

LA HUIDA DEL PROCESO CIVIL

ANTONIO JOSÉ VÉLEZ TORO

Abogado y Doctor en Derecho

Profesor sustituto interino de la Universidad de Granada

RESUMEN: Desde que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil al inicio del milenio las sucesivas reformas han ido dificultando el acceso al proceso civil, bien a través de los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos (arbitraje, mediación y conciliación), bien mediante restricciones directas (tasas judiciales, dificultad de acceso a los recursos judiciales, etc.).

Se propone una reflexión sobre la dirección de las políticas neoliberales en materia de justicia, así como su consideración desde la ciencia del derecho procesal a través de la función jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial efectiva, ambos parámetros consagrados en la Constitución española de 1978.

El presente estudio reivindica el proceso judicial como el medio de resolución de conflictos más perfeccionado y con mayores garantías para la protección de los derechos frente al interés aparente por reducir la sobrecarga de los tribunales civiles.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil. Jurisdicción. Tutela judicial. Crisis del proceso. Justicia neoliberal. Negación del conflicto.

ABSTRACT: Since the Civil Procedure Law came into force at the beginning of the millennium, successive reforms have made access to the civil process more difficult, either through the so-called alternative methods of conflict resolution (arbitration, mediation and conciliation), or through direct restrictions (court fees, difficulty of access to judicial resources, etc.).

A reflection on the direction of neoliberal policies in the matter of justice is proposed, as well as its consideration from the science of procedural law through the jurisdictional function and the right to effective judicial protection, both parameters enshrined in the Spanish Constitution of 1978.

The present study vindicates the judicial process as the most advanced means of conflict resolution and with greater guarantees for the protection of rights against the apparent interest in reducing the overload of civil courts.

KEY WORDS: Civil process. Jurisdiction. Judicial protection. Crisis of the process. Neoliberal justice. Denial of conflict.

SUMARIO: I. Introducción. II. Maniobras de distracción del proceso. II. Obstáculos al proceso. 1. Tasas judiciales. 2. Restricciones en el acceso a los recursos. 3. La cesión de prerrogativas de la Oficina Judicial al Procurador. 4. La monitorización de la tutela declarativa. IV. Una hipótesis: La negación del conflicto. V. Consideraciones sobre el alcance de las reformas. VI Conclusiones. Bibliografía utilizada.

SUMMARY: I. Introduction. II. Distraction maneuvers of the process. II. Obstacles to the process. 1. Court fees. 2. Restrictions on access to resources. 3. The transfer of prerogatives from the Judicial Office to the Attorney. 4. Monitoring of declaratory guardianship. IV. A hypothesis: Denial of conflict. V. Considerations on the scope of the reforms. VI Conclusions. Bibliography used.

I. INTRODUCCIÓN

Las discrepancias sobre los intereses acogidos por el ordenamiento jurídico pueden conceptuarse como conflictos jurídicos, de modo que pueden ser gestionados y solventados aplicando reglas jurídicas. Hoy, el proceso judicial constituye el instrumento de resolución de conflictos en una sociedad dada.

El proceso judicial se considera el método más perfecto de solución de conflictos, alzándose frente a la auto-tutela o venganza y también frente a la llamada “justicia vindicatoria”¹ o justicia simbólica sin resarcimiento alguno, tal y como desarrolla actualmente la legislación en materia de memoria histórica en el Estado español a tenor de la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, que prevé, a grandes rasgos, el reconocimiento moral a las víctimas, así como la proscripción de su humillación, pero no permite indemnizaciones ni la persecución de responsabilidades².

Aunque el proceso judicial constituye el medio heterocompositivo más desarrollado y perfeccionado -y el último medio de solución posible- y está encomendado a órganos especializados y profesionalizados, cuales son los tribunales de justicia, coexiste con otro, el arbitraje, que requiere el mutuo acuerdo de las partes para encomendar a un tercero la solución del conflicto. Asimismo, sobre la base de la libre disponibilidad de los derechos y la autonomía de la voluntad, son las partes las que solucionan el conflicto con la ayuda de un tercero utilizando los procedimientos de conciliación o mediación.

La Constitución española concibe el proceso jurisdiccional como el medio más idóneo para resolver todo tipo de conflictos intersubjetivos. Así, por medio del proceso los tribunales desempeñan en exclusiva la función jurisdiccional (art. 117.3 CE) para la resolución de los conflictos de intereses y la protección del Estado de Derecho (art. 1.1. CE), la consecución de la paz social de los ciudadanos (art. 10.1 CE), y su protección frente a los poderes públicos³.

De este modo, entre los medios de solución de conflictos, la Constitución recoge únicamente al proceso, sin hacer mención alguna al resto de instrumentos de solución conflictual, ya sean heterocompositivos -como el arbitraje- o autocompositivos -como la mediación o la conciliación-⁴.

La reforma de la Administración de Justicia, de todo punto necesaria, requiere de las oportunas reformas legislativas y de un notable aumento de las dotaciones presupuestarias. Sin embargo, podemos observar que en los últimos veinte años la falta de medios económicos en este sector se ha convertido en secular y que, en las reformas de la LEC, o en aquellas que le afectan directamente, se ha introducido un principio aglutinador que podemos denominar “huida del proceso civil”.

La “huida” se articula mediante diversas vías que tienden a evitar el proceso directamente, o por vía indirecta mediante su encarecimiento -que también es una forma de evitarlo-, o a quebrar su terminación normal, bien de forma abrupta o bien con restricciones en el acceso al último grado.

Así, se incentiva la renuncia *ex ante* del proceso o la renuncia *ex post* a la sentencia de fondo, durante el proceso, a través de los llamados medios alternativos de resolución de conflictos (arbitraje y mediación, principalmente), que no gozan de las mismas garantías que el proceso. En no pocas ocasiones, el sometimiento a arbitraje -con expresa renuncia a toda reclamación judicial- se impone en los contratos de adhesión.

En nuestra opinión, las sucesivas reformas van reduciendo el ámbito de la jurisdicción, primando la autonomía de la voluntad a través de la solución de conflictos (mediación y arbitraje) al margen de la función jurisdiccional, al tiempo que se quiere reservar el poder judicial para ejecutar los acuerdos privados. Se trata de un doble movimiento: por un lado, se facilita la alternativa de otros medios de solución para que los conflictos no se solucionen mediante sentencia de fondo por los tribunales civiles, y simultáneamente se reclama de éstos un papel predominantemente ejecutor de los laudos y acuerdos transaccionales privados.

Por otro lado, la introducción de criterios de eficacia en la Administración de Justicia se traduce en acortamiento del tiempo medio del proceso mediante la introducción de técnicas propias del “juicio monitorio” (“monitorización de la justicia”), lo que conlleva la eliminación de la vista oral propiamente dicha (juicios verbales y de desahucio; también en el procedimiento abreviado contencioso-administrativo y en el proceso monitorio laboral).

¹ Véase, TERRADAS SABORIT, I., *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, Madrid, CSIC, 2008 y la prolija bibliografía que se contiene en dicha obra.

² Para una visión de conjunto, véase, MARTÍN PALLÍN, J. A., ESCUDERO ALDAY, R., (eds.), *Derecho y Memoria Histórica*, Madrid, Trotta, 2008.

³ Véase, entre otras, STC 175/2001, de 26 de julio (FJ 4 y 6).

⁴ Sobre la autocomposición (conciliación y mediación) y el proceso, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, reimpresión de la 3ª ed. de 1991, México, UNAM, 2000, p. 71.

En este sentido, se proscriben los recursos de apelación en los juicios verbales determinados por razón de la cuantía (art. 455.1 LEC), al igual que ocurre por idénticas razones en sede contencioso-administrativa y laboral (ex-arts. 81.1.a) LJCA y 191.2.g) LRJS), y se endurece el acceso a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Para hablar de justicia (neo)liberal debemos previamente conceptualizar qué se entiende por neoliberalismo, que según la definición dada por el Diccionario de la RAE, es aquella “teoría política y económica que tiende a reducir al mínimo la intervención del Estado”. Así pues, aplicando el término neoliberal a la justicia podríamos definir ésta como un instrumento más para la tutela del libre cambio. De este modo, se va pasando de la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a fomentar la necesidad de no interferir en el desarrollo de las aparentes “libres fuerzas del mercado”, de modo que los desacuerdos y conflictos deben encomendarse de modo prioritario a las propias partes. En otras palabras, ya que el mercado lo debe regular todo, también debe solucionar dentro de su ámbito los conflictos que acontezcan en el mismo. Todo lo cual, implica que la tutela judicial debe limitarse fundamentalmente a la tutela ejecutiva, encomendando a la Administración de Justicia -no tanto la resolución de conflictos personales y de grupo- cuanto la ejecución de las resoluciones o acuerdos alcanzados.

A la postre, la teoría neoliberal sobre la justicia viene a predicar que el derecho a la tutela judicial efectiva debe dejar de ser un derecho subjetivo de las personas, para ser, ante todo, una prerrogativa de las corporaciones económicas, y que la función estatal debe de limitarse a dar carta de naturaleza a las resoluciones y acuerdos extraprocesales que procedan de órganos creados a instancias de las propias fuerzas económicas (v.gr., las Cortes de Arbitraje creadas por las propias cámaras empresariales), centrando el papel de la Administración de Justicia en la tutela ejecutiva, de modo que el Estado, en el ámbito del Derecho patrimonial, se ha de limitar a ejecutar las resoluciones y acuerdos procedentes de órganos extra-estatales. De ese modo, el acceso a la tutela declarativa queda prioritariamente sometido al principio de autonomía de las partes. Si bien puede ser que una intervención excesiva reste libertad, del mismo modo la no intervención genera un desamparo en los derechos.

II. MANIOBRAS DE DISTRACCIÓN DEL PROCESO

A continuación vamos a dar somera cuenta de las vías de desamparo judicial originadas por el fomento de técnicas jurídico-privatizadoras de la resolución de conflictos.

Desde la promulgación de la LEC en el año 2000 se han venido sucediendo una serie de reformas legislativas cuya dirección común ha sido ir dificultando el acceso al proceso civil, como veremos más adelante. Y, de modo simultáneo, se han venido fomentando e implantando los llamados instrumentos alternativos de resolución de conflictos denominados *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, de la mano de las instituciones de conciliación, mediación y arbitraje frente al proceso. A pesar de que el proceso es el medio de gestión y resolución de conflictos acogido de modo exclusivo por la propia Carta Magna se han ido abriendo paso una serie de medios alternativos.

El impulso legislativo de los medios alternativos de resolución de conflictos⁵ ha venido dado por las siguientes medidas:

1ª/ *Arbitraje*: En primer lugar, se promulgó la vigente *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* -modificada posteriormente por la *Ley 11/2011, de 20 de mayo-*, que se ha construido sobre la “Ley Modelo” elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), con escasas variantes.

2ª/ *Mediación*: En segundo lugar, se ha impulsado la mediación a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, derogado por la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorpora al ordenamiento jurídico español la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, y que tiene en cuenta las previsiones de la “Ley Modelo” de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 2002.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, introduce determinadas previsiones tanto en el proceso ordinario como en el verbal para fomentar no solo la transacción –a pesar de que el proceso civil tiene

⁵ Para una visión de conjunto, véase, BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative dispute resolution» (adr) y derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1999.

carácter dispositivo (salvo las excepciones en materia de familia y capacidad de las personas)-, sino sobre todo la mediación (art. 443.1 LEC para el juicio verbal y art. 415.1 LEC para el juicio ordinario). En ambos casos se dispone la posible suspensión del proceso para que ambas partes se sometan a una mediación extrajudicial, que puede constituir una auténtica maniobra para evitar la sentencia de fondo.

La tendencia a imponer acuerdos de sumisión al arbitraje, impidiendo la facultad de acudir al proceso judicial, ha sido fuente de tal cantidad de abusos que la Unión Europea se ha visto obligada a intervenir limitando su uso en materia de consumo. El supra-legislador comunitario es consciente de la falta de garantías para los consumidores de los actuales sistemas vigentes de arbitraje y, por ello, decidió intervenir promulgando la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. El Estado español a través de la *Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, efectúa la transposición de la norma comunitaria que limita las renunciaciones al proceso efectuadas *ex ante* y permitiendo el convenio arbitral *post* conflicto.

En síntesis, la mencionada ley trata de poner orden frente a la baja calidad de los procedimientos extrajudiciales de resolución de discrepancias en materia de consumo, bajo el objetivo de “garantizar a los consumidores residentes en la UE el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, transparentes, efectivos, rápidos y justos” (art. 1 de la Ley 7/2017). Y para conseguir poner coto a los abusos, la DF 4ª de la mencionada Ley 7/2017, de 2 de noviembre, procede a desautorizar aquellos pactos previos de sometimiento a un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, ya sea anterior o posterior al surgimiento del litigio, a fin de que el propio consumidor tenga siempre la libertad para acudir al proceso judicial.

No obstante lo anterior, quienes no reúnan la condición de consumidores -como es el caso de los empresarios- y hayan pactado la renuncia a la tutela judicial, seguirán excluidos del derecho a acudir al proceso judicial, a pesar de que dichos pactos sean impuestos generalmente por las empresas que ocupan una posición dominante (tales como franquiciadoras, suministradoras, etc.) para el sometimiento obligatorio a procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Para finalizar este apartado, resulta obvio que el diagnóstico de la Unión Europea sobre la falta de garantías en los procesos alternativos para la resolución de conflictos en materia de consumo⁶ así como su limitación, también debería extenderse a todas aquellas actividades mercantiles en las que existan situaciones de desequilibrio entre las partes, como pueden ser los conflictos entre empresas con posiciones asimétricas o de dependencia.

3ª/ *Conciliación*: En tercer y último lugar, la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria* promulga un procedimiento de conciliación en materia civil y mercantil que se regula con carácter general en sus artículos 139 a 148, ambos inclusive. Así mismo, dicha Ley de jurisdicción voluntaria, en su Disposición Final 1ª (apartados 18 y 21), ha procedido a modificar el arts. 82 y 87 del Código Civil para atribuir competencia a los notarios –que no a los diplomáticos con funciones notariales- para decretar el divorcio mediante convenio de aquellos cónyuges que no tengan hijos menores de edad. Resulta evidente que el divorcio no es un acto de jurisdicción voluntaria, sino de actos jurisdiccionales aunque se realicen de común acuerdo. Aunque se predique la agilidad de dicha modificación legislativa, se ha ocultado a la opinión pública que las liquidaciones de bienes en sede notarial están sujetas a arancel, frente a la libertad de honorarios de abogados cuando realizan dichos actos en sede judicial.

La implantación de dichos métodos alternativos se ha justificado como medio para prevenir y disminuir la sobrecarga de asuntos en los juzgados y tribunales, en vez de aumentar los

⁶ El art. 2.a) de la *Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* define al consumidor como “toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como toda persona jurídica y entidad sin personalidad jurídica que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, salvo que la normativa aplicable a un determinado sector económico limite la presentación de reclamaciones ante las entidades acreditadas a las que se refiere esta ley exclusivamente a las personas físicas”. Sin embargo, la propia *Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* entiende de modo más sintético por “consumidor” a “toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión”. Así mismo, el Art. 15 de la *Ley 7/2017, de 2 de noviembre*, determina que no serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante, proscribiendo toda adhesión previa hacia el consumidor.

recursos de la Administración de Justicia para posibilitar y hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, trasladando las supra-indicadas iniciativas de las Naciones Unidas y de la Unión Europea.

Así pues, es evidente que hay una sucesión de pequeñas renunciaciones al pleno derecho a la tutela judicial efectiva, fomentadas por el legislador con el argumento de la primacía del principio dispositivo y la libre disponibilidad de las partes sobre los derechos en conflicto. No obstante, esta renuncia es admisible desde el punto de vista constitucional, bajo el argumento de la libre voluntad del sujeto que puede considerar más oportuno para sus intereses la opción por el medio alternativo que la vía del proceso, siempre que la voluntad del sujeto pueda ser ejercida libremente y no sea el resultado de una imposición.

Además, el legislador confiesa abiertamente que con la instauración del correspondiente medio alternativo lo que se pretende es la “desjudicialización” de determinados asuntos, y dado que los tribunales están sometidos a la ley (art. 117.1 CE), la consecuencia será la “deslegalización o pérdida del papel central de la ley”⁷ con la consiguiente pérdida de eficacia del ordenamiento jurídico, a través del “beneficio” de la libertad y disponibilidad más absolutas sobre las situaciones jurídicas en conflicto. Esta política legislativa resulta contradictoria pues si lo que se pretende es prevenir y disminuir la sobrecarga de asuntos que pesa sobre los tribunales, lo que habría que hacer es mejorar la eficacia del proceso y no fomentar su devaluación -por omisión- para incentivar la huida hacia modelos alternativos.

III. OBSTÁCULOS AL PROCESO

1. Tasas judiciales

Desde que se promulgó la LEC se han impuesto a los justiciables el pago de tasas judiciales. En primer lugar, el artículo 35 de la *Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*. Actualmente, la obligación tributaria viene establecida por la *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, por la Ley 15/2015, de 2 de junio, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Finalmente, la disposición derogatoria única de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, suprimió el art. 35 de la Ley 53/2002.

No obstante, la *STC 140/2016 de 21 de julio de 2016 (Pleno), resolutoria del recurso de inconstitucionalidad 973/2013 planteado por el Grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados* y que por diversas razones —estimación de causas de inadmisión o modificaciones de la Ley 10/2012 posteriores a la fecha de interposición del presente recurso, con el consiguiente rechazo parcial del mismo por pérdida sobrevenida de parte de su objeto— el recurso de inconstitucionalidad quedó reducido a la impugnación del artículo 7 (*Determinación de la cuota tributaria*) sólo en lo que afecta a las personas jurídicas.

Por lo cual, en la actualidad y de acuerdo con el art. 4 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, texto consolidado, se exige una cuota de 300 euros para el juicio ordinario y de 150 euros para el juicio verbal cuando supere la cuantía de 2000 euros, con algunas exenciones objetivas [art. 4.1 c) y e)] y las subjetivas siguientes: personas físicas, personas jurídicas con derecho a la asistencia jurídica gratuita, Ministerio Fiscal y demás poderes públicos citados en el artículo 4.2 de la Ley 10/2012⁸, redacción del artículo 10.1 de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Brevemente, cabe indicar que la imposición de tasas judiciales para acceder a los tribunales o para plantear recursos supone un nuevo gravamen que limita el derecho a la tutela judicial efectiva. Este gravamen afecta a todos los que instan el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los procesos declarativos y de ejecución, con las excepciones subjetivas citadas, pero resulta particularmente lesiva para los litigantes del juicio verbal que soportan la misma carga que los litigantes del juicio ordinario cuando interponen el recurso de apelación cuya tasa constituye un gravamen no progresivo.

⁷ Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, II y III.

⁸ Véase, SSTC 140 y 227/2016, y 47, 55 y 92/2017. La autoliquidación de la tasa debe realizarse conforme al modelo 696, establecido por la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, modificada por la Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo y por la Orden HAP/861/2015, de 7 de mayo.

La STC 20/2012, de 16 de febrero, justificó los gravámenes indicando que el legislador tiene libertad para determinar las prestaciones y servicios públicos que ha de proporcionar con cargo a fondos públicos y cómo ha de recaudarse ese gasto público, disponiendo también de un amplio margen de libertad para determinar los impuestos o tasas que han de sostenerlo.

En nuestra opinión, el problema de una justicia con escasez de medios no se puede paliar disuadiendo a los justiciables de acudir a ejercitar el derecho a la tutela judicial. Por esta razón proponemos la completa eliminación del actual sistema de tasas judiciales.

2. Restricciones en el acceso a los recursos

- *Restricciones sobre el recurso de apelación: La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal* restringió el derecho al recurso de apelación, dando nueva redacción del apartado 1 del artículo 455 de la LEC de modo que resultan inapelables “las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros”. Sin embargo, siguen siendo apelables los autos definitivos dictados en cualquier juicio verbal y las sentencias dictadas en los juicios verbales determinados por razón de la materia, ya sean plenarios o sumarios.

Dicha reforma estaba amparada en la doctrina establecida por el TC, según la cual, el derecho a los recursos en procesos no penales⁹ es un derecho de configuración legal y que, por tanto, depende de la voluntad del legislador. Así, la STC 149/2015, de 6 de julio, recuerda que corresponde al legislador configurar el sistema de recursos:

«... arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan» (STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 2). Lo cual significa que, de acuerdo con la STC 37/1995, de 7 de febrero, “[n]o puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador” (FJ 5)» (FJ 3).

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 37/2011 justifica la exclusión argumentando que se trata de una medida legislativa que pretende «limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales» (EM III, párrafo décimo). En realidad, como bien señala Asensio Mellado, «la finalidad real de la medida es meramente económica, basada en la eficiencia, entendiendo por tal el ajuste entre el coste de la justicia y el valor económico en juego¹⁰.»

Las consecuencias de la exclusión son bastante indeseables: si en los juicios verbales determinados por la cuantía se tramitan las reclamaciones de cantidad más frecuentes, la reforma los ha convertido en procesos de única instancia «con la merma de garantías para el justiciable, de fiabilidad y de campo abonado al voluntarismo judicial que ello trae consigo»¹¹. Resulta indiferente el error cometido por el juez de única instancia, la sentencia solamente podrá ser aclarada, corregida, subsanada o completada (arts. 214 y 215 LEC), o impugnada mediante el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones o recurrida en amparo.

Finalmente, conviene recordar que la sentencia dictada en los juicios verbales especiales del artículo 250.1.10^a y 11^a LEC, en los casos de ausencia de oposición, «no se dará recurso alguno» (art. 441.4 IV LEC).

⁹ Para una visión panorámica del derecho de acceso a los recursos en la doctrina del TC, véase, DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Madrid, Colex, 1998, p. 15 y ss.; GARBERÍ LLOGREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 2008, p. 135 y ss.; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch Editor, 2012, p. 97, ss.

¹⁰ ASENCIO MELLADO, J. M., «Agilización procesal y derechos fundamentales», *Práctica de Tribunales*, nº 81, abril 2011 (ejemplar dedicado a Resultados y experiencia de la Ley 13/2009), «El legislador parece olvidar que la Justicia más que un servicio público es un poder del Estado que no se puede gestionar taxativamente como si fuera una Administración pública, porque su «función es aplicar la ley en la resolución de conflictos, lo que obliga a atender a la existencia de controversias, no a su valor económico, así como a invertir por parte de quien, el Estado, prohíbe la autotutela a cambio de ofrecer una solución heterocompositiva. Su obligación es ofrecer una alternativa eficaz que contrarreste la prohibición que establece.» (p. 2).

¹¹ GARBERÍ LLOGREGAT, J., «Auge, decadencia y actualidad del recurso de apelación civil», *Diario La Ley* 31 de marzo de 2014, nº 8282, p. 14. Para una crítica certera de la modificación del artículo 455.1 LEC, vid. BANACLOCHE PALAO, J., «Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal», *Diario La Ley*, Nº 7764, Sección Doctrina, 28 de Diciembre de 2011, Ref. D-483 (versión digital, epígrafes I y II).

- *Restricciones para el acceso a los recursos de casación y por infracción procesal*: en principio, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia pueden ser recurridas por medio del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 466/476 LEC) y a través del recurso de casación (arts. 477/489 LEC)¹². De ambos recursos conoce actualmente la Sala primera del Tribunal Supremo (Disposición final sexta –*Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*-. Regla 1ª LEC). Junto a las citadas disposiciones legales, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha elaborado criterios interpretativos de admisión de carácter vinculante, recogidos en distintos acuerdos gubernativos aprobados por el pleno de la Sala, siendo el último y vigente el *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017*¹³. En realidad, podemos afirmar que el régimen transitorio se ha convertido en régimen vigente y definitivo.

En efecto, solo pueden ser objeto de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 LEC). En consecuencia, el segundo se supedita o condiciona a la viabilidad del primero. El Acuerdo del TS (Sala 1ª) de 27 de enero de 2017 establece las siguientes exclusiones, de modo que no pueden ser recurridas: (i) Las sentencias que no son de fondo (acuerdan la nulidad y retroacción de las actuaciones o la absolución en la instancia, o resuelven una cuestión incidental). (ii) Las sentencias no susceptibles de apelación por haberse dictado en juicio verbal tramitado por razón de la cuantía «inferior [sic] a 3.000 € (art. 455.1 LEC)». Observamos una notable falta de precisión pues si el precepto citado determina que la cuantía «no supere los 3.000 euros», la regla de la Sala de lo Civil al establecer que la cuantía ha de ser «inferior a 3.000 € (art. 455.1 LEC)» no está diciendo exactamente lo mismo. La sentencia dictada en juicio verbal tramitado por razón de la cuantía cuando ésta sea de 3.000 euros no sería apelable (art.455.1 LEC), pero si la Sala de lo Civil establece criterios vinculantes para acceder a los recursos extraordinarios, interpretando las normas procesales de la LEC, y las limitaciones del derecho a la tutela deben interpretarse restrictivamente, podemos entender que la Sala está declarando que contra la sentencia dictada en juicios verbales determinados por la cuantía cuando esta sea de 3.000 euros, pueden plantearse recursos extraordinarios y, con carácter previo, recurso de apelación. (iii) Las que debieron adoptar la forma de auto y los autos. Sí son recurribles los autos respecto de los que una norma internacional o de derecho europeo establezca su acceso al Tribunal Supremo.

Además, tampoco tiene acceso a los recursos extraordinarios la sentencia dictada en segunda instancia que no ha sido pronunciada por una sección de la Audiencia provincial, pues si la sentencia ha sido dictada o debió dictarse por un único magistrado, la Audiencia Provincial no actúa como órgano colegiado. Esta interpretación de la LEC es restrictiva, pero el ATC 300/2014, de 15 de diciembre, inadmite el recurso de amparo por inexistencia de vulneración del derecho fundamental del art. 24.1 CE.

Solo podrá interponerse el recurso por infracción procesal, sin formular recurso de casación, cuando se trate de i) sentencias dictadas en segunda instancia en procesos para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales; y (ii) sentencias dictadas en procesos tramitados por razón de la cuantía (no por razón de la materia) si ésta excede de 600.000 € (DF 16ª.1.2ª LEC). Al juicio verbal únicamente le sería aplicable este criterio en el supuesto del 477.2 LEC («Cuando [las sentencias] se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución») en relación con los artículos 250.1 9º (sentencias decisorias de «[pretensiones] que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales.») y 249.1.2º («Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación.»).

¹² Véase, SALAS CARCELLER, A., *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de Agilización Procesal)*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 25, ss.; ARMENGOL VILLAPLANA, A., «Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (I)», en BELLIDO PENADÉS, R., (Dir.), *El recurso extraordinario por infracción procesal*, 1.ª ed., Madrid, La Ley, 2013, p. 177, ss.

¹³ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-de-lo-Civil-del-Tribunal-Supremo-de-27-01-2017--sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>.

Los anteriores acuerdos son de 12 de diciembre de 2000 y de 30 de diciembre de 2011.

3. La cesión de prerrogativas de la Oficina Judicial al Procurador

La reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha introducido una externalización en la administración de justicia al atribuir -de modo voluntario- a los procuradores funciones que tenían encomendadas con carácter exclusivo los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial, cuales son los actos de comunicación procesal y determinados actos de ejecución y de cooperación y auxilio de la Administración de Justicia. Así se refuerza la actuación del procurador al inicio y al final del proceso, al poder encargarse de las funciones de (1) *emplazar*, (2) *citar a juicio*, (3) *requerir a particulares el cumplimiento de una resolución judicial*, (4) *realizar embargos de bienes muebles y de cuentas corrientes*, *ocuparse a través de sus Colegios profesionales del depósito y de la administración judicial de los bienes embargados*, (5) *operar como entidad especializada en la subasta de los bienes embargados*.

Aunque se subraya que ha de ser “el ciudadano” el que decida libremente si estas funciones las va a hacer su procurador o se encomendarán a los funcionarios judiciales, lo cierto es que se agudiza la desigualdad entre los distintos tipos de litigantes. Piénsese en la diferencia abismal que se produce entre quienes pueden pagar suplementariamente a los procuradores y aquellos que demandan bajo el amparo de la *Asistencia Jurídica Gratuita*, que veta dicha posibilidad por expresa disposición del art. 152.1.2º LEC. De este modo, la celeridad y la calidad de la Justicia dependen de externalizar parte de sus elementos, mediante el pago directo y suplementario al procurador que se contrate.

De acuerdo con el art. 152.1.2º LEC, según redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, si el litigante decide que sea el procurador el que actúe cuando la ley le permita optar por una u otra vía, asumirá íntegramente su coste. De este modo, los procuradores cuyos clientes se lo pueden permitir, asumen funciones propias de la autoridad del *Cuerpo de Auxilio Judicial*, surtiendo sus actuaciones plenos efectos, incluyendo las de información para con la parte contraria (*sic*): «A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y hora y del contenido de lo comunicado».

La ampliación de funciones del procurador se ha justificado con el argumento de que incrementa la eficacia de la administración de justicia en el proceso civil, tal y como indica la *Exposición de Motivos* de la Ley 42/2015, de 5 de octubre: «La presente Ley continúa en la dirección indicada y parte, igualmente, de la condición del procurador como colaborador de la Administración de Justicia a quien corresponde la realización de todas aquellas actuaciones que resulten necesarias para el impulso y la buena marcha del proceso» (EM III).

Sin embargo, dicha reforma ha potenciado una distinción entre quienes pueden permitirse pagar suplementariamente a sus procuradores para asegurarse actuaciones judiciales más rápidas, frente a la tramitación ordinaria en las oficinas judiciales que van gestionando los asuntos por su orden cronológico. Al mismo tiempo, dicha reforma suple la necesaria dotación de recursos en la propia Administración de Justicia. El resultado final es que en vez de aumentar el personal y los medios de auxilio judicial se opta por la vía de la privatización a través del procurador.

4. La monitorización de la tutela declarativa

No queremos concluir este apartado sin alertar de la eliminación de las vistas orales durante los años de vigencia de la LEC. Así, recientemente, es lo que ha venido a suceder con el juicio verbal que a partir de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, las partes (o al menos una) deben pedir expresamente la celebración de la vista oral, pues en otro caso –salvo que el juzgador la considere necesaria- “quedarán los autos conclusos para dictar sentencia”, sin vista oral alguna (ex – art. 438.4 LEC).

En el momento de elaboración del presente trabajo, para encarar la salida de la crisis provocada por el parón de actividad económica debido a la pandemia y la previsible avalancha de reclamaciones judiciales a resultas de la declaración del estado de alarma¹⁴, las diferentes

¹⁴ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Ref. BOE-A-2020-3692).

propuestas que se están efectuando desde el CGPJ¹⁵ ¹⁶, así como desde el Consejo General de la Abogacía Española¹⁷, pasan por la “no celebración de vistas orales”¹⁸, lo que comporta una contradicción del principio de inmediación¹⁹, como percepción y contacto directo del juzgador con las partes, sus abogados y las pruebas²⁰. Lo que, a su vez, constituye un menoscabo a los derechos de defensa, de igualdad procesal, de contradicción y de prueba, y supone un ataque directo a la tutela judicial efectiva.

IV. UNA HIPÓTESIS: LA NEGACIÓN DEL CONFLICTO

ARJONA SÁNCHEZ al estudiar y conceptualizar lo que denomina la pretensión de un constitucionalismo neoliberal -cuyo objetivo se puede resumir en colocar al Estado en su totalidad al servicio de las grandes fuerzas económicas- subraya como característica propia de tal corriente “la negación del conflicto”²¹. Esta quizá sea la piedra angular de la justicia (neo)liberal. Veámoslo.

Negar el conflicto implica, indudablemente, reducir el ámbito del proceso, de modo que todas las reformas legislativas deben encaminarse a dificultar el acceso a la justicia, lo que disminuirá la escenificación del conflicto representada por la propia litigiosidad judicial. Sin embargo, resulta obvio que en estos esquemas el marco de la tutela judicial efectiva puede quedar reducido a la mera tutela ejecutiva, a fin de garantizar el cobro a los acreedores con una ejecución más rápida y eficaz de los créditos contra los morosos.

Desde esta óptica, lo realmente importante es que los sectores económicos dominantes cuenten con resortes procesales que les proporcionen mayores cotas de seguridad jurídica y judicial -sabiendo de antemano el resultado de los diferentes litigios-. Para conseguir dicho objetivo, la tutela judicial debe ser predominantemente ejecutiva -sin posibilidad de discutir las diferentes créditos constituyan títulos ejecutivos; es decir, tengan el valor de las sentencias (sin el previo proceso declarativo) y puedan ser ejecutados por los órganos judiciales, sin posibilidad de que los deudores puedan optar a un juicio justo en el que poder exponer sus razones e instar la tutela de sus maltrechos derechos.

Así, bajo la demanda neoliberal de aumentar la seguridad jurídica, lo que en realidad se pretende, es ir vaciando de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar cualquier tipo de resolución contradictoria o no prevista para con los propios intereses mercantiles.

Este planteamiento pudiera parecer una cuestión de meras ideas. Sin embargo, las sucesivas reformas a lo largo de veinte años de vida de la LEC nos pueden revelar la extensión de las

¹⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-Justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma>

¹⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-del-CGPJ-toma-conocimiento-del-documento-de-trabajo-definitivo-de-medidas-organizativas-y-procesales-del-plan-de-choque-para-la-Administracion-de-Justicia-tras-el-estado-de-alarma>

¹⁷ <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/04/PROPUESTAS-DE-LA-ABOGACIA-C3%8DA-PARA-AGILIZACION-C3%93N-PROCESAL.pdf>

¹⁸ Así, el art. 19 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (Ref. BOE-A-2020-4705), que ha sido convalidado por la Resolución de 13 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (Ref. BOE-A-2020-5052) determina que durante el estado de alarma y hasta los tres meses siguientes a su finalización los actos de comparencias y vistas se efectúen por medios telemáticos, incluidos los juicios penales por delitos no graves.

¹⁹ Véase, HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y penal)*, Granada, Comares, 2006.

²⁰ Véase, WACH, A., *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Alemana*, traducción de Krotoschin, E., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 2; CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. III, trad. Gómez Orbaneja, E., Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 1954, p. 177, s.; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría General del Derecho Procesal*, México DF, UNAM, 1992, p. 401, s.; MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», *Derecho PUCP*, Nº 53, 2000, p. 622.; HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y penal)*, Granada, Comares, 2006, p. 8, ss., considera la intermediación una consecuencia ineludible de la oralidad, resultando inescindibles los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad.

²¹ ARJONA SÁNCHEZ, M. J., «Las características del constitucionalismo neoliberal», en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C.; IADICICCO, M. P. (Directores), ROMBOLI, S. (Coordinadora): *Sesenta años de la Constitución Italiana y cuarenta de la Constitución Española*, Vol. 5 “Retos en el siglo XXI”, Madrid, Agencia estatal BOE-CEPC, 2020, p. 25, ss.

técnicas propias de los juicios sumarios para tutelar derechos de crédito [ex-art. 250.1.10º y 11º LEC] o de propiedad [tal como suceden en materia de desahucios y de recuperaciones “expres” de la posesión de viviendas (ex-art. 250.1.1º y 4º LEC)], lo que supone la monitorización del proceso, hasta casi eliminar cualquier oposición y vista oral.

De modo simultáneo, se ha reforzado la tutela ejecutiva en la LEC, pues resulta evidente que la ideología neoliberal, tras reclamar más mercado y menos Estado, precisa del aparato estatal para mantener sus intereses y su propio orden.

En esta línea, de singular importancia ha resultado el ataque directo a través del establecimiento de tasas judiciales para dificultar el acceso directo a la tutela judicial.

No menos importante ha sido la política legislativa dirigida a impedir el acceso a los recursos; a la casación, pero también a la apelación con la consecuencia de evitar la revisión de un importante porcentaje de las sentencias dictadas en procedimientos verbales a los que se les impide -por su escasa cuantía- el acceso a la segunda instancia. Todo lo cual, además, puede comportar un efecto pernicioso en la magistratura, con una disminución de la calidad de las resoluciones, ya que quedan sustraídas del control que supone toda eventual posibilidad de verificación ante una instancia ulterior. Ello redundará, no solo en una disminución de calidad de los fallos e incluso de un aumento de posibles arbitrariedades, sino que comportan un desprestigio para la propia administración de justicia, con la consiguiente falta de credibilidad social, lo que, a su vez, genera un efecto disuasorio para acudir a los tribunales.

Todo ello da como resultado disminuir la litigiosidad, de modo que el conflicto intersubjetivo y social desaparece de la escena.

V. CONSIDERACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LAS REFORMAS

El derecho existente es solo el derecho que se aplica. El derecho que no se aplica, sencillamente, no es tal. Obviamente, y como resultado de las diversas controversias, el derecho que se aplica es el que determinan los tribunales de justicia a través del proceso. Así, para GIMENO SENDRA el proceso es el instrumento que ostenta la Jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales²².

En definitiva, el proceso judicial cambia la realidad. El derecho solo se realiza y transforma la realidad, a través del proceso, para lo cual necesariamente debe existir la tutela jurisdiccional²³, tal y como indica DE LA OLIVA SANTOS “el núcleo de la función jurisdiccional consiste en la tutela y realización del Derecho objetivo”²⁴, añadiendo que “la tutela y realización del Derecho objetivo es el contenido esencial predicable de la función jurisdiccional considerada en su conjunto o genéricamente”²⁵.

Igualmente, GIMENO SENDRA precisa que el proceso no constituye la causa o fin en sí mismo de la función jurisdiccional, sino el instrumento para la correcta aplicación del Derecho objetivo a los conflictos concretos²⁶. Tal y como nos recuerda GIMENO SENDRA la función jurisdiccional puede ser definida como el Poder Judicial, integrado por jueces y magistrados, quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico²⁷.

La función jurisdiccional y la tutela judicial efectiva debemos comprenderlas de modo correlativo, dado que la jurisdicción es el previo y necesario soporte para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho en otras palabras, sin función jurisdiccional no existe posibilidad alguna de ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva.

El proceso jurisdiccional es el método empleado por los tribunales para ejercer la potestad jurisdiccional cuando un sujeto ejercita su derecho a la tutela jurisdiccional (art. 24.1 de la Constitución). En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho

²² GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 303.

²³ Sobre la potestad jurisdiccional y función jurisdiccional, véase, LORCA NAVARRETE, A., *Introducción al Derecho Procesal*, San Sebastián, IVDP, 2014, p. 19, ss.

²⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Madrid, CEURA, 2012, p. 18.

²⁵ *Ibid.*, id.

²⁶ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 23 a 38.

²⁷ *Ibid.*, p. 39.

fundamental, subjetivo y público que permite iniciar el proceso mediante una declaración de voluntad que contiene una determinada petición de tutela jurisdiccional de sus respectivos derechos e intereses.

Lógicamente, el núcleo principal de la tutela judicial debe venir conformado por la tutela declarativa, entendida como el lugar de resolución de todos los litigios y conflictos sociales que puedan surgir y que han de ser solucionados por el Juez legal, predeterminado por la ley a través del proceso preestablecido; es decir, conforme al principio de legalidad procesal²⁸. Así pues, no hay ejercicio de la potestad jurisdiccional –juzgando y haciendo cumplir lo juzgado– sin el previo y necesario proceso, siendo el derecho al proceso la premisa necesaria.

Por ello, desplazar la función jurisdiccional –en cuanto tutela declarativa– es privar a la ciudadanía de la tutela judicial efectiva y transferir al mercado la decisión sobre qué es y qué no es derecho, limitando el papel del Estado a hacer ejecutar las decisiones y/o acuerdos del mercado.

La reducción del papel del proceso jurisdiccional supone un retroceso. Aunque se nos diga que la opción por el proceso o por un medio alternativo depende de la autonomía de la voluntad del interesado, lo cierto es que la opción por el medio alternativo produce efectos en el derecho a la tutela judicial, pues cuando se elige solventar el conflicto mediante acuerdo o laudo arbitral, el derecho a la tutela judicial declarativa se reduce a una revisión formal y no de fondo del acuerdo o laudo.

ORTELLS RAMOS y MARTÍN PASTOR nos recuerdan que el TC y la ciencia jurídica constitucional conciben la tutela judicial efectiva como un derecho –no un servicio público– a la prestación de una actividad jurídica del Estado, específicamente, de sus tribunales: el ejercicio de la potestad jurisdiccional²⁹.

Solo los tribunales han de interpretar y aplicar el derecho, así como invalidar acuerdos y contratos, etc. Y precisamente esto es lo que trata de limitar el neoliberalismo judicial.

Las grandes élites económicas precisan de la Administración de Justicia para ejecutar sus títulos de crédito, pero no desean que sus actuaciones y sus relaciones sean declaradas ilegales, ilícitas, abusivas o contrarias a derecho y por ende anuladas y dejadas sin efecto.

Se persigue la imposición de obligaciones económicas sin limitación alguna, de modo que quienes las impongan, queden exonerados de todo control, incluido el judicial. Se pretende crear derecho, pero no someterse a la soberanía de los Estados; en definitiva, lo que se quiere es que las corporaciones proclamen su posición de fuerza y sus negocios como fuente absoluta de derecho, de manera que los tribunales se limiten a perseguir los incumplimientos, impidiendo que la Administración de Justicia pueda revisar sus actuaciones y, consecuentemente, cuestionar la licitud o ilicitud de las mismas y de sus relaciones jurídicas.

Sirva este estudio de alerta sobre un peligro real que se cierne sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas físicas y jurídicas, y la previa, necesaria y correlativa potestad jurisdiccional que hace posible dicho derecho fundamental.

Atacar el derecho subjetivo supone también cercenar el estado de Derecho y la propia jurisdicción. Y la huida del proceso afecta a la acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta³⁰.

El proceso implica los principios de contradicción y de igualdad³¹. El principio de contradicción consiste en la posibilidad de formular alegaciones y peticiones, de presentar pruebas³² e intervenir en las que se presenten de contrario, y de poder contradecir lo expuesto de contrario

²⁸ Ibid, p. 77 a 101.

²⁹ ORTELLS RAMOS, M., MARTÍN PASTOR, R. J., en ORTELLS RAMOS, M. (Dirección y coordinación), *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 46.

³⁰ GARBERÍ LLOGREGAT, J., «La constitucionalización del 'derecho de acción'», en *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, 1ª ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 115, ss.; GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 279, ss.; ORTELLS RAMOS, M.; JUAN SÁNCHEZ, R., en ORTELLS RAMOS, M. (Dirección y Coordinación), *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 275, ss.

³¹ PICÓ I JUNOY, J., op. cit., p. 159 ss.; ASENCIO MELLADO, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 178, ss.; ORTELLS RAMOS, M.; ARMENGOL VILLAPLANA, A., en ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 303 ss.

³² Sobre el derecho a utilizar los medios de prueba desde una perspectiva constitucional, véase, CANO MATA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 24 de la Constitución)*, Madrid, EDERSA, 1984, 32 ss.; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed. (a cargo de Carrasco Durán, M.), Madrid, Marcial Pons, 2014, 390 ss.; GARCÍA MORILLO, J., «El derecho a la tutela judicial» (revisado por López Guerra, L.), en LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P.; SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 329 ss.; CÁMARA VILLAR, G., «El derecho a la tutela judicial efectiva», en Balaguer Callejón, F., (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, p. 318 ss.; PICÓ I JUNOY, J., op. cit., p. 177, ss.

de acuerdo con las reglas del procedimiento. Por su parte, el principio de igualdad procesal comporta disponer de las mismas oportunidades de acceso a los tribunales, de reconocimiento y tutela de derechos e intereses, así como de defensa³³ y de trato. En este punto, hemos de recordar que el principio de igualdad procesal tiene su origen en la escenificación suprema de aquella ficción de igualdad sobre la que se asienta todo el derecho, tal y como nos recuerda ALDO SCHIAVONE al señalar que el derecho romano adaptó como principio general la fórmula de “res locata” (ficción de igualdad) que consiste en situar y tratar en relación de igualdad al amo y al esclavo³⁴. Precisamente, eso es lo que parecen desear –consciente o inconscientemente– las reformas de la LEC que hemos analizado.

A estas alturas resulta demasiado obvio que la Jurisdicción constituye una amenaza real para las grandes fuerzas económicas, que corren el riesgo de ser puestas en pie de igualdad con la otra parte ante la autoridad judicial, que podrá enjuiciar sus conductas y sus posibles abusos. Obviamente, limitar el proceso es ir bordeando o troceando el derecho al proceso (ex – art. 6 CEDH).

VI. CONCLUSIONES

Buena parte de las reformas legales analizadas han sido impulsadas bajo el argumento de la desjudicialización, pero reformar no es “desjudicializar”. Sin embargo, cabe preguntarse si la causa del conflicto -y el conflicto en sí mismo- desaparece ante la desjudicialización o, simplemente, lo que se pretende es que se abandone la esperanza en que la autoridad del Estado pueda solventar el conflicto a través de los jueces y los tribunales.

Una vez analizadas estas tendencias sobre el proceso civil, debemos reflexionar hacia dónde va la función jurisdiccional ejercida exclusivamente por los tribunales para la resolución de los conflictos de intereses y la protección del Estado de Derecho, la paz social entre la ciudadanía y su protección frente a los poderes públicos (entre otras, STC 175/2001, FJ 4 y 6). Y, correlativamente, en qué puede quedar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Parece que la tendencia es que la potestad jurisdiccional quede reservada ante todo para asegurar la tutela de los intereses de quienes tienen una pre-eminencia económica. Ante ello, cabe preguntarse si el proceso -como última instancia del conflicto (intersubjetivo y social)- debe eliminar todo carácter crítico –y, por tanto, transformador- sobre el orden establecido.

Sirva como botón de muestra la ruptura de la posición de fuerza de la banca³⁵, que gozaba de procedimientos judiciales a medida para convertir el mero incumplimiento puntual de los hipotecados en títulos ejecutivos -instando al efecto el llamado procedimiento hipotecario- de modo que la puesta en cuestión del propio proceso hipotecario ha supuesto un duro golpe para el sector bancario³⁶. Los reveses judiciales se han visto incrementados con la avalancha de sentencias que condenan a devolver los intereses indebidamente cobrados en las llamadas cláusulas suelo, así como los gastos de formalización de las hipotecas, puesto que en conjunto los intereses y gastos devueltos abonados han implicado devoluciones millonarias. Todo lo cual acredita que los tribunales han puesto en cuestión todo un proceder del sector financiero. Obviamente, estos casos no se hubieran dado si los miles de afectados no hubieran ejercido el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el fondo lo que se pretende es ir diluyendo ese carácter crítico y creativo del proceso como última instancia de una sociedad de derecho³⁷. Se trata de ir eliminando el carácter profético de la Administración de Justicia para subrayar el cumplimiento de las obligaciones y contratos a través de los medios coercitivos propios de la tutela ejecutiva. De este modo, la tutela declarativa corre el riesgo de quedar reducida a la mínima expresión, viéndose reducida a mera

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 196 ss.

³⁴ SCHIAVONE, A., *IUS: La invención del Derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, S.A., 2009, p. 299, “Se trataba de una calificación conceptualmente subversiva, en la cual esclavo y amo figuraban como sujetos distintos, que se enfrentaban en un plano de abstracta igualdad”.

³⁵ En este sentido, la Sentencia TJUE. Asunto C-511/17 (Györgyné Lintner/UniCredit Bank Hungary Zrt) de 11 de marzo de 2020 ha impuesto la intervención “proactiva” de los órganos jurisdiccionales para tutelar los derechos de los consumidores, de modo que los jueces deben examinar y anular de oficio todas aquellas cláusulas abusivas en los contratos sobre consumo. Por su parte, la STC 31/2019, de 28 de febrero, determina que “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluido tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente” (FJ 6º).

³⁶ El Pleno de la Sala Primera del TS se pronunció por unanimidad, en sentencia de 11 de septiembre de 2019, sobre los efectos derivados de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios, tras la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) y autos del TJUE 3 de julio de 2019, en desarrollo de lo resuelto por el propio tribunal europeo.

³⁷ RICCIO, A., «La jurisprudencia es, por tanto, fuente del derecho», *RGDPR*, nº 48, mayo 2019, lustel, s/p.

voluntad de cumplimiento de los acreedores convertida en títulos ejecutivos. En otras palabras, las llamadas fuerzas del mercado buscan otorgar a las obligaciones incumplidas el valor de las resoluciones a ejecutar, asimilando el valor de los títulos extrajudiciales al que se otorga a las sentencias.

Así pues, en esta dirección podemos interrogarnos si el proceso civil se reducirá a ser el proceso jurisdiccional del dinero. Y si el derecho a la tutela jurisdiccional se reduce a ser el derecho a la tutela ejecutiva de los intereses económicos preeminentes, estaremos próximos a la llegada de la “pax (neo) liberal”, lo que comportará el ocaso del proceso, tal y como lo hemos conocido.

Esta paz neoliberal significa necesariamente la desaparición del conflicto de la escena judicial. Para ello, los tribunales de justicia no deben cuestionar ni las grandes ni las pequeñas decisiones. Los deudores tendrán vetado reclamar ante las instancias judiciales cambios en las condiciones “libremente asumidas”, por el bien de los propios mercados, de modo que ningún tribunal cuestione ni interfiera las operaciones del “mercado”, ni ponga en riesgo futuros modos de proceder.

Finalmente, resulta evidente que esta dinámica de reformas legislativas contribuye a crear o incrementar las crisis de la Administración de Justicia, dados los intentos de reducción del ámbito natural del proceso, o mejor dicho, vías de escape que sirvan para la huida del ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido, no está de más recordar aquella alerta efectuada por el profesor DE LA OLIVA cuando advertía que las crisis de la Administración de Justicia también traen consigo la crisis del propio Derecho objetivo³⁸.

³⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., op. cit., p. 21.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, reimpresión de la 3ª ed. de 1991, México, UNAM, 2000.

ARJONA SÁNCHEZ, M. J., «Las características del constitucionalismo neoliberal», en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C.; IADICICCO, M. P. (Directores), ROMBOLI, S. (Coordinadora): *Sesenta años de la Constitución Italiana y cuarenta de la Constitución Española*, Vol. 5 «Retos en el siglo XXI», Madrid, Agencia estatal BOE-CEPC, 2020, pp. 25-40.

ARMENGOL VILLAPLANA, A., «Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (I)», en BELLIDO PENADÉS, R., (Dir.), *El recurso extraordinario por infracción procesal*, 1.ª ed., Madrid, La Ley, 2013.

ASENCIO MELLADO, J. M., «Agilización procesal y derechos fundamentales», *Práctica de Tribunales*, nº 81, abril 2011 (ejemplar dedicado a Resultados y experiencia de la Ley 13/2009), pp. 1-3.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, 6.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

BANACLOCHE PALAO, J., «Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal», *Diario La Ley*, Nº 7764, Sección Doctrina, 28 de Diciembre de 2011, Ref. D-483 (versión digital, epígrafes I y II).

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative dispute resolution» (adr) y derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1999.

BELLIDO PENADÉS, R., «Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (II)», en BELLIDO PENADÉS, R., (Dir.), *El recurso extraordinario por infracción procesal*, 1.ª ed., Madrid, La Ley, 2013.

CÁMARA VILLAR, G., «El derecho a la tutela judicial efectiva», en Balaguer Callejón, F., (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2015.

CANO MATA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 24 de la Constitución)*, Madrid, EDERSA, 1984.

CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. III, trad. Gómez Orbaneja, E., Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 1954.

DE DIEGO DíEZ, L. A., *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Madrid, Colex, 1998.

DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Madrid, CEURA, 2012.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría General del Derecho Procesal*, México DF, UNAM, 1992.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Auge, decadencia y actualidad del recurso de apelación civil», *Diario La Ley* 31 de marzo de 2014, nº 8282, pp. 14-15.

GARBERÍ LLOGREGAT, J., «La constitucionalización del 'derecho de acción'», en *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, 1ª ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 115-131.

GARBERÍ LLOGREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 2008.

GARCÍA MORILLO, J., «El derecho a la tutela judicial» (revisado por López Guerra, L.), en LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, P.; SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y penal)*, Granada, Comares, 2006.

LORCA NAVARRETE, A., *Introducción al Derecho Procesal*, San Sebastián, IVDP, 2014.

MARTÍN PALLÍN, J. A.; ESCUDERO ALDAY, R., (eds.) *Derecho y Memoria Histórica*, Madrid, Trotta, 2008.

MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», *Derecho PUCP*, Nº 53, 2000, pp. 583-668.

ORTELLS RAMOS, M.; JUAN SÁNCHEZ, R., en ORTELLS RAMOS, M. (Dirección y Coordinación), *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016 (pp. 275-300).

ORTELLS RAMOS, M.; ARMENGOL VILLAPLANA, A., en ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016 (pp. 303-333).

ORTELLS RAMOS, M.; MARTÍN PASTOR, R. J., en ORTELLS RAMOS, M. (Dirección y coordinación), *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016 (pp. 43-53).

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed. (a cargo de Carrasco Durán, M.), Madrid, Marcial Pons, 2014.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Barcelona, Bosch Editor, 2012.

RICCIO, A., «La jurisprudencia es, por tanto, fuente del derecho», *RGDPR*, nº 48, mayo 2019, Iustel (s/p).

SALAS CARCELLER, A., *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de Agilización Procesal)*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

SCHIAVONE, A., *IUS: La invención del Derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, S.A., 2009.

TERRADAS SABORIT, I., *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, Madrid, CSIC, 2008.