar el conflicto, aceptando al creador del conflicto en un nuevo ordenamiento jurídico.³⁴ Lo primero conduce a la resolución del conflicto aplicando el derecho; lo segundo lleva a la remoción del conflicto incluso al margen del derecho. Para ello, en lo primero, el juez decide necesariamente la controversia entre contrarios según lo que estima justo; en lo segundo, los contrarios componen la controversia, sin mirar necesariamente a lo que se estima justo, sino a lo que es querido y asumido por ellos. En lo primero se exige la virtualidad del derecho ejercitado y se impone; en lo segundo no se mira el derecho para imponerlo,

³⁴ F. Santoro Pasarelli, «L'accertamento negoziale e la transazione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, p. 6, afirma que en la transacción las partes obtienen una certeza creada, pero no una certeza hallada, como ocurre en la sentencia.

sino lo que las partes quieren aunque no exista equivalencia u otro género de igualdad entre las concesiones hechas y aceptadas, a pesar de haber un moderado, excesivo sacrificio, o aniquilación completa del derecho.³⁵

2.3. El ámbito último de la defensa del derecho: la jurisdicción y el proceso jurisdiccional

A) *La jurisdicción es garantía del derecho*

En el campo de la defensa del derecho hallamos el establecimiento de la actividad jurisdiccional como función de garantía del cumplimiento de los derechos subjetivos y de observancia del derecho objetivo. «Lo judicial es un *primum* radical dentro de la diversidad de elementos que constituyen la realidad jurídica».³⁶ El artículo 117 CE describe el ejercicio de la potestad jurisdiccional por juzgados y tribunales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado y, en su caso, ejerciendo las funciones que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. La única sumisión de los jueces y magistrados que integran los juzgados y tribunales es la determinada constitucionalmente al imperio de la ley. La unívoca referencia a un *estándar* objetivo y externo al órgano evita el riesgo de incurrir en veleidades propias de una jurisprudencia de sentimientos u opinión (*Die Gefühlsjurisprudenz*).³⁷ Esta configuración de la función presenta a la jurisdicción como una garantía del

35 Cfr. Á. Bonet Navarro (dir.), *Proceso civil y mediación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 80 ss.

36 A. Ollero Tassara, *El derecho en teoría*, p. 258.

37 Cfr. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung: Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, 1923, pp. 101 y 111, cit. por B. N. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, trad. de E. Ponssa de la ed. inglesa *The nature of the judicial process*, Granada, Comares, 2004, p. 55.

derecho cierta que, por su naturaleza instrumental, podemos denominar secundaria. Porque solo actúa cuando se afirma que se produce la inobservancia del derecho.

En efecto, se ha distinguido la doble categoría de normas primarias y normas secundarias en un sentido cronológico de actuación: lo secundario es posterior a lo primario.³⁸ Entre las primeras normas se hallan aquellas que ordenan directamente reglas de comportamiento para determinar lo que es obligatorio, lo que está prohibido o lo que se debe hacer o no hacer conforme al equilibrio de intereses diseñado por el legislador al fijar el alcance y límite de los derechos. Pero, cuando la norma primaria es incumplida, para evitar su ineficacia, el ordenamiento jurídico proporciona las normas secundarias que están disponibles para reclamar la aplicación de la norma incumplida.³⁹ Por ello, las normas secundarias se aplican ante el incumplimiento constatado de las normas primarias.⁴⁰ Y para ello «adjudican la potestad de aplicar el derecho y definen el procedimiento a seguir»:⁴¹ establecen jueces, procedimientos y decisiones cualificadas para lograr la eficacia de las normas jurídicas eventualmente negada por sus destinatarios.⁴²

38 Cfr. N. Bobbio, «Ancora sulle norme primarie e secondarie», *Rivista di filosofia*, n.º 9, 1968, pp. 35-53, y H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 9-10 y caps. I, II, III y IV.

39 *Ib.*

40 L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2007, t. I, pp. 833-834.

41 Cfr. A. E. Pérez Luño (con la colaboración de C. Alarcón Cabrera, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2007, 6.ª ed., p. 199.

42 F. de Castro, *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 1970, 5.ª ed., p. 119, se refiere a la «capacidad de reacción» de las normas de derecho positivo.

En el pensamiento kelseniano la norma es eficaz, bien cuando es obedecida por los súbditos, bien cuando, en caso de desobediencia, es aplicada por los jueces.⁴³ Por eso se ha afirmado que «la más clásica e importante de las funciones de garantía es ciertamente la jurisdiccional, que desarrolla un papel central en la vida del derecho como función de garantía secundaria».⁴⁴ Esta calificación de secundaria no es debida a un criterio axiológico, sino, como hemos dicho, a la cronología de su actuación por razón de su naturaleza instrumental. Sirve para la realización efectiva del derecho. Carnelutti afirmaba que fundamentaba su «preferencia por el proceso, en que el derecho es más genuinamente derecho o por lo menos es más comprensible como tal». El derecho «es más comprensible» dentro del proceso porque lo «veía» en movimiento.⁴⁵

Sin que se pueda negar que el derecho también se vea vivo y en movimiento fuera del proceso, lo cierto es que en este, como instrumento de la jurisdicción, establecido para desplegar su función de comprobar la «verdad procesal» de hecho y de derecho sobre el conflicto, puede aparecer el derecho discutido con coloraciones más marcadas.⁴⁶ Porque la jurisdicción con su proceso es el lugar en que se ofrece el último y supremo cauce para su defensa, versando toda la actuación jurisdiccional solo sobre el derecho que no ha sido observado:⁴⁷ así resulta «más comprensible como tal».

43 A este respecto es conocida la exagerada sentencia de Bülow: «ley y función judicial proporcionan al pueblo su derecho».

44 L. Ferrajoli, *Principia*, t. I, p. 831.

45 F. Carnelutti, «La certeza del derecho», en *Estudios de Derecho Procesal*, trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. I, p. 328.

46 L. Ferrajoli, *Principia*, t. II, p. 200.

47 Cfr. Á. Bonet Navarro, *El juicio sobre la suficiencia en la ejecución de las sentencias de condena dineraria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 30.

El legislador español ha puesto de relieve este carácter en el preámbulo de la reciente Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Al tratar de hallar un significado para la mediación en el ordenamiento jurídico español, configurándola como un instrumento eficaz para la resolución de controversias, concebida como institución ordenada a la paz jurídica,⁴⁸ afirma el legislador que dicha mediación «contribuye a concebir a los Tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes [...], reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia».⁴⁹

48 El Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, pondera, como «ejes de la mediación», algo que sirve para discernir inmediatamente la distancia que existe entre la novedosa función de la mediación (con sus medios; *procedimiento*) y la consagrada y peculiar función de la jurisdicción (con su proceso): *a*) «la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto» y *b*) la «desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio».

49 Cfr. Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008 (19), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles propone proteger el acuerdo resultante de la mediación con una atribución que estima codiciable: «La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva».

El redactor del texto del Preámbulo de la Ley sigue los pasos del legislador comunitario en el Preámbulo de la Directiva: «La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judi-

En definitiva, considera la jurisdicción y sus procesos como algo que se hallaría al final del recorrido establecido para la defensa del derecho; bien por fijarla la propia ley ahí como previsto remedio postrero, bien por situarla en ese último lugar la voluntad de las partes interesadas, como suele ser habitual, en el ápice de las «cláusulas escaladas», ya conocidas en la contratación transnacional, pactadas para la solución sucesiva de las controversias que puedan surgir en la ejecución del contrato principal.⁵⁰

Esta manera de expresarse el legislador denota su convencimiento de la innegable preeminencia de la jurisdicción, resaltando su valor de garantía.⁵¹ Si el conflicto esca-

cial», en cuya declaración se encierra una latente confesión de desigualdad. En definitiva; aspira a dotar a la mediación de algo que tiene el proceso jurisdiccional y que esta institución no puede dar (sobre esto puede verse Á. Bonet Navarro (dir.), *Proceso civil*, pp. 22-23). Por eso es preciso cohonestar su regulación «con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales», articulando una «adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución» (Preámbulo de la Ley 5/2012, párrafos III y V).

Cfr. M.ª R. Gutiérrez Sanz, «El procedimiento de mediación: transposición de la directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en T. Hualde Manso (dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 203 ss.

50 Cfr. M. Á. Fernández-Ballesteros, *Avenencia*, pp. 77 ss. En la página 81 compone un modelo de «cláusula escalada» en la que, por supuesto, tiene cabida como último recurso siempre el pleito ante un tribunal estatal. Esta puede ser la secuencia que señala el autor: «i) negociación entre partes; ii) mediación si la negociación fracasa; iii) arbitraje si con la mediación no se obtiene acuerdo, y iv) litigación ante los tribunales de cierto país si, cualquiera que sea la razón, el convenio arbitral se declara nulo o las partes, de forma expresa o tácita, renuncian al convenio arbitral».

51 Cfr. J. F. Herrero Perezagua, *Lo jurisdiccional en entredicho*, Cizur Menor, Thomson Reuter, 2014, p. 17.

pa del control de las partes para su resolución por los medios ADR,⁵² la jurisdicción es el último reducto establecido como medio seguro y abierto a todos para la defensa de su derecho; reducto que no es otra cosa que lo expresado con lenguaje constitucional al proclamar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del que no se puede privar a ningún ciudadano (art. 24 CE).

Al margen del notable candor y credulidad que, respecto de la eficacia actual de la mediación, revela el redactor del preámbulo de la ley española que la regula, presentándola como un vigoroso *valor emergente* para la solución de conflictos, ha de rendirse ante la evidencia de que, al final, se halla siempre el muro de la necesidad de defender la ley y el derecho de forma adecuada. Incluso al presentarse en dicho preámbulo como una de las ventajas del sistema de mediación la rentabilidad económica por el no elevado coste de su sustanciación, el eventual desenlace final de lo acordado por medio de la mediación hace pensar en dos experiencias de la vida: lo barato no es siempre bueno; y todo lo barato puede acabar siendo caro. Incluso después de la mediación concluida se halla la jurisdicción para dar eficacia a lo en ella conseguido, según hemos anotado anteriormente.

Con ocasión de la reforma de la LEC para conseguir la agilización procesal, el legislador español no desdeñó en 2011 el significativo dato del incremento de la litigiosidad en nuestro país en relación con la producida hace diez años, para ponderar que «el sobrevenido aumento de la litigiosidad es indicativo de la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra Adminis-

52 *Alternative Dispute Resolution*, o Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC en español).

tración de Justicia como medio para resolver sus conflictos y pretensiones». ⁵³

Si esta confiada decisión ciudadana, al expresar sus preferencias por la actuación judicial, pone de relieve el reconocimiento de que la lucha por el derecho se halla bien asegurada por la existencia y por el impecable funcionamiento del proceso jurisdiccional y busca en él su amparo y paradigma, inmediateamente surge el aviso de cuidar la construcción *ex novo* del procedimiento y de preservar el proceso del deterioro que puede producirse por una defectuosa reforma en su puesta a punto ante los rápidos cambios sociales y el alumbramiento de nuevos intereses precisados de tutela. ⁵⁴

El legislador español es consciente de esta acuciante necesidad: urgente y continua. Podría decirse que en las últimas reformas de la LEC late una misma inquietud: la búsqueda de la eficiencia. ⁵⁵ Por eso, ante esta feliz tesis, impregnada de la noción de que el oficio jurisdiccional es

53 Ver Preámbulo de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, apdo. 2.

54 Cfr. Á. Bonet Navarro, «La coherencia de las reformas con el sistema de la LEC», en J. F. Herrero Perezagua (dir.), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, Thomson Reuter, 2014, pp. 33 ss.

55 Con expresiones semejantes el legislador explica la necesidad de reformar el proceso. «Distintos instrumentos han incidido sobre la conveniencia de dotar a nuestra justicia de medios modernos y eficientes» Y, precisamente por esa elección de los ciudadanos y por esa creciente demanda, «se ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad» (Preámbulo de la Ley 37/2011, apdo. 2). En el mismo sentido lo expresan el Preámbulo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, apdo. II, y el Preámbulo de Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la anterior, apdos. I y II.

la garantía suprema de la tutela de los derechos de los ciudadanos impartida por un sistema judicial de calidad capaz de resolver los conflictos que surgen en la sociedad, moderna en su configuración y compleja en sus relaciones,⁵⁶ se justifica mal una especie de deriva impuesta por la velda impotencia ante un esfuerzo que no se puede o no se quiere realizar para garantizar la protección eficiente de los derechos.⁵⁷ Porque en ocasiones parece desvelarse una sutil y vergonzante desconfianza hacia la afirmada ventaja de la jurisdicción por considerarla incapaz de poner la paz con la solución jurídica del conflicto,⁵⁸ dando un quiebro con el que se pretende entretener la atención de aquel sujeto a quien se le ha convencido de que el mejor instrumento para la defensa de los derechos es el proceso jurisdiccional.⁵⁹

La convicción de que la jurisdicción es una garantía de los derechos y el proceso su instrumento despliega amplios campos para la ponderación de la responsabilidad que deben asumir quienes ordenan jurídicamente (en el sentido antes visto de organizar algo jurídicamente) lo judicial (órganos y procedimientos). Porque la auténtica e insuperable frustración del derecho se produce cuando, encomendada su dilucidación y discernimiento a los jue-

56 Cfr. Preámbulo de la Ley 5/2012, apdo. 1.

57 Cfr. M. Taruffo, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho procesal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 28.

58 Cfr. J. F. Herrero Perezagua, *Lo jurisdiccional*, p. 16, quien expone una cuidada y acertada consideración sobre lo que significa *alternativo* en esta distinción de funciones de la jurisdicción y de las ADR.

59 M. Á. Fernández-Ballesteros, *Avenencia*, p. 135, señala otras razones que propalan los incondicionales de la mediación: «la mediación no existe para resolver conflictos, sino para crear nuevas oportunidades», establecer un «mecanismo de creación de valor nuevo», etc. No para ejercer una función vicaria de la jurisdicción.

ces, una y otro no se consiguen. En este caso, recordando las palabras puestas por Shakespeare en boca de Shylock, no solo pierde la confianza en el derecho el litigante que accedió al proceso para ver su derecho tutelado, sino la sociedad entera. Al afirmar esto no contemplo la situación de las resoluciones objetivamente injustas, porque contradicen el derecho, sino aquella otra situación en que la defensa del derecho queda impedida por el ámbito en que se manifiesta la función jurisdiccional o porque lo estorba el curso del instrumento utilizado. En definitiva, porque es el propio proceso el elemento entorpecedor.

B) *El proceso como instrumento para defender el derecho*

Ciertamente, el proceso es el instrumento considerado idóneo para que los interesados, desencantados por el fracaso del reconocimiento de su derecho —en dos vertientes: desconocimiento o negación— en la vida social, lo puedan hacer valer de una manera definitiva con la radicalidad, en su caso, de la consecución de la cosa juzgada. El proceso es lucha vivificante del derecho. Tiene carácter de lema y de invitación la frase de Ihering: «En la lucha debes encontrar tu derecho». ⁶⁰ Y lucha es lo que ocurre en el proceso. Por eso Carnelutti prefería el derecho dentro del proceso, porque lo «veía» en movimiento. ⁶¹

Merecería la pena dedicar cierto espacio para exponer las consideraciones que llevan a reflexionar sobre el proceso como un valor activo en la configuración de la tutela judicial del derecho y en esa condición de *verlo en movimiento*. Pero nos llevaría demasiado lejos de nuestro propósito ya expuesto al principio.

60 R. von Ihering, *La lucha por el derecho*.

61 F. Carnelutti, «La certeza del derecho», p. 328.

No obstante, será suficiente precisar que este proceso judicial se recibe como pieza idónea para el ejercicio del derecho cuando se ajusta a los cánones que lo determinan como *justo proceso*, concepto determinado doctrinalmente por estos caracteres: juez ordinario e imparcial, audiencia y contradicción de las partes, igualdad de armas procesales, publicidad de las actuaciones, defensa, y uso de pruebas y recursos, así como la razonable duración, que debe estar asegurada por la ley.⁶²

Bien miradas, estas características expresan una exigencia que no se satisface con un tratamiento abstracto o genérico, sino que suscitan una atención y cuidado continuos por parte del legislador y del juzgador. Porque el proceso no es una entidad formulada indeterminada y absolutamente, sino que siempre debe mirar al derecho o derechos cuya tutela se va a pedir *dentro* —por medio— de él.⁶³ Y, en este momento histórico, no puede darse la espalda a lo que constituye la actualidad del derecho en los tres marcos en que lo hemos observado al inicio: el espacial, el temporal y el cultural.

Por estas razones ni el legislador puede construir un proceso alejado de la realidad del derecho material a cuyo servicio se destina, ni podrá acometer reformas procesales sin prestar la debida atención al *ordenamiento* del derecho material que ha de beneficiarse con la introducción de las reformas; ni tampoco podrá desatender aquellas otras realidades del derecho material no beneficiadas o perjudicadas quizá directamente por la reforma, pero

62 Cfr. D. Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 65 ss., y C. Punzi, «Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali», *Rivista di diritto processuale*, n.º 6, 2011, pp. 1337 ss.

63 Cfr. Exposición de motivos de la LEC de 2000, apdo. vi.

que sí se verán afectadas indirectamente por ellas: las normas que están en las *orillas* de la materia modificada o las que se aplican por referencia interna o externa de la propia norma concernida por la reforma. A veces se reforma la norma procesal a fin de ajustar mejor un tipo procedimental para intentar una mejor defensa jurídica de una determinada situación jurídica, y al mismo tiempo se desajusta otra defensa del derecho que estaba perfectamente conformada mediante la norma modificada. El proceso, en este sentido, no es autónomo.⁶⁴

También la construcción del proceso y su reforma propone advertencias al juez que ha de conducir dicho proceso para hacerlo útil aplicando la norma material vulnerada. Porque no se puede abandonar la idea de que el proceso es un elemento secundario, en el sentido que ya hemos expuesto antes, que debe *servir* al derecho material. Y la forma de servirlo es logrando una decisión justa; no solo resolviendo de cualquier manera una controversia. Con el proceso *justo* se consigue la justicia de la decisión cuando, entre otras cosas, se interpreta correctamente la norma jurídica y cuando los hechos comprobados por el juez se corresponden con la realidad debatida.

Esto nos conduce a afirmar que un proceso puede ser *justo* porque concurren en él todas las garantías sustanciales y procedimentales necesarias para que la sentencia pueda ajustarse a derecho,⁶⁵ pero esa notable circunstancia no determina, sin más, que la decisión que dicta el juez sea justa. Será legítima procesalmente, pero no justa. En estos casos se viene hablando de justicia procesal, jus-

64 Cfr. C. Cavallini, «Verso una giustizia processuale: il “tradimento” de la tradizione», *Rivista di diritto processuale*, n.º 2, 2013, p. 325.

65 Cfr. Exposición de motivos de la LEC de 2000, apdo. xvi.

ticia del procedimiento (*procedural justice*), que no es otra cosa que la lamentable imagen, en el derecho, de la confusión entre medios y fines. Es conocida como tal la *justicia* que se legitima porque se ha seguido correctamente el procedimiento para decidir la controversia, al margen del contenido justo o injusto de la resolución dictada. El sistema en sí no genera seguridad jurídica. Nadie sabe a qué atenerse ante tales decisiones jurisdiccionales. Entonces la confianza del ciudadano en la justicia queda defraudada. No ha sido el contrario quien niega el derecho al pretendiente; es la magistratura en el proceso —quizá por sus propias deficiencias— la que lo malogra derrotándolo. Ahora se puede hallar, sin esfuerzo, la respuesta a la primera pregunta formulada anteriormente acerca de si la gente tiene fe en el derecho: el ciudadano no cree en ese derecho.

3.1. El fracaso del derecho por el proceso

La experiencia del fracaso del derecho no es ajena a la condición humana; es algo que se observa en el ágora y en el mercado público o en la privacidad de la familia. Pero resulta inquietante comprobar que esa ruina sea consecuencia de la articulación legal del proceso, instrumento que no tiene otra finalidad que la de servir de cauce para defender el derecho mediante una decisión jurisdiccional.

Acontece coyunturalmente que es el proceso donde se halla el espacio en que se produce la pérdida del derecho, porque no se le ha dotado de una forma adecuada para que desempeñe su función.⁶⁶ La forma es esencial en la ordenación del proceso. Porque la forma se plasma en esquemas que preordena la ley en atención a la naturaleza y entidad de las decisiones judiciales que se hayan de lograr.⁶⁷ Enten-

66 Subrayando la subordinación de la forma a la función, puede verse P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal*, t. 1, trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 383.

67 Cfr. E. Redenti, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. 1, p. 88.

demos por forma del proceso todo lo que concierne y es preciso para que pueda desarrollarse la actividad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado. Por tanto, la forma no es algo trivial y vacío que pueda mirarse con desdén como mera profusión estética y, al cabo, como un engorroso quehacer de quien usa el proceso. Sin embargo, de la forma siempre ha de predicarse su funcionalidad.⁶⁸

Diferenciando el formalismo de la forma en el proceso, hace algunos años analicé el carácter y los efectos de una y otro.⁶⁹ El formalismo procesal enaltece en tal grado la forma que, prescindiendo de su finalidad, pone en peligro los derechos de la persona.⁷⁰ Sin embargo, la forma, que es exteriorización de unos principios vigentes en el proceso, es algo más que precisión e inflexibilidad insoportables.⁷¹ Garantiza la uniformidad y regularidad del procedimiento judicial.⁷² Y determina el canon de seguridad jurídica e igualdad ante la ley que precisa quien decide acudir a los tribunales para obtener la tutela de su derecho. Nada, en el proceso, queda encomendado a la espontaneidad y a la sorpresa para el juez o para las partes. Nadie puede obtener del desarrollo normal del proceso un beneficio o un perjuicio que no esté previsto. No cabe decisión voluntaria y directa de los sujetos jurídicos

68 La doctrina del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que la forma de los actos procesales y del propio proceso no es un valor autónomo que tenga sustantividad propia, sino que tan solo sirven en cuanto que son instrumentos dirigidos a lograr la finalidad legítima de establecer las garantías necesarias para los litigantes (STC 221/1994, de 18 de julio, por todas).

69 Cfr. Á. Bonet Navarro, «Rasgos», pp. 175 ss.

70 Cfr. STC 57/1985, de 29 de abril.

71 Á. Bonet Navarro, «Rasgos», p. 199.

72 Cfr. Dondina, «Atti processuali (civile e penale)», voz en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1968.

en su conformación.⁷³ El proceso está regulado por la ley, la cual es primordialmente su factor creador.⁷⁴ No existe un proceso sin ley que haya formado su tipo.

Por eso, ha podido asegurarse probadamente el principio de que de la mayor o menor idoneidad de las normas procesales que crean el esquema del proceso con su respectiva forma y tipo para la aplicación o realización del derecho depende la mayor o menor distancia entre su finalidad y su resultado.⁷⁵ La ineptitud de la norma genera la mayor o menor ineficacia del proceso al surgir las deficiencias por razón de las cuales, siguiendo el curso ordinario del procedimiento, el derecho de la parte fracasa en los resquicios que ha dejado la ley al crear una construcción o al practicar una reforma del proceso poco clara en sus palabras y en sus fines, o al ordenar remisiones sin destino cierto, al establecer una estructura que deja de acoger situaciones jurídicas que se tuvieron en cuenta, o se debieron tener en cuenta, cuando la norma se estableció por primera vez.⁷⁶ El tipo (modelo) se deteriora, mostrando las fracturas que abren resquicios hacia la inseguridad.

73 Cfr. E. Gómez Orbaneja (con V. Herce Quemada), *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, 5.^a ed., p. 24.

74 A. de la Oliva Santos (con I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres), *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Ramón Areces, 2012, p. 177.

75 F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. 1, trad. de N. Alcalá Zamora y S. Sentis Melendo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, p. 90, y «Apunti sulla prescrizione», *Rivista di diritto processuale civile*, XI, 1933, p. 35, en donde afirma la averiguada diferencia: «scarto tra realtà giuridica e proceso».

76 Á. Ródenas, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 13, tomando el sintagma «intersticios del derecho» empleado por Hart, se separa de su significado para referirse a las zonas situadas fuera del área de la certeza del derecho, connotando la noción de brecha en un espacio por lo general continuo.

En algunos casos el formalismo del propio proceso y sus circunstancias son los que hacen fracasar la eficacia del derecho sustantivo que ampara la situación jurídica del sujeto que pretendía su defensa. En otros casos es el activismo del juez el que lleva el proceso por una derrota que no está amparada por la ley y su práctica no contribuye a la defensa del derecho.⁷⁷ Y esto no siempre supone que se haya dictado una sentencia netamente injusta, sino que la situación creada al justiciable ha llegado a tal extremo que este no tiene la posibilidad de seguir defendiendo su derecho, ya porque no existen tribunales superiores ante los que acudir, ya porque no dispone de dinero para volver a empezar, o porque el tiempo empleado ha corrido en su perjuicio convirtiendo el interés por su derecho preexistente en algo indiferente.

3.2. La experiencia del fracaso se registra jurisprudencialmente

Hemos afirmado al principio que tenemos el propósito de alejarnos de un planteamiento teórico de la cuestión para examinar nuestra tesis en la realidad vivida. Por eso nos serviremos de la experiencia procesal del fracaso del derecho manifestada a través de la jurisprudencia. Esta es, desde la perspectiva que mantenemos en nuestro estudio, el *registro* donde están inscritas las tentativas fallidas de la idónea tutela del derecho. A través de ella confirmamos la constancia de prácticas procesales en las instancias judiciales reprochadas en la vía del recurso, así como la afirmada desviación de los juicios, casi de mane-

⁷⁷ Cfr. M. Atienza, «La autoridad y los límites del derecho», *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, mayo-junio de 2011, p. 18.

ra incorregible, hacia las zonas donde encontramos sorprendentemente los resquicios en que se pierde el derecho material en juego dentro del proceso. En los casos que nos ofrece el estudio de la jurisprudencia hallamos un defectuoso funcionamiento sistémico (instrumento procesal y oficio que actúa) en el que los interesados, tras *pedir la asistencia* jurisdiccional, han topado con inconvenientes estructurales o con prácticas judiciales, fruto, estas últimas, no de interpretaciones propias de su labor, sino de la asunción de unas funciones correctoras de la ley que no corresponden a los órganos jurisdiccionales, llevándoles unos y otras a ver cómo se alejaba temporal o definitivamente, parcial o totalmente la posibilidad de conseguir su tutela. No ha sido la falta de conocimiento doctrinal ni la falta de pericia lo que las ha llevado a esta situación.

El contexto enunciado no es producto de una creación imaginaria, a partir del descubrimiento de los desajustes normativos que se han producido. No se mira como algo que podría ocurrir, sino como lo que ya ha ocurrido. Es llana dación de cuenta de la realidad acaecida.

El ordenamiento jurídico presenta como arquetipo y raíz un sistema de afirmación y reacción del derecho objetivo. El derecho objetivo afirmado se complementa con su exigencia de reacción en demanda de su tutela sin solución de continuidad; todo ello forma un cuerpo cuya configuración debe reconocerse fácilmente para garantizar su eficacia. Las deficiencias que puedan apreciarse —y se aprecian en ocasiones— en su manifestación y desarrollo justifican una conveniente labor investigadora. El campo susceptible de análisis es muy dilatado. La materia que proporciona su conocimiento resulta excesiva para reducirla a un tratamiento limitado como el que impone el carácter de este estudio. Porque la metodología a

seguir requiere un esfuerzo dirigido tanto al examen de la eficacia e ineficacia de la norma sustantiva afectada como al examen de la coyuntura específica en que el sistema procesal (instrumento y oficio) presenta una deficiencia que provoca la declinación del derecho subjetivo, haciéndolo fracasar y provocando la esterilidad del mandato contenido en la norma de derecho material.

En distintos pasos (trámites) del proceso, puestos en relación con el derecho sustantivo que en él se trata, podemos detectar la existencia de un resquicio. El trance no siempre viene producido por una voluntaria infracción de norma procesal susceptible de reproche mediante el recurso correspondiente. El riesgo surge del mismo esquema del proceso trazado por el legislador, bien porque impide claramente una decisión unívoca, bien porque la irresoluta postura judicial, revestida de decisión jurisdiccional definitiva, percute los más nativos principios del proceso. Esta es la circunstancia, inciertamente enjuiciada, que genera duda en el futuro litigante sobre el éxito o fracaso de su eventual pretensión.

A examinar algunos casos en que se ha comprobado tal dinámica vamos a dedicar los siguientes desarrollos. Nos fijaremos en la fase concreta del proceso sistemáticamente considerado en que se abona —se ha advertido ya— una ocasión de eventual pérdida del derecho: su fracaso. En estas situaciones percibimos y señalamos lo que, sin ánimo de componer una categoría ni concepto jurídico, denominamos descriptivamente *resquicio*; pero lo hacemos de la misma manera que podríamos hablar de *fisura*, *rendija* o *grieta*. Porque lo único que queremos enunciar y definir —para identificarla— es la fractura producida en el sistema procesal estimado como un elemento consolidado para la defensa del derecho, que enerva la eficacia del derecho material en sí.

El campo de nuestro examen queda deslindado por la selección de seis situaciones en las que se expone la actuación de normas procesales concretas que, en alguna ocasión, ha producido la pérdida del derecho de los demandantes de tutela judicial y, en todo caso, ha generado la inseguridad de los futuros litigantes. Los resquicios analizados señalan las graves incertidumbres nacidas en diversos ámbitos: por causa de los titubeos en la determinación de la competencia del órgano jurisdiccional; o por la irresolución sobre la manera de formular las pretensiones en la demanda; asimismo, por la perplejidad respecto del control de la valoración de la prueba; también por la hiperactiva interpretación de la norma en la decisión judicial; igualmente, por la inseguridad en la protección del ejecutado en el proceso de ejecución; y del mismo modo, por el problemático sistema de introducir el contenido de la segunda instancia.

4.1. La frustrada responsabilidad solidaria del deudor

Dos aspectos procesales manifiestan la constancia de un peligroso resquicio por el que ha perecido el derecho del acreedor frente a los deudores solidarios: ciertas reglas de competencia y otras de acumulación de acciones. Al interpretarse de diversas maneras la posibilidad de demandar ante un mismo tribunal, pidiendo la eficacia de las normas que rigen la responsabilidad solidaria en derecho societario de todos los deudores solidarios, se ha erigido una dificultad para dar cauce eficaz a las pretensiones del acreedor, cuya facultad está bien reconocida por las correspondientes normas sustantivas. La disputada falta de competencia y la dudosa posibilidad de la acumulación de acciones frente a deudores solidarios fue tratada de diversa manera por los tribunales de instancia en nuestro país, en materia de responsabilidad de la sociedad y de los administradores de ella, hasta el punto de hacer naufragar el derecho de algunos demandantes, mientras que otros triunfaban en el intento. Unos ganaban el pleito y otros lo perdían. Siempre perdía la igual-

dad de los litigantes ante la ley procesal.⁷⁸ La inseguridad jurídica quedaba instaurada.

A) *La tutela jurídica material de la solidaridad*

El problema no se planteó por una incompatibilidad de normas sustantivas que pudieran haber dado lugar a interpretaciones diversas. La regulación de la solidaridad está bien establecida. Las obligaciones solidarias gravan a cada uno de los obligados con el cumplimiento de la totalidad. En la solidaridad, que es un modo de obligarse varios deudores, cada uno de los obligados es considerado deudor por todos (arts. 1137 y 1143 CC).⁷⁹ Por ello el acreedor puede dirigirse frente al deudor reclamando la deuda solidaria, haciendo uso del *ius electionis* y del *ius variandi*. Pero puede dirigirse además contra todos los deudores simultáneamente (art. 1144 CC). Esta última facultad convierte al acreedor en titular de un crédito convenientemente garantizado en su realización, porque cada uno de los deudores solidarios se presenta como un garante de los demás frente al acreedor (art. 1147 II CC).⁸⁰

A la característica de que el acreedor pueda elegir al deudor que supuestamente reúna mejor condición de solvencia para dirigir la demanda frente a él se añade la posibilidad de reunir en un proceso como demandados a todos los deudores solidarios para hacer más eficaz, direc-

78 La STS 539/2012, de 10 de septiembre, del Pleno de la Sala Primera, ante el desbarajuste creado, afirmó la doctrina superadora del conflicto.

79 Cfr. M. Á. Pérez Álvarez, «Los sujetos de la obligación», en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), *Curso de derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Madrid, Colex, 2011, p. 125.

80 Cfr. Á. Carrasco Perera (con E. Cordero Lobato y M. J. Marín López), *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 82.

ta y segura la exacción de la responsabilidad tanto desde el punto de vista económico como temporal. De esta manera el acreedor puede conseguir una sentencia de condena frente a todos los deudores solidarios demandados. Y por ello, la ejecución podrá dirigirla también frente a todos los deudores, ahorrando tiempo y dinero para hacer efectiva la condena contenida en la sentencia recaída (art. 542.3 LEC).

Dentro de este esquema general de la solidaridad en las deudas se halla el tratamiento particular en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.⁸¹ Por una parte, los administradores de hecho o de derecho de una sociedad de capital responden frente a los acreedores sociales, según dispone el artículo 236 del RD legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital. Por otra parte, la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración de una sociedad de capital está determinada por el artículo 237. Estos preceptos establecen a favor del acreedor una firme garantía sobre la responsabilidad en que haya podido incurrir la sociedad en el giro de su tráfico. Es un caso de solidaridad determinado por la ley.

De alguna manera, esta regulación crea un contexto de tranquilidad para el acreedor porque puede dirigirse contra la sociedad y simultáneamente contra los administradores, según la disciplina general de la solidaridad de deudores que acabamos de exponer. Por tanto, dictada la sentencia de condena frente a todos los deudores solidarios y despachada la ejecución, en el caso de que uno de

81 M. A. Parra Lucán, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades», en L. F. Reglero Campos (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2007, reimpr., pp. 387 ss.

ellos no tuviera solvencia suficiente para soportar la ejecución judicial de la deuda, dentro del mismo proceso de ejecución podría dirigirse el demandante ahora ejecutante contra el otro deudor (art. 542.3 LEC).

B) *Este era el modelo de tutela judicial inicialmente ofrecido...*

Esta responsabilidad solidaria recibía su amparo procesal en la LEC/2000, porque ya en los artículos 133 y 134 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de sociedad anónimas, y en el artículo 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que regulaba las sociedades de responsabilidad limitada, se establecía este género y calidad de responsabilidad solidaria. Entre el texto de la LEC reguladora de la competencia y del procedimiento civil y las normas específicas de esas sociedades existía un adecuado ajuste.

En efecto, el artículo 45 LEC se estableció con el propósito de determinar una norma de cierre, para atribuir con carácter residual a los juzgados de primera instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal no se hallaren atribuidos a otros tribunales.

Lo *civil* de la responsabilidad de la sociedad y de los administradores (lo mercantil también es «civil», pero para el legislador lo es de otra manera), en el momento en que se promulgó la LEC/2000, debía conocerse por los juzgados de primera instancia. Por tanto, el acreedor podía acumular la acción para exigir responsabilidad a la sociedad y la encaminada a exigir la responsabilidad frente a los administradores en una sola demanda ante un solo tribunal si así quería hacerlo.

Sin embargo, en la experiencia jurídica judicial se ha manifestado un resquicio en el proceso civil seguido para

servir de cauce a las reclamaciones que el acreedor quiera formular amparándolas en los artículos 236 y 237 antes citados. Este resquicio se produce, no por el tenor del texto inicial de la LEC/2000, sino por la modificación de ciertas reglas de atribución de competencia, establecidas en una reforma de la LOPJ (LO 8/2003, de 9 de julio) posterior a la entrada en vigor de la referida LEC, al crear los juzgados de lo mercantil.

C) ... *pero fue modificado*

Al implantarse los juzgados de lo mercantil, se atribuyó a ellos el conocimiento de las cuestiones «civiles» referentes a acciones que se promovieran al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles. A partir de ese momento la vida feliz del acreedor social se acabó parcialmente. Ya no contaría para él lo que dispone el artículo 1144 CC: «el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente». Si el acreedor quería ejercitar la acción para exigir la responsabilidad de la sociedad, debería acudir al juzgado de primera instancia, porque su derecho no estaba amparado por la normativa reguladora de las sociedades, al no ser materia mercantil. Si el acreedor deseaba, por otra parte, ejercitar la acción de responsabilidad de los administradores, no le quedaba otro remedio que presentar su demanda ante el juzgado de lo mercantil.

El riesgo que corría su derecho amparado por las reglas de la solidaridad del Código Civil era notorio; podía escaparse la efectividad de su derecho por la rendija que quedaba en la LEC por causa de la falta de un enlace adecuado entre lo dispuesto en el artículo 45 LEC y el artículo 87 *ter* 2 LOPJ. Al no ser posible llevar al juzgado de primera instancia su reclamación «mercantil», ni al juzgado de lo mercantil su reclamación «civil», cada una debía

ir a su sitio; es decir, a distinto juzgado. Pero ir cada una a su sitio quiere decir que no queda otra solución, porque no es posible reconducir ambas acciones a una beneficiosa y economizadora acumulación (arts. 71 ss. LEC) ante uno de esos dos tribunales de distinta competencia, porque «para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: que el tribunal que deba conocer de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas» (art. 73.1.1.º).

Esta contrariedad, surgida del desajuste legislativo entre la disciplina del proceso y la del derecho material, connota en contra del acreedor un doble esfuerzo exigido de manera injustificable desde la perspectiva ofrecida por el derecho fundamental a la tutela judicial del derecho (art. 24.1 CE), así como arriesgarse a consecuencias eventualmente desfavorables. En este estado de cosas, por una parte, el acreedor tendría que, en el límite de lo absurdo, iniciar dos procesos para ver satisfecha su pretensión de resarcimiento frente a dos deudores solidarios; por otra parte, con su diversificado esfuerzo, tendría que afrontar una apreciación distinta sobre la pretensión (hechos y derecho) ejercitada en cada uno de los tribunales. Además, quedaría excluido cualquier pensamiento de intento sobre el uso de las reglas de la prejudicialidad, aplicables con carácter general, al no ser posible la acumulación de acciones ni la acumulación de autos: en nada podrían aprovecharle. Porque no contemplan esta situación, ni en el caso de que se ensayara una interesada acrobacia interpretativa para hacer entrar en juego tales normas (arts. 42 y 43 LEC).

En un crecido número de casos se puso en riesgo el derecho de los sucesivos demandantes. Al decidir sobre este asunto, las sentencias de los tribunales de instancia

fueron diversas, viendo algunos acreedores ante ellas cómo se deslizaba el reconocimiento del derecho pretendido hacia terreno no ideado por el legislador civil y mercantil cuando cualquier intérprete quisiera encajar las normas de responsabilidad de los administradores y las de la solidaridad. No se admitía el amparo procesal de la solidaridad así exigida en un solo proceso. El derecho sucumbía en su ejercicio procesal. Sería necesario, si el acreedor quería verlo reconocido, formular otra demanda, siempre que no se hubiera producido el efecto de la cosa juzgada. En todo caso, el derecho no ofrecía protección en el modelo procesal. Otros acreedores, con mejor suerte, veían acogida sin ambages la acumulación de acciones, pedida, por si acaso, aunque la discrepancia surgía también al decidir ante qué órgano judicial (juzgado de primera instancia o juzgado de lo mercantil) debía formularse la demanda. También era conveniente tener la fortuna de elegir bien. En cualquier caso, la inseguridad cercena la justicia.⁸² Ha sido precisa la intervención del Tribunal Supremo

82 La diversidad jurisprudencial en este punto se advierte al examinar las tres corrientes doctrinales mantenidas por las audiencias provinciales. Por una parte ha sido firme la oposición a admitir la acumulación de acciones. SAP Cuenca, Sección 1.ª, 1 de febrero de 2011 (AC 2011, 336), declara la imposibilidad de acumular acciones cuyo conocimiento es competencia del juzgado de lo mercantil con otras que son competencia del juzgado de primera instancia. En este caso cada una de las acciones debería ventilarse ante sus respectivos órganos jurisdiccionales competentes según las reglas comunes de atribución de competencia. En el mismo sentido, SAP Madrid, Sección 28.ª, 14 de junio de 2007 (JUR 2007, 321109); AAP Madrid, Sección 28.ª, 2 de marzo de 2006 (AC 2006, 2079); AAT Madrid, Sección 13.ª, 5 de octubre de 2012; SAP Asturias, Sección 1.ª, 2 de octubre de 2012; AAP Madrid, Sección 28.ª, 21 de diciembre de 2006 y 10 de mayo de 2010; Sevilla, Sección 5.ª, 20 de febrero de 2006 y 2 de marzo 2006; Baleares, Sección 5.ª, 7 de septiembre de 2007; Pontevedra, Sección 1.ª, 19 de

para que, advirtiendo este desajuste, que podía dar al traste —y ha dado al traste— con el ejercicio de los derechos del acreedor, estableciera una doctrina correctora y restauradora del orden a seguir en estos casos de solidaridad de administradores y sociedad de capital.⁸³

4.2. Las incertidumbres en la formulación de pretensiones de resarcimiento de daños en la propiedad intelectual

Mientras que la situación examinada en el apartado anterior es consecuencia de una reforma de las normas que rigen la competencia y los actos procesales, la cual se llevó a cabo sin haber tenido en cuenta lo dispuesto por la norma sustantiva de vigencia anterior a la referida re-

enero de 2007; Tenerife, Sección 4.^a, 2 de julio de 2008; y Alicante, Sección 8.^a, 3 de julio de 2008.

Sin embargo, otras audiencias provinciales han estimado que tales acciones son acumulables. Pueden verse las siguientes resoluciones, correspondiendo el conocimiento de ellas al juzgado de lo mercantil. Así se pronuncian los AAP de Tenerife, Sección 4.^a, 9 de mayo de 2005; Madrid, 14 de julio de 2005; Las Palmas, Sección 4.^a, 20 de enero de 2006; Murcia, 14 de septiembre de 2006; Zaragoza, Sección 5.^a, 29 de diciembre de 2006; Barcelona, Sección 15.^a, 13 de febrero de 2006 y 14 de febrero de 2007; Gipuzkoa, Sección 2.^a, 28 de febrero de 2007; Burgos, Sección 3.^a, 24 de enero de 2007 y 4 de mayo de 2007; Castellón, Sección 3.^a, 5 de diciembre de 2006 y 17 de octubre de 2007; Álava (1.^a), 24 de octubre de 2007; Cáceres (1.^a), 12 de diciembre de 2007; Barcelona (4.^a), 5 de marzo de 2009; Baleares, Sección 5.^a, 6 de abril de 2009 y 26 de abril de 2010; Pontevedra, Sección 6.^a, 18 de junio de 2010; y Valencia, Sección 11.^a, 24 de junio de 2010.

Finalmente, algunas audiencias han estimado que es posible la acumulación de acciones, debiendo conocer de ellas el juzgado de primera instancia: AAP Asturias, Sección 4.^a, 13 de noviembre de 2008; y SAP Girona, Sección 1.^a, 14 de febrero de 2012 (AC 2012, 679).

83 STS de 10 de septiembre de 2012.

forma, en el caso de los derechos de propiedad intelectual, el resquicio por el que se vuelve incierto el modo del ejercicio de la pretensión se produce por la modificación que introdujo la LEC con carácter general al señalar nuevos límites en la formulación de la demanda y en el contenido de la sentencia.

La lectura directa del artículo 219.3 LEC no deja lugar a dudas: «no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de la liquidación en la ejecución». Por tanto, esta regla, desconocida en la LEC/1881, a partir de 2000 estableció un nuevo régimen para el que pretendiera solicitar la condena al pago de una cantidad ilíquida. Deberá formular su demanda pidiendo exclusivamente la condena al pago de la cantidad como única pretensión deducible; los problemas de liquidación deben dejarse para un pleito posterior. Esta norma ha suscitado críticas judiciales en las que quizá se trasluce la evocación de la situación anterior. Alguna sentencia del Tribunal Supremo, bien que como *obiter dicta*, ha señalado que, siendo saludable el sistema del artículo 219 LEC, podría afectar gravemente, por su excesivo rigor, al derecho a la tutela judicial efectiva.⁸⁴ Mas el tenor del precepto contenido en este artículo es claro e insoslayable.

La reforma introducida en la LEC/2000 se justificaba por considerar poco beneficiosa la situación anterior. El legislador incluyó el precepto del artículo 219 LEC para terminar con los problemas que se planteaban al aplicar defectuosamente el artículo 360 LEC/1881 por específicos intereses de los litigantes, dando lugar a un proceso en *dos tiempos*; el primero de ellos para obtener un pro-

84 STS de 11 de enero de 2011.

nunciamiento estimatorio de la demanda con la condena del demandado, sin correr el riesgo de la no imposición de costas a dicho demandado, al no haber logrado el actor un pronunciamiento de condena al pago de la cantidad exacta que se hubiera pedido; y el segundo tiempo para concretar esa cantidad consistente en un procedimiento configurado como un *incidente* de ejecución de sentencia que constituía otro proceso declarativo inserto dentro del proceso de ejecución para determinar concretamente, con todo tipo de pruebas, el montante líquido de la indemnización ya concedida *in genere* en la sentencia que se estaba ejecutando.⁸⁵

El designio general del legislador al formular este mandato, con una finalidad concreta, no valoró adecuadamente las expectativas y afirmaciones jurídicas determinadas por otros preceptos de carácter sustantivo vigente al tiempo de promulgarse la LEC. La norma —con aplicación directa que interfiere— se instala en un ordenamiento jurídico material que reconoce a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual unas determinadas acciones para ejercer sus derechos cuando resulten vulnerados con el fin de resarcirse de los daños que se les hayan ocasionado. En efecto, la consideración de la Ley de propiedad intelectual, al regular el ejercicio de las acciones para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido, impone la necesidad de introducirse en el análisis de un nuevo

85 La cuestión de la condena en costas de este incidente tenía solución en una regulación específica del artículo 950 LEC/1881 no del todo beneficiosa para el demandante-ejecutante al término del incidente surgido en el proceso de ejecución, pero la ventaja era considerable al ponderar el ahorro de tiempo y quizá un reparto parigual en el soporte de las costas.

campo del proceso en el que se advierte la presencia de elementos que generan incertidumbre para el demandante en el momento de formular la demanda, según se ha apreciado al examinar la variedad de pronunciamientos judiciales recaídos en esta materia.

A) *Las dos acciones para el resarcimiento de daños*

La ley ofrece al perjudicado una diversidad de criterios para ordenar su reclamación indemnizatoria.⁸⁶ La cual, a diferencia de la acción de cesación, puede ser ejercitada cuando la actividad infractora ya ha finalizado.⁸⁷ La demanda del perjudicado podrá contener de forma exclusiva la reclamación por los daños producidos, pudiendo ampararla electivamente en alguno de los casos *a* o *b* del apartado 2 del artículo 140 LPI.

Ahora bien; según el criterio que el actor elija para determinar su pretensión de conseguir la indemnización de daños y perjuicios, deberá atender cuidadosamente la for-

86 El artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que refunde el texto de la Ley de Propiedad Intelectual, establece la indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido fijada conforme a los criterios que el perjudicado puede elegir dentro del elenco que le ofrece ese precepto: «*a*) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. *b*) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión».

87 Cfr. la STS de 26 de junio de 1998 en la que se resuelve el recurso de casación sobre el asunto de una representación escénica de una obra de teatro ya finalizada, en cuyo pleito se formula la pretensión exclusiva de la indemnización.

mulación del alcance de la súplica de la demanda. Porque hemos de encontrarnos ante situaciones y experiencias jurídicas diversas. Así, el actor no solo debe acertar en la búsqueda, hallazgo y elección de la norma de derecho sustantivo en que la que haya de fundamentar su pretensión de resarcimiento de los daños, sino que debe escoger adecuadamente el modo de formularla y el alcance de ella. La exigencia impuesta, ante la que debe responder, no es fruto de un nivel estético y de autosatisfacción subjetiva, sino de un grave imperativo legal. Los artículos 400 y 412 LEC contienen las normas de preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que vincula al demandante con lo pedido y con la forma que ha elegido para pedir, sin que posteriormente pueda cambiarse.

En concreto, si el actor elige ejercitar su derecho a la indemnización pidiendo la cantidad que como remuneración hubiera percibido, en el caso de que el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en discusión (art. 140.2 *b* LPI), fácilmente podrá determinar en la súplica de la demanda la suma reclamada de manera líquida; o, de manera asequible, podrá al menos señalar las bases para su determinación en la ejecución de sentencia. Siempre existirán pautas ofrecidas por el mercado sobre eventuales ganancias u otros modos de determinar aunque sea orientativamente una cantidad de dinero, si bien luego, según lo dispuesto en el artículo 1103 CC, pueda ser moderada por los tribunales.⁸⁸

No obstante, si el demandante opta por formular la demanda ejercitando el derecho a ser resarcido de las

88 Cfr. A. Armengot Vilaplana, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, Madrid, La Ley, 2003, p. 344.

consecuencias económicas negativas, entre las que se hallan la pérdida de beneficios que haya sufrido como perjudicado y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita (art. 140.2 *a* LPI), el asunto se presenta más complicado para el actor al formular su reclamación por el imperativo de las reglas especiales de la LEC para determinadas demandas.

Detengámonos en este segundo tipo de reclamación. La exigencia impuesta por el artículo 219.1 LEC obliga al perjudicado a establecer en la demanda la suma de dinero que quiera reclamar *cuantificando exactamente su importe*. Dicha exigencia puede ser desproporcionada en este momento inicial, teniendo en cuenta la bien conocida dificultad para señalar la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que haya obtenido el infractor.⁸⁹

Además, en este punto se ha puesto de relieve la dificultad existente para conseguir unas pruebas que permitan obtener unos resultados justificantes de unos daños previsibles, inciertos e hipotéticos.⁹⁰ Y, como esos beneficios no pueden fijarse arbitrariamente por el juez, sino que es preciso acreditar datos objetivos, la falta de prueba determinará de forma irremediable la desestimación de

89 Es de tener en cuenta que la ley se refiere a los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. Asunto bastante complejo y necesitado de imaginación para poder ser resuelto airoosamente en el pleito mediante la actividad probatoria. Como señala Armengot Vilaplana en *La tutela judicial civil*, a la extrema dificultad existente en este punto hay que añadir que será preciso calcular que de la ganancia obtenida por el infractor deberían descontarse los costes y gastos de producción causados por el infractor y otras incidencias económicas no siempre conocidas ni fácilmente demostrables *ab initio*.

90 *Ib.*, p. 343.

la demanda.⁹¹ La sentencia definitiva produce efectos de cosa juzgada sin que quede remedio posterior. Este riesgo no se puede conjurar de otra manera que acudiendo a la formulación de una primera demanda, sobre el *an debeatur*; en la que se pida una sentencia de condena al pago de la suma por el concepto de daños y perjuicios; y posteriormente interponiendo una segunda demanda en la que se pretenda y pruebe el *quantum debeatur*; arrostrando los problemas de la liquidación concreta de las cantidades, tal como dispone el artículo 219 LEC.

Antes de entrar en vigor la LEC/2000, la norma del artículo 360 LEC/1881, aun existiendo la misma dificultad para determinar con exactitud las cantidades que, por concepto de indemnización de daños y perjuicios, quisieran reclamarse, permitía al perjudicado formular la demanda pidiendo que se condenase al infractor a pagar la suma de dinero que resultara de las pruebas, o que se declarara la existencia real de los perjuicios, dejando la determinación de la cantidad de dinero para la fase de ejecución de sentencia. La jurisprudencia, tal como hemos visto antes, admitía esta doble y sucesiva actividad jurisdiccional: condena con reserva y liquidación posterior en el mismo pleito. Al entrar en vigor la Ley de propiedad intelectual (1996), este era buen cauce para que el perjudicado en sus derechos de propiedad intelectual ejerciera la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por cantidad ilíquida.

Al derogarse la vieja LEC, este sistema de protección del derecho del perjudicado reconocido en la Ley de propiedad intelectual se ha desvanecido o, por lo menos, se ha minorado, ya que en la actualidad la LEC/2000 pre-

91 Cfr. la STS de 26 de junio de 1998 ya citada.

senta al actor un complejo cuadro de trabas que le hacen olvidar —o, al menos, ponderar los inconvenientes que encuentra— su derecho a ser resarcido de los daños conforme al criterio establecido en el artículo 140.2 *a*, si no quiere o no puede fácilmente soportar todo género de dificultades probatorias, que son objetivas y reales. Puede decirse que se le *impone*, por ser más fácil de defender, el ejercicio de la acción amparada en el criterio fijado en la letra *b*. La reciente reforma de la Ley de propiedad intelectual no ha variado las condiciones del titular del derecho a ser resarcido de los daños.⁹²

Ciertamente, ante el titular de los derechos de propiedad intelectual se levanta la concluyente regla que le exige determinar «la cantidad objeto de la condena sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia» (art. 209.4.^a LEC).⁹³ Con estilo concordante se reitera esta regla en el artículo 219.3: no es admisible pedir la condena con «reserva de liquidación en la ejecución». Y por esa razón, cuando el titular del derecho infringido formule su reclamación económica consistente en pedir una cantidad de dinero, debe tener presente que «no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente

92 La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, ha modificado el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la LEC. Pero el reformado artículo 138 sigue remitiendo a los artículos 139 y 140 —no modificados— para ordenar el ejercicio de las acciones de indemnización de los daños materiales y morales. Respecto de la LEC, la reforma ha consistido en incrementar una novedosa regulación de diligencias preliminares (arts. 256 y 259) relacionadas con los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual.

93 De esta manera, el demandado puede conocer desde el principio del pleito qué se le reclama, por qué causa y de qué modo, a fin de poder ejercitar cuantas expectativas le permita su defensa. Cfr. STS de 24 de octubre de 2012, FJ sexto.

declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia» (art. 219.1 LEC).

La única excepción a esta regla es la establecida al final del mismo apartado al autorizar tal liquidación en ejecución de sentencia cuando en la demanda se hayan fijado claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una pura operación aritmética. Ya hemos visto que no suele ser el caso más frecuente en este tipo de reclamaciones, ni tampoco suele sentirse invitado el perjudicado a pretenderlas. Por otro lado, una norma de clausura de este sistema es la incluida en el texto del artículo 712 LEC que señala el incidente de liquidación de los daños y perjuicios solo para ser utilizado cuando, conforme a la LEC, deba determinarse en ejecución forzosa la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios.⁹⁴

B) *Iliquidez liquidada, a veces, en el mismo proceso*

No puede decirse que, ante este planteamiento derivado de la entrada en vigor de la LEC/2000 ofreciendo sus cauces para reclamar derechos regulados por la LPI promulgada con anterioridad a la LEC/2000, el perjudicado se haya visto despojado de su derecho reconocido en el artículo 140.2 *a* LPI, pero sí que se le exige un esfuerzo de dudosa legitimidad desde la perspectiva constitucional, según ha declarado el Tribunal Supremo.⁹⁵ El artículo 219.3 LEC ofrece al perjudicado un único itinerario verdaderamente largo. «Se permitirá al demandante soli-

⁹⁴ Cfr. algunos ejemplos en los artículos 40.7, 533.3, 534.1, II y 730.2.II LEC.

⁹⁵ Cfr. STS de 11 de enero de 2011, ya citada antes.

citar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero [...] cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades». La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido con evidencia a este itinerario como algo inevitable impuesto por la nueva LEC.⁹⁶ Es el camino indicado y seguido también por las sentencias dictadas en las instancias al decidir este tipo de pretensiones.

El recorrido se iniciará con la formulación de una demanda pidiendo la condena al pago de la cantidad por el concepto de daños y perjuicios; una vez terminado ese pleito, el perjudicado deberá acudir otra vez a los tribunales para formular otra demanda para resolver en él los problemas de liquidación concreta de las cantidades. En total, dos litigios. Piénsese en el tiempo de duración de ambos procesos y en el costo de ellos —duplicado como mínimo—, circunstancias desde las que pueda ser útil ponderar los parámetros de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a este respecto.

Afirmaremos que esta falta de previsión normativa y de ajuste entre la tutela de los derechos reconocidos en la LPI y el instrumento propuesto para ejercitar la pretensión constituyen un resquicio por el que puede perderse el ejercicio del correspondiente derecho, al tener que renunciar a él ante la recia exigencia. Quizá no sea oportuno hablar de inconstitucionalidad, pero sí de ineficiencia y falta de racionalidad de la norma.

En esta materia el resquicio por el que se puede perder el derecho de los titulares de tales derechos con pre-

96 Cfr. SSTS de 10 de febrero de 2009, 2 de marzo de 2009, 9 de diciembre de 2010, 23 de diciembre de 2010 y 11 de octubre de 2011.

tensiones de indemnización de daños se ha consolidado por la falta de seguridad jurídica que ha resultado de la cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 219 LEC. Por una parte, algunas sentencias siguen afirmando que debe mantenerse la dualidad de procesos para determinar la cuantía ilíquida. Coetáneamente,⁹⁷ se ha ido abriendo camino una interpretación del artículo 219 LEC que ha «mejorado» el trato de algunos litigantes a los que se les permitiría liquidar todo con un solo proceso, habilitando, en la ejecución de la sentencia de condena, la vía incidental del artículo 712 LEC para determinar la cantidad a percibir por el actor.⁹⁸

A partir de esta doble interpretación puede decirse que el perjudicado, desde la entrada en vigor de la LEC, ha venido estando en manos de la suerte determinada por la opción que, en cada caso, quiera asumir el juzgado de primera instancia o la audiencia provincial, porque ambas líneas doctrinales provenían sincrónicamente del mismo Tribunal Supremo. Por tanto, el asunto de la dificultad en el ejercicio del derecho ya no radicaba en la existencia de una norma rígida y conocida, sino en la voluntad del órgano jurisdiccional decisor que podría cambiar de razonamiento al adoptar libremente uno u otro criterio.

Esta situación perturbadora fue objeto de examen detenido por el Tribunal Supremo con ocasión de conocer de un recurso extraordinario por infracción procesal pro-

97 Si se examina con detenimiento la secuencia temporal en que se dictan las sentencias anotadas, inmediatamente se advierte que una doctrina se va intercalando con la otra.

98 Cfr. esta dualidad de doctrina declarada alternativamente en SSTs de 15 de julio de 2009, 16 de noviembre de 2009, 17 de junio de 2010, 20 de octubre de 2010, 21 de octubre de 2010, 3 de noviembre de 2010, 26 de noviembre de 2010.

movido contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en un pleito de uso indebido de unos manuales de educación en materia informática.⁹⁹ La Audiencia Provincial, soslayando el artículo 219 LEC, aceptó que la demanda fuera formulada con petición de condena con reserva de liquidación y condenó a las demandadas a indemnizar a la actora con la cantidad de dinero que se fijara en la ejecución de la sentencia. El Tribunal Supremo consideró adecuada esta remisión después de reconocer que el criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta mayor amplitud para el debate, pero el criterio de remitir a la fase de ejecución supone un menor coste. El Tribunal Supremo sigue sembrando la duda sobre la decisión que ha de tomarse en cada caso por el perjudicado que quiera reclamar la indemnización amparada en el artículo 140.2 *a* LPI sin determinar la cuantía exacta, ya que señala, como criterio orientador para dirimir si procede remitir al segundo proceso o a la ejecución de la sentencia, la imprescindibilidad y mayor o menor complejidad del asunto. Afirmación que abona poco a favor de la seguridad jurídica; tampoco a favor de la justicia.

La aparente solución de apertura a una manera ágil de liquidar la suma ilíquida en la ejecución de la sentencia para estos casos se cierne en forma de duda cuando todo se confía a y hace descansar en la apreciación subjetiva

99 La SAP, Sección 15.ª, de Barcelona, de 7 de noviembre de 2007 fue recurrida en recurso extraordinario por infracción procesal, resuelto por la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2011, que aprobó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, dejando la determinación de cuantía para el incidente en la ejecución según lo dispuesto en el artículo 712 LEC.

del órgano que deba decidir, en cada caso, si existe complejidad o no; si es prescindible o no hacer la liquidación. Algo que no se sabe hasta que ya esté interpuesta la demanda. Los litigantes deberán seguir esperando hasta ese momento para conocer qué decide el juzgado sobre la aplicabilidad y real aplicación del artículo 219.3 LEC.

4.3. Decidir o juzgar

A) *Una distinción de nociones*

Si se pregunta qué hacen los jueces, se puede responder con sencillez y buen sentido jurídico diciendo que *juzgar*, o se puede expresar, con no menor llaneza y acierto, que *decidir* en los juicios.¹⁰⁰

Ahora bien, para introducir nuestra exposición en los términos que hemos de plantearla, podemos afirmar que, aunque quisiera establecerse una equivalencia entre ambas respuestas, si bien una y otra son acertadas, en sí son incompletas para explicar íntegramente la función del juez en la sentencia si no se miran ambas y se ponen en relación entre sí. En ámbitos metajurisdiccionales se puede juzgar sin expresar la decisión (en el dictamen jurídico) y se puede decidir sin expresar el juicio (en la señal de tráfico); son acciones que pueden darse separadamente. Sin embargo, el juez ni solo juzga ni solo decide; el

100 Hay apoyo legal para afirmar que ambas definiciones son idóneas. El artículo 117.3 CE se refiere a lo primero: «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando [...] corresponde a los Juzgados y Tribunales»; el artículo 218.1 LEC establece que, al juzgar mediante las sentencias, estas «harán las declaraciones que aquellas [las pretensiones] exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

juez decide (¡debe decidir!) juzgando y expresando el juicio. De nada sirve juzgar al cabo del proceso si no hay decisión; ni tampoco se debe decidir si no se juzga. Juzgar en el ámbito judicial es ponderar sobre lo justo en el conflicto de intereses; y decidir es resolver justamente para poner paz en el conflicto. Las dos acciones son complementarias e integran la más típica función jurisdiccional.¹⁰¹ De lo contrario —a los efectos de nuestra tesis— podría distinguirse inicialmente, como efectos distintos, en el sentido en que ahora tomamos estas palabras, entre *cosa juzgada* y *cosa decidida*. Y esta distinción no conviene sostenerla respecto del proceso. Porque cuando aparecen separadamente juzgar y decidir en la labor judicial se alza ante nuestra mirada una anomalía representada por una fisura que en este caso alcanza a la sentencia. Por consiguiente, en este punto resalta la importancia de significar la necesidad del derecho para *ajustar* a él la decisión pacificadora; es decir, realizando la justicia. Una vez más, delante de nosotros se halla este par de misteriosa correspondencia: justicia y paz.

Parece fácil explicar esta relación existente entre el juzgar y el decidir mirando las expresiones iconográficas, bien conocidas por todos, que tradicionalmente representan a la justicia como una mujer vestida con amplia túnica que mantiene en la mano izquierda una espada esgrimida, pero no hendiente y en la derecha una balanza griega de dos platillos en completo equilibrio. A menudo se representa pictórica o esculturalmente la alegoría de la justicia unida con la alegoría de la paz; «la justicia y

101 Cfr. Á. Bonet Navarro, «Una perspectiva de la sentencia civil», *Revista de Derecho Privado*, abril de 1980, pp. 379 ss., y también en *Escritos sobre la jurisdicción*, pp. 346 ss.

la paz se besan»,¹⁰² indicando que la justicia conduce a la paz: la paz es el término del derecho.¹⁰³ En la relación entre justicia y paz existe un orden de conceptos cargado de consecuencias. La justicia está al servicio de la paz y no la paz al servicio de la justicia.¹⁰⁴ Y este servicio lo compendia simbólicamente la imagen de la justicia ni solo con la espada ni solo con la balanza.

La espada que representa la soberanía legitimada *decide* poniendo fin al conflicto (problema) como de manera expeditiva lo hace, en la leyenda, la espada de Alejandro Magno al «desatar» el nudo hecho por el rey Gordias: no pensando (juzgando) paciente y reflexivamente cómo desanudarlo después de desentrañar cómo se ha hecho, sino cortándolo irrevocablemente y sin consideraciones, («tanto monta cortar como desatar», dirá Zeus).

A la balanza, que se halla en completo equilibrio, se le han atribuido diversos significados sobre la función de la justicia: observar un tratamiento igual para todos, trasunto del estado equinoccial del Sol al salir de la constelación zodiacal de Virgo y entrar en Libra, cuando es igual la duración del día y la noche.¹⁰⁵ Asimismo, indica la imparcialidad y la *aequabilitas*.

102 Cfr. Salmos, 82. Son conocidas con este tema, entre otras, las obras de Corrado Giaquinto (1753-1754) y Catherina Cherubini (1760), en las que aparecen las dos alegorías en posición de diálogo. No falta el beso.

103 Cfr. R. von Ihering, *La lucha por el derecho*.

104 Cfr. J. Guasp, *Derecho*, Madrid, Gráficas Hergón, 1971, pp. 313 ss. y, concretamente, p. 325.

105 Cfr. A. Ruiz de Elvira, «La balanza de la justicia», *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos*, n.º 13, 1997, p. 12, recoge diversos testimonios literarios sobre la constelación de Libra en relación con la iconografía de la justicia.

Ahora bien, si miramos detenidamente la función de la balanza, ante su imagen de instrumento de medida en el ámbito jurisdiccional, queda sugerida fundamental y originariamente la tarea humana y de contenido jurídico procesal de pesar: la acción de medir, en única pesada, la fuerza de las razones de una y otra parte opuestas en cada platillo para guardar el equilibrio;¹⁰⁶ también el cometido de comparar, en pesadas sucesivas, los argumentos de cada parte en un platillo con el derecho en otro platillo con el fin de elegir el sentido en que se aplica la norma para determinar el mejor —justo— criterio de la decisión.¹⁰⁷ *Pesar*, que viene de la palabra latina *pendo*, de la que es verbo frecuentativo *penso*, está relacionada con *pensar*. ¿Qué es pensar, sino pesar el pro y el contra? Juzgar; y eso, para decidir.¹⁰⁸

En una obra de Giambattista Tiepolo (1696-1770) se representa pictóricamente la Justicia —con poder y gloria sobre las nubes del cielo— alzando una espada con la mano derecha; pero la balanza, separada de su cuerpo, está abandonada, a sus pies, sobre un conjunto de nimbos que da sustento firme a la figura. La mirada atenta de esta pintura puede generar una reflexión inquietante enlazada a una pregunta: ¿Estamos contemplando una Justicia que quizá va a decidir o ya ha decidido a secas con la espada, sin haber juzgado previamente con la balanza que no porta en su mano, sino que yace arrojada a sus

106 El equilibrio es el estado de un cuerpo solicitado por varias fuerzas separadas que actúan en sentido contrario.

107 M. Stolleis, *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*, trad. de F. Fernández-Crehuet López, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 28 con la cita de autores en nota 9, refiere cómo la iconografía griega presenta la figura de Diké con una mirada penetrante, brillante, abarcadora de todo.

108 Cfr. F. Carnelutti, «Nuevas reflexiones en torno a la certeza del derecho», en *Estudios*, t. 1, pp. 350-352.

pies? Solo cuando la decisión viene precedida del juicio puede decirse que se hace justicia. Stammler, fijándose en el inexcusable razonamiento, afirma que una sentencia judicial «debe ser una sentencia sobre el derecho objetivo [...] no un mero *fiat*». ¹⁰⁹ Lo contrario es resolver decidiendo solo con la espada. ¹¹⁰ Si bien, al analizar esta situación, no aludimos a los casos en que se produce un abandono craso de la fundamentación del juicio que debe apoyar el pronunciamiento judicial, hay que reconocer que existen coyunturas en que la decisión no queda suficientemente amparada por el juicio.

Se decide jurisdiccionalmente de esta manera cuando la sentencia expone de un modo general la doctrina científica relativa al objeto del proceso, pero sin hacer referencia ni aplicación al caso debatido en el pleito; o cuando se muestra como una disertación de puro contenido doctrinal, sin cita alguna de preceptos legales de naturaleza sustantiva ni mención, referencia o valoración de los antecedentes de hecho que han centrado el litigio. ¹¹¹

109 Cfr. R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Halle, 1923, cit. por Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, p. 104.

110 Sobre la «toma de decisiones» y la «solución de problemas» cfr. J. Nieva Fenoll, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 69 ss.

111 Este es el caso de la SAP de Barcelona de 13 de febrero de 1992 casada por la STS de 20 de octubre de 1995 en la que, recogiendo la doctrina consolidada de la Sala de lo Civil (Sentencias, entre otras, de 10 de abril de 1984, 17 de octubre de 1990 y 7 de marzo de 1992), manifiesta que «la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo; teniendo el rango de doctrina constitucional, la necesidad de que la motivación del pronunciamiento constituya un requisito ineludible de la actividad judicial, existiendo incongruencia omisiva cuando se omite todo razonamiento respecto de algún punto esencial, lo que no es extensivo en las sentencias civiles a todas las alegaciones,

La decisión es fruto del juicio del juez, a quien la norma le exige no solo que lo haga, sino que plasme por escrito cuál ha sido su razonamiento para decidir de tal manera. Porque el juez no es un ser que razona y simplemente razona por oficio. El juez no es como un profesor que examina los diversos aspectos de la cuestión académica disputada según sus criterios jurídicos formativos y que puede dejar dicha cuestión abierta, señalando los diversos significados potenciales que tiene la norma a pesar de proponer ciertos *responsa*. El juez debe elegir, de entre los diversos sentidos, uno (un solo *responsum*) que pueda tener la norma para aplicarla, y decidir la cuestión con razonamiento concreto, además de exponerlo públicamente. Esta exigencia no solo es secundaria de la necesidad de que las sentencias sean congruentes, sino del respeto al derecho de defensa que tiene el justiciable, y, por tanto, la falta de motivación es incluso revisable de oficio.¹¹²

Indudablemente, este juicio jurisdiccional se articula mediante una doble valoración: la del derecho y la de los hechos.

La aplicación de la ley al objeto del juicio que lleva a cabo el juez para decidir en la sentencia está forzosamente ligada a la actividad interpretativa y a la actividad pro-

ni a una declaración específica de los hechos probados, pero sí a los aspectos fácticos que sirven de base a los fundamentos jurídicos de la decisión; y ello por dos tipos de razones: para permitir el control que supone la eventual revisión jurisdiccional, mediante los recursos legalmente establecidos, y la necesidad de poner de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho, ajena a cualquier clase de arbitrariedad».

112 Cfr. STS de 12 de junio de 2000. Sobre este asunto puede verse Á. Bonet Navarro, «La motivación de las sentencias. Fundamento político y técnico. Comentario a la STS 20-10-1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1996, p. 1088.

batoria.¹¹³ Ambas actividades connotan razonamiento (juicio: *pesada*). Este radical elemento de la sentencia judicial es circunstancial del principio que legitima toda actuación jurisdiccional: la sujeción a la ley. Una incorrecta acepción de este postulado puede conformar la apertura de otro resquicio en el que pueda zozobrar el derecho del justiciable. Sin embargo, a veces, tanto en uno como en otro de los componentes del juicio se producen resquicios que, pese a la decisión tomada —y precisamente por ello—, se hace perder el derecho del litigante que pretende su tutela.

B) *Un posible modelo*

Se estima atinado decir que una decisión puede reputarse legal y justa solo cuando se funda en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso.¹¹⁴ El presupuesto de esta afirmación se apoya en admitir que la función fundamental del proceso judicial es aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia.¹¹⁵ Si se piensa que el objetivo del proceso es simplemente resolver el conflicto entre las dos partes del caso, quizá pierde interés la valoración de los hechos, porque para resolver un conflicto no es absolutamente necesario determinar la verdad de los hechos que son base de dicho conflicto, sino querer resolverlo.¹¹⁶ Pero el proceso sirve como medio para decidir sobre el conflicto ajustando la solución a lo jurídicamente

113 Cfr. L. Ferrajoli, *Principia*, t. II, p. 74.

114 M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 219.

115 *Ib.*, p. 177.

116 Cfr. J. F. Herrero Perezagua, *Lo jurisdiccional*, pp. 15 ss.

previsto. En ese caso interesa la verdad sobre los hechos alegados.¹¹⁷

De una manera expresiva se ha intentado explicar esta necesaria concurrencia de un buen conocimiento de la realidad de los hechos para garantizar una solución justa en el proceso judicial acudiendo a una figura binomial, en la que los términos de su sistema son los siguientes: 1) dos factores: la realidad conocida, contada y probada (R), y la regla jurídica aplicada (D); y 2) un resultado, el producto de los dos anteriores factores, la sentencia justa (J).¹¹⁸ He aquí el binomio: $D \cdot R = J$. La sentencia justa y perfecta (J) puede quedar representada, a nuestros efectos, por la unidad (1). Ahora bien, para alcanzar esta justicia de valor = 1, se precisa que los factores que la producen, R y D, dentro del proceso sean también perfectos; es decir, expresados, cada uno de ellos, asimismo por la unidad (1). ¿Cuál es la perfección requerida para D y para R?

$D = 1$ comporta que la regla jurídica aplicada se selecciona correctamente y se corresponde perfectamente con la naturaleza de las cosas; y se *entiende* con absoluta precisión tal norma aplicable y la jurisprudencia interpretativa, la doctrina de los autores que trata el tema; y, por fin, se realiza la interpretación adecuada. $R = 1$ supo-

117 Cfr. R. Garcimartín Montero, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Madrid, CEDECS, 1997, *passim*.

118 Cfr. C. Sánchez del Río, *El derecho del porvenir*, Madrid, Montecorvo, 1964, pp. 159 ss. y, en especial, p. 162, en la que se extiende el razonamiento también al menor conocimiento del factor D. Sobre el conocimiento del derecho vigente puede verse L. Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 162-164, que, a pesar de los años transcurridos desde su publicación, sigue aportando una digna ilustración sobre la «evidente *inabarcabilidad del ordenamiento jurídico*» (la cursiva, en el original).

ne que la realidad de los hechos se conoce sin ápice alguno de ignorancia o error; es lo que designamos como *certeza*, verdad de la situación o verdad a secas.

Poco diremos ahora sobre el conocimiento, la interpretación y la aplicación de la norma en la sentencia, asunto del que nos ocuparemos más adelante. En este punto, sí podemos referirnos con detenimiento a que cualquier conocimiento de la realidad (R) deficientemente probado y que se halle por debajo de la unidad (conocimiento minorado: *m*) nunca permitirá que la sentencia (J) sea perfecta y justa ($J = 1$).¹¹⁹

C) *Juzgar sobre los hechos*

El asunto se muestra con todo su vigor para mostrar la trascendencia de que el juez pueda determinar la verdad o falsedad de los hechos con el fin de poder aplicar la norma referida a esos hechos y dictar una decisión legal y justa.

En la doctrina se distinguen dos estándares de prueba para que el juez pueda formar su convicción sobre los hechos: que estos sean acreditados *más allá de toda duda razonable* (*beyond a reasonable doubt*); que la pretensión sea acreditada mediante *prueba preponderante* (*preponderance evidence*).¹²⁰ El primero permite la existencia de otras hi-

119 En el ejemplo, si partimos de un menor conocimiento de la realidad fáctica, $mR < 1$, en el binomio que proponemos, J nunca podrá ser = 1. Presentémoslo numéricamente. Admitamos un perfecto conocimiento de D, por tanto = 1; si, por ser deficiente, el conocimiento de la realidad adquirido judicialmente en el proceso no es igual a 1, valga: $R = 0,8$; concluyentemente, $J < 1$. Veámoslo: $D (1) \cdot mR (0,8) = J (0,8)$. La sentencia no será justa ni perfecta.

120 Cfr. L. Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, trad. de C. Vázquez y E. Aguilera, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 66 ss. Aún se distingue un tercer estándar de prueba: *clear and convincing evidence*, 'prueba clara y convincente'.

pótesis posibles aunque improbables; el segundo se satisface con que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia. No apareciendo probado un hecho relevante para la aplicación de la norma, no puede aplicarse esta.¹²¹

Recientemente el procesalista italiano Cavallone se ha fijado en el cuento de *Cenicienta* para hacer ciertas consideraciones sobre el juicio de hecho en el proceso.¹²² La alusión o consideración de los cuentos infantiles en la literatura jurídica no tiene ribetes de ligereza o superficialidad del razonamiento. Es fácil descubrir trazas de tradiciones jurídicas en los cuentos que, como género literario cultural y educativo, han servido de entretenimiento en nuestra infancia y nos han venido disponiendo para recibir, con el transcurso del tiempo, percepciones trascendentales de la vida cotidiana. Se considera que los cuentos son un depósito de tradiciones jurídicas al que se puede acudir.¹²³ También, en ocasiones, se acude a ellos

121 E. Gómez Orbaneja (con V. Herce Quemada), *Derecho procesal civil*, p. 246, afirma que, consiguientemente, la sentencia se pronunciará en contra de la parte que haya pedido la declaración del efecto jurídico establecido en la norma.

122 B. Cavallone, «La pantofola virtuosa. Cenerentola e la teoria del giudizio di fatto», *Rivista di diritto processuale*, n.º 6, 2013, sobre todo p. 1396.

123 Cfr. J. A. Escudero López, *La historia del derecho y los cuentos infantiles. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2013. Anteriormente, el mismo autor en *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 2012, p. 26, se refiere al interés que despertaron los cuentos de los hermanos Grimm en los estudiosos alemanes para investigar las manifestaciones jurídicas de los cuentos infantiles. Porque, como se ha dicho, con los cuentos y fábulas (llenas de normatividad) pretendían los hermanos Grimm salvar el «buen y viejo derecho», patrimonio de costumbres, usos y tradiciones conservado por la literatura popular. Jacob Grimm, además de los *Cuen-*

para explicar no cosas que se cuentan y que no han ocurrido o no se sabe bien cuándo y dónde han ocurrido («Érase una vez...»), sino para explicar cosas (quizá experiencias jurídicas) que han ocurrido o todavía existen, porque pueden servir para identificar los problemas y para orientar su solución.

No es la primera ocasión que los procesalistas toman el cuento de *Cenicienta* no solo para leer en él la atractiva moraleja de esta bellísima narración dirigida a niños y adultos,¹²⁴ sino para explicar asuntos que conciernen a la teoría general del proceso. Carnelutti escribió un lúcido artículo titulado «Cenerentola»¹²⁵ en el que planteaba el panorama histórico de las relaciones entre la *ciencia del derecho penal*, la *ciencia del proceso penal* y la *ciencia del proceso civil*, acudiendo a imágenes recibidas innegablemente en su infancia al leer el cuento, en la versión de *Cendrillon*, escrita por Perrault en el siglo xvii.¹²⁶ En el magistral trabajo carneluttiano se identifica el personaje de Cenicienta con la *ciencia del proceso penal*; y el autor concluye la narración con una enseñanza, como en todo cuento que se precie de serlo: *la bontà in trionfo*.¹²⁷

tos infantiles y del hogar (1812 y 1815) escritos con su hermano Wilhelm Karl, publicó individualmente en 1825 las *Antigüedades jurídicas alemanas*.

124 Rossini, cuando en 1817 compuso la ópera cómica sobre este cuento infantil, se fijó en el principal valor moral resaltado por Perrault y la tituló *La Cenerentola, ossia la bontà in trionfo*. En el rondó final de la ópera, simplemente Cenicienta proclama que ya no habrá más llanto ni sufrirá junto al fuego de la cocina: «Nacqui all' affanno... non più mesta».

125 F. Carnelutti, «Cenerentola», *Rivista di diritto processuale*, I, 1946, pp. 73-78.

126 Ch. Perrault, *Contes*, París, Classiques Larousse, 1939.

127 Carnelutti también asume en la última página de su artículo el final moralizador del cuento. El maestro italiano expone cómo ve las relaciones entre las tres ciencias jurídicas y escribe sobre la ciencia

Ahora Cavallone ha ofrecido unas sugerentes consideraciones sobre la sutilísima frontera entre el juicio de hecho y el de valor. Toma de nuevo en consideración la versión de Perrault. Su contribución, de indudable peso en ese aspecto, abre horizontes en nuestro estudio sobre el alcance de la importancia de la determinación del juicio de hecho en la sentencia mediante la valoración de las pruebas. Al presentar cómo se lleva a cabo la indagación de la *altísima causa* de identificar a la experta y desenvuelta bailarina que perdió el zapato en las escaleras de palacio para convertirla en reina, no deja de subrayar dos actividades de muy distinto valor probatorio de la verdad buscada. En ellas, según la versión del cuentista francés, nos interesa detenernos para el objeto de nuestro estudio. Veámoslas desde esta perspectiva.

En la labor de *instrucción*, el gentilhombre enviado por el rey, para averiguar la anhelada *verdad*, tenía que practicar una sumaria diligencia indagatoria de resultado incierto: tenía orden real de probar el zapato perdido a todas las jovencitas del reino para descubrir cuál de ellas se convertiría en la esposa del rey. Intentó meter el zapato en el pie de las dos hermanastras, pero no pudieron calzarlo. Luego, hizo sentar a Cenicienta y, acercando el zapato a su pie, vio que entraba perfectamente bien, como hecho a propósito para ella. Ante aquella coincidencia —dice el narrador—, «la extrañeza de las dos hermanas fue grande»¹²⁸ por la apariencia de la verdad que tenían ante su mirada y su juicio. Esta sola apariencia siempre

del proceso penal: «*Cenerentola* es una buena hermana, y no le pasa por la cabeza salir de su rincón para poner a las otras en su sitio; no tiene, pues, una pretensión de superioridad que la oponga a las ciencias contiguas, sino solamente una afirmación de paridad».

128 Ch. Perrault, *Contes*, pp. 69-70.

produce asombro, pero también duda. Porque estamos ante el estándar de una *prueba preponderante* de los hechos, según el cual la hipótesis es más probable que su negación.¹²⁹

Sin embargo, el estándar de prueba requerido a veces para el procedimiento indagador es distinto. Nadie, ni siquiera en época de rebajas, compra un par de zapatos sin probarse primero uno y después el otro. Esta es la prueba completa. ¡Cuántas veces al querer un modelo y una talla de un calzado de moda a buen precio, tras la doble prueba, la conclusión del posible comprador es reiterada y concluyente: «Parecía..., pero no me van bien»! En esta doble *prueba* en la zapatería las consecuencias del desencanto no son trascendentes, pero sí útiles para tomar la decisión de no comprar lo inservible. No es así en otros asuntos.

Por eso, para el éxito de la *instrucción* de los hechos en aquel asunto de Estado que llevaba a cabo el gentilhomme, nada fue tan satisfactorio como presenciar la práctica de una calculada demostración que permitió alcanzar un superior estándar de prueba. La extrañeza de las dos hermanas —sigue la narración— fue «más grande cuando Cenicienta sacó de su bolso el otro zapato que colocó en su pie». Este es el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*.¹³⁰ Una prueba más completa que la efectuada en la versión de los hermanos Grimm en su *Aschenputtel*, en la que no hay gentilhomme que inquiriese fría y meticulosamente la verdad, sino que bastó el impulso del joven y apasionado príncipe, instructor directo de la pesquisa, probando un solo zapato para resolver el asunto recono-

129 L. Laudan, *Verdad*, p. 105.

130 *Ib.*

ciendo a la bellísima Cenicienta y llevándola en su caballo para convertirla en la futura reina.¹³¹

a) *El sentido del juicio en lo penal*

El significado de estos dos estándares de prueba ha sido explicado por la doctrina acudiendo a diversas expresiones.¹³² La jurisprudencia constitucional, respecto del orden penal, enlaza el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla del juicio, con «el derecho del acusado a no ser condenado a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable».¹³³ Lo que exige no solo la convicción del tribunal, sino la motivación en la sentencia de la existencia y alcance de la apreciación de los hechos más allá de toda duda razonable, porque la apreciación en conciencia de las pruebas de que habla el artículo 741 LECrim no equivale a secreto,¹³⁴ sino que debe manifestarse su apreciación en la motivación para disuadir al juzgador de las tentaciones de trocar la libertad que el ordenamiento le confiere en la valoración de la prueba, en arbitrariedad.¹³⁵ Y de esta manera debe hacerse constar el juicio que merece al tribunal tanto la prueba de cargo como la de descargo, bien para desesti-

131 Cfr. J. Grimm y W. K. Grimm, *Cuentos*, trad. de P. Gálvez, Madrid, Alianza Editorial, 1981, 4.ª ed., pp. 183-192. Según este relato de los hermanos Grimm escrito en el siglo XIX, el mismo príncipe le «tendió el zapato de oro [...]. Ella se quitó el pesado zueco y se calzó el zapato: le venía como un guante».

132 Cfr. L. Laudan, *Verdad*, pp. 68-83, señala hasta cinco maneras de entender qué puede considerarse por hallarse más allá de la duda razonable.

133 STC 246/2004, de 20 de diciembre, f. 8, reiterando una doctrina ya sostenida en otras resoluciones que cita: SSTC 174/2003, de 29 de septiembre, f. 3, y 146/2003, de 14 de julio, f. 5.

134 STS (Sala 2.ª) de 6 de abril de 1990.

135 STS (Sala 2.ª) de 9 de julio de 1999.

marla de forma fundada, bien para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo, porque de lo contrario se actúa al juzgar con un «pre-juicio del tribunal que puede convertir la decisión en un *a priori* o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión adoptada».¹³⁶

b) *El sentido del juicio en lo civil*

Sin embargo, en el orden civil no existen declaraciones directas sobre la *medida* o estándar legal de prueba que debe alcanzarse. Pero no por eso queda oculto el genuino derecho constitucional a la prueba que tiene el litigante civil¹³⁷ ni tampoco el deber de justificar el juez cómo han quedado probados los hechos. El artículo 218.2 LEC dispone que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas». Porque el asunto de la búsqueda de la verdad, en lo civil, no es ajeno al quehacer judicial. A este respecto, no debe olvidarse el contenido de la regla establecida en el artículo 429.1.II con lógico reflejo en el artículo 425.1.1.ª LEC. En definitiva, es necesaria la descripción de los hechos probados, que se debe incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas.¹³⁸

136 STS (Sala 2.ª) de 19 de noviembre de 2001.

137 Cfr. con cita de otras anteriores la STC 89/1995, de 5 de junio. El artículo 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como derecho fundamental «ejercitable en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, y que dicho derecho, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el juez o tribunal» (STC 147/1987).

138 Cfr. STS de 14 de marzo de 2011 y, más concretamente, SSTS de 17 de octubre de 1990, 30 de abril de 1991, 7 de marzo de 1992, 17 de febrero de 1996, 28 de febrero de 1998 y 30 de marzo de 1999.

La jurisprudencia exige la exclusión de toda afirmación acreditada de los hechos por una prueba que sea en sí ilógica, irrazonable o absurda.¹³⁹ El Tribunal Constitucional ha afirmado que no puede considerarse fundada en derecho la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un error patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, puesto que en esos casos la aplicación de la legalidad es mera apariencia de ejercicio de la justicia.¹⁴⁰

El Tribunal Supremo, aunque tiene en cuenta la exigencia del artículo 218.2 citado más arriba, no exige que el juez deba explicar en su sentencia el porqué de cada declaración sobre los hechos que toma en consideración para aplicar la norma en cada caso.¹⁴¹ Sin embargo, establece que, a pesar de haber afirmado «que las sentencias civiles no precisan de un relato formal separado de los hechos probados, la expresión “en su caso” del artículo 248.3 LOPJ no significa que quepa prescindir de las apreciaciones fácticas en las resoluciones del orden jurisdiccional, lo que solo es posible admitir cuando el litigio haya quedado re-

La STS de 16 de junio de 1998 indica que «debe deducirse de la sentencia cuáles son los hechos que por estar probados justifican, con motivación suficiente, la aplicación de la normativa que se realiza».

139 Sobre los caracteres de la prueba ver R. Garcimartín Montero, «De la prueba: Disposiciones generales», en F. Cerdón Moreno, T. Armenta Deu, J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Elcano, Aranzadi, 2001, pp. 1009 ss.

140 Cfr. STC 91/2010, de 15 de noviembre, que cita las STC 87/2000, de 27 de marzo, 221/2001, de 31 de octubre, y 55/2003, de 24 de marzo.

141 Cfr. SSTS de 16 de octubre de 2009 y 14 de marzo de 2011. Exponiendo este criterio general puede verse la STEDH de 21 de enero de 1999. YA. de la Oliva Santos, *Derecho procesal penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 550, en relación con la motivación de la sentencia penal.

ducido a una mera discusión de derecho». ¹⁴² Porque el Tribunal Constitucional desde momento bien temprano de su funcionamiento señaló que la facultad de los órganos jurisdiccionales de apreciación y valoración de las pruebas comporta que tal apreciación y tal valoración se lleven efectivamente a cabo. ¹⁴³ Ya que «no basta calificar de forma abstracta un hecho como demostrado, sino que es precisa la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis». ¹⁴⁴

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se declara que la motivación, clara, precisa y adecuada, debe ser además suficiente tanto respecto de los aspectos de orden fáctico y jurídico como en una específica perspectiva concreta a la apreciación de la

142 Cfr. STS de 12 de junio de 2000.

143 STC 78/1986, de 13 de junio. La jurisprudencia durante mucho tiempo «blindó» la forma judicial de valorar la prueba, frente al juicio crítico ejercitado mediante los recursos formulados contra la determinación de los hechos amparada en la valoración de la prueba realizada conforme al uso generalizado por los tribunales de instancia de la denominada «apreciación conjunta de la prueba», diciendo que no podía ser «disgregada» por un análisis posterior (SSTS de 24 de febrero de 1987, 7 de abril de 1987 y 16 de marzo de 1988), aunque más tarde, ante la posición de la doctrina científica, reaccionó rehusando acoger tal práctica, diciendo que «situar en la sentencia, como exclusivo razonamiento la valoración conjunta de la prueba sin más precisiones en relación a la fuente de obtención de los hechos de que se parte», era una práctica que se debía reprobar (SSTS de 30 de enero de 1997, 6 de mayo de 1998, 30 de abril de 1999). No obstante, en alguna sentencia posterior, aun considerando que es más adecuado efectuar una individualización de los elementos probatorios tomados en consideración, ha vuelto a admitir puntualmente y dadas las circunstancias especiales del caso el recurso a la apreciación conjunta de la prueba (STS de 1 de febrero de 2002).

144 Cfr. SSTS de 30 de enero de 1986, 23 de septiembre de 1997 y 9 de febrero de 1998.

prueba.¹⁴⁵ La suficiencia en este punto significa que sea posible deducir de la sentencia cuáles han sido los hechos que, por estar probados, justifican con motivación suficiente la aplicación normativa que se realiza. Y asimismo es doctrina afirmada en casación que «la motivación de derecho tiene menor trascendencia que la fáctica».¹⁴⁶

Por tanto, tal especie de planteamiento enlaza la operación de *juzgar* los hechos con las exigencias del derecho a la prueba que en el artículo 24.2 de la Constitución se especifica como una consecuencia del derecho a la defensa.¹⁴⁷ El derecho a la prueba contiene el derecho a utilizar las pruebas relevantes (pertinentes y necesarias, arts. 281 y 283 LEC) para demostrar la verdad de los hechos alegados, que las pruebas sean practicadas en el proceso, que sean valoradas racionalmente en la sentencia y que se motive suficientemente sobre la forma en que las pruebas han sido apreciadas y valoradas. Esta manifestación del derecho a la prueba debe tomarse en consideración en todas las sentencias de instancia que resuelven una controversia que se haya trabado sobre los hechos alegados por las partes; es decir, cuando la *quaestio facti* forma parte de la disceptación entre las partes.

145 Cfr. STS de 12 de junio de 2000, casando la SAP (Sección 4.ª) de Zaragoza de 4 de julio de 1995.

146 Cfr. STS de 12 de junio de 2000, FJ 2.º

147 Cfr. SSTC 97/1995, de 20 de junio: «El derecho de defensa lleva consigo como elemento “inseparable” (SSTC 147/1987, 50/1988, 59/1991, etc.) que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, de suerte que ha de reputarse arbitraria una denegación que no tenga fundamentación razonable o que no aparezca motivada (SSTC 94/1992, 297/1993, etcétera)». La STC 50/1988, de 2 de marzo, afirma el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como derecho fundamental «ejercitable en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado [...]».

c) *Las fisuras en el juicio sobre el hecho en la segunda instancia*

Las exigencias mostradas y la construcción legal y jurisprudencial que las ampara llevan a considerar que el razonamiento plasmado sobre la apreciación y valoración de la prueba responde a las dos finalidades que tiene la motivación de las sentencias: *a)* exteriorizar el fundamento fáctico de la decisión haciendo explícito que dicha motivación corresponde a una determinada apreciación de los hechos a los que se aplica la ley; *b)* permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos,¹⁴⁸ que, en este caso de la denominada *quaestio facti*, supone permitir que se someta a nuevo juicio el estándar de prueba preponderante empleado,¹⁴⁹ cuando existe un recurso procedente. Lo cual pone de manifiesto que la cuestión de hecho es revisable por medio de los recursos ordinarios y en concreto por medio del recurso de apelación (art. 456 LEC).

La segunda instancia civil, abierta mediante el recurso de apelación, se configura, según afirma la EM de la LEC, como una «plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada».¹⁵⁰ Nada impide, por consiguiente, que el tribunal de segundo grado revise tanto el juicio de hecho como el de derecho, ya que el recurso de apelación es ordinario en el que no se excluyen más materias que las expresamente determinadas por la ley: hechos nuevos (salvo las excepciones previstas, arts. 271, 286 y 460 LEC) y nuevas pretensiones distintas de las formuladas en la

148 Cfr. STC 187/2000, de 10 de julio.

149 Ante interpretaciones totalmente absurdas, erróneas o in-temperantes (SSTS de 14 de febrero, 7 de marzo y 20 y 24 de abril de 1989, 1 de julio de 1996 y 15 de abril de 2003).

150 EM, apdo. XIII.

primera instancia.¹⁵¹ Por ello, la doctrina del Tribunal Constitucional afirma que el recurso de apelación atribuye al juzgador *ad quem* plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo*, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*.¹⁵²

Este criterio constituye el núcleo de la doctrina que ha mantenido el Tribunal Supremo al referirse a la labor de los tribunales de *segunda instancia*.¹⁵³ Por su parte, tradicionalmente las audiencias provinciales han venido manteniendo que al tribunal de segundo grado le corresponde la plena revisión de la prueba si esta constituye el objeto de la pretensión impugnatoria formulada por el apelante en el recurso.¹⁵⁴

Ahora bien, esta doctrina no es común ni generalmente afirmada. Excediéndose en la estimación de la función de la segunda instancia, algunas audiencias provinciales han pretendido asemejarla infundadamente, en esta materia, a la función casacional, estableciendo la clausura de la segunda instancia al juicio revisor de los hechos.¹⁵⁵

151 Cfr. Á. Bonet Navarro, *Los recursos en el proceso civil*, Las Rozas, La Ley, 2000, pp. 102 ss., y Á. Gutiérrez Berlinches, «Los recursos ordinarios y extraordinarios», en J. Banacloche Palao (coord.), *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 401 ss.

152 Cfr. STC 167/2002, de 18 de septiembre, en el mismo sentido que las SSTC 172/1997, de 14 de octubre, 120/1999, de 28 de junio, y ATC 220/1999, de 20 de septiembre.

153 Cfr. STS de 22 de febrero de 2013.

154 Cfr. SAP Barcelona de 21 de diciembre de 2012; SAP Madrid de 7 de octubre de 2011; SAP Madrid de 25 de octubre de 2011; SAP Zamora de 29 de noviembre de 2010.

155 STS de 22 de noviembre de 2012 advierte que no se debe confundir la doctrina declarada en este aspecto sobre el acceso al re-

En efecto, las audiencias provinciales ante algunas de las pruebas practicadas en la primera instancia, con criterio crasamente erróneo, han cerrado el acceso al juicio revisor de la valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia, limitándolo exclusivamente a los casos en que, o bien el tribunal «se ha comportado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica»,¹⁵⁶ o bien, simplemente, ha llevado a cabo la valoración de la prueba por remisión a la efectuada en primera instancia, aunque el pronunciamiento hubiera sido de condena en la primera instancia y absolutorio en la segunda.¹⁵⁷

Por otra parte, algunas audiencias estiman que, como consecuencia de que el tribunal de segundo grado no ha conocido con inmediatez la práctica de las pruebas en la primera instancia, no es posible que entren a revisar los resultados probatorios y su valoración salvo «evidente fallo en el razonamiento lógico o cuando se alcancen conclusiones arbitrarias o absurdas».¹⁵⁸

curso de casación, salvo los casos en que específicamente se permite tal ingreso, con la naturaleza y función del recurso de apelación que permite plena *cognitio* de la audiencia provincial con competencias plenas en la valoración de la prueba.

156 Cfr. SAP Madrid de 29 de marzo de 2012; y SAP Málaga de 25 de mayo de 2009. SAP Madrid de 16 de octubre de 2013; SAP Madrid de 1 de marzo de 2013; SAP Zaragoza de 5 de diciembre de 2012; SAP Murcia de 17 de abril de 2012; SAP Las Palmas de 20 de abril de 2012.

157 Cfr. SAP Zaragoza de 4 de julio de 1995.

158 SAP Málaga de 25 de mayo de 2009. La STC 167/2002, de 18 de septiembre, ya citada, en relación con el recurso de apelación en el proceso penal y la revisión de las pruebas practicadas en primera instancia, señaló el obstáculo que suponía el «respeto a los principios de inmediatez y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías», para dictar un pronunciamiento reformador del de primera instancia sin contar con pruebas realmente practicadas

Esta doctrina, nacida de una interpretación al margen de lo que establece la LEC, vulnera el derecho a la prueba, que es derecho a que sea debidamente apreciada la prueba practicada en la instancia correspondiente. Y además niega la doble instancia para el conocimiento de los asuntos en los casos que la ley la ha previsto (art. 455 LEC). Eventualmente, al aplicarse tal doctrina, no se *verá*—no se podrá ver— el asunto completo (hechos y derecho) dos veces, sino una vez en la primera instancia y a medias en la segunda. En esta instancia, siguiéndose tal doctrina, solo puede examinarse la mitad de razonamiento componente del juicio jurisdiccional: el juicio de derecho.

Esta forma de ordenar judicialmente el proceso erige dentro de la segunda instancia la anomalía que lleva a impedir que el litigante defienda, por medio del recurso de apelación, la tutela de su derecho subjetivo material o su interés legítimo, removiendo la errónea apreciación de la prueba en que se considere que ha incidido la sentencia recurrida que ha desestimado su pretensión. Y esto es notorio. No solo porque se provoca una vulneración del derecho procesal aplicable a la segunda instancia. Sino porque abre una rendija más por la que se produce la pérdida de la oportunidad para defender la aplicación de la norma sustantiva al caso del pleito. Ya que solo se puede llevar a cabo una recta aplicación de la consecuencia jurídica contenida en la norma cuando los hechos que han de sub-

ante el tribunal *ad quem*. Sin embargo, la cuestión de la falta de inmediatez en la segunda instancia civil sobre las pruebas practicadas en la primera instancia ha sido considerado por STS de 15 de julio de 2010 como un asunto irrelevante para permitir que el tribunal *ad quem* entre a conocer de la cuestión de hecho revisando la apreciación de la prueba efectuada en la primera instancia porque el nuestro es un «sistema que admite la “inmediación virtual” a través de la grabación de la vista».

sumirse en ella corresponden a la realidad que se quiere probar.¹⁵⁹ Nos hallamos ante una justicia sin hechos, que, en este punto, es tanto como decir una justicia a la que no interesan los hechos que sí interesan a las partes recurrentes. Las audiencias provinciales, al desconocer la naturaleza y función del recurso de apelación que abre la segunda instancia y lo que en ella puede ocurrir, justifican una suerte de justicia procesal que perjudica (*rectius*: impide) la justicia material del caso, que, en este grado de jurisdicción, debe darse como consecuencia del juicio completo (hechos y derecho) que lleva a la decisión judicial.

D) *Juzgar sin el derecho.*

Cuando la ley resulta frangible en el juicio

¿Es frangible la ley? Esta es una pregunta que se plantea a menudo cuando tomamos como postulado la firmeza de su vigor en el moderno Estado de derecho. La ley es llamada por su seguridad y estabilidad a mantener el orden social. Y por eso se respeta. Una conducta ajena a este pensamiento no anda lejos de la perturbación o destrucción del orden que ha querido darse a sí la sociedad por medio de sus representantes en el Parlamento.

Llamado el juez a formular en la resolución su juicio jurisdiccional, este se expresa no solo en lo que concierne a los hechos alegados y probados por las partes, sino que tiene una especial importancia en lo que incumbe a la tarea de seleccionar la norma sustantiva que ha de aplicarse para que pueda pronunciar la decisión en el sentido requerido por la ley. La aplicación no es automática, como ha podido entenderse al hacer una lectura precipi-

159 Cfr. L. Ferrajoli, *Principia*, t. II, p. 200, para quien la jurisdicción se halla enteramente vinculada a la comprobación de la «verdad procesal», de hecho y de derecho, como presupuesto de sus actuaciones.

tada de cierta expresión célebre de Montesquieu.¹⁶⁰ El juez interpreta la norma, salva lagunas, resuelve antinomias, determina la ambigüedad o la vaguedad de la expresión lingüística, concreta los conceptos jurídicos indeterminados. Mas este esfuerzo interpretativo no debe desplazar a la ley aplicable.

Cuando el juez se enfrenta con una laguna normativa, su decisión debe estar jurídicamente fundada; no le es posible salir al extrarradio del derecho para aplicar criterios no jurídicos. En el caso de las antinomias, lejos de quedar abocado el juez a *crear* derecho según su criterio, debe prestar atención a las razones subyacentes a una y otra norma buscando el derecho implícito en ellas: los valores protegidos. Ante la ambigüedad o vaguedad de la expresión lingüística de la norma, debe mirar al derecho implícito para escoger el sentido más próximo a la realidad que debe ser ordenada jurídicamente. Incluso se mueve dentro de los términos del derecho implícito cuando completa el sentido de los conceptos indeterminados usando juicios de valor. Todo ello lo hace ponderando discernimientos de coherencia.

La ley¹⁶¹ contiene una solución para un conflicto de razones. Al formular la solución promulgándola, el legislador enuncia un compromiso político y social del que hace partícipe (impone) a la comunidad; el ciudadano sabe cómo debe comportarse; el juez debe tenerlo en cuenta cuando el ciudadano no ha respetado tal compro-

160 *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, Segunda parte, lib. XI, cap. VI, p. 156: «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes».

161 Sigo en este punto la exposición de Á. Ródenas, *Los intersticios*.

miso. Ninguno de los dos puede ni debe ponerse al margen de ese compromiso si quieren ajustar su conducta y deber a lo que expresa la ley. El ciudadano que desconoce la norma incumpléndola incurre en sanción; el juez que no lo aplica *quiere* ser legislador y oficia como tal, aunque no lo exprese. Por otra parte, la ley además contiene una primorosa tarea —quizá no siempre terminada— para todos sus destinatarios: ahorrar tiempo. Suministra de forma abreviada una decisión librando a ciudadanos y jueces de tener que argumentar ponderando el modo de llegar a un compromiso para componer el conflicto de las razones cada vez que se les presenta la necesidad de *ordenar*, en el sentido que hemos dicho antes (ordenación de lo social), una determinada acción.

Por eso se ha dicho que «tener una regla significa que cuando se producen las condiciones para su aplicación no componemos un nuevo balance con todas las razones» que se tomaron en consideración para formular la norma aplicable al caso, sino que «la decisión ya está tomada de antemano». ¹⁶² En cierto sentido, la decisión normativa *facilita* al juez la labor de juzgar. Afirmando esto no queremos decir —como por brote de candor— que formular el juicio jurídico jurisdiccional sea algo despojado de complejidades jurídicas o de dificultades formales, y próximo al automatismo. No profesamos tal grado de ingenuidad que nos lleve a dar la espalda a todas ellas y a creer en la justicia de este último. Lo que *resuelve* expeditivamente la existencia de la ley, facilitando el juicio jurisdiccional, es que constituye para el juez la razón en la que ha de apoyar su decisión ordenando la acción exigida, es decir, dictando una resolución cuyo contenido se corres-

162 Ib., p. 34.

ponda con el de la regla.¹⁶³ Y además la existencia de la misma ley se alza como una razón que lleva a prescindir del resultado que produciría una deliberación libre e independiente por parte del juez sobre los argumentos en pro y en contra para decidir cómo, teniendo en cuenta el caso, debe ordenarse la acción.

Ahora bien, este pequeño universo del juez se viene abajo cuando se produce una falta de coherencia entre el mandato contenido en la formulación literaria de la ley y la justificación de ella.¹⁶⁴ Esta falta de coherencia puede surgir como consecuencia de que las razones en que se apoya la norma no son aplicables al caso o porque hay otras razones presentes que no han sido consideradas en el compromiso de razones alcanzado por el legislador en el que ampara la norma y que tales nuevas razones deben atenderse. Circunstancialmente, también aparece cuando el compromiso (*juicio de prevalencia*) entre razones en conflicto que dan fundamento a la norma ha sido mal compuesto.¹⁶⁵ La apreciación de esta incoherencia llevará al juez a considerar la norma inaplicable al caso y no aplicarla o a considerarla nula.¹⁶⁶ De nuevo, surge acuciante la pregunta que hemos formulado: ¿Es la ley frangible?

No se trata en ambos casos de interpretar la norma para aplicarla, sino de dejarla fuera del ámbito de su apli-

163 Ib.

164 Ib., p. 40: «En la genealogía de toda regla regulativa hay un conflicto entre razones tutelado por el derecho; todas las reglas regulativas traen su causa en dicho conflicto. El derecho resuelve este conflicto entre razones señalando un compromiso, ajuste o balance entre las mismas».

165 Ib.

166 En el ordenamiento jurídico español no se autoriza al juez para que declare la nulidad de una norma. Debe suspender su aplicación y plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

cación. Sin embargo, el juez no está dotado de la facultad omnímoda de dejar de aplicar la norma por considerar que el caso queda fuera de su alcance o constituye una excepción; tendrá que demostrar que el caso efectivamente queda fuera del alcance de la norma. Tampoco tiene facultad para apreciar libremente que el compromiso de razones que justifica la existencia de la norma debe quedar relegado ante la consideración de que existen nuevos objetivos sociales o políticos o de que —empujado por acontecimientos sociales no atendidos todavía por el legislador convenientemente— se ve en la necesidad de promover nuevos valores no incorporados hasta el momento al ordenamiento jurídico.¹⁶⁷

El juez debe interpretar la norma y no ir más allá. Sin embargo, no basta con su íntima apreciación personal, sino que debe motivarla externamente. Al seleccionar un artículo y aplicarlo con tal o cual interpretación, debe expresar que esa específica interpretación es recibida en su razonamiento porque considera que es el criterio óptimo para apoyar su decisión en el caso que juzga. Al juez se le exige que justifique el porqué de la elección de esa norma y de su interpretación para ajustarse a la racionalidad como fiel contraste de que aquello que propone en su decisión es algo válido.¹⁶⁸

No obstante, en ocasiones resulta difícil discernir cuándo estamos ante un caso de interpretación de la norma

167 A los jueces puede aplicarse en sustancia el sentido de lo que P. Calamandrei (*Fe en el derecho*, p. 101) afirmaba respecto de los juristas en general: «Los políticos militantes pueden luchar, más allá de las leyes, por la instauración de lo que cada uno de ellos, según su fe, considera, como suele decirse, la justicia *social*, el ideal de un ordenamiento mejor. A los juristas solo les cabe luchar por mantener dentro de los límites de las leyes la justicia *jurídica*».

168 Cfr. M. Taruffo, *Proceso y decisión*, p. 33.

para aplicarla y cuándo en esa interpretación el juez llega más allá de lo que la formulación de la norma y sus justificaciones permiten y la rompe, presentando su actuación movido como por un caso de *conciencia*. Con lo cual se consuma una legitimación del uso de criterios extralegales y extrajurídicos. Estamos situados sobre lo que ya hemos explicado en torno a la llamada jurisprudencia de sentimientos u opinión.¹⁶⁹

La génesis tiene su raíz y fuente en múltiples circunstancias. La observación de la realidad jurídica actual expuesta al principio nos manifiesta algunos datos para proponer nuestra hipótesis.

Suele decirse que los gobernantes marchan dos o tres pasos detrás de la sociedad. El ritmo de esta es más activo. Buena cosa sería prevenir en todo momento lo que conviene a la sociedad civil para establecer una convivencia ideal, pero a menudo lo único que se revela y alcanza es el esfuerzo de quien gobierna como dirigido a remediar o a regular, quizá tardíamente, el ajuste jurídico de los comportamientos reales ya constatados y comprobados. La norma sigue al acaecimiento de los hechos y de las conductas regulables. Sin embargo, puede aparecer a veces el fenómeno —pretendidamente remediador— en que se inserta como protagonista el intérprete y aplicador de la ley con el ánimo de querer ganar el tiempo perdido o el trecho (los dos o tres pasos detrás) que distancia a los gobernantes de la sociedad. Ahora bien, ganar el terreno a la sociedad que va por delante solo se puede hacer de dos maneras: corriendo más de prisa que los gobernantes o transitando cortas sendas alternativas de las ordinarias (legales) para disminuir la ventaja. Y esto, en ambos casos, se

169 Cfr. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*.

intenta dando un nuevo sentido a la norma promulgada de manera que *sirva* para tutelar situaciones sociales distintas de las que justificaron su promulgación. El trance, a menudo, es celebrado; y no es extraño ver cómo se alza la aprobación de las decisiones y el encomio, si no la glorificación, del juez que ha decidido con el nuevo y personal sentido y que desde ese momento pasa por adalid y constructor del derecho. Mera apariencia, porque lo cierto es que solo ha resuelto un caso. No ha dado una norma que puedan seguir otros en el futuro, simplemente porque no puede darla. Si se sigue la práctica en el mismo sentido por otros aplicadores de la norma, continuamos en presencia de la solución particular de un caso, de otro y de otro más. Y así uno tras otro, pero siempre estamos ante un caso. Aunque, con todas estas formas uniformes o disconformes entre sí de aplicar la considerada inútil ley para hacerla servible, se llegue a crear un estado de opinión. Objetivamente, estamos ante un caso en que la ley se ha fracturado abriéndose resquicios por los que el derecho se abisma ante la inseguridad. Deteniendo la mirada sobre algunos casos podemos ilustrar esta hipótesis.

4.4. La sustitución judicial de las justificaciones de la norma y la responsabilidad patrimonial universal del deudor en almoneda

Recientemente hemos asistido a un activo ejercicio de protagonismo judicial en la búsqueda de sentidos a la norma dentro de la tendencia constructivista señalada. Se intentó dar un nuevo valor a determinados preceptos reguladores del proceso de ejecución. Veamos alguno de ellos. El artículo 579 LEC parte del supuesto de hecho de que el valor del bien hipotecado, sobre el que se lleva a efecto la ejecución, es insuficiente para cubrir el total de la deuda y

que, por tanto, es posible seguir ejecutando bienes del deudor en virtud del principio de responsabilidad universal de este. Esto es lo único que busca amparar. Puede decirse que este precepto es el complemento procesal del derecho del acreedor frente a su deudor comprometido en su responsabilidad con la totalidad de su patrimonio. El artículo 579 establece un sistema completo para garantizar este derecho del acreedor. Su significado de refuerzo procesal de aquel derecho del acreedor es evidente.

El sistema hipotecario español, desarrollado tradicionalmente desde el siglo XIX como ahora es conocido, se ha consolidado sobre tres pilares invariables que han servido para popularizar el crédito y asegurar el mercado financiero ofrecido por el acreedor. Estos son la constitución de la garantía hipotecaria en escritura pública autorizada por el notario, la inscripción de la escritura pública que incorpora la hipoteca en el registro de la propiedad y el proceso de ejecución *privilegiado*. Dejando por ahora a un lado las normas que regulan la situación jurídica del deudor hipotecario con sus reconocidos beneficios de certeza y responsabilidad patrimonial por la deuda contraída, queremos detenernos en el examen de las normas que atienden a la situación del acreedor hipotecario; son las normas que podemos afirmar como garantes del *favor creditoris cum hypotheca*. En concreto, nos interesa analizar las normas que regulan el proceso de ejecución, y, más particularmente, el proceso de ejecución de los créditos con garantía hipotecaria o pignoraticia dentro de esta tradición jurídica.¹⁷⁰

170 Este sentido de defensa del acreedor hipotecario por medio de un proceso especial de ejecución hipotecaria se estableció en la Ley de 2 de diciembre de 1872 para el desaparecido Banco Hipotecario de España, S. A., y se ha conservado en el procedimiento sumario de ejecución introducido por la Ley hipotecaria de 1909, que ha perdurado

Desde esta perspectiva, podemos afirmar que tanto en las normas sustantivas como en las procesales existe un elenco de reglas que atiende a garantizar la postura y derecho del acreedor hipotecario que frente al deudor ya ha cumplido su obligación concediéndole el crédito o el préstamo pactado. En el ámbito del proceso se revelan como manifestaciones de esta garantía la configuración de un proceso de ejecución especial para acoger y dar cumplimiento en él al requerimiento de seguridad: la hipoteca se ha constituido bajo un doble control de legalidad; el del notario y el del registrador de la propiedad.¹⁷¹ El título que sirve para despachar la ejecución sin ser judicial goza de una efectividad, «deseable por muchos motivos», según declara la EM (apdo. xvii) de la LEC/2000, en razón fundamentalmente de la intervención de los dos profesionales que actúan en su procedimiento creador: autorización notarial e inscripción registral constitutiva. Constan con claridad los elementos contractuales queridos por acreedor y deudor: *pacta sunt servanda*.

Dentro de esta misma razón de ser, el legislador configuró el proceso de ejecución concediendo un sistema restringido de causas de oposición, en relación con el establecido frente a otros títulos ejecutivos no judiciales. Mas, sobre todo, estableció la regla de limitar las causas de suspensión del procedimiento a aquellos casos en que se tratara de auténticas causas de oposición a la ejecución, y no de motivos para plantear la tercería de dominio.¹⁷²

en sus rasgos fundamentales hasta su sustitución por el régimen recogido en la vigente Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000.

171 Cfr. art. 145 LH.

172 Cfr. A. Lafuente Torralba, *La oposición a la ejecución*, Cizur Menor, Civitas, 2006.

Es bien conocido que recientemente el legislador español ha actuado de diversas maneras sobre la contratación y ejecución hipotecaria para ajustarlas al derecho comunitario y a la angustiosa situación económica que atravesaba el país. En el panorama contractual y su control aparece con fuerza la presencia del deudor hipotecario considerado consumidor sobreendeudado. Sin detenernos en otros aspectos, hemos de referirnos a las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil número Tres de Barcelona.¹⁷³ No es este el lugar para analizar otros aspectos de dicha resolución. En líneas generales, podemos concluir que, como consecuencia de ella, se promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que reformó la LEC introduciendo en el artículo 695.1.4.^a como causa de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria la alegación del «carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

Afirmaremos que, en esta reforma procesal y en el establecimiento de modos de reacción frente a las condiciones de contratación de los préstamos y créditos hipotecarios y de la liquidación de la deuda admitiendo la paralización de las ejecuciones judiciales, se advierte la sombra del principio *pro consumatore*. En definitiva, el Estado ha entendido que las justificaciones de las razones que amparaban la formulación del precepto contenido en el artículo 695 LEC antes de ser reformado debían ceder frente a otras de muy diverso signo que venían impuestas por la reali-

173 Accesible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES>>.

dad económica y la consideración del estatus del consumidor. Nada de esto es ajeno al quehacer del legislador.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que antes de que se dictara la referida sentencia algunos tribunales que conocían de procesos de ejecución ordenaron actuaciones alterando los términos legales del procedimiento de ejecución hipotecaria que no tenían amparo en la ley tal como estaba formulada.¹⁷⁴ Ya que la LEC¹⁷⁵ ofrecía un procedimiento dirigido a que el acreedor percibiera, sin oposición y sin dilaciones, la satisfacción de la deuda garantizada con la venta o la adjudicación del inmueble valorado libremente por ambas partes al constituir la hipoteca; de tal modo que, si con lo obtenido en la subasta no hubiera dinero suficiente para cubrir la deuda, pudiera continuarse el procedimiento de ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor.

Las actuaciones seguidas judicialmente, en vista de las noticias, fueron muy diversas. En varios casos los tribunales, una vez adjudicado el bien inmueble hipotecado por el acreedor ante la falta de pago por parte del deudor sin haber quedado satisfecha la totalidad de la deuda, denegaron la solicitud del acreedor de que siguiera adelante la ejecución por el procedimiento común, tal como establecía el artículo 579.1 LEC, para liquidar el resto de la deuda. En otras ocasiones los tribunales adoptaron medidas cautelares dentro de un proceso declarativo seguido

174 Esta situación se incrementó a partir del momento en que se conocieron las conclusiones del informe de la abogada general, señora Juliane Kokott, presentadas el 8 de noviembre de 2012.

175 El legislador de 2000 sigue en este asunto una larga tradición proveniente de la Ley hipotecaria y de su reglamento.

al margen del proceso de ejecución hipotecaria encaminadas a paralizar este proceso de ejecución en unos términos de suspensión precautoria que, sin previsión legislativa, alteraban el orden procedimental de la ejecución; se acordaron también audiencias del deudor no establecidas en la ley para que este pudiera alegar lo que estimara oportuno sobre las condiciones del contrato en que constaban las cláusulas de establecimiento de la responsabilidad y garantía hipotecaria.¹⁷⁶

Las razones expuestas en las resoluciones judiciales justificaban la medida adoptada, en su caso, en la presencia del abuso del derecho, la mala fe contractual y en el ejercicio del derecho; la postura abusiva del ejecutante, la responsabilidad del sistema financiero, el contexto de crisis económica excepcional.¹⁷⁷ ¿Era esto un ejercicio de

176 Cfr. A. Lafuente Torralba, «La tutela del ejecutado a través del proceso declarativo del art. 564 LEC», en M. Cachón Cadenas y J. Picó Junoy (coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 45 ss.

177 El auto de 13 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Estella/Lizarrá (Navarra) declaró extinguida la deuda pese a no satisfacerse dinerariamente todo el montante de esta porque el acreedor se adjudicó el piso hipotecado, cuyo valor en el momento de la ejecución era notablemente inferior al de tasación hecha al contratar el préstamo. El auto fue recurrido ante la Audiencia Provincial de Navarra, y en el auto de 17 de diciembre de 2010, confirmando el auto del Juzgado, declaró que estimaba «moralmente rechazable» que el acreedor, considerando que no había percibido el total de la deuda recibiendo el disminuido valor del piso, pudiera pedir que continuara el proceso de ejecución contra los restantes bienes del deudor, haciendo recaer sobre dicho acreedor «que dicha pérdida de valor es directamente *achacable* a la crisis económica, fruto de la mala praxis del *sistema financiero*». El texto completo del auto de 17 de diciembre de 2010 puede consultarse en *Diario La Ley*, n.º 7590, de 16 de marzo de 2011, y en CENDOJ, Roj: AAP NA 1/2010- ECLI: ES: APNA: 2010: 1.ª A.

interpretación de la norma procesal reguladora de la ejecución hipotecaria o era otra cosa? Solo tras la reforma introducida en la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, antidesahucios, se permitió al tribunal que diera audiencia a las partes para resolver posteriormente, si apreciarse que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo pudiera ser calificada como abusiva.

En estos casos, abstracción hecha del problema económico y humano que latía en ellos, los tribunales llegaron más allá de lo que permite el Estado de derecho. Abrieron una brecha que, de forma inmediata, resolvía un problema individual, pero que generaba la inseguridad futura para el acreedor que quisiera ofrecer su crédito en el mercado hipotecario a futuros deudores. El acreedor que leyera la ley, tal como estaba publicada y promulgada, advirtió que no estaba en manos del legislador sino del juez. El gobierno de las normas había sido sustituido por el gobierno de los hombres.

Mientras, por un lado, iban pronunciándose las resoluciones amparadoras de los deudores sin querer leer el texto de la LEC, por otro lado, el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Sabadell sometió al juicio del Tribunal Constitucional por cuestión de inconstitucionalidad el mandato del artículo 579 LEC por no contener un trámite de audiencia para el deudor cuando el acreedor hipotecario solicita seguir la ejecución sobre los bie-

El auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011, al dar por liquidada la deuda con la adjudicación del inmueble al acreedor que pedía seguir la ejecución contra otros bienes del deudor, argumentó: «Lo que la entidad financiera pretende aquí es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso, procurando al acreedor un beneficio injustificado, que hay que *presuponer* la norma no busca amparar».

nes de dicho deudor por ser insuficiente el resultado obtenido en la subasta o mediante la adjudicación en pago. El Tribunal Constitucional dictó auto inadmitiendo el recurso por ser notoriamente infundado.¹⁷⁸ Siempre se había entendido que la norma del referido artículo responde a la naturaleza y finalidad del proceso de ejecución hipotecaria. Posteriormente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia condujo a una rápida y parcial reforma de la LEC en el sentido de sus razonamientos. Pero, al margen del valor colateral de tal sentencia para promover una reforma de la ley, es preciso prestar atención a lo que el Tribunal Constitucional argumentó en el auto de inadmisión al decir que ni el Tribunal Constitucional ni los órganos jurisdiccionales pueden cuestionar el régimen o modelo procedimental establecido tratando de sustituirlo por otro hipotético modelo alternativo, ya que su establecimiento corresponde al legislador en el amplio marco de capacidad de elección que tiene dentro de los límites constitucionales.

Por otra parte, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Segunda) en el auto de 4 de mayo de 2012¹⁷⁹ resolviendo un recurso de apelación contra un auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Dos de Estella/Lizarrá entendió que lo procedente después de la adjudicación del piso sin cubrir el montante de la deuda es continuar la ejecución sobre el restante patrimonio del deudor, de acuerdo con los artículos 1911 CC, 105 LH y 579 LEC. En esta sentencia aparecen otra vez citados los «principios de seguridad jurídica sobre los que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria y entiende

178 Auto 113/2011, de 19 de junio, accesible en <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/08/17/pdfs/BOE-A-2011-13956.pdf>>.

179 Accesible en <<http://www.poderjudicial.es/>>.

que solo el legislador puede regular el sistema liberatorio de la dación en pago no voluntaria por parte del acreedor». «Ya no es —afirma— un problema de interpretación o valoración sino de sujeción al ordenamiento jurídico. En suma, deberán ser otras instancias: legislativa, ejecutiva, política, social, las que puedan o quieran implementar nuevas medidas o soluciones a la dramática situación que plantea la ejecución hipotecaria, en el marco de la crisis económica y financiera, en que se debate el país».

De lo contrario, las actuaciones aisladas o repetidas en virtud de las cuales se interpreta la norma fuera de su «compromiso de razones» que justifica su existencia no solo genera pautas de inseguridad jurídica, sino negación del derecho. Una peculiar forma de resquicio en el sistema procesal. Lo primero, porque, por muchas veces que un juez o distintos jueces decidan actuar fuera de ese «compromiso», no *crearán* una regla que pueda generalizarse para todos los demás casos. Los cambios en el «compromiso» lo lleva a cabo el legislador; el juez, contrariamente, está vinculado por el texto de la norma y por las razones en las que se fundamentan. Lo segundo, porque los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de paso para realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales, asunto que no es de rango inferior. El juez no es independiente frente al derecho, ni libre para sustituir el imperio de la norma por *su* imperio plasmado en su decisión. El derecho del litigante que pretende su tutela se ve sorprendido por una actuación procesal no prevista que deriva su vigor hacia la ineficacia de la norma sustantiva que ampara su derecho (art. 1911 CC) por esta grieta abierta por causa de una actividad especialmente incentivada de los órganos jurisdiccionales.

4.5. Las rendijas de la protección legal del deudor burlada por el legislador protector

El deudor tiene la obligación de realizar la conducta que el acreedor tiene derecho a exigir.¹⁸⁰ Esa conducta se endereza a cumplir la prestación que es el objeto de la sujeción en que consiste la obligación. Por la situación jurídica del deudor se le impone que el cumplimiento se ajuste «al programa de prestación previsto al constituirse la obligación».¹⁸¹ Una vez cumplida la ejecución de la prestación debida según el «programa», no solo queda satisfecho el interés del acreedor, sino que el deudor queda liberado de la obligación (arts. 1156 y 1157 CC). La obligación, por tanto, se ha cumplido y se ha extinguido. Esto se produce tanto en el caso de que voluntariamente cumpla (pague) el deudor como en el otro de que el cumplimiento sea forzoso o por equivalente: el pago o cumplimiento viene siendo considerado por la doctrina como «acto debido», e importa poco cómo se lleve a efecto. Por ello el esfuerzo (sacrificio patrimonial) que deba realizar el deudor es irrelevante en cuanto a la variedad e intensidad de los medios, pero mensurable en cuanto al fin: cumplir la ejecución de la prestación debida; no otra. Su responsabilidad patrimonial universal es incontestable en tal trance, pero esta se pone a contribución del «programa» de la prestación, y no de otro.

En el cumplimiento voluntario de la prestación dineraria no se señala otra pauta que la satisfacción completa del derecho del acreedor. Sin embargo, cuando la prestación ha de llevarse a cabo mediante la ejecución forzosa, a esta pauta de la satisfacción completa del acreedor

180 Cfr. M. Á. Pérez Álvarez, *Curso de derecho civil (II)*, p. 68.

181 Cfr. STS de 2 de noviembre de 1994.

(art. 570 LEC) se añade la exigencia de la proporción del sacrificio patrimonial exigido al deudor. Este se mide por la regla de la suficiencia (art. 584 LEC). Desde la situación jurídica del acreedor, la suficiencia significa que la satisfacción pueda ser completa; desde la situación jurídica del deudor comporta el ajuste del valor del bien realizable al importe de la prestación debida. Cuando este ajuste se ha hecho convencionalmente, el acreedor y el deudor aprueban contractualmente la suficiencia del valor del bien realizable por ellos designado. Así ocurre al otorgar la escritura de constitución de la hipoteca (art. 140 LH), o al convenir el acreedor y el deudor, antes o durante la ejecución, el valor del bien embargado (art. 637 LEC). No obstante, en otro caso, faltando el acuerdo, el ajuste del valor del bien a la responsabilidad del deudor se lleva a cabo según lo establecido por la norma procesal (art. 584 LEC): imponiéndose en este sentido la suficiencia del embargo como un límite máximo de su alcance.¹⁸²

La crisis económica, la alta tasa de morosidad y el hundimiento del mercado inmobiliario ha llevado a mirar hacia las circunstancias que rodean al deudor hipotecario para tratar de mejorar su situación, aplicando medidas correctoras que adecuen su responsabilidad patrimonial universal a la realidad de la caída del valor de los inmuebles hipotecados. La reforma de la regulación de la ejecución hipotecaria llevada a cabo por la ya citada Ley 1/2013¹⁸³ mantiene el decidido propósito de favorecer al deudor hipotecario de diversas maneras. Una de ellas es la que se pone de manifiesto en el momento de la realización forzosa de los bienes hipotecados. Las normas modi-

182 Cfr. Á. Bonet Navarro, *El juicio*, pp. 110 ss.

183 Ley 1/2013, de 14 de mayo, Antidesahucios.

ficadas en la LEC distinguen, para algunos casos, que el bien realizado sea la vivienda habitual del deudor hipotecario o que no lo sea, en orden a incrementar el trato favorable del deudor. Al margen de algunos aspectos que tienen relevante interés en este asunto, me interesa detenerme en lo que se ha convertido en un resquicio del proceso de ejecución generado por el legislador por el cual el derecho del deudor hipotecario, en lo que se refiere a la suficiencia, llega a ser ahora de peor condición de la que tenía antes de la reforma.

Para observar el desarrollo de esta hipótesis debo partir de la noción y efectos del valor de tasación del bien hipotecado.¹⁸⁴ Porque el valor de tasación sirve para fijar el límite máximo de capital del crédito o préstamo hipotecario¹⁸⁵ y para fijar el tipo en la subasta que se celebre para el caso de tener que ejecutar la hipoteca.¹⁸⁶ La primera finalidad concierne al deseo de considerar un valor del inmueble sostenible en el tiempo para evitar especulaciones. No interesa detenernos en ella a los extremos de lo que queremos mantener. Sin embargo, hay que manifestar que tal regulación consigue, a primera vista, un

184 Deben tenerse en cuenta las normas de tasación dentro del ámbito del mercado hipotecario: Ley 2/1981, de 25 de marzo, Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, y Real Decreto 716/2009, de 24 de abril. Cfr. asimismo E. Esteban-Hanza Navarro, «El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria», en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 676 ss. y, en especial, p. 684, y M. González-Meneses García-Valdecasas, «La tasación de la finca hipotecada después de la ley 1/2013, de 14 de mayo», en J. A. Escartín Ipién y M.^a A. Martos Calabrús (coords.), *La protección del deudor hipotecario*, Granada, Comares, 2014, pp. 167 ss.

185 Ley 2/1981, de 25 de marzo, del mercado hipotecario, artículo 5.

186 Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, artículo 8.2.

derecho a favor del deudor hipotecario. La segunda finalidad tiene, entre otras miras, la de proteger también al deudor hipotecario dentro del proceso civil de ejecución.

Una tasación incorrecta o inadecuada compromete eventualmente no solo el bien hipotecado, sino, en virtud de la exigencia de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el resto del patrimonio del deudor de forma no programada inicialmente. Si el precio obtenido en la subasta del bien hipotecado es insuficiente para cubrir el capital recibido, más los intereses devengados e impagados y las costas de proceso de ejecución, el ejecutante podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte y la ejecución seguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución (art. 579.1 y 2, *a in fine* LEC). Este asunto ya lo hemos considerado en el apartado anterior.

La regla no es ajena a la responsabilidad de todo deudor, que tiene la obligación de pagar lo que debe pero solo lo que debe¹⁸⁷ con la expropiación de bienes adecuada en los términos de suficiencia. Ahora bien, por consecuencia de una tasación indebidamente realizada, acontece al deudor un claro perjuicio consistente en exigirle un mayor sacrificio patrimonial para pagar su deuda, al resultar insuficiente el valor del bien hipotecado, según lo obtenido en la subasta; al cabo, el deudor, sin causa justificada, está respondiendo del pago de la deuda con un valor de bienes de mayor suma que la por él debida.

El legislador ha concebido un sistema que juzga suficiente para conjurar este peligro del deudor. La defensa del deudor, desde tal perspectiva, se apoya en estos cuatro elementos: valor de tasación, montante máximo del prés-

187 Téngase en cuenta respecto de ciertas hipotecas sobre vivienda habitual lo establecido para la *quita* de la deuda según el artículo 579.2 *a y b* LEC.

tamo o crédito garantizado, tipo para la subasta¹⁸⁸ y canon del mínimo para aprobar el remate.¹⁸⁹ Es más intenso el control en la constitución de hipotecas en garantía de créditos concedidos por entidades financieras eventualmente destinados a su movilización,¹⁹⁰ y menos intenso respecto de las hipotecas concertadas entre deudores y acreedores que constituyen hipoteca en garantía del préstamo fuera del sistema del mercado inmobiliario.

Entendemos que la finalidad de preservar el patrimonio del deudor, sin exigirle sacrificios patrimoniales mayores que los que sean necesarios para atender el pago de la responsabilidad contraída por impago de lo debido, se persigue de igual manera, bien que para distintos supuestos, en los artículos 584, 579.1 y 2 y 682.2 1.º LEC: todos ellos parten de la noción de «valor estimado», que se reputa suficiente a los efectos del proceso de ejecución. Este es un aspecto de los dos que postula el principio de suficiencia que rige todo el proceso de ejecución en su fase de realización, dicha en términos generales: evitar tanto el perjuicio del ejecutante al conseguir menos de lo que le corresponde como el del ejecutado al tener que soportar un sacrificio patrimonial desproporcionado a su responsabilidad.¹⁹¹ Respecto de la ejecución hipotecaria, la tasación, ya convertida en tipo para la subasta, adquiere en este punto su relieve como instrumento de defensa del deudor junto con otro que también se halla dispuesto en el artículo 670 LEC aplicable a las ejecuciones hipotecarias (*ex art.* 691.4): el canon del mínimo para aprobar el remate de bienes inmuebles.

188 Artículos 7 y 5 de la Ley 2/1981, y artículo 682.2 LEC.

189 Artículos 650 y 670 LEC.

190 Cfr. artículos 1 y 7 de la Ley 2/1981.

191 Cfr. Á. Bonet Navarro, *El juicio*, pp. 85-86.

Sin embargo, no hay que perder de vista que la tasación en el proceso de ejecución hipotecaria vincula el tipo de salida en la subasta (arts. 682.2.1.º LEC y 129.3 a LH). Y el tipo, tanto en el proceso de ejecución sobre bienes inmuebles como en el de ejecución hipotecaria, determina el elemento comparativo para acordar la aprobación del remate (art. 670 LEC).

Si bien es cierto que ahora el nuevo régimen de tasación beneficia al deudor, la situación que este tiene cuando llega el momento de la aprobación del remate no es igual a la que tenía antes de introducirse la reforma por la Ley 1/2013.

Antes de la reforma, al margen de lo propio del ámbito del mercado hipotecario, en la legislación española, no se señalaba ningún límite para fijar el valor del bien hipotecado a los efectos de servir de tipo en la subasta al otorgarse el contrato de préstamo o crédito hipotecario fuera de lo establecido en el artículo 114 LH. Los contratantes tenían plena libertad para tasar el bien como quisieran. No era ajeno a la práctica establecer el valor de tasación del inmueble teniendo en cuenta la total responsabilidad hipotecaria garantizada (capital, intereses remuneratorios y moratorios y las costas), o bien, simplemente, haciéndolo coincidir con el capital del préstamo o crédito.

Ahora no solo para las hipotecas eventualmente movilizadas dentro del mercado hipotecario, sino para todas las demás, si el acreedor aspira a ver garantizada su ejecución por la vía del proceso de ejecución hipotecaria tiene que concertar con el deudor «el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta», en los términos que establece el artículo 682 LEC, que rige para la realización de todo tipo de subastas («se aplicarán siempre que [...] se cumplan los requisitos [...]»). Para comprender la diferencia existen-

te entre la situación anterior y la actual, con vistas a ponderar la situación menos beneficiosa del deudor, podemos fijarnos en un ejemplo sencillo de una hipoteca no sujeta a las normas del mercado hipotecario.

Anteriormente, en un caso en que el montante de la responsabilidad de la deuda garantizada fuera 100, con un bien hipotecado cuya tasación de valor era 100, este valor era, al mismo tiempo, el tipo de salida de la subasta. Por tanto, sobre el valor 100 del inmueble, en el momento de venderse el bien inmueble hipotecado, se aprobaba la postura de 71 ofrecida por un licitador y, en consecuencia, era aprobado el remate. Si con el producto de la subasta no se cubría el total (100) de la responsabilidad insatisfecha, la ejecución seguiría por la diferencia: 29.

Según la nueva regulación de la ejecución hipotecaria, en el ejemplo anterior, el tipo de salida fijado para la subasta puede ser 75 (art. 682.2.1.º). Como la regla de aprobación de las posturas no se ha modificado, resulta que, ofreciéndose una puja de 53, que es superior al 70 % del tipo de salida (75 % del valor de tasación), el secretario deberá aprobar la subasta cuyo producto obtenido es 53, suma de dinero que queda mucho más lejos de cubrir la total responsabilidad por la deuda: 100.

Mayor agravio se produce al deudor en el caso de que en la subasta no exista postura superior al 50 % del valor de tasación (37,50) y, de conformidad con lo establecido en el artículo 670.4.III, sea aprobada la postura; o si, finalmente, el acreedor, al no existir postores en la subasta, decide adjudicarse el bien por el 50 % del valor por el que el bien hubiera salido a subasta (art. 671) cuando este no sea vivienda habitual del deudor o pertenezca al hipotecante no deudor.

La aplicación de todas estas normas protectoras del deudor puede producir un perjuicio patrimonial de hasta

el 25 % del valor de los bienes subastados en determinados supuestos.¹⁹²

El bien se ha vendido, pero el deudor no resulta favorecido por este mecanismo de tasación vinculado al tipo de salida de la subasta. En el caso de hipotecas reguladas por las normas del mercado hipotecario el resultado de la operación descrita es distinto, pero, en sustancia, igualmente perjudicial para el deudor. Ahora (dejemos al margen las facilidades de pago ofrecidas para el caso de ejecución sobre la vivienda habitual) no queda otro remedio que proceder al embargo de bienes suficientes para seguir la ejecución ordinaria por la cantidad que falte para cubrir el resto de la deuda. El deudor ha resultado desproporcionadamente sacrificado en su patrimonio.

4.6. La determinación definitiva del objeto del recurso de apelación

Si antes hemos prestado atención al recurso de apelación, se ha debido al interés que presentaba el análisis de las sentencias «a medias» que excluyen el conocimiento de la *quaestio facti*. Ahora nos interesa volver la mirada a la propia estructura conformadora del procedimiento del recurso de apelación. En ella también se encuentran resquicios abiertos al perecimiento del derecho de las partes.

El proceso civil se construye y desarrolla sobre la contraposición de las posturas de dos partes cuyos intereses están enfrentados. La demanda y la contestación manifiestan esquemáticamente esta contraposición en la primera instancia. En la demanda el actor manifiesta su

192 Cfr. Orden ECO/805/2010, citada respecto de los criterios de tasación de inmuebles que fija el Banco de España.

postura y en la contestación presenta la suya el demandado. Ambas actuaciones de los litigantes aportando su *parte* del conflicto cooperan decisivamente para ofrecer los elementos sobre los que el juez ha de componer el todo para poner fin al conflicto. Las dos partes alegan con *firmeza* (arts. 399.1 y 405.1 y 2 LEC) sus respectivos derechos. El tratamiento de estas posturas, definidas con nitidez, en el proceso romano clásico trasciende con mucho el concreto momento histórico de su origen, distinguiéndose posteriormente como un elemento configurador de la estructura del proceso civil y de la posición de cada una de las partes ante el juez.

Es aguda la distinción dorsiana practicada sobre dos palabras que en el lenguaje corriente se emplean indistintamente: contestar y responder, al decir que en las raíces de la cultura jurídica clásica, contestar no es lo mismo que responder. La respuesta y la contestación se insertan dentro de un diálogo, pero de diferente manera.¹⁹³ Así lo expresa aforísticamente D'Ors: «se contesta al que afirma; se responde al que pregunta».¹⁹⁴

En la *litiscontestatio* ocurrida en la fase *in iure* del proceso formulario romano se albergaba un vigoroso diálogo entre el actor y el demandado ante el pretor. Hay un luminoso comentario de Gayo en sus *Instituciones* que aproxima al modo como se desarrollaba tal diálogo en esta fase del proceso formulario.¹⁹⁵ Los litigantes mantenían cogida en su mano una varita ceremonial (*festuca*) y

193 Cfr. Á. d'Ors, «Papeletas semánticas», en *Estudios en homenaje al R. P. Félix Restrepo*, cit. por R. Domingo, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 100, nota 154.

194 Ib.

195 Gayo, *Cuatro comentarios a las Instituciones*, 4.16, en ed. bilingüe, *Instituciones de Gayo*, Madrid, Civitas, 1985, p. 311.

dialogaban entre sí. Pero en tal diálogo no había preguntas y respuestas, sino tan solo afirmaciones: cada litigante afirmaba, ante el pretor y frente a su adversario, su derecho. Cada uno *contestaba* al otro. El pretor vigilaba la intervención de los litigantes.

En las actuaciones desarrolladas en nuestros días ante un tribunal de justicia también encontramos fácilmente este esquema rector del acto dialógico que se trama en el telar del pleito civil mediante la contestación entre partes. En la actualidad aún hablamos de *contestación a la demanda* para referirnos al acto del demandado, y no la llamamos *respuesta* a la demanda.¹⁹⁶

Ahora bien, ¿es esta una cuestión de palabras o de conceptos?, ¿de expresiones arrastradas por la rutina terminológica inconsciente y perezosa o de nociones sólidamente construidas sobre la realidad jurídica actual? Lo que nos lleva a formular una nueva y concluyente pregunta. En el proceso civil el demandado, ante la demanda contra él formulada, ¿responde o contesta?

La LEC dispone formalmente que, examinada la demanda por el secretario judicial, «dará traslado de ella al demandado para que la conteste» (art. 404). Por otro

196 Artículo 405.1 LEC/2000: «En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para esta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su *oposición* a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente». Sin embargo, la doctrina suele atribuir a la sentencia la calidad de respuesta a las pretensiones de las partes, porque se supone que la postura de cada una de las partes al afirmar respectivamente lo que ellas piensan que es su derecho envuelve en tal condición una pregunta que surge de la duda nacida de la contraposición del oponente. El juez debe resolver la duda (*dubio: res litigiosa*) *decidiendo*, que es tanto como decir: respondiendo a cada una de las partes en el acto unitario que es la sentencia.

lado, además, aún hay que prestar atención a otro aspecto. En la demanda no existe materialmente ninguna pregunta formulada y dirigida al demandado acerca del derecho afirmado a la que se pueda o se tenga que responder, sino una afirmación (art. 399) que será contestada materialmente por el demandado con otra afirmación expuesta formalmente y dirigida en su *contestación* frente al demandante (art. 405). Con probada solera romana la originaria redacción de la LEC/1881 asumía esta noción de contestación. El artículo 487 LEC/1881, hasta la reforma de 1953,¹⁹⁷ para referirse a los pleitos, los denominaba «contestación entre partes».

El proceso, por naturaleza, tiene este estilo dialógico. A través de la relación trabada entre las partes se concreta el objeto que ha de ser juzgado. Y, en razón del principio de igualdad apoyado sobre el derecho a la defensa, se concede a las partes un mismo número de oportunidades para que expresen lo concerniente a su derecho para trabar la litis. Por esta razón, de forma perentoria el artículo 400 LEC establece la preclusión de la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos para el actor; y el artículo 405 establece el ámbito idóneo para que el demandado pueda contestar exponiendo los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor. Después no se permitirá a ninguno de los dos variar sustancialmente sus pretensiones (art. 426.1). Este mismo esquema opositor se manifiesta en el caso de que se aleguen en un momento

197 El artículo 487 LEC/1881 (derogado por la Ley de 22 de diciembre de 1953 que regulaba los arbitrajes de derecho privado) disponía que «Toda *contestación* entre partes, antes o después de deducida en juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso».

posterior hechos nuevos o de nueva noticia: la parte que alega hechos de estas clases debe soportar la alegación de la parte contraria (arts. 270 y 286 LEC).

En la regulación del recurso de apelación también está presente el mismo estilo dialógico apoyado en un canon de igualdad de oportunidades de las partes que sustenta un régimen de equilibrio entre la interposición del recurso y la oposición al mismo (arts. 458 y 461 LEC): rige la contestación. En el escrito de interposición el apelante expone las alegaciones en que basa la impugnación y señala los pronunciamientos que impugna; las demás partes (no apelantes) pueden oponerse al recurso (*rectius*: a los motivos del recurso).¹⁹⁸ Después, en línea de principio, nada podrá añadir cada una de las partes, cumpliéndose, de paso, la regla de la paridad en el régimen de las alegaciones y al mismo tiempo la determinación del contenido del objeto de la segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).¹⁹⁹ Trabada la *contestación*, queda determinado el objeto de la segunda instancia.

Sin embargo, el objeto de la segunda instancia puede incrementarse con una actuación posterior de las partes que inicialmente no han recurrido, ya que se les otorga la posibilidad de impugnar la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable. Es obvio que en el caso de hacer uso de esta facultad, a la parte recurrida se le permite in-

198 Cfr. Á. Bonet Navarro, «El momento procesal de la formulación de la pretensión impugnativa en el recurso de apelación», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencias Civil*, n.º 54, 2000, pp. 1013 ss.

199 Cfr. SSTC, Sala Segunda, 3/1996, de 15 de enero; n.º 212/2000, de 18 de septiembre; n.º 101/2002, de 6 de mayo, y n.º 250/2004, de 20 de diciembre. Y de la Sala Primera, 9/1998, de 13 de enero; 120/2002, de 20 de mayo; 139/2002, de 3 de junio; y ATC, Sala Primera, n.º 132/1999, de 13 de mayo.

terponer un recurso ante el cual el apelante inicial solo puede oponerse.

Queda claro al leer la ley que no se da al primer apelante la oportunidad de formular una nueva impugnación a la vista del recurso que ha interpuesto el apelado y respecto del cual ahora el primer apelante se ha convertido también en apelado. Esta oportunidad de una apelación diferida que se ofrece a la parte apelada que inicialmente se aquietó ante el resultado desfavorable de la sentencia para ella cierra todo el ciclo de actuaciones en la determinación de las pretensiones impugnatorias en el recurso, sin que sea posible introducir cuestiones nuevas o ejercitar pretensiones modificativas con prohibición de la reforma peyorativa.²⁰⁰

No obstante, puede aparecer, como una situación que rompe el ciclo de determinación del objeto de la segunda instancia con hipotético quebranto del derecho de las partes y ruptura de la interdicción de la reforma peyorativa a favor del recurrido, el supuesto de que en un solo procedimiento se hayan reunido varios procesos por acumulación o se haya ventilado una pluralidad de acciones acumuladas debidamente, resultando, en uno u otro caso, una pluralidad de partes y una acumulación de objetos procesales. Al resolverse en una sola sentencia sobre todas las acciones acumuladas (arts. 71.1 y 74 LEC), cada una de las partes que haya sufrido gravamen, por serle desfavorable la resolución respecto de su acción ejercitada y acumulada a las demás, podrá interponer como apelante principal el oportuno recurso de apelación. Las partes que inicialmente no hayan recurrido podrán oponerse e impugnar el pronunciamiento ya recurrido.

200 Cfr. STS de 18 de enero de 2010.

Asimismo, hay que advertir que el recurso que interponga de manera directa cada una de las partes afectadas por un pronunciamiento desfavorable de la sentencia, que resuelva sobre todas las acciones acumuladas, tendrá carácter autónomo e individualizado, y, por tanto, otorgará una particular oportunidad a cada una de las demás partes recurridas respecto de ese recurso para que puedan impugnar la sentencia introduciendo una nueva pretensión impugnativa, acreciendo por esta vía el objeto de la segunda instancia. Un olvido de este neto esquema de actuación procedente ha llevado a ciertas resoluciones de audiencias provinciales a negar esta ulterior impugnación de la sentencia por el inicial apelante principal por considerar que era una actuación extemporánea y conducente a subsanar las omisiones en que pudo incurrir el escrito de apelación. Postura que envuelve una exigencia que no contiene la ley: plantear en el escrito de apelación principal todas las cuestiones que de cualquier manera puedan afectar al recurrente.

No admitir esta introducción de nuevas pretensiones por la vía de la impugnación como consecuencia de los distintos recursos directos formulados por cada una de las partes equivale a desconocer la estructura contradictoria (*contestación*) de los recursos y el carácter plenario del conocimiento judicial en la segunda instancia que permite una revisión total de la sentencia apelada. La impugnación es ejercicio de una pretensión. Y para ello han de concederse jurisdiccionalmente todos los medios establecidos por la ley al apelante y al apelado a fin de hacer posible, real y eficaz, la integración del objeto en esa instancia: en este caso, volviendo a considerar lo dicho anteriormente, la aplicación de los artículos 458 y 461 LEC. La jurisprudencia ha considerado que, esta oportunidad de impugnar la sentencia por parte de quien fue recu-

rente en el recurso de apelación inicialmente interpuesto, con motivo de convertirse en apelado por la formulación de otros recursos de apelación por otras partes del proceso, no constituye una segunda apelación para aquel ni un intento de subsanación de omisiones eventualmente padecidas al formular el primer recurso de apelación.²⁰¹ Es corolario de su derecho a impugnar. Clausurar judicialmente esta facultad del inicial apelante crea un resquicio en el procedimiento que equivale a excluirle del proceso para contestar afirmando su derecho.

201 Para conocer las posturas adoptadas en torno a este asunto por algunas audiencias provinciales puede verse la STS de 13 de enero de 2010 del Pleno de la Sala Primera.

LA RESTAURACIÓN DEL PROCESO PARA LA DEFENSA DEL DERECHO

Profundizar en el carácter instrumental que se afirma sobre la función del derecho procesal nos lleva, de entrada, a considerar lo que entraña de sistema estático que muestra la construcción de un artificio establecido, cuya finalidad es hacer efectivo el derecho material sirviendo a sus fines. Esta apariencia es lo primero que se ve cuando se indaga sobre su posición en el conjunto del ordenamiento jurídico. En efecto, lo que nos hace percibir esta primera consideración es algo parecido al significado de alacena que guarda los remedios a la espera de ser utilizados por los titulares de los derechos subjetivos materiales vulnerados.

Ahora bien, la revisión penetrante y vasta de ese carácter nos permite descubrir su significado basilar en el conjunto de principios que garantizan el funcionamiento del Estado de derecho. Poco alcance tiene una afirmación legislativa que reconoce o declara derechos al ciudadano si al mismo tiempo el legislador no piensa en la necesidad de dotar a ese ciudadano de un remedio adecuado para que pueda alcanzar la realización efectiva de sus derechos cuando sean negados o desconocidos. Dentro de un planteamiento radical, podría decirse que el derecho —no es que no exista sin proceso— fácilmente sería aniquilado si

no existiera un remedio idóneo para guardarlo. Así, el derecho procesal organiza en este aspecto lo social.²⁰² A todas estas cuestiones ya hemos dedicado previamente algunos desarrollos.

Ahora, partiendo de la anterior reflexión, podemos contrastar el sentido de estos conceptos con la exigente necesidad de definir con claridad, en todo momento, la entidad y función de cada uno de los remedios creados dentro del sistema procesal. Y, de paso, podrá advertirse cuáles son las consecuencias de abandonar el cuidado y correspondencia para prevenir las necesidades de guarda del derecho y el remedio que en cada momento está disponible para efectuar tal derecho. Prestar atención al remedio es comprobar su adecuación y utilidad, que, desde esta perspectiva, es esmero vigilante del derecho en sí. Pero la vigilancia no se proyecta solo en el concreto remedio, sino sobre todo el sistema (proceso y órgano jurisdiccional) que garantiza el perfecto funcionamiento del instrumento.²⁰³

Dentro de esta tarea de mantenimiento y perfeccionamiento se encuentra, por propia naturaleza, la necesidad de la reforma.²⁰⁴ Porque, aunque la LEC nació con desig- nio y sistema de código que pudiera servir para instrumen- tar la tutela judicial efectiva en la generalidad de los casos en lo civil y mercantil, el legislador escribió en la «Exposición de motivos» que «no cabe, por otra parte, ni

202 P. Grossi, *La primera lección de Derecho*, p. 24.

203 Cfr. Á. Bonet Navarro, «La coherencia», pp. 17 ss.

204 El asunto no es ajeno a ordenamientos jurídicos distintos del nuestro. Cfr. B. Sassani, «Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne», *Rivista di diritto processuale*, n.º 6, 2012, pp. 1429 ss., y más recientemente el vigoroso estudio de S. Dalla Bontà, «Las modificaciones del Codice di Procedura Civile italiano», en J. F. Herrero Perezaga (dir.), *Coherencias*, trad. de A. Lafuente Torralba, *passim*.

racional ni constitucionalmente, cerrar el paso a disposiciones legales posteriores, sino solo procurar que los preceptos que esta Ley contiene sean, por su previsión y flexibilidad, suficientes para el tratamiento jurisdiccional de materias y problemas nuevos».

Un código se presenta como pieza culminada el día de su promulgación y publicación en el *Boletín Oficial*. La vida humana sigue discurriendo; los cambios sociales que precisan regulación jurídica, archivado el diario oficial en que se insertó el texto publicándolo, siguen fluyendo de forma incontenible. Si permanece estanco e inamovible, tal texto llegará a ser inservible al mostrar innumerables desajustes de fuga por los que escapará la seguridad de la defensa del derecho.

Hallando así las cosas, la necesidad de reforma puede venir impuesta, en un caso, por que el sentido concreto de la norma procesal que se eligió para ordenar la situación jurídica que se trataba de regular, creando determinado trámite o particularidad procedimental, se ha revelado erróneamente planteado; la práctica también orienta y dirige a la teoría y al gobernante pidiéndole mejoras en la técnica. En otro caso, la necesidad surge debido a que la misma experiencia acopiada por el uso del proceso ha mostrado el escaso o inconveniente rendimiento ordenador de la norma, aconsejándose inmediatamente la conveniencia de sustituirla por otra que trate de solucionar el mismo problema de otra manera distinta, pero tan estimable como la de la norma sustituida. No se esconde tampoco la necesidad revelada en aquellas circunstancias en que surgen problemas prácticos a la hora de interpretar la norma, porque la interpretación siempre supone un requerimiento de aplicación, y esta puede no resultar satisfactoria.

Y, finalmente, por no alargar más el catálogo de circunstancias concurrentes que motiven el cambio o susti-

tución de la norma, porque, como hemos dicho en otro lugar, «acontece con frecuencia que, a pesar de haber cuidado la expresión literaria del mandato y su coordinación con otros relacionados con él, al comenzar su uso se caiga en la cuenta de la oscuridad o duda que no se puede resolver ni siquiera con una generosa interpretación partiendo del propio sistema del cuerpo legal y teniendo en cuenta todos los recursos que ofrece el canon de hermenéutica de los artículos 3 y 4 del Código Civil. No dejemos a un lado antinomias irreductibles, lagunas y carencias. Tengamos además en cuenta repentinas o, por lo menos, aceleradas alteraciones económicas y sociales que tantas veces, en nuestros días, tiñen de factualidad a las normas que engrosan las publicaciones oficiales».²⁰⁵

En estas ocasiones quizá ya se ha comprobado la existencia de alguna quiebra en el sistema de enjuiciar que hace desmerecer el concepto instrumental del sistema procesal y ha provocado el fracaso del derecho y, al final, del propio Estado. Porque el instrumento se presenta como inadecuado para su fin y el derecho, de cuya tutela se trata en él, no está asegurado lo suficiente; eventualmente, el derecho acaba perdiéndose. Podría decirse que, a pesar de haberse concebido un texto legal sistemático, orgánico y completo, que, con su claridad y certeza, debiera estar destinado a organizar de forma disciplinada la totalidad del ordenamiento jurídico procesal civil español, en el instrumento hay resquicios que pugnan con su requerida calidad. La conclusión es unívoca: es preciso restaurar el orden procesal de manera que sea medio útil para tratar jurisdiccionalmente las materias jurídicas confiadas a ese orden, así como afrontar la tutela de los pro-

205 Cfr. Á. Bonet Navarro, «La coherencia», pp. 25-26.

blemas nuevos que han requerido una regulación distinta por parte del legislador sustantivo.

El examen de los casos que hemos propuesto con anterioridad nos sirve ahora, aunque solo de manera indicativa, para señalar los diversos modos que se pueden utilizar para restaurar el proceso en aquellos puntos en que se han mostrado los resquicios procedimentales que hicieron dudosa la defensa y tutela del derecho.

El método más directo de restaurar las deficiencias disgregadoras es el que sigue a la actuación directa sobre la ley llevada a cabo por el legislador: la reforma de la ley inútil. Comprobada la deficiencia, el gobernante decide actuar completando o corrigiendo su texto para devolver a la ley su afirmada eficacia y efectividad. No es el momento de tratar cuáles deben ser los presupuestos de una reforma, entre los cuales no se prescinde de que la ley reformadora sea coherente con el texto reformado.²⁰⁶ Ahora bien, en este punto interesa considerar la circunstancia de que la reforma mejoradora para suprimir los resquicios perjudiciales no produzca otros tan perjudiciales como los reformados.²⁰⁷ Porque las rendijas se multiplican, a menudo, por causa de reformas incontroladas, incompletas, o sin prevenir las consecuencias que ellas han de generar.

Hemos visto cómo en algunas ocasiones es la jurisprudencia, en sentido lato, la que trata de remediar el defec-

206 Ib.

207 Resultó llamativa, al reformarse el proceso de ejecución por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la sorpresiva supresión de la causa de oposición de caducidad de la acción en el proceso de ejecución de títulos judiciales, arbitrales y resolución que aprueba acuerdos o transacciones alcanzados en el proceso (art. 556.1.II LEC), sin justificación alguna, la cual solo se vio restablecida casi dos años después al ser reformada nuevamente la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

to al interpretar la norma o conjunto de normas que han generado la fractura en el sistema procesal. En principio, estaríamos en disposición de afirmar que por esta vía se puede restaurar el funcionamiento adecuado del proceso para evitar las pérdidas del derecho de los litigantes. Hemos anotado distintas sentencias del Tribunal Supremo que, dictadas en casos diversos por el Pleno de la Sala de lo Civil, han estatuido doctrina jurisprudencial para corregir el resquicio advertido. No obstante, hemos de graduar el valor de este método que conduce a una situación no del todo satisfactoria.

En efecto; ni la jurisprudencia es fuente del derecho, ni la función de la jurisprudencia es la de servir para fundamentar un recurso de casación o por infracción procesal (arts. 469 y 477 LEC) que permita denunciar la existencia del resquicio; ni resulta fácil acometer la empresa de impugnar una sentencia dictada al cabo de un proceso en que se haya producido alguna infracción de norma procesal. Estas dos últimas afirmaciones irrefragables condicionan los términos de la garantía ofrecida por tales medios.²⁰⁸

Por un lado, hay que tener en cuenta que esta doctrina jurisprudencial así creada lo es a los efectos de fundar, en la oposición a lo establecido en ella, el recurso de casación por interés casacional.²⁰⁹ Pero nada más. Porque, según leemos en la EM de la LEC, en nuestro sistema el

208 Cfr. Á. Bonet Navarro, *Los recursos*, pp. 217 ss.

209 El Acuerdo de la Junta General de Magistrados de 30 de diciembre de 2011 (apdo. III, 1.i) declara que, cuando el recurso es resuelto por el Pleno de la Sala, una sola sentencia constituye doctrina jurisprudencial. Sobre el papel de la jurisprudencia para determinar el interés casacional ver J. López Sánchez, *El interés casacional*, Madrid, Civitas, 2002, *passim*.

precedente carece de fuerza vinculante —solo atribuida a la ley y a las demás fuentes del derecho objetivo— y, por tanto, lo único relevante es «la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente»; sin refuerzo autoritario.

Además, según hemos expuesto anteriormente, de forma sincrónica el Tribunal Supremo ha ido interpretando de distinta manera la oportunidad de corregir determinada deficiencia advertida por los recurrentes. También hemos comprobado cómo, en lugar de asegurar determinadamente certeza, ha dejado la cuestión abierta, para que en el futuro se pueda resolver atendiendo a las peculiares circunstancias concurrentes en los casos que puedan enjuiciarse. Finalmente, también hemos confirmado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha cambiado.

Por otro lado, resulta digna de consideración la escasa eficacia que tiene la *singular autoridad jurídica* del precedente sobre el quehacer jurisdiccional de los tribunales de instancia, porque, sin temor a ver reformadas sus sentencias, pueden decidir al margen de lo que haya afirmado la jurisprudencia. La nativa dificultad para interponer los recursos extraordinarios contra las sentencias de segunda instancia convierte a los tribunales que desempeñan la función enjuiciadora de segundo grado en última *instancia* sin recurso jurisdiccional alguno que pueda rectificar sus decisiones, adquiriendo notoriedad su doctrina.²¹⁰ Porque, cuando se trata de denunciar una infracción de norma procesal en el curso del proceso, mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, se

210 Cfr. J. F. Herrero Perezagua, «El lugar de los tribunales de segundo grado en la elaboración de la doctrina jurisprudencial», *Tribunales de Justicia*, n.º 12, diciembre de 2003, pp. 51 ss.

descubre la severa exigencia de requisitos establecidos en el Acuerdo que acabamos de anotar para recurrir contra una sentencia. Si no se trata de un proceso sobre tutela judicial civil de los derechos fundamentales o cuyo objeto litigioso tenga una cuantía superior a 600 000 euros, solo será susceptible de este recurso la sentencia si se admite un recurso de casación interpuesto conjuntamente contra ella. Así pueden entenderse posturas jurisdiccionales como las señaladas al exponer el estado de la cuestión en materia de admisión o rechazo de la revisión de *quaestio facti* en la segunda instancia. Las audiencias provinciales han mantenido posturas radicalmente opuestas a la doctrina jurisprudencial sostenida por el Tribunal Supremo.²¹¹ Sabiendo, además, que pueden seguir haciéndolo. A menudo, en cuantas manifestaciones de actuaciones incentivadas del juez se han dado fuera de su propia función, el desvarío no ha podido ser corregido por la simple razón de no existir recurso procedente para hacerlo, como ocurre con las limitaciones existentes en el proceso de ejecución.

211 SSTS de 22 de noviembre de 2012 y 22 de febrero de 2013.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	9
2. EL DERECHO Y SU DEFENSA	15
2.1. La actualidad del derecho que hay que defender.....	15
2.2. La lucha por el derecho es la lucha por su defensa.....	24
2.3. El ámbito último de la defensa del derecho: la jurisdicción y el proceso jurisdiccional.....	29
3. EL RANGO DEL FRACASO DEL PROCESO.....	41
3.1. El fracaso del derecho por el proceso.....	41
3.2. La experiencia del fracaso se registra jurisprudencialmente	44
4. LOS FRACASOS DEL DERECHO EN EL PROCESO	49
4.1. La frustrada responsabilidad solidaria del deudor	49
4.2. Las incertidumbres en la formulación de pretensiones de resarcimiento de daños en la propiedad intelectual.....	56
4.3. Decidir o juzgar	68
4.4. La sustitución judicial de las justificaciones de la norma y la responsabilidad patrimonial universal del deudor en almoneda	96
4.5. Las rendijas de la protección legal del deudor burlada por el legislador protector	105
4.6. La determinación definitiva del objeto del recurso de ape- lación.....	112
5. LA RESTAURACIÓN DEL PROCESO PARA LA DEFENSA DEL DERECHO	121

Esta obra se terminó de imprimir
el 16 de febrero de 2015
en el Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Zaragoza

