

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Arturo Muñoz Aranguren

Directores

Alicia Bernardo San José
Fernando Gascón Inchausti

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

LA LITIGACIÓN ABUSIVA: DELIMITACIÓN, ANÁLISIS Y REMEDIOS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR PRESENTADA POR

ARTURO MUÑOZ ARANGUREN

DIRECTORES

ALICIA BERNANDO SAN JOSÉ

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

MADRID, 2017

ÍNDICE

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS JURÍDICAS	10
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN	16
CAPÍTULO I: CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.	20
1. CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO: DOS PRECISIONES PRELIMINARES	20
2. EL ABUSO DEL DERECHO	23
2.1. <i>Origen histórico</i>	23
2.2. <i>La reforma del título preliminar del Código Civil</i>	27
3. EL ABUSO DEL PROCESO O DEL DERECHO A LITIGAR	30
3.1. <i>Consideraciones previas</i>	30
3.2. <i>La extralimitación del derecho a litigar</i>	34
3.3. <i>Un intento de definición de la litigación abusiva</i>	35
4. LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS	43
4.1. <i>Un recorrido por la doctrina</i>	43
4.2. <i>Un examen de la evolución de la jurisprudencia</i>	50
4.2.1. <i>La doctrina jurisprudencial previa a la reforma del título preliminar del Código Civil</i>	50
4.2.2. <i>La jurisprudencia posterior a la reforma del Código Civil</i>	51
4.2.3. <i>El reconocimiento jurisprudencial del abuso del proceso como concepto jurídico autónomo</i>	54
4.2.4. <i>Conclusiones</i>	68

5. FENOMENOLOGÍA DE LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA JURISPRUDENCIA	72
5.1. Acciones de tutela sumaria ejecutadas de manera infundada para obtener la suspensión de una obra nueva (antiguo interdicto de obra nueva)	72
5.2. La acción judicial planteada a espaldas de demandado. El caso de la maquinación fraudulenta	74
5.3. Oposición infundada a la demanda	75
5.4. La interposición de demanda con el propósito de obtener la suspensión del proceso civil que va a iniciar –o ya ha iniciado– quien sí se encuentra asistido de justa causa para litigar	76
5.5. Las denominadas demandas “torpedo”	78
5.6. Reclamación de los daños y perjuicios provocados por la adopción de una medida cautelar en un proceso precedente	90
5.7. Daños producidos por una solicitud infundada de quiebra	92
5.8. Ejercicio de la acción ejecutiva de manera abusiva	96
5.9. El abuso del proceso que se materializa a través del incumplimiento de un pacto procesal	100
5.10. La interposición abusiva de recursos devolutivos	102
5.11. La incoación de un proceso civil para burlar el instituto de la cosa juzgada material	104
5.12. La concertación fraudulenta	109
5.13. La litigación “colectiva” abusiva	114
CAPÍTULO II. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES	123
INTRODUCCIÓN	123
1. LA BUENA (Y MALA) FE PROCESAL	125
1.1. El concepto de buena fe procesal	125
1.2. El elemento intencional	140
1.3. Las diferentes consecuencias del abuso del proceso y de la mala fe procesal	144

1.4. <i>La interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo del art. 247.3 LEC, en relación al abuso del proceso</i>	147
1.5. <i>El régimen de imposición de costas</i>	160
2. LA TEMERIDAD	162
3. EL FRAUDE DE LEY	166
4. EXCURSO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO Y LA AUSENCIA DE <i>IUSTA CAUSA LITIGANDI</i>	174
4.1. <i>Falta de interés legítimo y abuso del proceso</i>	174
4.2. <i>La carencia sobrevenida del interés y la prosecución abusiva de la litis</i>	177
CAPÍTULO III. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS, DISTINTOS DE LA CONDENA EN COSTAS, PREVISTOS PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES	180
1. INTRODUCCIÓN.....	180
2. DAÑOS PROVOCADOS POR ACTUACIONES PRE-PROCESALES	181
2.1. <i>Diligencias preliminares</i>	181
2.1.1. El criterio de fijación de la responsabilidad por los daños procesales irrogados	181
2.1.2. El cauce para pedir la indemnización por los daños causados	184
2.1.3. El alcance de la condena en costas	186
2.1.4. La función y destino de la caución	187
2.2. <i>Anticipación y aseguramiento de la prueba</i>	190
2.2.1. Anticipación de la prueba	190
2.2.2. Aseguramiento de la prueba	190
3. SOLICITUD INFUNDADA DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR LA EXISTENCIA DE UNA SUPUESTA PREJUDICIALIDAD PENAL.....	192
4. LA INDUCCIÓN INDEBIDA AL ÓRGANO JUDICIAL AL DESPACHO DE EJECUCIÓN CON RESPECTO A PERSONAS O BIENES EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL TÍTULO EJECUTIVO O EN LA LEY	194

5. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CASO DE REVOCACIÓN DE CONDENAS DINERARIAS.	196
6. DAÑOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES	201
6.1. <i>Supuestos</i>	202
6.2. <i>La justificación de la instauración del criterio legal de responsabilidad objetiva, con carácter general, en sede de medidas cautelares</i>	205
6.3. <i>¿Es posible reclamar los daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares, que posteriormente son alzadas, a través de un proceso declarativo ulterior?</i>	209
7. CONCLUSIONES	211
8. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS PREVISTOS CONTRA LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL.....	213

CAPÍTULO IV. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL ABUSO DEL PROCESO **226**

1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ABUSO DEL PROCESO.....	226
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN. LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR	230
3. SISTEMAS PREVENTIVOS VS. SISTEMAS REACCIONALES	234
4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	238
5. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL PROCESO CIVIL	246
6. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL ABUSO DEL PROCESO CIVIL Y SU EVENTUAL COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	260
7. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.....	264

7.1. <i>El principio de proporcionalidad</i>	264
7.1.1. Aplicación del juicio de adecuación	265
7.1.2. Aplicación del juicio de necesidad	267
7.1.3. Aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto	268
7.2. <i>El principio de razonabilidad</i>	270
8. LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA.....	272
8.1. <i>¿Existe en nuestro Derecho Privado la obligación general de no dañar a terceros?</i>	272
8.2. <i>La prohibición del abuso del Derecho: su rango normativo</i>	274
8.3. <i>El rango constitucional del Derecho de daños</i>	278
9. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD	282
10. CONCLUSIONES	285

CAPÍTULO V. EL ABUSO DEL PROCESO CIVIL EN OTROS ORDENAMIENTOS

INTRODUCCIÓN	287
1. DERECHO CONTINENTAL	289
1.1. <i>Derecho italiano</i>	289
1.2. <i>Derecho francés</i>	294
1.3. <i>Derecho portugués</i>	298
1.4. <i>Derecho alemán</i>	299
2. HISPANOAMÉRICA	303
2.1. <i>Argentina</i>	303
2.2. <i>Perú</i>	305
2.3. <i>Código Procesal Modelo para Iberoamérica</i>	305
3. LOS SISTEMAS DE COMMON LAW	306
3.1. <i>Derecho inglés</i>	306
3.1.1. Introducción	306
3.1.2. Remedios	308

3.2. Derecho norteamericano	329
3.2.1. Introducción	329
3.2.2. Remedios	332
4. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL EXAMEN DEL DERECHO COMPARADO	344

CAPÍTULO VI. EL ABUSO DEL PROCESO EN JURISDICCIONES DISTINTAS A LA CIVIL

1. EL ABUSO DEL PROCESO SOCIAL	355
1.1. <i>La regulación legal</i>	355
1.2. <i>El diferente ámbito de aplicación de los artículos 75 y 97 LRJS ..</i>	357
1.3. <i>Los criterios de imposición de las sanciones previstas en la LRJS.</i>	361
1.4. <i>¿Cabe la inadmisión a radice de la demanda en razón de su abusividad?</i>	366
1.5. <i>La indemnización de daños prevista en el art. 75.3 LRJS.....</i>	368
1.6. <i>Otras medidas incorporadas a la LRJS para prevenir el abuso del proceso social</i>	371
1.7. <i>Conclusiones</i>	377
2. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL	379
2.1. <i>El principio de buena fe en el proceso penal</i>	379
2.2. <i>Actuaciones abusivas de la acusación</i>	383
2.2.1. <i>La querella “coactiva”</i>	383
2.2.2. <i>Las querellas “preparatorias” y las prospectivas</i>	385
2.2.3. <i>La querella “dilatatoria”</i>	386
2.2.4. <i>La querella “dilatatoria” y el proceso arbitral</i>	389
2.2.5. <i>La acusación abusiva tendente a impedir el beneficio de la reducción de la pena para el encausado, por conformidad, en los juicios rápidos</i>	395
2.3. <i>Los remedios contra el abuso del proceso penal.....</i>	396
2.4. <i>Conclusiones</i>	408

3. EL ABUSO DEL PROCESO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO	410
3.1. <i>El objeto del proceso contencioso-administrativo y su influencia en su potencial uso abusivo</i>	410
3.2. <i>El eventual ejercicio abusivo de la acción pública</i>	413
3.3. <i>Los remedios contra el abuso del proceso contencioso-administrativo</i>	422
3.4. <i>Conclusiones</i>	423
4. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA	425

CAPÍTULO VII: LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA..... 427

INTRODUCCIÓN	427
1. LEGITIMACIÓN.....	428
1.1. <i>Legitimación activa</i>	428
1.2. <i>Legitimación pasiva</i>	429
2. LA INFLUENCIA DEL PROCESO PRECEDENTE EN EL POSTERIOR EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DAÑOS	440
2.1. <i>¿Es preciso que el primer proceso termine de manera favorable para el ahora actor?</i>	440
2.2. <i>La influencia de la declaración judicial de temeridad a efectos de imposición de las costas en el proceso utilizado de forma desviada</i>	442
3. FUNDAMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES.	448
3.1. <i>Introducción</i>	448
3.2. <i>El artículo 7.2 CC</i>	449
3.2.1. <i>La relación entre el abuso del Derecho y la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC</i>	449
3.2.2. <i>Requisitos para la estimación de la acción</i>	456
3.3. <i>La responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC</i>	465

3.3.1. La acción u omisión objetivamente imputable al agente	466
3.3.2. Nexos causales. Criterios de imputación objetiva	472
4. EL DAÑO	477
4.1. Alcance de los daños indemnizables	477
4.2. Las costas del primer proceso	483
5. CUESTIONES PROCESALES	486
5.1. Competencia y jurisdicción	486
5.2. Procedimiento	486
5.3. Formas usuales de acreditación de la ausencia de razón derecha para litigar	488
5.4. Recursos contra la sentencia del Juzgado	489
5.4.1. Recurso de apelación	489
5.4.2. Recursos extraordinarios	490
CONCLUSIONES	498
PRIMERA.....	498
SEGUNDA.....	498
TERCERA.....	498
CUARTA.....	498
QUINTA.....	498
SEXTA.....	499
SÉPTIMA.....	499
OCTAVA.....	499
DÉCIMA.....	499
ÚNDECIMA.....	500
DECIMOSEGUNDA.....	500
DECIMOTERCERA.....	500

DECIMOCUARTA.....	500
DECIMOQUINTA.....	501
DECIMOSEXTA.....	501
DECIMOSÉPTIMA.....	501
DECIMOCTAVA.....	501
DECIMONOVENA.....	501
VIGÉSIMA.....	501
BIBLIOGRAFÍA.....	502

ABREVIATURAS JURÍDICAS

AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BGB	Código Civil alemán (<i>Bürgerlicher Gesetzbuch</i>)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>Cpc</i>	<i>Codice di procedura civile</i> (Italia)
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
JCPC	<i>Judicial Committee of the Privy Council</i>
LA	Ley 60/2003, de Arbitraje
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECA	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPCDH	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LRCSCVM	Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LSA	Real Decreto Legislativo de 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/ 1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial
LP	Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes
LPAT	Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.
MF	Ministerio Fiscal
PECL	Principios de Derecho Europeo de los contratos
PETL	Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RD Ley	Real Decreto Ley
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia

ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
ZPO	Ordenanza Procesal de Alemania (<i>Zivilprozessordnung</i>)

ABSTRACT

Abusive litigation, despite being a recurring pathology, has not received particular attention amongst Spanish scholars. It is also true that there is a sound case law regarding this issue, but there has not been a similar dogmatic development of this figure in the specialized national literature.

We have focused on the misuse of the civil legal procedure as a whole, not on the improper use of specific procedural devices.

We have proceeded to identify the essence and legal nature of the Abuse of Process, looking for its distinctive notes and the differences with most related legal concepts. This work concludes that the abuse of process it is a species among the gender of the Abuse of Rights, banned by Section 7.2 of the Spanish Civil Code, introduced by the amendment of the Code that took place in 1974. Before being codified, the interdiction of the Abuse of Rights (procedural or substantial) was largely recognized by the Supreme Court, especially after a paramount and highly influential ruling passed in 1944. The different procedural laws enacted after the modification of the Civil Code have also included specific provisions regarding this issue.

In our view, what defines this type of abuse is not –contrary to the dominant discourse among Spanish legal scholars- that the right has been exercised in opposition to “collective ethics” of society, but the use of the process against its functional and institutional purposes.

The procedural nature of abusive -or vexatious- litigation makes it inaccurate to just export the general notion of the Abuse of Rights to this particular area of law. It is necessary to make some qualifications in order to provide a right answer to the problems raised by the Abuse of Process, given that the right being abused is a Constitutional one (Section 24 of the Spanish Constitution). We have also analysed the current regulation –including remedies such as sanctions imposed on the vexatious litigant, compensation for damages, etc.-

From our point of view, this regulation clearly respects the right to access to Courts and it is quite significant that several countries, which also belong to the European Union, have enacted much more restrictive rules which have been not declared contrary to the European Convention of Human Rights by the ECHR. For instance, in some countries a person who persistently abuses the court’s process might be declared a “vexatious” litigant, and may be barred from starting further proceedings without leave of the court.

Besides, it has been especially useful for our research the use of the empirical method: the careful study of the numerous judgements passed on this issue. We have been able to detect which kind of legal actions are more often used for improper purposes, and to deduce the cause of this intense dysfunctional use of the right of access to judicial proceedings in some areas. From the foregoing discussion of various procedural techniques that misuse is often made of, it follows that both the plaintiff and the defendant party can be guilty of abuses of process. At the initial stage of the controversy, groundless pleadings constitute the most common technique of the abuse of civil process. At the appellate stage, the most distinctive abuse is made by lodging appeals for pure dilatory purposes, with no real aim to challenge on the merits the ruling concerned.

Due to its own nature, the abuse of process is a phenomenon that appears, to a certain extent, in all legal systems. We have studied foreign solutions implemented to prevent and punish this pathology, focusing on the Common Law jurisdictions. This choice is not arbitrary: given that the case law of the Anglo-Saxon Courts is based in the trial-and-error method, the evolution of their jurisprudence, in the light of the effects of their earlier decisions, shows the pros and cons of each remedy. One of the main conclusions of our work is that the Civil Law and the Common Law jurisdictions are increasingly unifying the remedies used to fight abusive litigation. There is a common trend in investing the judge with more power in order to prevent and repress the abuse of process.

Another tendency detected worldwide is the growing importance of the role of attorneys where in some countries -mainly from the Common Law family- they are considered the responsible for the abuse of process committed by their clients.

We have also used the historic and exegetic methods in order to justify why the Spanish legislative does not allow the judges to strike out legal actions, *in limine litis*, on the grounds of its alleged improper purpose. If this is the case, the decision must be taken in the final judgment of the process, once the judge is fully aware of all the relevant particulars of the case. This conclusion is not only based upon a mere interpretation of the applicable legal rules; it is also rooted in structural reasons, because the nature of the Abuse of Rights departs from a legitimate exercise of a legal prerogative, that turns out to be unlawful given the specific context and circumstances.

The careful analysis of legal regulation of the abuse of process in each one of the areas of the law has produced some relevant insights too. On the one hand, not all types of procedures are abused with the same intensity, as is a pathology more usual in civil and criminal jurisdictions. On the other hand, there is a certain homogeneity in the means used by different procedural laws to prevent and suppress –as much as possible– this anomaly.

We conclude that the current regulation of the abuse of process in Spain is suitable. However, it could be improved by minor amendments of some Procedural Acts.

As far as the civil action claiming for damages caused by the abuse of process is concerned, we do believe that its correct formulation must take into account that the source of liability derives from the abuse of a right. Even though the Spanish case law is not particularly accurate at this regard, founding the obligation of paying damages to the injured party, alternately or jointly, in Section 7.2 of the Civil Code (banning of the Abuse of Rights) or in Section 1902 of the same Code (liability for wrongful acts), it's clearly most appropriate to decide this kind of cases relying on the first one.

It's important to stress that the section of the ruling passed in the first procedure related to the eventual imposition of legal costs to one of the parties who acted recklessly (stating or not the lack of "*iusta causa litigandi*") does not produce *res iudicata* in the second process; that is, in the subsequent lawsuit in which the damages provoked to the party affected by the previous frivolous or vexatious litigation are claimed by the injured party. In this second process, the judge is free to evaluate if the former claimant (or the defendant) acted without probable cause.

According with our functional understanding of the abuse of process, we believe that the malice in the aim of the vexatious litigant is not required for making him liable for the damages provoked by the malicious prosecution. It is enough, in order to assign that civil responsibility, the lack of reasonable cause; namely, if he relies upon facts which he has no reasonable cause to believe to be true, or if he seeks recovery upon a legal theory which is objectively untenable.

Finally, we maintain that in the subsequent appeals, the question about concurrence or not of probable and reasonable cause must be considered, basically, as a point of law.

INTRODUCCIÓN

La litigación abusiva no ha recibido hasta el momento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas la atención que se merece. A pesar de ser un fenómeno relativamente frecuente en la práctica forense¹, no hay en España ningún estudio sistemático sobre esta patología, y tampoco un análisis detallado de los remedios civiles al alcance del litigante perjudicado por dicha conducta procesal.

Interesa precisar que el presente trabajo no versa esencialmente sobre los daños indemnizables que el legislador ha previsto de forma específica en diversas normas procesales, desde la imposición de las costas, hasta el resarcimiento de los daños por determinadas actuaciones intra-procesales puntuales. Aquí se trata de la consideración del proceso, en sí mismo, en su integridad, como un acto susceptible de causar un daño que uno de los litigantes, al menos, en determinados supuestos excepcionales, no debe soportar. Unos daños que exceden del importe de las costas eventualmente impuestas a quien litiga de forma abusiva.

Las referencias legales antes aludidas sí nos ayudarán a comprender la necesidad de construir una teoría general de la figura de la litigación abusiva, así como a vislumbrar las razones que han impulsado al legislador, aunque sea de forma fragmentaria, a reconocer en determinados supuestos el carácter injusto del daño sufrido y la correlativa necesidad de que el perjudicado por una actuación procesal iniciada “sin justa causa” sea indemnizado más allá de las costas procesales.

Hasta el momento, tan sólo dos autores en nuestro país, y desde la perspectiva del Derecho Civil, se han esforzado por definir sus contornos e intentar sistematizar su casuística. Sin duda, el punto de partida ha de situarse en la

¹ Lo que no es extraño si se repara en que España “es uno de los países más litigiosos del mundo”, Juan S. MORA-SANGUINETTI y Nuno GAROUPA, “Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010”, *International Review of Law and Economics*, vol. 44, 2015, pp. 29-41. Vid., también Juan S. MORA-SANGUINETTI y Fernando GÓMEZ POMAR, “Males de la justicia: analizando los datos”, *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, 1/2014, p. 6. En la misma línea, Francisco GUTIÉRREZ LÓPEZ afirma que “en 2012 tanto la litigiosidad por habitante como por juez eran muy superiores a las medias europeas”, *Gasto público y funcionamiento de la Justicia en España entre 2004 y 2013*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, p. 350. Aunque manejando también datos de la Consejo de Europa (CEPEJ), Santos PASTOR PRIETO alcanzó una conclusión más matizada, *Análisis Económico de la Justicia y reforma judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 655.

conferencia pronunciada por el profesor DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN el 28 de mayo de 1974 en el Colegio Notarial de Barcelona bajo el título “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales²”. En este trabajo se deja constancia, hace ya más de 40 años, de la falta en el Derecho español de un estudio sistemático sobre los supuestos en los que un litigante que inicia un proceso de forma dolosa o negligente deba responder de los daños causados a la contraparte. El ensayo del profesor DÍEZ-PICAZO, a pesar de su brevedad, constituye una excelente introducción a este problema, y un elaborado intento de extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo –y del Derecho comparado– los principios dogmáticos que deben guiar una eventual reclamación de daños fundada en la litigación abusiva.

Pasadas cuatro décadas desde que la citada conferencia fue impartida, el vacío doctrinal justamente apreciado por el profesor DÍEZ-PICAZO sigue existiendo³. Tan solo otro destacado civilista, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, ha tratado específicamente, en dos concisos artículos monográficos, esta cuestión⁴. También sobre la base de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo –que se ha pronunciado sobre reclamaciones de este tipo en más ocasiones de las que pudiera parecer– el profesor DE ÁNGEL YAGÜEZ –desde una perspectiva

² Su texto fue publicado en el Tomo III de los *Ensayos Jurídicos* de Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Civitas, Madrid, 2011 (pp. 2810-2838).

³ Para ser más precisos, existen varios valiosos comentarios de jurisprudencia, escritos por civilistas hace ya algunos años, pero que se circunscriben al análisis de los daños provocados por una tipología muy concreta –y que presenta unas características muy particulares– de abuso del proceso civil: el ejercicio de la acción interdictal de obra nueva sin *iusta causa litigandi*. Cfr. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 57, 2001, pp. 595-606; Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “21 de marzo de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Daños causados con motivo de una actuación judicial. Suspensión de obra en el procedimiento de interdicto de obra nueva. Sentencia interdictal estimatoria y el efecto de cosa juzgada La conducta de los interdictantes. La antijuricidad de la acción interdictal”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 42, 1996, pp. 943-958; Jacinto GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 5, 1984, pp. 1509-1524; y Eva CANO VILÁ, “Sentencia de 29 de diciembre de 2004: Interdicto de obra nueva. Abuso del Derecho. Responsabilidad civil”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 57-70.

⁴ “Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles”, *Diario La Ley*, 1986, Tomo 1, pp. 1115-1526 y “Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 50, nº 2, 2002. También se pueden encontrar referencias de este mismo autor sobre esta materia –aunque más fugaces– en *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 264 y ss.; y en *Comentario del Código Civil*, VVAA (coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) Bosch, Barcelona, 2000, Tomo 8, pp. 368 y ss.

eminentemente sustantiva- ha examinado el concepto de daño injusto provocado por quien promueve un proceso judicial sin *iusta causa litigandi*⁵.

El propósito de nuestro trabajo es analizar de forma sistemática el concepto de litigación abusiva desde la óptica, fundamentalmente, del Derecho Procesal⁶. Pero como ya advirtiera DÍEZ-PICAZO en su obra pionera, nos encontramos ante una materia fronteriza, que abarca tanto el Derecho sustantivo como el adjetivo. Ello nos obligará, necesariamente, a no detenernos en exclusiva en los aspectos puramente procesales del problema, sino también a examinar la estructura y fundamento de la acción civil de resarcimiento de daños.

A mi juicio, el ejercicio de la indicada acción también debe ser analizado desde el prisma del Derecho Constitucional, en la medida en que pudiera entenderse que el mismo interfiere, de alguna manera, en el derecho a la tutela judicial efectiva de quien inició un proceso civil, aunque fuera de forma maliciosa o temeraria.

Será obligado igualmente el examen -aunque sea sucinto- de los remedios, distintos a los puramente indemnizatorios, que contempla nuestro ordenamiento jurídico para frenar este tipo de conductas. Podremos así comprobar en qué medida colisionan con el citado derecho fundamental y si tales instrumentos son suficientes para impedir la utilización del proceso civil de forma abusiva.

El análisis de las soluciones adoptadas en el Derecho comparado también nos servirá para afinar nuestras tesis y examinar las tendencias más recientes tanto en el Derecho continental como, muy especialmente, en el *Common Law*, donde el fenómeno de la litigación abusiva ha sido objeto de un análisis exhaustivo desde hace mucho. En este último caso, se constata una progresiva evolución expansiva en el seno del Derecho angloamericano, en el sentido de flexibilizar los requisitos para que el litigante perjudicado pueda, mediante la reclamación indemnizatoria correspondiente, verse resarcido de los daños provocados por el ejercicio malicioso o sin "causa probable" -por utilizar la expresión anglosajona- de acciones civiles en su contra.

⁵ Existen -hasta donde yo sé- dos artículos doctrinales más que se han referido a esta cuestión, si bien con menor profundidad que los trabajos de DÍEZ-PICAZO y DE ÁNGEL: "Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente", de Joaquim MARTÍ MARTÍ, publicado en la *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 35, 2010, pp. 39-50; y "Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales", del magistrado Mariano ESPINOSA DE RUEDA Y JOVER, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 19, 1995, pp. 111-187.

⁶ Quizá el intento más ambicioso de abordar de forma integral el uso espurio del proceso en la doctrina procesalista española sea la tesis doctoral dirigida por el profesor GUASP, *Teoría del fraude en el proceso civil*, de José LOIS ESTÉVEZ, Porto, Santiago de Compostela, 1948. Pero se aborda la cuestión desde la perspectiva exclusiva del fraude de Ley y no desde la del abuso del Derecho, por lo que ni su planteamiento, ni sus conclusiones, son coincidentes con la presente memoria de investigación.

Por razones obvias, la profundización en el concepto de litigación abusiva requerirá un examen previo de figuras clásicas del Derecho procesal civil como la temeridad y, señaladamente, la buena fe procesal, a fin de identificar los supuestos en los que el proceso se aparta de su función natural para convertirse en un ilegítimo acto dañoso, así como para deslindar conceptualmente el abuso del proceso de esas figuras afines.

Finalmente, se analizarán también los rasgos más destacados de la acción de reclamación de los daños provocados por la previa litigación abusiva, así como los problemas procesales específicos que, por su especial objeto, pueden plantearse. En concreto, no debe perderse de vista que en el seno del procedimiento subsiguiente de reclamación de los daños provocados por la litigación abusiva se procederá a practicar lo que en el *Common Law* se conoce tradicionalmente como el “juicio dentro del juicio” (*void dire*). Si bien esta fórmula se utiliza –también por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo– usualmente en relación a las reclamaciones de responsabilidad civil profesional contra abogados y procuradores –con el fin de calibrar la probabilidad de éxito de la acción judicial que el abogado o procurador negligente frustró–, en nuestro caso su utilización tendrá un enfoque diferente: enjuiciar en el proceso ulterior si la acción judicial previa carecía o no de *iusta causa litigandi*.

Dejó escrito Inmanuel KANT que, a veces, “cuando la teoría sirve de poco para la práctica, esto no se debe achacar a la teoría, sino precisamente al hecho de que no hay bastante teoría, de modo que el hombre hubiera debido aprender de la experiencia la teoría que le falta⁷”. Ese es, en definitiva, el ánimo que preside, modestamente, la presente memoria de investigación: ante la falta de estudios integrales sobre esta patología en el Derecho procesal español, pretendemos construir una teoría del abuso del proceso que sirva para responder satisfactoriamente a los numerosos interrogantes que su formulación, teórica y práctica, plantea, intentando además sacar provecho de los datos empíricos que se extraen de las numerosas resoluciones judiciales recaídas sobre esta materia.

⁷ “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis” (1793). “En torno al tópico ‘tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica’” (trad. M. Francisco Pérez López, Juan Miguel Palacios y Roberto Rodríguez Aramayo), *Teoría y Práctica*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, p. 4.

CAPÍTULO I: CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO: DOS PRECISIONES PRELIMINARES. 2. EL ABUSO DEL DERECHO. 2.1. Origen histórico. 2.2. La reforma del título preliminar del Código Civil. 3. EL ABUSO DEL PROCESO O DEL DERECHO A LITIGAR. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. La extralimitación del derecho a litigar. 3.3. Un intento de definición de la litigación abusiva. 4. LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS. 4.1. Un recorrido por la doctrina. 4.2. Un examen de la evolución de la jurisprudencia. 4.2.1. La doctrina jurisprudencial previa a la reforma del título preliminar del Código Civil. 4.2.2. La jurisprudencia posterior a la reforma del Código Civil. 4.2.3. El reconocimiento jurisprudencial del abuso del proceso como concepto jurídico autónomo. 4.2.4. Conclusiones. 5. FENOMENOLOGÍA DE LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA JURISPRUDENCIA. 5.1. Acciones de tutela sumaria ejecutadas de manera infundada para obtener la suspensión de una obra nueva (antiguo *interdicto de obra nueva*). 5.2. La acción judicial planteada a espaldas de demandado. El caso de la maquinación fraudulenta. 5.3. Oposición infundada a la demanda. 5.4. La interposición de demanda con el propósito de obtener la suspensión del proceso civil que va a iniciar –o ya ha iniciado– quien sí se encuentra asistido de justa causa para litigar. 5.5. Las denominadas demandas “torpedo”. 5.6. Reclamación de los daños y perjuicios provocados por la adopción de una medida cautelar en un proceso precedente. 5.7. Daños producidos por una solicitud infundada de quiebra. 5.8. Ejercicio de la acción ejecutiva de manera abusiva. 5.9. El abuso del proceso que se materializa a través del incumplimiento de un pacto procesal. 5.10. La interposición abusiva de recursos devolutivos. 5.11. La incoación de un proceso civil para burlar el instituto de la cosa juzgada material. 5.12. La concertación fraudulenta. 5.13. La litigación abusiva “colectiva”.

1. CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO: DOS PRECISIONES PRELIMINARES

La litigación abusiva presupone, etimológicamente, la existencia de un abuso⁸. Ese sustantivo evoca por sí solo un obrar contrario a la Justicia: abuso es, en efecto, “acción y efecto de abusar”; y abusar, en la primera y más general de sus acepciones según la Real Academia Española, significa “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o alguien”. Se trata, en nuestro caso, del abuso del proceso en sí mismo considerado por parte de un litigante, y no de simples actuaciones abusivas dentro de un proceso que, como tal, no se haya

⁸ En Roma, la expresión “abusus” (ab usus) denominaba el uso “radical, extremado y absorbente” de un derecho subjetivo (José Manuel MARTÍN BERNAL, *El abuso del Derecho*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 24). Pero, en su acepción jurídica más técnica, en el Derecho romano tenía una significación muy distinta a la actual: no quería decir “uso malo o condenable”, sino “uso intenso” (Cfr. Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 33, con cita a su vez de Giulio LEVI, *L’abuso del diritto*, Guilio, Milán, 1993).

iniciado sin *iusta causa litigandi* o *probable cause*⁹. Mientras que el primero concurre cuando se utiliza el proceso contra sus propios fines o para obtener fines ilegítimos, el abuso *dentro* del proceso implica una desnaturalización de las herramientas procesales¹⁰.

Hemos entendido más adecuado emplear la locución “litigación abusiva” en vez de, por ejemplo, “maliciosa”, pues la primera comprende, tanto los supuestos en los que el proceso civil es iniciado de forma dolosa con el ánimo de dañar a un tercero –sin la existencia de un fin legítimo–, como aquellos casos en los que el litigante ejercita una acción de forma objetivamente anormal, sin la concurrencia del elemento intencional característico de la primera tipología¹¹. Lo decisivo es que, en ambos casos, el proceso se aparta de su función natural. Ese apartamiento del fin institucional del proceso civil –poner fin a una contienda de Derecho Privado existente genuinamente– define, en negativo, a la litigación abusiva¹².

Como es fácil advertir, quien promueve un proceso está no sólo ejercitando una mera facultad que el ordenamiento jurídico otorga a toda persona capaz, sino haciendo uso de un derecho de rango constitucional: el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. De lo que se sigue que la litigación abusiva supone una modalidad muy específica dentro de la categoría jurídica general del abuso del Derecho –pues se usa ilegítimamente un derecho de rango supra-legal–, cuyos contornos y fundamentos habremos de examinar, aunque sea de forma sucinta, como paso previo a la caracterización concreta de su modalidad procesal.

La segunda precisión que debemos hacer se refiere al alcance del presente trabajo. Sin perjuicio de que muchas de sus conclusiones podrían ser aplicadas a otro tipo de jurisdicciones –con las debidas matizaciones–, nos centraremos,

⁹ Se entiende que existe “probable cause” cuando la acción ejercitada es, desde un punto de vista objetivo –a los ojos de un tercero imparcial–, jurídicamente defendible, esto es, cuando existe un mínimo fundamento serio –fáctico o jurídico– que respalda su ejercicio –con independencia de su éxito–. El Tribunal de Apelaciones de California ofrece la siguiente definición: “A litigant will lack probable cause for his action either if he relies upon facts which he has no reasonable cause to believe to be true, or if he seeks recovery upon a legal theory which is untenable under the facts known to him”. *Soukup v. Law Offices of Herbert Hafif* 39 C.4th 260 (2006).

¹⁰ Mario MASCIORA, *La conducta procesal de las partes*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

¹¹ Como luego veremos, aunque sea un supuesto menos frecuente, el abuso del proceso también puede ser cometido por el demandado.

¹² En cuanto a la denominación de la persona, física o jurídica, que abusa del proceso, hemos preferido otorgar prevalencia al término “abutente”. La respuesta dada por la *Real Academia Española* con fecha 23 de junio de 2015 a la consulta efectuada sobre este particular fue la siguiente: “Según hemos podido comprobar en los textos, no suele emplearse un nombre específico y se alude normalmente a quien hace uso abusivo de un derecho con una expresión pluriverbal. No obstante, se documentan ejemplos de (*sujeto*) *abusador*, *abusante* y *abutente* (recuperando la raíz latina)”.

fundamentalmente, en el abuso del proceso civil. Y ello porque, en primer lugar, el proceso civil no deja de ser el paradigma de los procedimientos de heterocomposición –de ahí que las normas de la LEC 1/2000 sean de aplicación supletoria al resto de leyes procesales de otras jurisdicciones (art. 4 LEC)- y el que ha dado lugar, históricamente, a una mayor cantidad de reclamaciones de daños con fundamento en un uso espurio previo del proceso. Además, el hecho de que, más que en ninguna otra jurisdicción, en la civil rija el principio dispositivo en toda su intensidad –lo que permite imputar objetivamente con mayor facilidad sus consecuencias al litigante responsable- y estén en juego intereses exclusivamente privados, hace que sea este proceso, en principio, el más susceptible de ser utilizado de forma ilegítima¹³.

Finalmente, la limitación del análisis del fenómeno de la litigación abusiva al campo del derecho procesal civil obedece también a razones metodológicas. Las especialidades de los procesos penales, contencioso-administrativos o laborales exigirían un desarrollo particularizado que nos apartaría en exceso del núcleo de nuestro trabajo. No obstante lo anterior, sí que haremos una referencia a la regulación del abuso del proceso en el resto de jurisdicciones, dado que ello nos permitiría obtener una visión de conjunto de esta patología procesal, y extraer algunas conclusiones que serán valiosas para el tema central de nuestra memoria de investigación.

Lo ya manifestado en relación al alcance del presente trabajo no debe llevar a pensar que sus conclusiones, debidamente moduladas, no sean aplicables al abuso del proceso contencioso-administrativo y social (y, en menor medida, al penal). El uso desviado del proceso no deja de tener una serie de rasgos distintivos comunes que trascienden de la fisonomía propia del proceso trazada en cada una de las leyes adjetivas –de las distintas jurisdicciones- que los regulan. Los remedios procesales serán, en buena medida, coincidentes, porque similares

¹³ Junto, quizá, con el proceso penal, que en España suele ser especialmente atractivo para el litigante abusivo por dos razones: primero, por el plus coactivo que supone para el querellado la existencia de una acción penal en su contra –con eventuales repercusiones que exceden del ámbito patrimonial-; y, en segundo lugar, por la poca frecuencia con que los órganos judiciales, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil, proceden a la imposición de las costas cuando se archiva un proceso penal iniciado de forma temeraria. Con arreglo al art. 240.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tan solo se condenará en costas al “querellante particular o actor civil [...] cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe”. Criterio de imposición de costas que difiere del principio de vencimiento objetivo que consagra el art. 394.1 LEC. Aun así, en la práctica es muy inusual que en la jurisdicción penal se aprecie la existencia de temeridad a efectos de imposición de las costas. Esta (muy) excepcional imposición de las costas procesales al querellante cuando se decreta el sobreseimiento de la causa también provoca que, a veces, por razones puramente estratégicas, se ejercite la acción penal –a sabiendas de su falta de fundamento- con el fin de recabar información o documentación en poder del futuro demandado, que no puede obtenerse a través de las diligencias preliminares. Esto es, en estos casos se abusa deliberadamente de la acción penal para “preparar” el proceso civil ulterior.

son los problemas que un uso abusivo del proceso plantea. De modo que las herramientas escogidas por el legislador en cada caso no dejan de tener un sustrato común y una finalidad muy próxima, lo que explica, como veremos, su relativa homogeneidad.

2. EL ABUSO DEL DERECHO

2.1 Origen histórico

La figura del abuso del Derecho surgió históricamente en el ámbito del Derecho como reacción al formalismo jurídico¹⁴. Tiene como antecedente los denominados “actos de emulación¹⁵”, que fueron objeto de un tratamiento disperso y desigual en el Derecho romano¹⁶ que, en palabras de L.A. WARAT, “no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad¹⁷”.

Es en el Medievo cuando empiezan a pergeñarse sus rudimentos dogmáticos, a la vista de que una concepción extrema del formalismo podía llevar al titular del derecho reconocido jurídicamente a un ejercicio contrario a las razones que

¹⁴ José Antonio PINTO FONTANILLO, “La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del Derecho”, en *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, AAVV, Dykinson, Madrid, 2005, p. 57. Para un examen de los rudimentos del abuso del proceso en el Derecho romano, cf. la tesis doctoral de Claudia SCARPANTONI, *L’abuso del processo: configurabilità e sanzioni*, Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma, 2015, pp. 40-46.

¹⁵ Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, “Comentario al art. 7 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 58. El recurso a los actos de emulación –aplicados sobre todo a derechos de vecindad– constituyó la vía de reprobación de los actos que, aun realizados en el ejercicio de un derecho, se llevaban a cabo sin provecho propio y con la sola intención de perjudicar a otro. Sobre el origen y evolución histórica de los actos de emulación, vid. Romy G. RUTHERFORD, “La *aemulatio* y el abuso del Derecho”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 35, 2013, pp. 635-651.

¹⁶ José Manuel MARTÍN BERNAL, ob. cit., p. 26. Para un examen del tratamiento de los actos de emulación en el Derecho romano, vid. Carlos CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 19-32.

¹⁷ Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 42.

justificaron su establecimiento,¹⁸ siendo el prusiano el primer ordenamiento jurídico moderno en acoger esta figura, a través del *Landrecht* de 1794.¹⁹

La configuración posterior de la doctrina del abuso del Derecho se debió en buena parte a los juristas y Tribunales franceses²⁰. LAURENT empleó el término *abus de droit* al preguntarse si se podía hablar, en puridad, de la existencia de un derecho subjetivo, cuando su ejercicio tenía como objeto dañar a otro²¹, y JOSSERAND desarrolló a principios del siglo XX esta noción en su influyente obra *De l'abus des droits*²². Nuestro Código Civil, en su redacción originaria deudora del *Code Civil* francés -cuerpo normativo inspirado, a su vez, por el espíritu individualista propio del Estado Liberal decimonónico-, no acertó a incluir entre sus disposiciones ninguna norma general que corrigiera las disfunciones

¹⁸ Para los detractores de esta figura, como PLANIOL, el abuso de derecho no era más que una logomaquia, "pues si hago uso de mi derecho, el acto es lícito; y cuando es ilícito es porque me he excedido de mi derecho". *Civil Law Teatrise*, n° 871, 1959. Esta postura, deudora de una lectura formalista del Derecho privado, encuentra sus raíces en el liberalismo individualista del siglo XIX. Fue otro autor francés, Louis JOSSERAND, quien refutó de manera más convincente la tesis de PLANIOL, sosteniendo que los derechos subjetivos deben ser interpretados de una manera *funcional*. Consecuentemente, el Estado debería sancionar un derecho solo en la medida en que su ejercicio sea conforme a su función institucional. Para un análisis detenido de esta discusión, *vid.* "Classical Social Theories and the Doctrine of 'Abuse of Right'", de Shael HERMAN, *Louisiana Law Review*, V. 37, 1977.

¹⁹ Juan Alberto RAMBALDO, "El abuso procesal" en *Abuso Procesal*, VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2001, p. 217.

²⁰ "El abuso del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", José María CASTÁN VÁZQUEZ, en "El abuso del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil", Vol. 1, *Academia Matrinense del Notariado*, p. 478. En 1855, la Corte de Colmar estableció que los derechos "deben tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo" y, en 1913, en el caso "*Clement-Bayar*", la Corte de Amiens declaró que el titular de un derecho no puede ejercitarlo "para un fin distinto a aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador". Este último caso se analiza en profundidad en el estudio "Classical Social Theories and the Doctrine of 'Abuse of Right'", pp. 751-759.

²¹ Francois LAURENT, *Principes de droit civil*, 3ª ed., Hachette Livre-Bnf, París/Bruselas, 1878.

²² Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1905. Como precisa José María GONZÁLEZ GARCÍA, en un breve pero excelente trabajo sobre el abuso del proceso, la introducción de esta figura responde a una inquietud sentida en Europa desde finales del siglo XIX, principalmente a través de las tesis de DOMAT sobre los límites del dominio, tal como ha señalado JOSSERAND, aunque su origen se remonta a siglos atrás. En efecto, "[e]n el Derecho Romano se establecían ya ciertos límites al ejercicio de los derechos subjetivos (p. ej., la prohibición de desviar el curso de las aguas de la propia finca: *vid.* Digesto 39, 3, 2, 9, regla recogida después en la Partida Tercera, Título XXXII, Ley 19: captar aguas del fundo vecino "maliciosamente por fazer mal a otro"), que difuminaban la percepción de los derechos subjetivos como potestades absolutas; algo que ocurriría también en la Edad Media con la prohibición de los llamados actos de emulación (consistentes en los actos realizados en ejercicio del propio derecho, pero sin provecho propio y en perjuicio de terceros), a partir de los trabajos de Cino de Pistoia y de Bártolo de Sasoferrato". "Abuso del proceso" en *Temas de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Invedepro, Caracas, 2004, pp. 378-379.

provocadas por el uso anormal de un derecho subjetivo²³. Lo que no es de extrañar, en la medida en que dos de los rasgos jurídico-culturales distintivos del Código napoleónico de 1804 eran su formalismo legal y una concepción absolutista de los derechos, en especial del de propiedad²⁴.

En los sistemas jurídicos de *Common Law*, la figura del abuso del Derecho nunca llegó a cristalizar como institución jurídica, lo que posiblemente se deba a la facultad del *distinguishing*, característica de los jueces angloamericanos²⁵. Esta prerrogativa permite al juez separarse del precedente aplicable *prima facie* al caso sometido a su consideración, si éste presenta alguna característica especial que aconseje apartarse de la regla fijada por aquél²⁶. Esta reinterpretación constante y progresiva de los precedentes a la luz de sus justificaciones permite flexibilizar las soluciones legales –en contraste con el Derecho codificado– y eludir así la prohibición del ejercicio anormal o abusivo de un derecho subjetivo²⁷. De otro lado, existe otro fenómeno que, menos conocido, también explica por qué la institución del abuso del Derecho no ha sido fecunda en el derecho angloamericano: la relativización de la *ratio decidendi* (“*holding*”) de los precedentes jurisprudenciales con el transcurso del tiempo. En efecto, no es infrecuente que, en vez de proceder a su derogación formal, los tribunales del *Common Law* transformen las genuinas “razones de decidir” de la jurisprudencia previa en afirmaciones *obiter dicta* –y al revés–, con el fin de aparentar que su decisión no supone un “*overruling*”, sino una re-interpretación del precedente a la luz de las circunstancias concretas del caso que juzgan.²⁸

Sabido es que, ante la ausencia de regulación normativa expresa, el abuso del Derecho en nuestro ordenamiento fue inicialmente una creación jurisprudencial

²³ Vid. el art. 540 del *Code* napoleónico, que consagra la propiedad como derecho absoluto, sin limitación alguna.

²⁴ Para un examen de los detalles históricos de la evolución del abuso del Derecho, *vid.* Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *El abuso del Derecho*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 2ª ed., 1971. También, Carlos CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 19-32.

²⁵ Aunque existen algunos precedentes históricos que, ante casos concretos, habían proclamado la antijuricidad del uso de facultades legales con el solo fin de dañar a otro. El caso más conocido, que data de principios del siglo XVIII, es *Keeble v. Hickeringill*, King’s Bench, 11 East 574 (1707). Sobre estos precedentes, *vid.* Michael TAGGART, *Private property and abuse of rights in Victorian England*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 145-155.

²⁶ Para un análisis detallado del concepto de “precedente” en el *Common Law*, *vid.* Terence INGMAN, *The English legal process*, 8ª ed., Blackstone Press Limited, Londres, 2000, pp. 296-340.

²⁷ Cfr. George PATON, *A text-book of Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 106.

²⁸ Cass R. SUNSTEIN, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 19-23. También, *vid.* Judith M. STINSON, “Why Dicta Becomes Holding and Why It Matters”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, 2010.

y doctrinal²⁹, pues no fue recogido en una norma jurídica con carácter general hasta 1974³⁰; año en el que se introduce en el art. 7.2 del Código Civil en los términos que luego se expondrán³¹.

La jurisprudencia se mostró inicialmente reacia a su reconocimiento, aplicando estrictamente el conocido apotegma romano que señala que “quien ejercita un derecho no hace daño a nadie³²” (SSTS de 4 de diciembre de 1903, 11 de julio de 1908 o 13 de mayo de 1911). De forma progresiva, el Tribunal Supremo fue matizando sus pronunciamientos (STSS 29 de marzo de 1910 y 5 de julio de 1922) en el sentido de relativizar la aplicación de la citada máxima, pero todavía sin una formulación técnica y precisa de la figura del abuso del Derecho³³. La aceptación progresiva del ejercicio abusivo de los derechos se basó por el Alto Tribunal, a falta de un soporte legal directo, en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC³⁴.

Si en la STS de 5 de junio de 1942 se constata ya un acentuado cambio de criterio del Alto Tribunal, es en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 cuando se otorga carta de naturaleza a esta figura en el Derecho patrio. En efecto, la construcción dogmática más refinada del abuso del Derecho, antes de su incorporación al título preliminar del Código Civil, suele atribuirse con justicia a esta Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 febrero de 1944³⁵. Bajo la ponencia de CASTÁN TOBEÑAS, en la misma se lee ya que

“[l]os derechos subjetivos, aparte de sus límites legales [...] tienen otros de carácter moral, teleológico y social y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, y se recogen los elementos o requisitos del abuso

²⁹ La obra doctrinal española más influyente de principios del siglo pasado fue la monografía de José CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del Derecho como limitación del derecho subjetivo*, Librería General de Victoriano-Sánchez, Madrid, 1917.

³⁰ Si bien preceptos aislados de nuestro ordenamiento en el siglo XX contenían referencias explícitas al abuso del Derecho, como el art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 de 13 de abril de 1956 y la posterior de 11 de julio de 1964 o el art. 5 de la Ley de 22 de julio de 1961, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer. No me parece casual que estas referencias puntuales aparecieran en normas con un especial carácter tuitivo. De forma implícita, en materia de propiedad horizontal, la Ley de 21 de julio de 1960 aludía varias veces a esta figura a lo largo de su articulado.

³¹ Aunque es cierto que ya en *Las Partidas* (Ley 13, Tit. 32, Partida 3ª) se contenía una prohibición de actos emulativos en materia de deslizamiento de aguas.

³² “*Qui iure suo utitur neminem laedit*”, Leyes 55 y 155, párrafo 1º del título XVII, Libro L del Digesto. Principio posteriormente reproducido en *Las Partidas* (regla 14, título XXXIV, de la Partida VII).

³³ Sentencias citadas por José Manuel MARTÍN BERNAL, ob. cit., p. 101.

³⁴ Cfr. Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, ob. cit., p. 379.

³⁵ RJ 1944\293; MP: José Castán Tobeñas.

que hoy continúan reiterándose en muchas decisiones: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisociabilidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio o legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)".

Interesa resaltar que en esta importante sentencia el Tribunal Supremo apuntaba ya hacia una cierta objetivación de la figura, al admitir que la constatación del abuso de derecho no exigía necesariamente el denominado *animus nocendi* en su ejercicio, siendo posible que esa "abusividad" derivara de su ejercicio objetivamente anormal o excesivo. No es un tema menor, pues la jurisprudencia posterior se ha mostrado ciertamente vacilante a este respecto, y no faltan pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo que exigen -indebidamente, a nuestro juicio- la concurrencia de ambos elementos (el objetivo y el subjetivo) de forma acumulativa, y no alternativa³⁶.

2.2. La reforma del título preliminar del Código Civil

El concepto de abuso del Derecho, como principio general, tuvo entrada en nuestro ordenamiento con ocasión de la reforma del título preliminar del Código Civil operada por la Ley de Bases de 17 marzo de 1973³⁷ y su texto articulado, aprobado por el Decreto de 31 de mayo de 1974³⁸. Así, el art. 7.2 del Código Civil -en una redacción que perdura hasta nuestros días- pasó a decir que

"[l]a ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo³⁹. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su

³⁶ Si bien esas referencias jurisprudenciales a la necesaria concurrencia del ánimo de dañar parecen fruto, más que de una decisión doctrinal meditada, de la inercia con respecto a lo ya dicho por el Tribunal Supremo en sentencias anteriores incluso a la reforma de 1974.

³⁷ La base 3.1ª decía: "Uno.-Al regular la eficacia general de las normas jurídicas se determinarán, con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, las consecuencias de la ignorancia de la Ley, del error de Derecho y de los actos contrarios a las normas imperativas. Con iguales criterios se configura la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y de la sanción de los ejecutados en fraude de ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del Derecho".

³⁸ El preámbulo del Decreto de 31/5/74 se refiere a la introducción, como novedades "de sumo interés y muy justificada necesidad", de la sanción del fraude de Ley y la del abuso del Derecho, añadiéndose que para obtener la descripción sintética de uno y otro "se han tenido especialmente en cuenta las enseñanzas de la doctrina y de la jurisprudencia, así como algún antecedente legislativo y de Derecho comparado".

³⁹ Se ha discutido doctrinalmente sobre la identificación o no de la noción del abuso del Derecho con la del ejercicio antisocial del mismo (*vid.* STS de 23 de mayo de 1984). Es cierto que son muchos los civilistas que, en el pasado, apuntaron diversas notas de diferenciación, pero también lo es que, como concluye Clara I. ASÚA GONZÁLEZ ("Comentario al art. 7 del Código Civil" en *Código Civil comentado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, versión digital, p. 6) esos criterios "amén de carecer de utilidad, adolecen de dudosa consistencia. De ahí que quepa afirmar la

objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, al referirse en 1974 al nuevo art. 7.2 CC, sostenía que “[l]a descripción del fenómeno parece seguir una línea intermedia ecléctica, que sale de una posición nítidamente subjetiva que se sitúa ante los puros actos de emulación (actos realizados con intención de dañar) o ante la falta de carácter serio y legítimo de la finalidad perseguida, para objetivar el supuesto a través de las características de la extralimitación o de traspaso manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho. El centro de gravedad de la norma se coloca así sobre la pura idea de la normalidad del ejercicio, considerándose como antisocial todo ejercicio anormal. Del criterio de la normalidad cabe decir solo que constituye un tipo abierto, que da lugar a un ejercicio que en buena medida tendrá que ser arbitrario y cuyo contenido sólo podrá ir llenando paulatinamente la jurisprudencia progresiva⁴⁰”.

Parece claro, a tenor de su dicción, que el legislador optó por conceptualizar normativamente el abuso de derecho de acuerdo con la construcción dogmática expuesta en la STS de 14 de febrero de 1944⁴¹. Puede afirmarse, en consecuencia, que no se requiere intención de perjudicar (en tal extremo insiste con especial claridad, por ejemplo, la STS 25 enero 2006⁴²); requisito, el del *animus nocendi*, que se corresponde con los clásicos actos de emulación y cuya exigencia resulta superada por la perspectiva del uso anormal del derecho⁴³. Como con acierto

identificación”. Para un examen de este debate, puede consultarse Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, “Comentario al artículo 7 del Código Civil”, ob. cit., p. 64.

⁴⁰ “El abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, *Revista de Documentación Jurídica* nº 4, 1974, p. 1332.

⁴¹ Para un análisis del origen y desarrollo de la reforma del Título Preliminar del Código Civil en relación al abuso del Derecho, cfr., José María CASTÁN VÁZQUEZ, “El abuso del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil”, *Academia Matritense del Notariado*, Vol. 1, Madrid pp. 473-531.

⁴² RJ 2006\612; MP: Antonio Salas Carceller: “Por ello ha de examinarse la actuación seguida por el banco ejecutante en ambos procesos a efectos de determinar si sobrepasó con ella los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para los ejecutados o si, por el contrario, se limitó a ejercitar su derecho con amparo en las acciones que la Ley le concedía; todo ello bajo el presupuesto, ya señalado, de *que no resulta imprescindible el elemento subjetivo -intención de dañar- para que un derecho pueda entenderse ejercido en forma abusiva*, pues basta para ello que las circunstancias en que se pretenda su realización resulten objetivamente injustificadas”. [Énfasis añadido]

⁴³ En esa misma línea se pronuncia Antonio MARTÍN VALVERDE, “El abuso del proceso en la jurisdicción social”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, VVAA, (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Cuadernos de Derecho judicial, GCPJ, Madrid, 2005, p. 177. Una versión ligeramente modificada de ese trabajo fue publicada en *El Tribunal Supremo, su doctrina*

señala MARTÍN VALVERDE, “el elemento subjetivo de la conciencia o intención de abusar puede concurrir en el abuso del proceso, pero, en la construcción que proponemos, no forma parte del mismo como requisito integrante⁴⁴”.

Adelantamos ya que asumimos esta caracterización del abuso del proceso, en el sentido de no ser imprescindible para su apreciación la concurrencia del elemento intencional⁴⁵ del litigante, por lo que afirmamos que es posible que ese abuso se cometa a título de negligencia. Cuando verdaderamente el TS se ha enfrentado a supuestos en los que se alegaba la existencia de abuso de derecho sin concurrir el elemento intencional –o “subjetivo”, como suele ser denominado–, no ha dudado en admitirlo de forma más o menos explícita.

PICÓ I JUNOY⁴⁶, sin perjuicio de constatar la existencia de pronunciamientos contradictorios, afirma que en la jurisprudencia más reciente del TS se aprecia una tendencia más favorable a la tesis subjetivista. Ahora bien, lo cierto es que siguen dictándose por el Alto Tribunal, indistintamente, sentencias en uno u otro sentido, pero más como *obiter dicta* que como *ratio decidendi*. Porque cuando esa cuestión es decisiva para resolver el pleito, el TS opta decididamente por excluir la necesidad de que concurra el ánimo de dañar. Es expresiva a este respecto la STS de 15 de abril de 2003⁴⁷, dictada precisamente ante un caso de litigación abusiva. Incluso, las sentencias más recientes que se decantan por exigir la concurrencia del elemento subjetivo o intencional, como la STS de 9 de enero de 2012⁴⁸, ya no lo identifican exclusivamente con el ánimo de dañar, sino también con la “ausencia de interés legítimo”, lo que reconduce la cuestión al terreno “objetivo”, pues que exista o no ese interés legítimo no dependerá de la intención del sujeto.

La relevancia de esta precisión para nuestro trabajo es ciertamente elevada. Reténgase que, a nuestro juicio, caerán en la órbita de la litigación abusiva no sólo las acciones civiles ejercitadas de forma abiertamente maliciosa, con deliberada

legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete, VVAA, Iustel, Madrid, 2007, pp. 1076-1084.

⁴⁴ Antonio MARTÍN VALVERDE, “El abuso del proceso en la jurisdicción social”, cit. p. 177.

⁴⁵ Cuando, en este contexto, hacemos referencia a la tesis “objetiva”, en contraposición con la “subjetiva” –siguiendo la denominación de la doctrina científica–, estamos en realidad refiriéndonos al *elemento intencional* de quien ejercita abusivamente su derecho. Dicho de otra forma, para la tesis “subjetiva” es preciso que concurra necesariamente, para que podamos hablar de abuso del Derecho, un ánimo doloso por parte del titular del mismo; mientras que para la corriente objetiva no es preciso en todo caso que concurra el dolo civil, bastando con que el titular haga uso de su derecho de forma objetivamente injustificada.

⁴⁶ *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003, p. 94.

⁴⁷ RJ 2003\3714; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁴⁸ RJ 2012\1775; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

intención de dañar ilegítimamente a un tercero, sino también aquellas manifiestamente infundadas, aunque esté ausente –o no quede probado– el *animus nocendi*⁴⁹. El énfasis se pone en la ausencia objetiva de *iusta causa litigandi*, que se manifestará en cualquiera de los dos casos anteriores: “la viabilidad de la petición del resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia” (STS de 15 de abril de 2003⁵⁰).

3. EL ABUSO DEL PROCESO O DEL DERECHO A LITIGAR

3.1. Consideraciones previas

Por lo que se refiere al abuso de derecho en el ámbito procesal, es preciso destacar que obtuvo un reconocimiento explícito en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, cuyo art. 11.2 señala⁵¹:

“Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal⁵²”.

⁴⁹ La imputación de la litigación abusiva al demandado también procederá en caso de incurrir éste, con su postura procesal, en culpa, sin que sea imprescindible la existencia del ánimo de dañar al actor. Conforme, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción”, cit., pp. 603-605. Abogando por la tesis subjetivista en relación a los daños ocasionados por el abuso del proceso, Jacinto GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, cit., pp. 1520-1524.

⁵⁰ RJ 2003\3714; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁵¹ Con anterioridad, con aplicación exclusiva al ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 establecía en su artículo 70.11 que “[c]uando se evidencie que cualquiera de ellos [de las partes o de los terceros actuantes en el proceso] procedió de mala fe, suscitando pretensiones temerarias o dolosas, o recursos notoriamente faltos de fundamento o con manifiesto propósito dilatorio, el Tribunal podrá, con independencia de la indemnización de perjuicios, si procediere, imponer además de las costas, una sanción de carácter pecuniario, acomodada a la importancia cuantitativa del pleito y a la gravedad del fraude”. El uso de esta facultad fue puramente anecdótico, hasta el punto de que no hay rastro alguno en los repertorios de jurisprudencia.

⁵² Con posterioridad, el art. 75.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral dispuso lo siguiente: “1. Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho”. Norma derogada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuyo art. 75.1 dispone, en términos similares, lo que sigue: “Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones”.

La posterior Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 también incluyó, en su art. 247.2, una previsión de parecido –aunque no idéntico- tenor:

“Los Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”.

No pretendemos ahora examinar las características –y consecuencias- de las actuaciones intra-procesales realizadas con abuso de derecho –a las que parecen dirigidas fundamentalmente tanto el art. 11.2 LOPJ, como el 247.2 LEC-, sino de definir la utilización del proceso civil –considerado en su globalidad- como instrumento apto para causar un daño ilegítimo a un tercero.

Normalmente, este comportamiento abusivo se manifestará mediante el ejercicio ante los Tribunales de una acción judicial que excederá de los límites naturales del derecho subjetivo ejercitado. Aunque es necesario subrayar, como ya se ha apuntado, que la litigación abusiva puede ser también atribuida al demandado, en el supuesto de que, por ejemplo, provocara un daño al actor al oponerse a su pretensión sin existir una verdadera *iusta causa litigandi* en su proceder.⁵³

De lo anteriormente expuesto se deduce que la proyección de la figura del abuso de derecho a nuestro campo de investigación presupone la actuación de un litigante que ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisdicción civil rebasando manifiestamente los límites normales de su ejercicio, provocando con su proceder un daño a otro que no tiene el deber jurídico de soportar. Interesa reiterar que, para que ese daño se repute ilegítimo y, consecuentemente, surja la obligación de indemnizar, no se precisa necesariamente la concurrencia del ánimo de dañar. Ese *animus nocendi*, de entenderse concurrente, servirá para acreditar con mayor rotundidad la subversión ilegítima de los límites normales del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, en último término, lo relevante será constatar –desde una perspectiva *objetiva*- el exceso o anormalidad de la

⁵³ Cfr. SSTS de 23 de octubre de 1984 [RJ 1984\4971; MP: Jaime De Castro García] o 1 de julio de 2013 [RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán]. Se trata de un supuesto mucho menos común en la práctica que el opuesto –y que ha merecido, en consonancia, una menor atención doctrinal y jurisprudencial-, que analizaremos más adelante. Baste por ahora señalar que lo problemático del reconocimiento de la acción de daños basado en la litigación abusiva del demandado ha sido destacado por los Tribunales del *Common Law*. Así, Lord Kerr, en la Sentencia del *Judicial Commiitee of the Privy Council* del caso “*Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*” [2013] UKPC 17, de 13 de junio de 2013, tras examinar el estado de la cuestión en la jurisprudencia norteamericana, concluye en los siguientes términos: “There is obvious logic in the suggestion that if a claim for malicious prosecution of civil proceedings is to be available, so must a claim for malicious defence of such proceedings”. La posterior Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 20 de julio de 2016, *Willers v Joyce & Another*, matizó –como veremos en su momento- esta apreciación.

acción ejercitada⁵⁴. De esa manera, aquellas demandas judiciales interpuestas sin el más mínimo fundamento, de manera negligente, constituirán también una expresión paradigmática de la litigación abusiva surgiendo, correlativamente, el derecho del tercero perjudicado a ser indemnizado.

Siguiendo la definición de DE LA OLIVA SANTOS, “el proceso es una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos (del órgano jurisdiccional, de sujetos jurídicos particulares o de otros órganos del Estado, que no sean jurisdiccionales) *tendientes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto*⁵⁵”. Como indica este autor, es preciso distinguir el concepto de proceso de otros términos que, a pesar de su diferente carga semántica, a veces se utilizan –de forma incorrecta– indistintamente. Así, *juicio*, aunque a veces se utilice en el sentido de *proceso* (por ejemplo, en la LEC: “juicio verbal”, art. 437 y ss. LEC) o incluso de vista (el

⁵⁴ Entiendo que la existencia o no de ese ánimo de dañar es, por lo demás, un hecho psicológico, es decir, una cuestión fáctica. Marina GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos en el Derecho*, 3ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 71) lo ha expuesto inmejorablemente: “Que los hechos psicológicos sean internos u observables, no significa que no sean auténticos hechos...significa tan solo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos [...] el conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos. Pero [...] también la mayor parte de los enunciados sobre hechos externos son el fruto de un conocimiento indirecto. La única diferencia entre ambos tipos de conocimiento de hechos reside en el grado de dificultad, pues, en principio, son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos”. La más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del TS se pronuncia ya en idéntico sentido –superando pronunciamientos pasados que señalaban que la apreciación de la concurrencia del elemento subjetivo era un “juicio de valor”–, y así la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 (RJ 2008\1079; MP: Luciano Varela Castro) señala que “el Tribunal Constitucional en su Sentencia 340/2006 de 11 de diciembre recuerda que el contenido de la garantía significa que: “...ha de quedar asimismo suficientemente probado el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le imputa, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo”. En la jurisdicción civil y en relación, por ejemplo, al concepto de buena fe, la postura del Tribunal Supremo queda resumida en la STS nº 1074/2007 (RJ 2007\6812; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) de 10 octubre: “Ello, en el sentido de que la buena fe es un concepto jurídico que es valorable y revisable en casación, pero no los hechos que conducen a su apreciación y estos hechos son los que pertenecen al Tribunal de instancia, no revisables en casación. Así, en el presente caso, no consta el conocimiento ni la posibilidad de conocimiento por parte de la acreedora hipotecaria, y la larga exposición del motivo es de un orden fáctico que no cabe en casación, en que no se ha planteado la posible infracción de normativa sobre apreciación legal de la prueba”.

⁵⁵ Cursiva del original. *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Tomo I, Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 95. Otra definición clásica es la de Piero CALAMANDREI, para quien el proceso es “una serie de actos coordinados y regulados por el Derecho Procesal, a través de los cuáles se verifica el ejercicio de la jurisdicción”. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, (trad. Sentis Melendo), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 156.

“juicio” al que se refieren los arts. 431 y ss. LEC) “es una operación *sustancial* de la Jurisdicción”, guardando un parentesco etimológico evidente con ésta: *ius dicere, iudicium, iurisdictio*⁵⁶.

Proceso y *procedimiento* son términos que también se utilizan a veces como sinónimos, cuando se trata de conceptos distintos con arreglo a la dogmática procesal más sofisticada⁵⁷. Como señala DE LA OLIVA SANTOS, *procedimiento* designa la actuación de proceder, de seguir unos actos a otros, con independencia de la naturaleza que se pueda atribuir a tal actuación o a tales actos, de lo que se sigue que este término “puede utilizarse para cualquier serie o sucesión de actos jurídicos, mientras que la voz *proceso* se reserva para el procedimiento jurisdiccional propiamente dicho (no, por tanto, para las actuaciones administrativas, aunque sean llevadas a cabo por jueces⁵⁸)”.

En atención a lo expuesto, cuando nos refiramos a la litigación abusiva debe entenderse que aludimos al ejercicio ilegítimo del derecho a la tutela judicial efectiva a través del *proceso civil*. Aclarado ya que el presente trabajo se ocupará fundamentalmente de la expresión de este fenómeno en la jurisdicción civil, entenderemos comprendidos en el concepto de “litigación⁵⁹” todos los procesos contemplados en la LEC (tanto los declarativos ordinarios, como los denominados especiales, así como el proceso de ejecución y el cautelar).

A través de esos procesos se pretende obtener, en principio, una tutela jurisdiccional concreta, ya que se afirma que se tiene una determinada acción, es decir, un derecho a esa concreta tutela jurisdiccional, de forma que se puede afirmar, consecuentemente, que el objeto del proceso civil está constituido por la acción o acciones afirmadas al formular la pretensión, cuyo vehículo formal es la demanda⁶⁰. Pero junto a la pretensión como acto de contenido concreto la acción

⁵⁶ Ob. cit., p. 97.

⁵⁷ PRIETO-CASTRO señaló que la palabra *procedimiento* hace referencia a la perspectiva externa de la actividad procesal, que suele ser el significado usual, y con frecuencia implícito, de dicho término. *Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 1973, Vol. I, pp. 117 y ss.

⁵⁸ Ob. cit., p. 97.

⁵⁹ Según la Real Academia Española, por *litigar* (procedente del latín, *litigāre*) debemos entender “pleitear, disputar en juicio sobre algo”. Aun cuando en dicho término puede entenderse comprendido el ejercicio de acciones en otras jurisdicciones, su manifestación más característica consiste en el ejercicio de acciones civiles (o, desde la perspectiva del demandado, en su oposición a ellas).

⁶⁰ La determinación del objeto del proceso civil no es cuestión pacífica en la doctrina, pero no traeremos a colación esa polémica por exceder de los márgenes de este estudio. Muy resumidamente, puede señalarse que las teorías más conocidas al respecto son las siguientes: que el proceso es un contrato o cuasi-contrato (el de *litiscontestatio*); una relación jurídica; una situación jurídica; y una institución jurídica (Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 44-54).

es, como precisa DE LA OLIVA SANTOS, un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional determinada⁶¹. Esa tutela habrá de encuadrarse, necesariamente, dentro de las clases expresamente previstas en el art. 5.1 LEC:

“Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”.

Por ello, como luego veremos, la litigación abusiva se caracterizará por la solicitud formal –objetivamente injustificada– de alguna de las clases de tutela jurisdiccional mencionadas, o por la oposición –igualmente injustificada– a la misma.

3.2. La extralimitación del derecho a litigar.

La clave para saber cuándo nos encontramos ante una acción judicial abusiva estará en determinar qué debe entenderse por “extralimitación”. Como señalan ATIENZA y RUIZ MANERO⁶², la referencia legal –y jurisprudencial– al exceso de los límites ordinarios del derecho subjetivo incoado como sustento de la acción “nos resulta bastante inútil, sencillamente porque, al indicarnos que atendamos a la propiedad de sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, deja el problema más o menos como estaba antes de formularlo”. Lo relevante, señalan los autores citados, no es el “significado del abuso”, sino sus criterios de aplicación. En ese sentido, hay que tener presente que la delimitación conceptual del abuso del proceso como fuente de resarcimiento choca con el obstáculo de que nos encontramos ante una forma de regular conductas a partir de principios (conceptos jurídicos indeterminados o “tipos abiertos”, por utilizar la expresión del profesor Díez-Picazo y Ponce de León), que se aparta sustancialmente de la regulación a través de reglas con condiciones de aplicación cerradas⁶³. En el art. 7.2 del Código Civil, el legislador se limita a prohibir ciertas

⁶¹ Dado que no resulta de especial utilidad para nuestro trabajo, también hemos obviado la extensa discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica del proceso civil. Para un examen de la misma, DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, cit. pp. 277-296.

⁶² *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 39.

⁶³ La STS nº 63/1999, de 6 de febrero (RJ 1999\642; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) lo expresa con claridad: “La doctrina del abuso del Derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado o concepto «válvula», que, por ello, no puede ser conceptualizado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiere planteado tal cuestión. Sin embargo, no se puede olvidar y, ni mucho menos, desechar los parámetros legales, jurisprudenciales y doctrinales, que aunque sea de una manera muy general, deben regir la regulación y aplicación del abuso de derecho”. Sobre la diferencia conceptual, en el terreno de la argumentación jurídica, entre “reglas” y “principios”, véase Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, (trad. Marta Guastavino), Editorial Ariel, Barcelona, 2012, pp. 72-83.

acciones abusivas y señalar su aptitud para provocar daños resarcibles a terceros, pero sin especificar, en términos de propiedad descriptiva, en qué condiciones una acción merece tal calificación valorativa. Determinar dichas condiciones de aplicación es, así, un asunto que el legislador encomienda al aplicador del Derecho⁶⁴. Por ello, el estudio de la fenomenología de los supuestos de litigación abusiva a la luz de la jurisprudencia recaída durante más de un siglo en esta materia será especialmente ilustrativo.

3.3. Un intento de definición de la litigación abusiva

No obstante lo anterior, creemos que puede definirse conceptualmente la litigación abusiva como un uso injustificado –ya sea por el actor o por el demandado- del derecho a la tutela judicial efectiva, materializado en el ejercicio de acciones (u oposición a las mismas) sin “causa razonable” (*reasonable cause*); esto es, indefendibles desde un punto de vista fáctico o jurídico por carecer de un fundamento mínimamente sólido⁶⁵. Y ello con independencia de la concurrencia o acreditación del elemento intencional, pues lo relevante es que se propicie –o mantenga- un pleito sin *iusta causa litigandi*.⁶⁶ Por ausencia de *iusta causa litigandi*

⁶⁴ Esta remisión a criterios que exceden de las reglas puede ser de dos tipos: remisión a las valoraciones sociales vigentes o remisión a principios. En el primer caso, nos encontraríamos con una posición similar al “convencionalismo”, en la que el juez se limita a constatar cuáles son los criterios o valoraciones sociales estables y dominantes en el contexto concreto y actúa en consecuencia. En el segundo, nos encontraríamos ante un correlato del denominado “interpretativismo” y, por lo tanto, el juez indefectiblemente tendría que realizar por sí mismo una valoración más allá de las reglas escritas. Para un análisis detenido de esta cuestión, *vid. Ilícitos atípicos*, de Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO. Sobre el convencionalismo jurídico, cfr. “Una defensa del convencionalismo jurídico”, de Josep Maria VILAJOSANA RUBIO, *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 33, 2010, pp. 471-501. En relación al interpretativismo – que a su vez es una corriente doctrinal con muchas variantes-, suele asociarse con el pensamiento de Ronald DWORKIN (cfr. Manuel J. RODRÍGUEZ PUERTO “Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 16, 1999, pp. 121-142). Para una primera aproximación a la obra de DWORKIN, *vid. Los derechos en serio*, cit.

⁶⁵ A nuestro juicio, de lo que se abusa es del derecho a la tutela judicial, más que del proceso en sí mismo considerado. Para darnos cuenta de lo anterior, nótese que esta conducta desviada también puede ser atribuida al demandado (que no es quien “activa” el proceso), pero que sí goza igualmente de ese derecho (y puede, consecuentemente, abusar de él). Pero también debe subrayarse que el derecho a la tutela judicial efectiva está conformado por varias facetas o vertientes diferenciadas, y las que son susceptibles de ser utilizadas de forma desviada, en el contexto de la litigación abusiva, son las de acceso a la jurisdicción y el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

⁶⁶ Cabría también hablar de litigación abusiva en aquellos casos -que podríamos denominar como “prosecución temeraria” o “maliciosa”-, en los que, por cualquier causa, después de interpuesta la demanda o contestada la misma, desaparecieran todos los indicios objetivos de sostenibilidad de la pretensión que inicialmente concurrían, y a pesar de ello el justiciable persistiera en su postura procesal. Lo mismo cabría decir en aquellos casos en los que la tramitación del pleito en la primera instancia hiciera desaparecer las razonables dudas fácticas que pudieran existir antes de incoarse el procedimiento, de forma que la interposición de los sucesivos recursos devolutivos fuera abusiva.

o razón derecha para litigar debemos entender el ejercicio jurisdiccional de una acción –o la oposición a la misma- sin una base, jurídica y/o fáctica, mínimamente razonable⁶⁷.

La falta de razonabilidad debe evaluarse desde un punto de vista objetivo -no con arreglo a la creencia subjetiva del litigante-, tal y como lo haría "una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias del asunto"⁶⁸.

Cabe concluir que el ordenamiento contempla el proceso civil como un medio para obtener la declaración y/o el cumplimiento forzoso de derechos (art. 5 LEC), pero no para su mera instrumentalización; el proceso no puede ser utilizado por los litigantes como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para la tutela de sus derechos⁶⁹.

El concepto de abuso del proceso, tal y como lo formulamos, concierne exclusivamente a las partes litigantes, con exclusión del órgano judicial. Ello no significa, como es evidente, que el juez no pueda hacer un uso anómalo de su

⁶⁷ A mi modo de ver, en nada empuja a lo anterior que se trate del abuso de un derecho fundamental. Ratifica implícitamente nuestra tesis la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 abril 2016 (JUR 2016\86632; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), que entiende que no conculca el derecho fundamental a la huelga (art. 28 CE) la condena a un huelguista –integrante de un “piquete informativo”- a responder civilmente de los daños causados por haber obligado a un comerciante a cerrar al público su establecimiento. Si bien su *ratio decidendi* es confusa –en la medida en que parece sostener que un acto dañoso no puede entenderse jamás comprendido dentro del ejercicio de un derecho-, la solución que adopta es aprovechable para nuestro análisis: el ejercicio de un derecho fundamental puede provocar daños a terceros que, bajo determinados parámetros, deberán ser resarcidos por su titular. En palabras del voto parcialmente disidente de la magistrada Roca Trías –más afinado en el manejo de los conceptos que la ponencia de la mayoría-, “[n]o se puede sostener que el deber de reparar los daños causados sea un límite al ejercicio del derecho de huelga. La proposición es la contraria: precisamente al ejercer el derecho de huelga se han causado daños y la ponderación debe hacerse en el conflicto que se suscita con otros derechos también reconocidos en la CE cuyo titular es la víctima del daño”. Que del ejercicio de los derechos subjetivos pueden derivarse daños a terceros es algo que se infiere también del art. 20. 7º del Código Penal, que dispone que está exento de responsabilidad criminal “[e]l que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

⁶⁸ Por usar la locución, especialmente afortunada, de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014.

⁶⁹ Por lo expuesto, nos parece más acertado concluir que el litigante abusivo, más que hacer un uso excesivo o anormal del proceso, lo que hace es ejercitar de forma ilegítima su “derecho a litigar” (*rectius*: su derecho a la tutela judicial efectiva), pues el proceso –como institución- no es en estos casos más que un *medio* indebidamente utilizado para obtener un acto ilícito dañoso en perjuicio de tercero. Lo *sustantivo* –creo- es el uso ilegítimo del derecho a litigar.

potestad jurisdiccional⁷⁰, sino que tal abuso tiene en nuestro ordenamiento un tratamiento preventivo y represivo distinto⁷¹.

Interesa en este punto hacer constar que, a nuestro modo de ver, la interdicción del abuso del Derecho, como principio jurídico⁷², no puede fundamentarse en la conciencia social –o, dicho con mayor precisión, moral– de la comunidad. El fundamento ético de la figura ha sido afirmado de forma reiterada⁷³ y, siguiendo esa línea de razonamiento, constituiría un abuso del Derecho el ejercicio de un

⁷⁰ Otro tanto cabe decir de los árbitros o, incluso de los casos en los que exista un concierto fraudulento entre un árbitro y la parte que lo designó para sabotear el propio proceso arbitral. Es el caso de los denominados “tribunales truncados” (*truncated arbitral tribunal*). Cfr. Munir MANIRUZZMAN, “The Authority of a Truncated Arbitral Tribunal –Straight Path of Puzzle”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de Julio de 2012. Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=2107678>. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 102/2017, de 15 de febrero (RJ 2017\400; MP: José Antonio Seijas Quintana) alude a este tipo de actuación fraudulenta arbitral: “No estamos en lo que la doctrina conoce como tribunales truncados. La doctrina de los tribunales truncados, dice la sentencia recurrida, «tiene como finalidad esencial combatir los conciertos intencionados entre un árbitro y la parte que lo nombró, conciertos que se traducen en la necesidad de reintegrar el tribunal arbitral mediante la designación de un nuevo árbitro, lo que conlleva una objetiva dilación y, en su caso, la necesidad de volver a practicar las actuaciones ante el nuevo tribunal reconstituido, por razón de la dimisión o renuncia estratégica de aquel árbitro de parte». «En consecuencia, se viene considerando que dicha renuncia del árbitro de parte, concertada ordinariamente, dentro de una ilegítima estrategia procesal, "trunca" el tribunal arbitral existente, obligando a su reconstitución o reintegración con los perjuicios económicos propios del nuevo desembolso que es preciso realizar, y la objetiva demora en la tramitación, lo que supone una sobrecarga de la controversia y litigio pendiente. De ahí que la invocada doctrina de los tribunales truncados venga a combatir esas actuaciones maliciosas concertadas entre la parte y el árbitro por ella designado, sin que sea admisible la renuncia o dimisión del árbitro no justificada, sujeta por tanto al acuerdo de las partes, a lo establecido en el reglamento de arbitraje que hayan convenido y, en su defecto, a la regla general, pues el árbitro está obligado a llevar a término su encargo y no puede renunciarlo sino por justa causa» “

⁷¹ Una regulación que, como apunta MARTÍN VALDERDE, ob. cit. p. 175, es más severa que las normas dedicadas a las partes que abusan de sus derechos o facultades procesales. Sobre el abuso procesal atribuible al órgano judicial, *vid.*, Francesco CARRETTA MUÑOZ, “La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, 2012, pp. 325-341.

⁷² Tomaremos como marco conceptual, a los efectos de explicar el fundamento teórico del abuso del Derecho, la distinción entre principios y reglas que, siguiendo la estela de DWORKIN, ha efectuado Robert ALEXI: “[e]l punto decisivo de la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas o fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados [...] En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que se ordena, ni más, ni menos”. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, nº 5, 1988, p. 143-144.

⁷³ MARTÍN BERNAL, ob. cit. p. 143.

derecho subjetivo que mereciera tal calificación moral por la conciencia social existente en ese momento⁷⁴.

La objeción fundamental a este entendimiento es que, como señalan ATIENZA y RUIZ MANERO, el arraigo en la conciencia social no parece ser condición ni necesaria ni suficiente para que una pauta más o menos general se convierta en principio jurídico, y buena prueba de ello es que un principio -por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva- proclamado en una fuente (como la Constitución Española de 1978), no pierde su validez como tal por las variaciones que al respecto pudiera haber en la denominada "conciencia social".

Tales principios siguen existiendo en el Derecho español con independencia del arraigo y actitudes contrarias que llegaran eventualmente a existir en la sociedad española. Por decirlo con las palabras de los autores citados, "un principio formulado en una fuente no pierde su validez como principio jurídico por las variaciones que al respecto pudiera haber en la conciencia social⁷⁵". No, al menos, en tanto en cuanto esas fuentes no sean modificadas por el procedimiento legalmente previsto.

Prescindiendo de la conciencia ético-social como elemento delimitador de las conductas constitutivas del abuso del Derecho, es preciso buscar su anclaje en otro ámbito⁷⁶. Tomando como referencia el abuso del proceso, las acciones judiciales abusivas consisten en el ejercicio por su titular de facultades que el derecho a litigar le concede; son, por ello, acciones *prima facie* permitidas, pero que resultan, *consideradas todas las circunstancias*, finalmente ilícitas.

Estas razones que, tomadas todas ellas en consideración, pueden llevar a calificar como abusivo el ejercicio de una determinada acción judicial -o su oposición a la misma- son, por así decirlo, *razones de principio*. A la hora de calificar una pretensión como abusiva deben ser ponderadas todas las razones (principios configuradores) que justifican la concesión a toda persona del derecho a la tutela

⁷⁴ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 1, Civitas, Madrid, 1994, pp. 144-145. Posición que, con arreglo a lo ya dicho, puede situarse dentro de la corriente "convencionalista", por oposición a la "interpretativista". En esa línea cabe enmarcar también a Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *El abuso del Derecho*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 2ª ed., 1971.

⁷⁵ Ob. cit., pp. 46-47. Por poner un ejemplo extremo, que una mayoría social fuera, en un determinado momento, partidaria de no aplicar el principio de igualdad constitucionalmente consagrado (art. 14 CE) a una minoría étnica determinada, no privaría de valor jurídico a tal principio.

⁷⁶ Como es fácil de advertir, desechamos la posición "convencionalista" antes enunciada, para optar por una solución, en cierto modo, "interpretativista". Esta toma de postura no supone conceder al juez una libertad absoluta para determinar las conductas constitutivas del abuso del Derecho, sino precisamente fijar los principios jurídicos -que dimanen del propio ordenamiento- como guía para valorar, en cada caso, si existe o no una extralimitación en el uso del derecho.

judicial efectiva que el ordenamiento estima valioso proteger. La autonomía personal en el ejercicio de un derecho subjetivo no tiene un alcance omnicompreensivo, sino que, como apuntan ATIENZA y RUIZ MANERO, está sujeta a dos tipos de límites. Lo que está dentro de ese contorno trazado es lo que el ordenamiento jurídico estima digno de ser protegido. De ahí resulta que quedan fuera del indicado alcance –y, por tanto, de su correlativa protección- tanto las acciones judiciales orientadas a dañar los intereses de otros –no las que simplemente, persiguiendo los propios intereses, los dañan-, como aquellas otras en las que, aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a estos sujetos o a la colectividad aparece como excesivo o anormal⁷⁷.

*La figura del abuso del Derecho resulta, desde esta perspectiva, un mecanismo de autocorrección del Derecho*⁷⁸: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario el titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada –por contradictoria- a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas. Por decirlo con otras palabras: no tendría sentido que el ordenamiento protegiera una manifestación específica del derecho a litigar, cuando el ejercicio concreto de esa facultad tiene como finalidad contravenir la función institucional de todo proceso. *El abuso del Derecho consiste en la inadecuación de una conducta no con una regla o mandato específico, sino con algún principio del sistema o del ordenamiento jurídico que sirve de sustento, precisamente, a esa regla*⁷⁹.

En ese sentido, parece claro que los recelos que la figura del abuso del Derecho ha suscitado tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia –tanto españolas, como extranjeras- se explican, en buena medida, por el riesgo que se advierte de que esa figura, si se entiende como una situación de simple desajuste ante la normatividad jurídica y una (supuesta) concepción moral colectiva, permita al juez soslayar la aplicación de la primera invocando la segunda,

⁷⁷ Estos ejercicios desviados de un derecho dan lugar, respectivamente, a las manifestaciones tradicionalmente denominadas como “subjetivas” y “objetivas” del abuso del Derecho.

⁷⁸ ATIENZA y RUIZ MANERO, ob. cit., p. 59. Este epígrafe sigue, en lo esencial, lo argumentado por estos dos autores sobre la relación entre principios y moralidad. Para una crítica de su postura, cfr. Paolo COMANDUCCI, “El abuso del Derecho y la interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, nº 21, Bogotá, 2011. Sobre esta cuestión, *vid.* también, Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL, *Entre el Derecho y la Moral*, Distribuciones Fontamara, Méjico, 2000.

⁷⁹ Cfr., en la misma línea, Guillermo PEYRANO, “Abuso de derechos procesales”, en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 174. Para este autor, “la antijuricidad de acto abusivo no finca en la contradicción del mismo con la norma autorizante del derecho (puesto que el acto debe ser realizado conforme a aquélla), sino que obedece a la violación del principio general (se encuentre o no normativizado), que exige que el ejercicio de los derechos se ajuste a determinados “algoritmos”, de modo tal que no contradiga o violente los límites reconocidos de tolerancia en dicho ejercicio”.

abriéndose la puerta así a un subjetivismo ético difícilmente controlable desde un punto de vista racional. Dicho de otra forma, a nuestro juicio, en el abuso del Derecho no se pondría de manifiesto una divergencia entre la normatividad jurídica y una convicción moral colectiva –si es que tal abstracción existe en realidad y puede ser identificada-, sino la existencia de una colisión entre ciertas reglas jurídicas –válidas en abstracto- y las exigencias de los principios relevantes del ordenamiento jurídico –normalmente, de rango constitucional- que sirven de sustento a las mismas.

Si aplicamos la anterior conceptualización al abuso del proceso se advertirá fácilmente que no se defiende que sea considerado un hecho ilícito dañoso el ejercicio de acciones judiciales cuando, en la percepción del órgano judicial, se contravienen ciertos principios morales colectivos, si es que en verdad existen y pueden ser reconocidos como tales.⁸⁰ Esta concepción del abuso del proceso tiene la ventaja, además, de permitir la calificación del ejercicio de determinada pretensión como abusiva, sin necesidad de acudir a razonamientos meta-jurídicos, como serían los principios éticos de la comunidad.

Desde nuestro punto de vista, lo que realmente caracteriza al ejercicio abusivo de acciones judiciales es que el uso de esa potestad, consideradas todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, colisiona con los principios que sustentan el reconocimiento, en este caso, de rango constitucional, del derecho a la tutela judicial, lo que se manifiesta cuando se utiliza el proceso con la intención de perjudicar a un tercero o sin un fin legítimo. Una regla –el derecho a ejercitar acciones judiciales cuando su titular lo entiende conveniente- que se presenta como inicialmente válida, se torna inválida en la práctica al colisionar con un principio configurador del ordenamiento (la finalidad del proceso civil como medio de resolución de genuinas controversias de derecho privado y de tutela del ordenamiento civil⁸¹).

⁸⁰ En la doctrina procesalista española, CACHÓN CADENAS ha advertido agudamente de los problemas que se derivan de la remisión a los imperativos éticos sociales para la fijación de criterios jurídicos. “La buena fe en el proceso civil”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, VVAA, Madrid, 2005, p. 222.

⁸¹ No se me escapa que esta definición de abuso del proceso contiene determinadas descripciones “valorativas”, lo que ha sido denunciado con acierto por Ángel CARRASCO PERERA como una rémora de las tradicionales definiciones jurisprudenciales y doctrinales del abuso del Derecho. Cfr. *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, Aranzadi Cizur Menor, 2016. Ahora bien, creo que, de alguna manera, la característica específica del derecho a litigar –su instrumentalidad- permite eludir, al menos parcialmente, la circularidad de la presente conceptualización del abuso del proceso. No pretendemos aquí sentar una conclusión válida para todas las manifestaciones de la patología regulada en el art. 7.2 CC.

Esta caracterización del abuso del proceso parece haber sido tomada en consideración por el legislador en la redacción del art. 75.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando dispone que “[l]os órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Asimismo, *corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones*” [Énfasis añadido]. Nótese que no se trata aquí de regular la figura del fraude de Ley, sino de prevenir los supuestos en los que, a pesar de no existir una norma en el ordenamiento que se intente eludir bajo la argucia de apelar a la norma de cobertura, el ejercicio de un derecho procesal colisione con principios configuradores del ordenamiento adjetivo.

En otras palabras, existirá abuso del proceso “cuando tiene lugar una distorsión en el empleo del instrumento procesal que se destina a la obtención de fines distintos de los que le son propios⁸²”. Y frente a la réplica de que a veces no será fácil establecer la finalidad propia del proceso, cabe responder que ello no difiere de lo que sucede cada vez que se trata de determinar la función de una institución jurídica cualquiera. En línea con lo que aquí defendemos puede enmarcarse el Auto nº 45/2010, de 5 de mayo⁸³, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, que ofrece la siguiente definición de abuso del proceso:

“No es preciso, y por eso la Ley de Enjuiciamiento Civil guarda silencio al respecto, construir un específico concepto de buena fe y de sus antitéticos, de modo que hay que estar a los conceptos generales, con la necesaria adaptación a la dinámica que la relación procesal impone. [...] Habrá abuso cuando se utilice un derecho procesal con una finalidad distinta a la que le es propia, extravasando los límites institucionales del propio derecho subjetivo, y habrá fraude procesal, cuando empleando una norma de cobertura, que dé apariencia de licitud al acto de que se trate, se pretenda eludir el cumplimiento de una norma imperativa, como, por regla general, son todas las que disciplinan los actos procesales” [Énfasis añadido].

A lo anterior no es ajeno, naturalmente, el carácter ontológicamente *instrumental* del proceso, en la medida en que el mismo no existe desligado de una finalidad concreta, de forma que su uso no se “autojustifica⁸⁴”. Las finalidades del proceso

⁸² Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil* (trad. Maximiliano Aramburo Calle) Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 301.

⁸² *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 303.

⁸³ JUR 2010 \215513; MP: José María Torres Fernández de Sevilla.

⁸⁴ *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, ob. cit., p. 301. Nótese que, determinados derechos, como el de posesión, carecen de esa condición instrumental y se agotan en sí mismos con su efectivo ejercicio.

pueden ser definidas de distintas formas, pero es evidente que entre ellas no se encuentra “crear” el proceso mismo. Como instrumento que es, tiene una finalidad específica y es en relación a tal finalidad como se define su función⁸⁵.

Parafraseando al que fuera magistrado del Tribunal Supremo de EEUU, Félix FRANKFURTER, “la litigación persigue una finalidad práctica, no es un juego de ajedrez.”⁸⁶ En términos de relación de instrumentalidad “medio-fin”, el abuso del proceso puede definirse como el empleo del derecho a la tutela judicial para la consecución de un fin que no pertenece a dicho remedio y que es, en consecuencia, *impropio*⁸⁷.

Dicho de otra forma, las reglas de la probidad procesal pueden conculcarse de manera abierta o, de forma menos evidente, mediante un ejercicio desviado del derecho a la tutela judicial. El abuso del proceso siempre partirá de una *apariencia de licitud*, pues entraña siempre una utilización anómala de un derecho subjetivo que, *ab initio*, es legítimo. Por ello, el problema del abuso del proceso consiste en determinar si además de la producción normal y automática de los efectos propios del procedimiento civil iniciado, se producen adicionalmente consecuencias impropias e ilegítimas; consecuencias que son, en realidad, las razones por las que el litigante abusivo ejerció su derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁸. Como ha indicado TARUFFO, para descubrir el abuso hay que ir más allá de la esfera de los efectos que el acto procesal produce típicamente para verificar si, en el contexto concreto de su utilización (sujetos, tiempo, circunstancias externas), es idóneo para producir también otros efectos impropios (y, por tanto, ilícitos); y si puede considerarse que esos efectos representan la finalidad real que el litigante ha pretendido obtener.⁸⁹

⁸⁵ Páginas sobre justicia civil, ob. cit., p. 301. El mismo argumento puede leerse en Gianluigi PALOMBELLA, “El abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 29, 2006, p. 38.

⁸⁶ *Indianapolis v. Chase Nat'l Bank*, 314 U.S. 63 (1941).

⁸⁷ Este criterio identificador del abuso del proceso ha sido calificado en algunas ocasiones como “funcional”. *Vid.*, Miriam BALESTRO FAURE, “La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios”, en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 146.

⁸⁸ En relación a esta cuestión, Pablo RODRÍGUEZ GREZ afirma que “puede ejercerse legítimamente un derecho de mala fe, con el propósito de perjudicar, siempre que con ello se persiga la satisfacción de un interés protegido por el ordenamiento normativo”. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, primera reimpresión, 1999, p. 141.

⁸⁹ Páginas sobre justicia civil, ob. cit., p. 305. En este punto, creo necesario matizar que la “impropiedad” de los fines no implica deducir necesariamente que el justiciable obró con mala fe, sino que *objetivamente* el proceso se inició con una finalidad no amparada por el ordenamiento.

4. LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

4.1. *Un recorrido por la doctrina*

Como ya se señaló en la introducción de este trabajo, el fenómeno de la litigación abusiva no ha sido objeto en nuestro Derecho de un estudio sistemático, al menos en lo que se refiere a la reclamación de los daños causados como consecuencia del abuso del proceso. El abuso del proceso en sí mismo considerado ha sido examinado de forma muy esporádica por la doctrina científica y, en la mayoría de los casos, desde el campo del Derecho Civil⁹⁰. El trabajo de referencia, a pesar de los años transcurridos, sigue siendo el texto de la ponencia “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, del profesor DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, que data de 1974⁹¹.

Tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a reclamaciones de daños provocados por una litigación previa abusiva -ya fuera en la vía penal o civil-, así como el Derecho comparado, DÍEZ-PICAZO pone un énfasis especial en el juicio sobre la culpabilidad de los daños causados a través de las actuaciones judiciales, para concluir que no solo el proceso malicioso, sino también el iniciado de forma negligente, determina el nacimiento del derecho al resarcimiento de los daños causados *ex art.* 1902 del Código Civil. No hay apenas referencias a la figura del abuso del Derecho como fundamento de la acción de reclamación de los daños sufridos, seguramente por ser coetánea esa conferencia a la reforma del título preliminar del Código Civil que la introdujo de forma novedosa en su art. 7.2.

Para el citado autor, la responsabilidad civil que debe imputarse al litigante abusivo se construye como un supuesto arquetípico de la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC. En la medida en que DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN constata que, en determinados supuestos, una eventual condena en costas no será suficiente para reparar los daños patrimoniales y morales sufridos como consecuencia del abuso del derecho a litigar, el principio de indemnidad -y los

⁹⁰ Entre los escasos estudios de la doctrina procesalista, destaca el trabajo de Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, “Abuso del proceso” en *Temas de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Invedepro, Caracas, 2004, pp. 337-403. También deben ser citados dos artículos de Daniel FERRER MARTÍN: “Abuso del derecho en el proceso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, 1, pp. 194-206; y “Posible aplicación al proceso de la doctrina del abuso del derecho”, *Revista General de Derecho*, 1957, nº 148-149, pp. 2-10.

⁹¹ *Ensayos Jurídicos*, Civitas, Madrid, 2011 (pp. 2810-2838). Existe otro trabajo anterior en el tiempo del que fuera magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Manuel DE LA PLAZA NAVARRO (“Los daños y perjuicios procesales”, *Revista de Derecho Procesal*, 1945, pp. 509-527), si bien tiene por objeto el examen de la reclamación de los daños causados por actuaciones intra-procesales o por medidas cautelares, sin analizar la posibilidad de que el proceso sea en sí mismo considerado como un acto ilícito dañoso.

criterios generales de responsabilidad civil extracontractual- exigen su debida reparación⁹².

DÍEZ-PICAZO afirma que el ejercicio de los derechos de naturaleza procesal debe ser realizado diligentemente. La diligencia impone que las pretensiones que se formulen posean una “normal probabilidad de ser acogidas⁹³” y que su formulación haya venido precedida de una prudente preparación de los medios de prueba⁹⁴. Se constata en este trabajo una firme determinación en sostener que el carácter temerario de la *litis* se evidencia por la falta de diligencia en el previo enjuiciamiento sobre la probabilidad objetiva de acogimiento de la pretensión deducida, y que esa negligencia constituye una manifestación del abuso del proceso, que no solo es apreciable en demandas maliciosas⁹⁵.

Ese trabajo tuvo continuidad con el artículo “Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles”, publicado en 1986 por Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ⁹⁶. Siguiendo la estructura de su predecesor, también parte del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo –esta vez específicamente dedicado a las reclamaciones de daños como consecuencia de procesos judiciales civiles previos- para después, de manera muy sucinta, extraer una serie de conclusiones dogmáticas. De ese trabajo quizá lo más interesante es señalar que se alinea con DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN cuando afirma que “de este razonamiento se deduce dónde coloca el Tribunal Supremo el límite del derecho a litigar y el del abuso o uso injustificado del mismo: en la existencia de

⁹² “La tradicional limitación del daño procesal o el daño infringido por el proceso a los desembolsos económicos que hay necesidad de hacer [se refiere a los honorarios de abogado y procurador], resulta extraordinariamente inconsistente”. Ob. cit., p. 2832.

⁹³ Ob. cit., p. 2835.

⁹⁴ “En este sentido es culpable del daño quien formule una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida y quien formula su pretensión sin haber preparado diligentemente las alegaciones y las pruebas”. Ob.cit., p. 2836.

⁹⁵ Quizá el aspecto más discutible del estudio de DÍEZ-PICAZO es, significativamente, su breve incursión en el terreno del Derecho procesal (ob. cit., p. 2837). Así, puede leerse que “la declaración y la fijación de la responsabilidad no exige la apertura de un nuevo proceso, sino que pueden y deben ventilarse en el mismo proceso que fue maliciosa y temerariamente desarrollado”. Ni la LEC 1881, ni la LEC 1/2000, permiten la exigencia de esa responsabilidad por el abuso del proceso dentro del propio procedimiento iniciado de forma maliciosa o temeraria. Una cosa es que, en supuestos tasados, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevea, por ejemplo, un incidente para la fijación de los daños causados por la adopción de medidas cautelares que luego son alzadas, y otra muy distinta que ello habilite al demandado para, en el seno del proceso iniciado de forma abusiva, obtener la indemnización por los daños causados por el abuso del derecho a litigar. En los procedimientos declarativos no existe –ni existía- ningún tipo de cauce procesal específico que permita su reclamación. Tampoco en el proceso de ejecución.

⁹⁶ “Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles”, *Diario La Ley*, 1986, Tomo 1, pp. 1115-1126.

al menos algún indicio que haga sostenible la postura procesal del litigante. En definitiva, como antes decíamos, en la razonable creencia de que se sostiene una pretensión defendible⁹⁷”.

No es extraño que así sea, dado que la acreditación de que el proceso fue iniciado con el ánimo de dañar a un tercero no deja de ser especialmente problemática en la práctica forense, de forma tal que debe considerarse abusivo el planteamiento de pretensiones “sin el más mínimo fundamento⁹⁸”. El profesor DE ÁNGEL YAGÜEZ retomó este tema en el año 2002, en otro trabajo doctrinal que ponía al día su primer estudio⁹⁹. DE ÁNGEL YAGÜEZ constata ahora que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos años “muestran más inclinación que las anteriores a subsumir, en el concepto de abuso de derecho, cuando las condenan, las conductas de quienes ejercitan una acción sin *iusta causa litigandi*¹⁰⁰”.

El encaje que hace progresivamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la litigación abusiva en la categoría dogmática del abuso del Derecho era previsible, sobre todo a partir de la modificación del título preliminar del Código Civil en 1974. Hasta entonces, no era infrecuente que el Tribunal Supremo, a la hora de buscar un sustento dogmático para fundamentar este tipo de acciones de daños recurriera a conceptos más imprecisos como la *mala fe* o la *equidad*.

ESPINOSA DE RUEDA Y JOVER, en su trabajo “Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales”¹⁰¹, también dedica un breve apartado al alcance de los daños provocados por la litigación abusiva, si bien asumiendo como válidas las conclusiones sentadas por DÍEZ-PICAZO y DE ÁNGEL YAGÜEZ y sin realizar aportaciones teóricas adicionales. Sostiene ESPINOSA DE RUEDA Y JOVER, al igual que DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, que “existe en esta materia una laguna legal que es necesario colmar¹⁰²”; aseveración que, a nuestro juicio, no es acertada, porque, como luego se examinará con detalle, el art. 1902 del Código

⁹⁷ Ob. cit., p. 1125.

⁹⁸ Este problema de acreditación es el que ha llevado igualmente en el Derecho español de daños a equiparar la culpa *lata* al dolo (aplicando la máxima *dolo culpa grave aequiparatur*).

⁹⁹ “Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 50, nº 2, 2002, pp. 12-47.

¹⁰⁰ Ob. cit., p. 17.

¹⁰¹ “Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 19, 1995, pp. 111-187.

¹⁰² Ob. cit., p. 185.

Civil, en relación con el art. 7.2 del mismo texto legal, otorga una cobertura legal suficiente¹⁰³.

Debe hacerse notar a este respecto que en los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno, como Francia e Italia –a pesar de provenir sustancialmente su Derecho privado, al igual que en España, del *Code* napoleónico-, ni siquiera existe un precepto en sus ordenamientos que recoja el abuso del Derecho como principio general –a diferencia de lo que ocurre en España, en Suiza¹⁰⁴ o en Alemania¹⁰⁵-, lo que no ha impedido su desarrollo jurisprudencial y aplicación frecuente por los tribunales –incluido el abuso del derecho a litigar-. Esta disparidad quizá explique por qué los textos europeos de armonización del Derecho privado, como los Principios *UNIDROIT*, los Principios de Derecho Europeo de los contratos (*PECL*) o los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil (*PETL*) que, según jurisprudencia reiterada del TS, han de servir de “canon interpretativo” de nuestro Código Civil (vid., por todas, la STS nº 333/2014, de 30 junio¹⁰⁶) no contengan una referencia explícita al abuso del Derecho¹⁰⁷, pero sí al principio de buena fe: art. 1.7¹⁰⁸ de los Principios *UNIDROIT*, arts. 1:106 (1)¹⁰⁹ y 1:201¹¹⁰ de los Principios del Derecho europeo de contratos o el art. I.-1:103¹¹¹ del DCFR (*Draft of Common Frame of Reference*).

¹⁰³ Al margen de que, como luego analizaremos en detalle, existan supuestos excepcionales en los que la responsabilidad por el abuso del proceso tenga naturaleza contractual y, por tanto, cuenten con el respaldo normativo específico que para ese tipo de responsabilidad contempla el Código Civil.

¹⁰⁴ Art. 2.2. del Código Civil suizo: “L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi” (“El manifiesto abuso de un derecho no está protegido por la Ley”).

¹⁰⁵ § 226 del BGB (Código Civil alemán): “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen”. (“El ejercicio de un derecho no será permitido si su único propósito posible consiste en causar un daño a otro”).

¹⁰⁶ RJ 2014\3526; MP: Francisco Javier Orduña Moreno.

¹⁰⁷ También, lógicamente, es plausible que haya influido la falta de desarrollo en el Derecho anglosajón de esta figura. Como ya se ha explicado con anterioridad, en un derecho de creación eminentemente judicial la técnica del *distinguishing* ha permitido que los jueces del *Common Law* separarse de las reglas precedentes cuando su aplicación concreta a un determinado caso contravenía los principios que sustentaban originariamente dichas reglas.

¹⁰⁸ “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad comercial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

¹⁰⁹ “Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.”

¹¹⁰ “(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”.

¹¹¹ (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract. (3) Breach of the duty does not give rise

Más recientemente, MARTÍ MARTÍ¹¹² ha abogado por “una mayor progresión de la responsabilidad objetiva por el ejercicio culpable de los derechos aplicando la doctrina jurisprudencial de los daños de la acción interdictal a los daños del resto de actuaciones judiciales ya que en muchos otros supuestos de acción judicial, civil o penal, el resultado dañino del proceso es totalmente previsible [...] y es por ello que ante supuestos de daño causado, previsible ante la actuación judicial temeraria, debe darse el mismo resultado de estimación de la posibilidad de resarción de los daños materiales que ha sufrido la parte por el mero hecho de la interposición de un proceso que se rebelaba [sic] ya como completamente inútil desde el punto de vista jurídico y con una función desnaturalizada del mismo¹¹³”. No debe dejar de señalarse lo paradójico que supone apelar, de forma simultánea, a los conceptos de responsabilidad objetiva y culposa¹¹⁴.

Este autor también estudia la posibilidad del ejercicio de acciones por intromisión ilegítima en el honor como consecuencia de la interposición de una demanda dolosa o manifiestamente temeraria, así como la utilización de manifestaciones públicas sobre la existencia del proceso como “juicio de valor o de descrédito -y no como información en sí misma¹¹⁵-”. Estos supuestos se dan, sobre todo, en relación con la repercusión mediática de los procesos penales, bastando con señalar ahora -sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al respecto- que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 5 de mayo de 2004¹¹⁶, resolvió un

directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have”.

¹¹² “Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 35, 2010, pp. 39-50.

¹¹³ Ob. cit., p. 50.

¹¹⁴ Porque es obvio que el criterio de responsabilidad objetiva supone, precisamente, prescindir del concepto de culpa o negligencia. Como afirma la STS nº 912/2007, de 23 de julio (RJ 2007\4699; MP: Encarnación Roca Trías): “La atribución por parte del legislador de una naturaleza objetiva a la obligación de responder no invierte la carga de la prueba, sino que únicamente excluye la necesidad de que se pruebe la culpa del autor del daño y deben probarse todos los otros extremos exigidos por la norma para que pueda imputarse la responsabilidad en base a la misma”. Por su parte, la STS nº 244/2014, de 21 de mayo (RJ 2014\3871; MP: José Antonio Seijas Quintana), sostiene que la “responsabilidad objetiva no significa, en contra de lo que la parte recurrente parece suponer, ausencia de todo criterio de imputación, sino sólo la no exigibilidad de criterios de imputación de carácter subjetivo fundados en el dolo o la culpa del causante del daño”. Quizá lo que MARTÍ MARTÍ sostiene es que debe elevarse el estándar de diligencia del demandante a la hora de eximirle de responsabilidad por los daños causados abusando de un proceso civil. DÍEZ-PICAZO -cuya opinión, por lo demás, compartimos- se muestra contrario a aplicar el criterio de responsabilidad objetiva a este tipo de reclamaciones. Ob. cit., p. 2836.

¹¹⁵ Ob. cit., p. 49.

¹¹⁶ RJ 2004\2339; MP: Jesús Corbal Fernández.

caso de supuesto atentado al derecho al honor como consecuencia de la interposición de una previa demanda en la jurisdicción civil¹¹⁷.

Finalmente, otros autores, entre los que cabe destacar a PICÓ I JUNOY, se han referido más a esta cuestión al estudiar el concepto de buena fe procesal¹¹⁸. Para este autor, “los daños y perjuicios que puedan causarse de forma culposa o dolosa por la propia existencia de un proceso son susceptibles de originar la

¹¹⁷ El caso discutido fue una demanda interpuesta por un procurador de los tribunales que solicitaba una indemnización por el daño sufrido como consecuencia del ataque a su derecho al honor supuestamente provocado por una previa demanda judicial interpuesta contra él, en la que se le imputaba una negligente actuación profesional. En este segundo proceso la argumentación del solicitante de la responsabilidad era que, acreditado en el primer procedimiento mediante la prueba caligráfica que las firmas de notificaciones no eran del procurador, debieron los entonces demandantes haber desistido. El Tribunal Supremo –al igual que las sentencias de instancia– desestima la reclamación del procurador, si bien no descarta la posibilidad teórica de reclamar los daños al honor provocados por la interposición de un proceso civil temerario con fundamento en el art. 1902 del Código Civil: “En el caso no ha habido atentado ilícito al prestigio profesional –el cual por lo demás no podría ser enjuiciado en casación al margen de una hipotética transgresión del honor habida cuenta que la cuantía del proceso es inferior a seis millones de pesetas (art. 1.687.1º, c) LECiv1881,–, ni intromisión ilegítima en el honor. La demanda de responsabilidad civil profesional respondió al propósito, no de descalificar al demandado, sino de obtener la satisfacción del interés pecuniario, que la parte actora estimaba perjudicado por la inactividad del Procurador, con la apariencia fundada, derivada de lo que formalmente plasmaban las actuaciones procesales, de una posible negligencia del representante procesal. No corresponde aquí teorizar acerca de si podía haberse evitado llegar a tal situación, pero resulta claro que no hay ilicitud en la actuación expresada. *De aceptarse la tesis de la parte recurrente habría que considerar como intromisiones ilegítimas en el honor todas las demandas de responsabilidad civil profesional cuando haya recaído sentencia desestimatoria, lo que obviamente no es razonable y no se puede compartir*”. Énfasis añadido.

¹¹⁸El *principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003. Otro autor que, examinando el principio de buena fe en el ámbito procesal, se ha referido puntualmente al abuso del proceso es Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en *El principio de buena fe en el derecho administrativo*, 5ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 285. Más recientemente, Ángel CARRASCO PERERA, en la que me parece la obra más exhaustiva y aguda escrita en castellano sobre la figura del abuso del Derecho, también se ha referido puntualmente al abuso del derecho a litigar. *Vid. Tratado de abuso del Derecho y del Fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 716-726. En la obra de CARRASCO PERERA late una prevención –fundada– contra el excesivo recurso de los jueces a la técnica del abuso del Derecho, así como la creencia de que, en muchos de los casos, su aplicación supone una alteración arbitraria de la situación pre-existente, que provoca mayores males que los que pretende evitar. Aunque no he visto reflejada esta idea en su *Tratado*, su tesis me sugiere que, a su entender, nos encontraríamos, básicamente, ante un escenario de los denominados *second-best*; concepto que, muy esquemáticamente resumido, podría definirse como que, en un mundo esencialmente imperfecto, suprimir algunas de esas imperfecciones de forma parcial puede ser contraproducente. El citado teorema fue formulado en 1956 por los economistas Richard LIPSEY y Kelvin LANCASTER y afirma que, cuando una economía está sujeta a varias restricciones o imperfecciones que la alejan del ideal de una economía de mercado perfecta e impiden que alcance una situación de máxima eficiencia (esto es, un óptimo de Pareto o *first best*, en lenguaje económico), suprimir sólo una de tales imperfecciones –pero no todas– puede resultar contraproducente. Cfr. Richard LIPSEY y Kelvin LANCASTER, “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies* Vol. 24, nº 1, 1956, pp. 11-32. Para una aplicación de este teorema al ámbito legal, Richard S. MARKOVITS, “Second-Best Theory and Law&Economics: An introduction”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 73, 1998, pp. 3-10.

acción de resarcimiento del artículo 1902 del Código Civil, por responsabilidad extracontractual, si bien, como destaca la jurisprudencia, ello debe admitirse de forma muy restrictiva, debiéndose analizar con sumo cuidado la conducta procesal supuestamente fraudulenta o abusiva, para no coartar el ejercicio de los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva¹¹⁹”.

En resumen, la doctrina española que se ha ocupado de esta materia, siguiendo la estela del trabajo pionero de DÍEZ-PICAZO, se ha mostrado unánimemente favorable al acogimiento de la acción de responsabilidad extracontractual de daños como consecuencia de la interposición de un proceso civil, bien de forma dolosa -con ánimo de dañar al tercero-, bien de forma manifiestamente negligente, es decir, sin *iusta causa litigandi*¹²⁰. Al igual que la jurisprudencia, la doctrina encuadra esta reclamación, bien como un supuesto de responsabilidad aquiliana pura del art. 1902 CC, bien como una manifestación de la categoría general del abuso del Derecho, lo que explica que la mayoría de los autores que han escrito sobre ella provengan de la doctrina civilista¹²¹. Se advierte en algunos de ellos una preocupación porque, estando afectado el derecho a la tutela judicial efectiva, este tipo de reclamaciones de daños por abuso del proceso sean examinadas con cautela, de manera que no se coarte el legítimo ejercicio de ese derecho fundamental. Para otros autores (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y DE ÁNGEL YAGÜEZ), sin embargo, el Tribunal Supremo se muestra en exceso restrictivo a la hora de estimar este tipo de acciones, abogándose por la aplicación

¹¹⁹ Ob.cit., p. 268.

¹²⁰ También debe hacerse mención aquí a los comentarios de jurisprudencia anteriormente mencionados, que se centran en análisis de los daños provocados por el abuso en el ejercicio de la acción interdictal de obra nueva sin *iusta causa litigandi*. Cfr. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 57, 2001, pp. 595-606; Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “21 de marzo de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Daños causados con motivo de una actuación judicial. Suspensión de obra en el procedimiento de interdicto de obra nueva. Sentencia interdictal estimatoria y el efecto de cosa juzgada La conducta de los interdictantes. La antijuricidad de la acción interdictal”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 42, 1996, pp. 943-958; y Jacinto GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 5, 1984, pp. 1509-1524; y Eva CANO VILÁ, “Sentencia de 29 de diciembre de 2004: Interdicto de obra nueva. Abuso del Derecho. Responsabilidad civil”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 57-70. Interesa hacer notar que los autores de estos comentarios –a mi juicio, correctamente, como luego se justificará– son, con diferentes matices, más proclives a encuadrar este ejercicio desviado del derecho a litigar en la figura del abuso del Derecho que un supuesto, *tout court*, de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC.

¹²¹ No existe, hasta donde sé, referencia doctrinal alguna en relación a la posibilidad –remota en la práctica, pero no descartable, como luego veremos– de ejercitar una acción de resarcimiento de los daños causados por una previa litigación abusiva, con base en el incumplimiento de un *contrato procesal* que vinculara a las partes.

de un criterio más flexible. En lo que sí hay un consenso mayoritario es en entender que no es precisa la concurrencia de dolo civil en quien promueve el proceso de forma infundada –aunque, como se analizará más adelante, algunos autores abogan por excluir la vertiente objetiva del abuso del Derecho en el ámbito de los daños procesales–, si bien hay discrepancias sobre el grado de culpa necesaria para la estimación de la acción de daños¹²².

4.2. Un examen de la evolución de la jurisprudencia

4.2.1. La doctrina jurisprudencial previa a la reforma del título preliminar del Código Civil

Por lo que se refiere a la conceptualización jurisprudencial del abuso del proceso civil y la eventual reclamación en un procedimiento ulterior de los daños provocados, debe partirse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959.¹²³ En el caso examinado, se entendió acreditado en la instancia que el demandado inició deliberadamente un juicio de desahucio a espaldas del arrendatario, siendo condenado en el segundo proceso el arrendador al abono de una indemnización por los daños causados. El Tribunal Supremo, confirmando la Sentencia de la Audiencia, fundamentó la condena al demandado en la acreditada existencia de “mala fe, lo que construye la esencia y propia naturaleza del dolo”. Interesa destacar que el Tribunal Supremo no fundó la condena en el concepto de abuso de derecho sino, exclusivamente, en la responsabilidad extracontractual derivada del art. 1902 del Código Civil incluyendo, entre los daños a indemnizar, los morales sufridos por el actor que fue lanzado de su vivienda, “lo que afecta al buen crédito de su persona”.

La inmediatamente posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1960¹²⁴ se refiere a los daños solicitados por un litigante que, habiendo entablado el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria, vio desestimada su acción como consecuencia de que los entonces demandados habían transmitido a sus espaldas nuevamente la finca a terceros, a cuyo nombre

¹²² Destaca especialmente la posición inicial de DÍEZ-PICAZO (“Los daños...”, cit., p. 2834), quien recordó en 1974 que, en nuestro ordenamiento –a diferencia de otros de nuestro entorno–, la culpa leve, incluso la levísima, es fuente de responsabilidad civil extracontractual. No obstante, este autor rectificó progresivamente su opinión con posterioridad, hasta el punto de acabar sosteniendo exactamente lo contrario. Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 267-273. Esta cuestión, dada su trascendencia, será analizada con detalle más adelante.

¹²³ RJ 1959\1086; MP: Antonio De Vicente Tutor y Guelbenzu. Hay alguna referencia al abuso del derecho a litigar en sentencias anteriores, como la de 21 de diciembre de 1892, si bien su fundamentación jurídica es muy parca. Por lo general, con anterioridad a la década de los 60 del siglo pasado las reclamaciones de este tipo solían ser sistemáticamente rechazadas, bajo la aplicación acrítica del principio de que “quien usa de su derecho, no puede dañar a nadie”.

¹²⁴ RJ 1960\3475; MP: Pablo Murga Castro.

se hallaba inscrita en el Registro de la Propiedad. Nuevamente el Tribunal Supremo fundamenta la condena al pago de los daños y perjuicios –en este caso, concretados en las costas que le fueron impuestas al actor al ver desestimada la acción del art. 41 de la Ley Hipotecaria– en el art. 1902 del Código Civil, “al no haber aquello reconocido, en dicho procedimiento breve, sencillo y sumario la razón que le asistía, dando lugar con la contradicción empleada, a la promoción de éste, largo, complejo y dispendioso, actuación que ha merecido además la condena de las costas del Juzgado...”. Nótese que, en este caso, el abuso del derecho a litigar se manifiesta no en el ejercicio de una acción, sino en la oposición dolosa a su estimación, entendiéndose nuevamente el Tribunal Supremo que la vía de resarcimiento se encontraba sustentada en el art. 1902 del Código Civil y sin que se aluda tampoco al concepto de abuso del Derecho. Debe hacerse notar, además, que tanto la Sentencia de 28 de febrero de 1959¹²⁵ como la de 12 de noviembre de 1960¹²⁶ fundamentan la condena en la acreditada existencia de dolo o mala fe en el litigante abusivo¹²⁷.

Podemos concluir, consecuentemente, que, en esta primera etapa anterior a la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, las acciones de resarcimiento basadas en el abuso del derecho a litigar se caracterizaban por una extraordinariamente escueta fundamentación jurídica, y por una simple remisión, sin más aditamentos, al régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el Código Civil, sin la menor elaboración dogmática (presuponiendo, además, que para ser viable la acción de daños debía fundarse necesariamente en la previa actuación dolosa de quien utilizó el proceso civil de forma abusiva).

4.2.2. La jurisprudencia posterior a la reforma del Código Civil

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1977¹²⁸ supuso un punto de inflexión, puesto que conecta por primera vez la reclamación de daños causados

¹²⁵ RJ 1959\1087; MP: Francisco Arias y Rodríguez-Barba.

¹²⁶ RJ 1960\3473; MP: Pablo Murga Castro.

¹²⁷ Carlos DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976, p. 264, afirma que existe un pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo (STS de 21-12-1951) que excluye la aplicación de la doctrina del abuso del Derecho en el ámbito procesal. Salvo error por mi parte, ninguna de las sentencias dictadas por el TS en esa fecha se refiere al abuso del Derecho, y menos aún a su eventual proyección al Derecho procesal. Existe una sentencia, dictada menos de dos meses después (STS de 12-2-1952), en la que la Sala Primera se pronuncia en sentido exactamente contrario al señalado por el citado autor (RJ 1952\721, MP: Saturnino López Peces): [E]l ejercicio de los derechos no exime de incurrir en la sanción establecida para la culpa extracontractual cuando se realiza aquel ejercicio de modo abusivo [...] al accionar contra los actores no ejercitaba un derecho sino una apariencia de derecho...”

¹²⁸ RJ 1977\7; MP: Federico Rodríguez Solano y Espín.

por un proceso civil con el principio general de interdicción del abuso del Derecho:

“Porque si bien es cierto que en aplicación del apotegma jurídico *quo iure suo utitur, neminem laedit* recogido por el Derecho Romano (Leyes 55 y 155, párrafo 1º del título XVII, Libro L del Digesto), en nuestra legislación histórica (regla 14, título XXXIV, de la Partida VII), la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 1892, declaró que quien ejercita una acción ante los Tribunales no es responsable a efectos del artículo 1902 del CC de los daños que se originen como consecuencia de la resolución judicial que ponga término al pleito, no lo es menos que para que tal efecto se produzca es menester que el derecho de que se traten no se haya actuado por su titular de forma abusiva (artículo 7.2 del Código Civil y Sentencias de 13 de junio de 1942, 13 de junio de 1950 y 19 de abril 1965), con móvil torpe – Sentencia de 24 de febrero de 1959 – o traspasando los linderos impuestos por la equidad y la buena fe (Sentencia de 14 de enero de 1944)- porque, de mediar estas circunstancias, no entrarían en juego el principio de derecho antes mencionado, ni la doctrina contenida en la Sentencia de 21 de diciembre de 1892, reconociendo así la de 4 de abril de 1932 que incluye dentro del ámbito de aplicación del referido artículo 1902, los supuestos en que los tribunales estimen no haber existido *iusta causa litigandi* y la de 12 de febrero de 1952, que también comprende dentro de él, los casos en que lo ejercitado ante los órganos jurisdiccionales no sea un verdadero derecho sino una mera apariencia del mismo...”

Se constata cómo el Alto Tribunal –en esta segunda etapa- ya cita, como sustento de la acción indemnizatoria, el art. 7.2 del Código Civil, señalando que habrá lugar a tal indemnización siempre que el derecho a litigar se ejercite de forma abusiva, con móvil torpe o traspasando los límites impuestos por la equidad y la buena fe¹²⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1978¹³⁰ continúa por la línea marcada por la de 5 de enero de 1977, afirmando que no es “de estimar la existencia en su actuar en la *litis* de una situación de abuso de derecho y de un ejercicio antisocial del mismo, dado que no pueden apreciarse tales circunstancias en quien se limita a poner en ejercicio un derecho y que además en ciertas facetas es procedente”, para concluir que no existía en el caso analizado el abuso del proceso denunciado por el recurrente, en la medida en que la buena fe se presume en nuestro ordenamiento, no constando acreditado en la instancia lo contrario.

¹²⁹ Nuevamente se dicta en un caso en el que constaba acreditada en la instancia la actuación dolosa del causante del daño.

¹³⁰ RJ 1364\1978; MP: Antonio Fernández Rodríguez.

Sin embargo, es en la posterior Sentencia dictada por el Alto Tribunal, de 5 de diciembre de 1980,¹³¹ cuando la doctrina jurisprudencial se acomoda mejor al tenor literal del art. 7.2 del Código Civil:

“[P]ara la viabilidad de la petición de resarcimiento ocasionado por actuaciones judiciales de cualquier índole, es menester que la parte que las inició y fue solicitante del proveído jurisdiccional haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada -SS. de 28 febrero 1959, 12 noviembre 1960, 18 febrero 1965 y 22 mayo 1967 entre otras-, lo que significa la concurrencia de un *animus nocendi* o intención dañosa, que no existirá «cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima «qui iure suo utitur nominem laedit», salvo claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa «causa litigantis» (sic) -S. de 28 noviembre 1967- resolviendo sobre caso de acentuada analogía con el presente-, presupuestos que en manera alguna son de apreciar, pues la Sala de instancia, con ponderaciones no combatidas en forma y por lo tanto inalterables, afirma que el accionante en el interdicto no ha procedido con antijuricidad ni puede censurársele por haber actuado culpablemente, ya que ha «mantenido en el juicio un criterio opinable», además de no haber sido acreditados -según añade- los hipotéticos daños y perjuicios, con lo que falta también este requisito objetivo indispensable para que pueda alcanzar éxito la pretensión de responsabilidad por acto ilícito”.

Vemos ya cómo se abre paso en la doctrina del Tribunal Supremo la posible estimación de la acción de daños fundada no solo en el dolo, sino también en la “manifiesta negligencia del litigante” que inicia un proceso, o se opone al mismo, careciendo de un ‘criterio opinable’. La alusión al concepto de *criterio opinable* es, muy plausiblemente, una importación de la *causa probable* de la doctrina anglosajona y una muestra del abandono del elemento intencional en esta tipología de acción de daños, que ya no precisa de la concurrencia de dolo civil¹³².

La STS de 5 de noviembre de 1982¹³³ merece ser destacada por analizar un supuesto muy particular. El actor reclamaba los daños y perjuicios provocados por el embargo preventivo acordado en la pieza de medidas cautelares de un procedimiento declarativo anterior. Al igual que la LEC 1/2000, la LEC 1881

¹³¹ RJ 1980\4738; MP: Jaime De Castro García.

¹³² Aunque, como luego veremos, para el éxito de la acción de la reclamación de daños procesales sí se requiere en el Derecho angloamericano la concurrencia del elemento intencional doloso (“malice”). Todas las traducciones al castellano de la presente memoria de investigación, salvo que se diga expresamente lo contrario, son mías.

¹³³ RJ 1982\4738; MP: Antonio Sánchez Jáuregui.

habilitaba en sus artículos 1413.2 y 1418 al perjudicado para reclamar la indemnización correspondiente en el seno del propio proceso en que la medida cautelar se acordó. La STS de 5 de noviembre de 1982 entiende que el perjudicado puede optar por reclamar los daños a través de un procedimiento declarativo ulterior, sin necesidad de hacerlo en el proceso precedente, argumentando que “la condena a la indemnización de perjuicios contenida en dicha Sentencia [fundada] en la preceptiva contenida en el segundo párrafo el art. 1413 de la L. E. Civ. y art. 1418 de la propia Ley, normas que aunque expresen un mandato dirigido a los Tribunales, no impiden que los particulares insten en procedimiento separado la efectividad de los derechos que le correspondan en razón a la reparación de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado¹³⁴ [...]”

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984¹³⁵ contempla un supuesto de litigación abusiva por parte del demandado, que es condenado al abono de los daños y perjuicios causados al actor por la necesidad de incoar el proceso cuando, en realidad, el demandado era consciente de antemano de la ausencia manifiesta de fundamento de su oposición, argumentando el TS que tal condena “no puede ser impedida por la circunstancia de haber utilizado medios procesales con sucesivas instancias cuya falta de ‘razón derecha’ ha sido acusada por el órgano jurisdiccional (de ‘recurso tan infundado’ fue calificado el de apelación por la Sentencia de la Sala)”. La Sentencia de 17 de marzo de 1984¹³⁶ nuevamente recuerda que es preciso que concorra una conducta dolosa o culposa, manifestada bien por la intención subjetiva de dañar o por la falta de un fin serio y legítimo, así como por el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, lo que reitera la STS de 14 de julio de 1989.¹³⁷

4.2.3. El reconocimiento jurisprudencial del abuso del proceso como concepto jurídico autónomo

Ya en la década de los 90 del siglo pasado, tres son las Sentencias que merecen ser destacadas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998¹³⁸ reafirma que la concurrencia de *iusta causa litigandi* excluye todo abuso del

¹³⁴ La STS afirma a continuación que “no derivando la obligación de indemnizar en el supuesto contemplado de la aplicación de la norma legal -art. 1902 de C. Civ.- que se supone infringida, sino de la circunstancia de muy distinto origen que presupone injustificado el embargo preventivo, solicitado como medida cautelar para garantizar la efectividad de una pretensión, instada ante los Tribunales, que no tuvo éxito”. Parece sostener el TS que la obligación de indemnizar en este caso derivaba de una suerte de responsabilidad objetiva *ex arts. 1413 y 1418 LEC 1881*.

¹³⁵ RJ 1984\4971; MP: Pablo De Castro García.

¹³⁶ RJ 1984\1248; MP: José Luis Albácar López.

¹³⁷ RJ 1989\5962; MP: Jesús Marina Martínez-Pardo.

¹³⁸ RJ 1998\613; MP: Román García Varela.

derecho a litigar y señala, como elemento indicativo de la falta de intención dañosa por parte del ahora demandado, que en el primer procedimiento no se apreciara temeridad en el ejercicio de la acción a la hora de imponer las costas procesales.

La Sentencia de 30 de junio de 1998¹³⁹, nuevamente relacionando el art. 1902 del Código Civil con el art. 7.2 del mismo cuerpo legal, insiste en la suficiencia de la culpabilidad –sin necesidad de la existencia de dolo– en el ejercicio de la acción para dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, si bien precisándose, para que ésta se entienda concurrente, la inexistencia de *iusta causa litigandi*, es decir, de una “razón derecha” que justifique la posición procesal del litigante.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1999¹⁴⁰ ofrece ya una definición mucho más depurada técnicamente, al sostener que “[d]entro del área del concepto de abuso del Derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente como ‘abuso del derecho y derecho a litigar’, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del derecho relativo a determinar si concurre una responsabilidad en aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente infundadas u orientadas a finalidades distintas a las naturales de la función social del proceso o del llamado derecho a litigar”. Esta resolución también alude al hecho de que no se apreciara la temeridad en el primer proceso como elemento indiciario de la existencia de *iusta causa litigandi* que excluye la existencia de culpa¹⁴¹.

A partir del dictado de esa sentencia y hasta llegar a nuestro días, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del proceso se ha caracterizado por un creciente refinamiento dogmático, si bien sin despejar algunas de las dudas que suscitan este tipo de reclamaciones¹⁴², línea de la que

¹³⁹ RJ 1998\5286; MP: Román García Varela.

¹⁴⁰ RJ 1999\642; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¹⁴¹ Aunque parece una reflexión *obiter dictum* o a mayor abundamiento: “Debiéndose resaltar por último, como también se hace notar en la sentencia recurrida, que en el proceso interdicial no se habló de temeridad de la acción ni siquiera a efecto de las costas procesales”.

¹⁴² Sin embargo, la Sentencia nº 467/2001, de 29 de julio (RJ 2002\1469; MP: Pedro González Poveda) supuso, de alguna manera, un (aislado) paso atrás en la doctrina de la Sala Primera puesto que manifestó que “en la evolución posterior de esta doctrina (del abuso de derecho) se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal, y sin que resulte provecho alguno para el agente que la ejercita; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que solo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos”. A pesar de estimar procedente la reclamación formulada, parece volverse a la tesis subjetivista del abuso del proceso.

es exponente, entre otras, la Sentencia nº 156/2004, de 5 de marzo¹⁴³, que también es reseñable por exigir, para la estimación de la acción de daños derivados del abuso del proceso, *que éste haya concluido con una resolución favorable para quien después reclame los perjuicios sufridos*¹⁴⁴, pues en otro caso la acción ejercitada de contrario no sería infundada.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004, de 29 de diciembre,¹⁴⁵ resolviendo –una vez más– un caso de reclamación de los daños derivados de la paralización de unas obras como consecuencia del ejercicio de un interdicto, contiene un interesante *obiter dictum* sobre los daños procesales provocados por actuaciones intraprocesales.¹⁴⁶ Esta resolución es también relevante en la medida en que afirma que, desde el punto de vista doctrinal, es más acertado fundamentar la acción de daños procesales en el art. 7.2 CC que en el art. 1902 del mismo cuerpo legal, sugiriendo que la recurrente apelación a la responsabilidad extracontractual en estos casos era equivocada (se insinúa que el abuso del Derecho no puede encuadrarse en la categoría de la responsabilidad extracontractual¹⁴⁷).

La distinción trazada por Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004 no fue seguida por la Sala Primera, que apenas dos años después se pronunciaría en un sentido diametralmente opuesto. En efecto, interesa hacer notar que el abuso del proceso, como concepto, fue objeto de un acuerdo adoptado por los magistrados

¹⁴³ RJ 2004\1810; MP: Pedro González Poveda.

¹⁴⁴ Requisito que, como luego veremos, es exigido generalmente en el Derecho norteamericano para que prospere una acción de daños basada en la precedente “*malicious prosecution*”. También lo es en el Derecho inglés en relación a ese *tort*, pero no cuando se trata de una acción muy similar: el *tort* de “*abuse of process*”. Desde la histórica sentencia de la *Court of Exchequer Chamber* en el caso *Grainger v Hill* (1838) –que sigue perviviendo como uno de los *leading cases* en la jurisprudencia inglesa– hasta nuestros días, el éxito de esta acción no requiere, ni que el primer pleito haya finalizado a favor del –ahora– demandante, ni que la posición procesal de la contraparte careciera de “probable cause”, poniéndose el énfasis en la “finalidad impropia” (*improper purpose*) en el uso del proceso por parte del litigante.

¹⁴⁵ RJ 2005\510; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

¹⁴⁶ “La posibilidad de que el proceso o los singulares actos procesales causen daño a otro, más allá de los que puede reparar la condena en costas (el artículo 96 del *Código di Procedura Civile* italiano se refiere a tales supuestos como de *responsabilità aggravata*) está contemplada por el legislador, ya sea para condicionar la admisión de aquellos al aseguramiento de la indemnización correspondiente –la vigente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, exige caución, por ejemplo, para la tutela cautelar (artículo 728.3), la práctica de determinadas diligencias en procesos suspendidos por declinatoria (artículo 64.2) o de diligencias preliminares (artículo 256.3) o para admitir demandas de tercería (artículo 598.2)–, ya para legitimar expresamente al perjudicado en orden a exigir la reparación pertinente –caso de los daños producidos con la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal (artículos 40.7 y 569.2) o por la tramitación de una declinatoria (artículo 64.2)–”.

¹⁴⁷ Sigue igualmente esta línea de razonamiento la Sentencia de la AP de Granada nº 126/2012, de 16 de marzo (JUR 2012\345016; MP: José Requena Paredes).

de la Sala Primera del Tribunal Supremo reunidos en Junta General celebrada el 18 de julio de 2006. El tenor literal del acuerdo fue el siguiente:

“Abuso del proceso.

Se aprueba mantener la línea de jurisprudencia clásica –consideración del abuso del proceso definido en el artículo 7.2 del Código Civil como supuesto especial de la responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1902 del mismo cuerpo legal, con plazo prescriptivo de un año – considerando el abuso del proceso dentro de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902, aplicando, a efectos de la prescripción de la acción, el artículo 1968.2, ambos del Código Civil”.

En relación a este acuerdo¹⁴⁸, es destacable que el Tribunal Supremo considere el abuso del proceso, desde el punto de vista de la dogmática civil, como un concepto autónomo, pero encuadrable dentro de la figura general del abuso del Derecho y, a su vez, afirme que es fuente exclusiva de responsabilidad extracontractual.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Me permito conjeturar que este acuerdo del Tribunal Supremo es una respuesta a algunas resoluciones de tribunales inferiores, como la Sentencia nº 575/2001, de 20 de septiembre (JUR 2002\12902; MP: Mariano Fernández Ballesta), de la Sección 5ª de la AP de Málaga, que habían sostenido que a este tipo de reclamaciones no les era de aplicación el plazo anual de prescripción que contempla el Código Civil para las acciones de responsabilidad aquiliana: “No puede aceptarse indiscriminadamente la tesis de la sentencia recurrida que, a los efectos de analizar si la acción ejercitada en el presente procedimiento se encuentra o no prescrita, la equipara a las de resarcimiento derivado de culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. En el presente caso es patente que el daño injusto que el actor entiende haber sufrido por parte de la demandada SEAT S.A. radica en el ejercicio ante los tribunales, por parte de esta Sociedad de una acción ejecutiva dimanante de la falta de pago de unas cambiales aceptadas por el actor Sr. L. A., libradas a la orden de aquella, por lo que, aun en la hipótesis de que se apreciase abuso de derecho en la presentación de la demanda ejecutiva, habría que considerar necesariamente que esta actitud denunciada de la entidad tomadora de las letras de cambio, se desenvuelve dentro del campo de las relaciones cambiarias existentes entre tomador y aceptante, y ello excluye consecuentemente cualquier calificación de culpa extracontractual, por lo que se estaría ante una situación de culpa *in contrahendo* en sentido amplio, es decir comprensivo del dolo civil, pues no puede desconocerse que el actor imputa a la entidad demandada nada menos que el hecho de pretender cobrarle en la vía ejecutiva el importe de unas cambiales cuyo importe afirma que ya le había sido satisfecho por el librador de aquellas. También cabe considerar que al proclamarse en el artículo 7.2 del Código Civil el derecho a ser indemnizado por acciones u omisiones que signifiquen abuso de derecho, sin expresar el cauce procesal para su ejercicio ni el plazo dentro del cual pueden ser ejercitadas, se está simplemente ante una acción no comprendida expresamente en la casuística de los artículos 1966 y siguientes del Código Civil, por lo que le sería de aplicación la regla general de los 15 años establecida en el 1964 del mismo Código. En uno y otro caso, por lo que afecta al presente procedimiento, lo decisivo es que no se puede contemplar la prescripción del año propia de las acciones derivadas de culpa extracontractual, y por ello la excepción planteada en ese sentido por la demandada, debe ser desestimada”.

¹⁴⁹ A continuación analizaremos lo discutible de una caracterización tan tajante, como la posterior Sentencia del Tribunal Supremo nº 6/2009, de 12 de enero (RJ 2009\544; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) puso en evidencia de forma implícita.

Otra resolución destacable por la singularidad del caso resuelto –y por la *finezza* jurídica de su razón de decidir- es la Sentencia nº 44/2006, de 25 de enero.¹⁵⁰ Una entidad financiera instó la ejecución de un préstamo hipotecario impagado, pero no acudiendo al procedimiento judicial sumario que preveía la Ley Hipotecaria, sino por el proceso ejecutivo común de la LEC 1881.

Habiéndose dictado sentencia de remate ordenando seguir adelante la ejecución, la ejecutante no instó, sin embargo, el procedimiento de apremio contra los bienes embargados, y dejó transcurrir dos años y medio hasta que interpuso demanda de procedimiento judicial sumario del entonces art. 131 LH sobre la finca inicialmente hipotecada como garantía de la devolución del préstamo. Ante la queja del prestatario de estar siguiéndose una duplicidad de procedimientos ejecutivos en su contra y su solicitud de declaración de nulidad del procedimiento hipotecario (que fue rechazada por el Juzgado), la entidad prestamista desistió del primer procedimiento ejecutivo. Posteriormente, la finca hipotecada fue subastada tras tramitarse hasta su finalización el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Antes de la subasta de la finca hipotecada, y cuando todavía no se habían anotado las cancelaciones de embargo de las diversas fincas trabadas, el prestatario ejecutado y sus fiadores iniciaron un proceso declarativo solicitando, tanto la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, como la condena del banco ejecutante a indemnizarles en los daños y perjuicios causados a consecuencia de haber seguido contra ellos dos procedimientos judiciales sucesivos (y, durante algún tiempo, coetáneos).

La sentencia del Juzgado rechazó la nulidad pretendida, pero condenó al banco ejecutante a indemnizar a los actores en la cantidad de 15.000.000 de pesetas; condena que fue revocada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de marzo de 1999, al considerar que la duplicidad de procesos se mantuvo por un escaso período de tiempo –poco más de dos meses- y concluir que, ni se apreciaba el elemento subjetivo necesario para entender contraria a la buena fe la actuación de la ejecutante, ni existían perjuicios derivados del mantenimiento de los embargos en la medida en que esos bienes se hallaban ya trabados previamente.

El Tribunal Supremo, a nuestro juicio de forma acertada, casa la sentencia de instancia al estimar que no es necesario acreditar la concurrencia del elemento subjetivo –*rectius*: intencional- (el *animus nocendi* o la ausencia de verdadero

¹⁵⁰ RJ 2006\612; MP: Antonio Salas Carceller. Esta STS fue objeto de un breve comentario por parte de José Francisco LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, “Abuso de derecho: uso caprichoso de los cauces procesales. Comentario a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 44/2006, de 25 de enero”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 5/2006, pp. 21003-21005.

interés en ejercitar el derecho) para entender que un derecho se ha ejercido abusivamente, siendo suficiente que las circunstancias en que se ejercite resulten objetivamente injustificadas, como acontece cuando un derecho se ejercita de modo contrario a sus fines institucionales, recalcando, no obstante, el “exquisito cuidado y riguroso análisis” con que la conducta procesal supuestamente abusiva debe ser analizada, “para no coartar el ejercicio de acciones”. Asumiendo la instancia, el Alto Tribunal acepta la cuantificación del daño patrimonial y moral realizada por el Juzgado. Y argumenta su decisión de casar la resolución de la Audiencia Provincial de la siguiente manera:

“Es esta situación, a la que la entidad ejecutante no ha dado explicación satisfactoria alguna, la que representa un ejercicio abusivo del derecho en cuanto significa un uso caprichoso de los cauces procesales que la Ley ofrece para la satisfacción del crédito, sin que pueda servirle de cobertura la afirmación de que los bienes allí embargados, al estar sujetos a otros embargos preferentes, carecían de valor a efectos de la ejecución pues, aunque ello hubiera sido así, ninguna nueva garantía para el éxito de la misma representaba la duplicidad en la vía ejecutiva. Así, el objeto y circunstancias en que se pretende hacer valer el propio derecho rebasa los límites del ejercicio normal del mismo, siendo evidente el daño para los actores, cuyo patrimonio inmobiliario queda embargado a ningún efecto, con el perjuicio que supone la adición de tales embargos a otros anteriores, para posteriormente iniciar un nuevo proceso hipotecario en el cual la garantía no va a ir más allá de la ya obtenida en aquél proceso” [Cursiva añadida].

La *ratio decidendi* de esta sentencia evidencia el notable progreso doctrinal de la Sala Primera, que ya abandona sin ambages la exigencia del elemento intencional para declarar abusivo el ejercicio concreto de un derecho -incluido, el de la tutela judicial efectiva- y pone correctamente el foco en el “uso caprichoso de los cauces procesales”.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 905/2007, de 23 de julio¹⁵¹, contiene un excelente resumen del *corpus* jurisprudencial existente hasta el momento:

“Esta Sala ha tenido ocasión de manifestarse en varios supuestos de derecho abusivo del proceso. La sentencia de 5 diciembre 1980 señala que la doctrina jurisprudencial tiene establecido que para la viabilidad de la petición de resarcimiento ocasionado por actuaciones judiciales de cualquier índole es necesario que la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa que la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por

¹⁵¹ RJ 2007\5147; MP: Encarnación Roca Trías.

oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de *justa causa litigantis*¹⁵² (sic [...])" La sentencia de 31 enero 1992 señala que en este tipo de procesos la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado, para no coartar el ejercicio de acciones; en efecto dice que "el proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio" (ver asimismo SSTS de 4 diciembre 1996 y 29 diciembre 2004). En resumen, ante esta Sala se ha planteado si la interposición de demandas que originan litigios puede ocasionar daños que sean resarcibles. Esta cuestión se integra dentro de lo dicho antes: quien usa el litigio para defender los intereses que cree legítimos, no está obligado a resarcir los daños causados al demandado que gana el pleito, dejando aparte los problemas de la condena en costas, que no debe considerarse como indemnización desde este punto de vista. (Ver las SSTS 4 julio 1988 , 14 julio 1989 , 20 diciembre 1991 y entre otras). Por tanto, quien usa de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), no puede decirse que causa daño a otro, a no ser que actúe en franco abuso del derecho. Pero la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en este sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005). Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001), pero no implica abuso del derecho a litigar que interpuesta una acción, no se obtenga la pretensión pedida (STS 21 marzo 1996)".

Especial interés reviste la Sentencia del Tribunal Supremo nº 6/2009, de 12 de enero¹⁵³, pues aunque estima el recurso de casación entendiendo que existía responsabilidad contractual por parte del demandado, lo hizo en un supuesto en que una de las partes, de forma consciente, incumpliendo el fuero competente y el Derecho aplicable pactados en el contrato, inició un pleito en Estados Unidos en reclamación, además, de una importante cifra por daños punitivos¹⁵⁴, lo que

¹⁵² Como ha hecho notar DE ÁNGEL YÁGÜEZ, no es infrecuente que algunas resoluciones judiciales, como la STS nº 905/2007, probablemente por un error de transcripción, se refieran a la "*iusta causa litigantis*" (sic), en vez de a la "*iusta causa litigandi*", que es la expresión latina correcta desde un punto de vista gramatical. Cfr. "Una expresión de lo que no es buena fe: el ejercicio malicioso de acciones judiciales", p. 16.

¹⁵³ RJ 2009\544; MP: Juan Antonio Xiol Ríos. Un análisis de esta STS puede leerse en Marco DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 89-95.

¹⁵⁴ Quizá convenga aclarar que la expresión "daños punitivos" -traducción literal española de los *punitive damages*- es equívoca. Lo que es "punitivo" es el *quantum* indemnizatorio a favor del perjudicado, no los daños que éste ha sufrido.

provocó a la contraparte cuantiosos gastos de defensa ante los tribunales de aquel país¹⁵⁵. Si bien la acción judicial ejercitada en Estados Unidos fue desestimada, la parte vencedora no vio resarcidos en esa jurisdicción los costes causados por su defensa, dado que como principio general, en la mayoría de los Estados que conforman la Unión rige, en materia de costas procesales, la denominada “American rule¹⁵⁶”, consistente en la inaplicación del principio de vencimiento objetivo (conocido en el *Common Law* como la “English rule¹⁵⁷”), de forma que, salvo en casos verdaderamente excepcionales, cada parte ha de satisfacer los gastos de su propia defensa y ello con independencia del desenlace final del pleito¹⁵⁸.

En el caso resuelto por la STS nº 6/2009, la parte vencedora en el pleito en Estados Unidos reclamó ante los tribunales españoles el reembolso de los gastos en que había incurrido en su defensa en los Estados Unidos (lo que fue inicialmente rechazado por las sentencias de instancia), siendo el recurso de casación estimado a pesar de que el recurrente, de forma algo confusa, incluyó en su recurso de

¹⁵⁵ Los daños punitivos son un residuo histórico del *Common Law*, desconocidos en el Derecho continental. De origen británico (Juliana MÖRSDORF-SCHULTE, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages*, Tübingen. Mohr Siebeck, 1999, cita dos precedentes ingleses de 1763), es hoy una figura arquetípicamente norteamericana. Según la definición canónica de PROSSER, “[s]uch damages are ‘given to the plaintiff over and above the full compensation for injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching not do again, and of deterring other from following his example’” William Lloyd PROSSER, *The Law of Torts*, 4ª ed., Lawyer’s edition, St. Paul West, Minn., EEUU, 1971, p. 9. De ahí lo especialmente grave del incumplimiento contractual de quien –como en el caso resuelto por la STS nº 6/2009– no solo acudió a un fuero distinto del pactado, sino que buscó la aplicación de un Derecho no ya diferente del español, sino que específicamente permitía la imposición de este tipo de daños (que a veces alcanzan en EEUU cifras millonarias), lo que parecía indicar la inequívoca voluntad “coactiva” de la entidad entonces demandante. Como destaca Pablo SALVADOR CODERCH “suele afirmarse que la institución de los `punitive damages` es ajena a la cultura jurídica europea continental cuando no contraria a los principios de que los Estados europeos –no sus ciudadanos– detentan, en sus respectivos territorios, el monopolio de la imposición y cobro de las sanciones (no solo) pecuniarias: los *punitive damages* no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas– veces superior a la indemnización puramente compensatoria. “Punitive damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 4, 2000, pp. 139-152. Para una rigurosa refutación de estas objeciones, *vid.* Rodrigo TENA ARREGUI, “Hacia un salto evolutivo del Derecho civil: de la justicia conmutativa a la disuasión”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 70, 2016, pp. 56-62.

¹⁵⁶ Cfr. Theodore EISENBERG y Geoffrey P. MILLER, “The English versus the American rule on attorney fees: an empirical study of public company contracts”, *Cornell Law Review* nº 98, 2013.

¹⁵⁷ Aunque esta regla, que sigue la máxima anglosajona clásica que se enuncia como “*costs follow the event*”, haya sido matizada en Inglaterra y Gales por las vigentes *Civil Procedure Rules*. Cfr. regla 44.2 (6).

¹⁵⁸ Las excepciones a la *American Rule* en la jurisdicción federal han sido analizadas por Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La brecha procesal entre EEUU y Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 106-109.

casación, en el seno de un mismo motivo, la infracción simultánea de los arts. 1101 del Código Civil y 1902 del Código Civil; es decir, reclamando conjuntamente la declaración de responsabilidad contractual y extracontractual¹⁵⁹. El Tribunal Supremo estimó que en el caso analizado ni siquiera era preciso pronunciarse sobre el eventual ejercicio abusivo del derecho a litigar¹⁶⁰, puesto que existió un “consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en el que se solicita la aplicación del Derecho de Estados Unidos de América, ante un Tribunal de esta República, en reclamación de una importante cifra por daños punitivos, lo que ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual.”¹⁶¹

Por tal razón, el Tribunal Supremo condena al demandado a abonar el importe de los honorarios de abogado y otros gastos relacionados con la defensa en el proceso iniciado en Estados Unidos precisando que

“los honorarios de abogados y otros gastos no son tratados como costas ante aquella jurisdicción y, en cuanto a los gastos que soporta esta calificación, criterios de imputación objetiva autorizan a considerarlos

¹⁵⁹ Y, a tenor del texto de la STS, no por invocación del principio de *unidad de culpa civil*, sino por una deficiente técnica vacacional. Sobre la vigencia de este principio en la jurisprudencia, *vid.*, Carlos AGUILAR FERNÁNDEZ y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “¿Responsabilidad de la entidad sanitaria elegida por el mutualista de MUFACE, en los casos de mala praxis médica?”, en 2016 *Práctica contenciosa para abogados*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 274-290.

¹⁶⁰ A nuestro juicio, la STS nº 6/2009 sí lo hizo implícitamente, si bien a través del prisma de la responsabilidad civil contractual, al existir un previo pacto procesal entre las partes. Lo que, en rigor, no hizo la mencionada STS, fue pronunciarse sobre la eventual responsabilidad civil extracontractual por abuso del proceso también invocada por el recurrente.

¹⁶¹ Para el Alto Tribunal, “el pacto de sumisión a fuero y de determinación del Derecho aplicable tiene un significado propio que comporta específicas consecuencias en el ámbito del proceso. Sin embargo, incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de relación obligatoria...” De estos razonamientos se infiere que, para el TS, fue decisivo que la parte que incumplió el contrato optara por acudir a un fuero –y a un Derecho– radicalmente distintos del acordado por las partes, de forma que un incumplimiento contractual del pacto procesal aparentemente “accesorio” suponía quebrar la economía de la relación obligatoria, en la medida en que exponía a la entidad demandada en EEUU al pago de una importante cantidad en concepto de “punitive damages” que no había previsto a la hora de prestar su consentimiento. De lo que se sigue que, de haber sido otro el fuero y el Derecho escogido por el inicial demandante, aunque no fuera el pactado, el sentido del fallo del TS no tendría que haber sido necesariamente el mismo. En tal caso, más que ante una actuación procesal abusiva, nos encontraríamos ante un mero incumplimiento contractual; eso sí, de un *contrato procesal*. Sobre las dos corrientes doctrinales (la formal y la material) en relación a las consecuencias del incumplimiento de los pactos procesales, cfr. Marco DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 82-89.

como una consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión, pues la demanda presentada ante una jurisdicción territorial distinta de la pactada por conceptos cuya invocación sólo es admisible ante aquella, los cuales podían determinar la cuantía mucho más elevada que la previsible según el Derecho aplicable a tenor del contrato imponían a la hoy recurrente la carga de la defensa. La reclamación de las costas ante los tribunales americanos ha de entenderse como un producto de la pretensión de resarcirse parcialmente de los daños sufridos. La decisión de aquellos tribunales de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento *ad hoc*, en el que la estimación de la petición de las costas por el Tribunal de los Estados Unidos de América no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada¹⁶².

La STS nº 6/2009 pone en evidencia que, en determinados supuestos, el abuso del proceso puede dar lugar al nacimiento de una acción de responsabilidad contractual, lo que acontece cuando el uso anormal del derecho a litigar se materializa a través del incumplimiento de un *pacto procesal* previo existente entre las partes¹⁶³. De ello se infiere que el Acuerdo de la Junta General de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 que, de forma rotunda, configura el abuso del proceso como un supuesto exclusivo de responsabilidad extracontractual, debe ser convenientemente matizado. Si bien es cierto que en la inmensa mayoría de los casos –como nos enseña la práctica recogida en los repertorios de jurisprudencia– la acción de daños procedentes del abuso del proceso deberá catalogarse como de naturaleza extracontractual (y, en particular, como una manifestación de la figura del abuso del Derecho), en otros, como el resuelto por la STS nº 6/2009, la acción de daños derivada de una previa litigación abusiva será de índole contractual¹⁶⁴, de forma tal que no cabe una

¹⁶² La STS nº 377/2014, de 14 de julio (RJ 2014\4776; MP: Antonio Salas Carceller), contempla un caso en que una entidad financiera, incumpliendo un acuerdo con unos particulares, procede a instar la ejecución de varios bienes de su propiedad. También en el marco de la responsabilidad contractual, la entidad financiera es condenada al pago de los daños causados (incluidos los morales) por esa indebida ejecución, lo que el TS entiende acertado pues “la consideración de los hechos revela claramente que los daños y perjuicios sufridos por los demandantes mediante una ejecución indebida que recayó sobre sus bienes se deriva directamente de la actuación de Banesto que fue contraria a lo convenido en cuanto a las operaciones de ingreso que debía llevar a cabo; sin que se haya alegado –ni, desde luego, exista– causa alguna excluyente de la imputación objetiva del resultado a la entidad demandada”.

¹⁶³ Sobre los contratos procesales, *vid.* Alicia BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Comares, Granada, 2002, pp. 10-12.

¹⁶⁴ En la jurisprudencia inglesa podemos hallar un caso similar al de la STS nº 6/2009. Es la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2001 por la *Court of Appeal* en el caso *Union Discount Co. Ltd. v. Zoller and others* [2001] EWCA Civ 1755. También aquí una sociedad, incumpliendo el fuero pactado contractualmente (Inglaterra), interpuso la demanda en el Estado de Nuevo York (EEUU). Tras conseguir que el tribunal neoyorquino se declarara incompetente por existir un

equiparación completa entre ambos conceptos (responsabilidad aquiliana y acción de daños provocados por la litigación abusiva) sin incurrir en la denominada *falacia de la composición*.¹⁶⁵

La posibilidad adicional de reclamar –como a continuación veremos-, en supuestos de comisión de un delito de estafa procesal con simulación de pleito, los daños provocados por esa concreta tipología de litigación abusiva en el seno del proceso penal –como acción de responsabilidad civil *ex delicto*¹⁶⁶- evidencia, nuevamente, que por más que en la inmensa mayoría de los casos el fundamento de la reclamación de los daños derivados de la litigación abusiva derive de la existencia de un previo ilícito civil extracontractual, ello no obsta para que puedan nacer acciones de daños procesales de otra naturaleza (contractual o *ex delicto*¹⁶⁷). De ello se deduce que, en rigor, no puede afirmarse –sin incurrir en una sinécdoque- que el abuso del proceso civil dé lugar *siempre* al nacimiento de la acción aquiliana a favor del perjudicado¹⁶⁸.

fueo convencional distinto, *Union Cal* planteó una reclamación judicial en Inglaterra, interesando el reembolso de los gastos de defensa incurridos en EEUU, que no fueron recuperados allí al no imponerse las costas a *Zoller*. La demanda fue desestimada en primera instancia, al entenderse que era una cuestión de *policy* no conceder indemnizaciones por los costes en que hayan incurrido las partes por litigar en el extranjero. Esta resolución fue revocada por la *Court of Appeal* en la citada sentencia, afirmando la viabilidad de la acción ejercitada como “independent and free-standing cause of action”. La *ratio decidendi* es similar a la de la STS nº 6/2009: el incumplimiento abusivo del pacto procesal es susceptible de generar la obligación de resarcir los daños y perjuicios. Como se aprecia, a esta materia parece no serle de aplicación el sarcasmo con el que Blaise PASCAL describía a la jurisprudencia en sus *Pensées*: “verdad aquende los Pirineos, error ayende” (*Pensamientos*, trad. Xavier Zubiri, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 85). En efecto, la *Court of Appeal* concluye: “The present case concerns someone who in breach of an EJC (Exclusive Jurisdiction Clause) litigates in a jurisdiction which save exceptionally does not award costs in strike out proceedings. Hence, no costs are asked for by the party who successfully applied for the strike out. It would have been pointless to do so. In such a case, on the assumption that to bring suit in the foreign jurisdiction amounts to a breach of contract, we consider that justice requires that he should receive the damages which he has suffered by reason of the breach. Those damages will be what he has reasonably expended on the strike out proceedings. *The situation appears to us to be akin to malicious prosecution and the same rule as that established in Berry should prevail*”. [Cursiva mía]

¹⁶⁵ La *falacia de composición*, muy esquemáticamente resumida, consiste en el error lógico de argumentar que, si un conjunto está compuesto por partes que tienen un atributo o propiedad, el conjunto presentará el mismo atributo o propiedad. Cfr. Robert AUDI, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 432.

¹⁶⁶ Vid. STS, Sala Segunda, nº 146/2015, de 17 de marzo (RJ 2015/1147; MP: Perfecto Andrés Ibáñez).

¹⁶⁷ Aunque, como luego se matizará, en puridad la responsabilidad aquiliana y la responsabilidad civil derivada del delito sean *esencialmente* la misma. Pero ello no obsta a que el citado Acuerdo de la Sala Primera tan solo mencione formalmente el art. 1902 CC y no el art. 116.1 del CP.

¹⁶⁸ Por ello, no es extraño que, antes casos dudosos -como el resuelto por la Sentencia nº 409/2012, Sección 5ª, de 16 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Las Palmas (JUR 2012\365935; MP:

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 455/2010, de 8 de julio¹⁶⁹, contemplando otro supuesto de abuso del proceso, se remite a la jurisprudencia anterior de la Sala Primera, rechazando en este caso estimar la reclamación interpuesta argumentando, entre otras razones, que en el pleito inicial ninguna de las resoluciones judiciales dictadas apreciaron la inexistencia de justa causa para litigar del ahora demandado, declarando inexistente el dolo o culpa por parte del banco que fue quien inició el primer proceso.

Reviste también interés la STS nº 872/2011, de 12 de diciembre¹⁷⁰, dictada en un caso de retraso desleal (*Verwirkung*¹⁷¹) en el ejercicio por parte de una entidad financiera de una acción ejecutiva –ya caducada-, que dio lugar a un embargo, luego alzado, que produjo daños al demandado. En dicha resolución el Alto Tribunal opta resueltamente por el criterio objetivo del abuso del proceso, afirmando que “[e]s indiferente que la conducta desleal sea o no realizada para buscar el daño del perjudicado; simplemente se requiere que se haya actuado en contra de las reglas objetivas de la buena fe, de acuerdo con las normas del tráfico y con lo que el perjudicado puede esperar de la propia conducta de quien ha producido la confianza”.

La Sentencia nº 425/2013, de 1 de julio¹⁷², merece ser igualmente destacada, por cuanto señala que “la jurisprudencia también rechaza la manipulación del proceso para aprovecharse de una posición de ventaja ganada en el contrato o en una comunidad merced a la posesión material de los bienes [...] cual sucede en este caso con Arnó obligando a los arrendadores a litigar mientras sigue explotando la cantera después de saber desde el año 2002 que los arrendadores no quieren ninguna prórroga más del arrendamiento”. De forma más o menos explícita, se reconoce por el TS, como un supuesto característico de abuso del proceso, la oposición en el proceso civil a la pretensión deducida por el actor, cuando la posición defensiva del demandado carece por completo de

Mónica García de Yzaguirre)-, en los que no es fácil deslindar el tipo de responsabilidad de que se trata, se haya apelado por los Tribunales al principio de unidad de culpa civil.

¹⁶⁹ RJ 2010\6029; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁷⁰ RJ 2012\32; MP: Encarnación Roca Trías.

¹⁷¹ Figura ya admitida en el Derecho español. Cfr. Fernando GÓMEZ POMAR, “¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 4/2015, p. 3. La apreciación en la práctica de la existencia del retraso desleal –que lógicamente implica que el derecho ejercitado no se encuentre prescrito- no está exenta de problemas, pues es difícil escapar de la “maldición del anclaje” –por utilizar la expresión del profesor CARRASCO-. Un caso paradigmático fue el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 148/2017, de 2 de marzo (JUR 2017\55416; MP: Francisco Javier Orduña Moreno), siendo apreciada la existencia del *Verwirkung* en el ejercicio de una acción de ejecución hipotecaria por la Audiencia Provincial, pero no por el Tribunal Supremo.

¹⁷² RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán.

fundamento. Si bien es verdad que la mencionada sentencia no contiene una elaboración doctrinal específica que afronte las peculiaridades de esta tipología del abuso del derecho a litigar, es resaltable el mero reconocimiento de la posibilidad de que una actuación procesal defensiva sea susceptible de producir un acto ilícito dañoso para la parte actora.

En el año 2015 se dictaron dos sentencias relevantes en la materia que nos ocupa. En primer lugar, la Sentencia del TS nº 564/2015, de 29 de octubre,¹⁷³ que resolvió un recurso de casación interpuesto en un supuesto en el que el perjudicado por adopción de una serie de medidas cautelares en diversos procedimientos civiles y penales solicitó, en un procedimiento declarativo ulterior, el resarcimiento de los daños causados por esa tutela cautelar. Interesa hacer notar que la actora fundó su acción exclusivamente en el artículo 1902 del Código Civil, indicando en su demanda que no eran de aplicación los artículos 742 y 745 LEC. El recurrente, de manera errática, tras haber visto desestimada su demanda en las dos instancias, fundamentó el recurso de casación en la presunta infracción del artículo 1902 del Código Civil, afirmando que tal precepto instaura un régimen de responsabilidad objetiva, supuestamente ignorado por las sentencias de instancia. El Tribunal Supremo, acertadamente, niega que la responsabilidad aquiliana tenga tal carácter objetivo, si bien reconduce la reclamación de la entidad recurrente, en virtud del principio *iura novit curia*¹⁷⁴, a los artículos 742 y 745 LEC, afirmando lo que sigue:

“No obstante, conviene precisar la naturaleza de la acción de que se trata y en este sentido ha de afirmarse que el hecho de venir amparada en el artículo 1902 del Código Civil no ha de variar la propia consideración que el legislador ha hecho sobre el ejercicio de tal derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios que hubieran podido causar la adopción de medidas cautelares, que pudieran calificarse de injustificadas según el resultado del proceso [...] de ahí que la configuración legal venga a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, pero condicionada en su exigencia a la demostración de los concretos daños o perjuicios sufridos”.

En coherencia con esta argumentación, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto, al entender que, aun debiendo responder de manera objetiva la demandada de los daños irrogados por esas medidas cautelares (no en virtud del art. 1902 CC –como equivocadamente señalaba la recurrente–, sino

¹⁷³ RJ 2015\4581; MP: Antonio Salas Carceller.

¹⁷⁴ Y me parece que, acertadamente, porque el Tribunal Supremo no estaba alterando la causa de pedir de la demanda, entendida ésta como “el conjunto de hechos constitutivos de la pretensión”.

de los arts. 742 y 745 LEC), la actora no había cumplido con la carga de acreditar su existencia.

La inmediatamente posterior Sentencia del Tribunal Supremo nº 579/2015, de 3 de noviembre,¹⁷⁵ también relativa a la reclamación en un procedimiento declarativo de los daños y perjuicios provocados por las medidas cautelares acordadas en un pleito civil precedente, contiene varios pronunciamientos de interés:

1º.- En primer lugar, alegada por la sociedad demandada la prescripción de la acción por haber transcurrido más de un año desde que se alzó el embargo, el Tribunal Supremo rechaza tal alegato prescriptivo señalando que “no se acciona en relación a los daños y perjuicios que hubiera podido causar con la adopción de medidas cautelares”, sino que se estaría ante una acción por daños derivados del procedimiento judicial abusivo -considerado en su integridad-, siendo el embargo tan solo “la primera” de las actuaciones procesales desviadas. Para el TS, esa pretensión cautelar no era más que un eslabón dentro de una estrategia procesal globalmente abusiva. La justificación del rechazo de este motivo de casación es ciertamente confusa y aparece mejor explicada en la sentencia recurrida¹⁷⁶. Como se precisa en esta última resolución, la demanda no se fundamentaba en la reclamación de daños y perjuicios *ex art. 742 LEC* -que prescribe que, una vez firme el Auto que estimara la oposición a la medida cautelar, se procederá a la exacción de los daños y perjuicios causados-. De hecho, en este caso la oposición a las medidas cautelares fue desestimada.

Por el contrario, la acción de la ahora actora encontraría sustento en el artículo 745 LEC, que contempla el supuesto de alzamiento de las medidas tras el dictado de sentencia absolutoria firme, previendo que “se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiera podido sufrir el demandado”. En la medida en que la “firmeza de la sentencia” no se produjo hasta que fue dictada la resolución correspondiente por el Tribunal Supremo, y al no haber transcurrido al plazo de un año desde esa fecha y el momento en que se interpuso la demanda de reclamación de daños, la acción ejercitada no estaba prescrita.

2º.- Acertadamente, se elimina por el TS la partida de la sentencia de instancia que condenaba a abonar a la ahora demandada los daños morales causados al administrador de la sociedad que sufrió un embargo preventivo, haciendo

¹⁷⁵ JUR 2015\261645; MP: José Antonio Seijas Quintana.

¹⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia nº 375/2013, de 31 de octubre (JUR 2013\377543; MP: José Manuel Nicolás Manzanares).

constar el Alto Tribunal que era manifiesto que estaba fuera del ámbito de protección de la norma el daño provocado a una persona física que, ni fue parte en la pieza de medidas cautelares, “ni tampoco en los juicios posteriores”.

3º.- La Sentencia del Tribunal Supremo confirma la decisión de la sentencia de instancia de indemnizar a la actora por el importe de los honorarios de su procurador y de su abogado por su intervención en la pieza de medidas cautelares, y ello aunque en la pieza incidental se impusieran las costas a la entidad ahora actora. De hecho, la sentencia de instancia también condenó a la demandada a la devolución del importe de esas costas –pronunciamiento que no fue recurrido en casación-, afirmando en su momento la Audiencia Provincial de Murcia para justificar esa decisión que “esa condena y ese pago son consecuencia de la falsa apariencia del buen derecho propiciada por las ahora demandadas, son resultado, una más, de la descrita reprochable actuación de las entonces actoras, abusiva y maliciosa o, cuando menos, gravemente culposa o negligente...”.

4.2.4. Conclusiones

Recapitulando, del análisis de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en los supuestos en que se invocaba el abuso del proceso pueden extraerse las siguientes conclusiones:

(i) En primer lugar, se observa un progresivo descarte de la exigencia del ánimo de dañar para imponer la responsabilidad por el ejercicio abusivo de las acciones judiciales, acentuado tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974. A día de hoy, y en significativo contraste con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el abuso del Derecho en otros ámbitos, cuando del abuso del derecho a litigar se trata, el Tribunal Supremo es claro al manifestar que basta una actuación culposa o negligente como título de imputación (o, dicho en otros términos, carecer objetivamente de *iusta causa litigandi*) sin que sea necesaria la concurrencia del dolo.

(ii) El Tribunal Supremo aboga por aplicar un criterio moderadamente restrictivo a este tipo de reclamaciones, que justifica en la posible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte contraria, señalando que, como es evidente, la carga de la prueba sobre la existencia del abuso del proceso recae sobre quien lo alega.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Por si hiciera falta, la STS nº 565/2014, de 12 de octubre (RJ 2014\4900; MP: Antonio Salas Carceller), precisa que es necesario acreditar en el segundo proceso la existencia de los denominados “daños procesales” derivados del primero, sin que se presuman en virtud del criterio *in re ipsa*.

(iii) La acción derivada de los daños provocados por un proceso abusivo previo, según la doctrina jurisprudencial, se encuentra sustentada por el art. 1902 del Código Civil¹⁷⁸, que regula el régimen general de la responsabilidad extracontractual, así como por el art. 7.2 del Código Civil, relativo al abuso del Derecho. Desde un punto de vista dogmático, el Tribunal Supremo conceptúa el abuso del proceso como una tipología específica dentro del fenómeno más amplio del abuso del Derecho, entendiendo de aplicación al litigante abusivo los criterios rectores del abuso de derecho expresados con carácter general por la jurisprudencia de la Sala Primera en aplicación del art. 7.2 del Código Civil.

(iv) No existe un posicionamiento claro por parte del Tribunal Supremo sobre si es determinante para la viabilidad de la acción que la temeridad o la mala fe sean apreciadas en el primer procedimiento por los órganos judiciales y que, en consonancia con ello, fueran impuestas las costas a quien entonces litigó de forma abusiva (se trataría de evaluar si ese pronunciamiento sobre las costas en el primer proceso despliega algún tipo de eficacia –ya sea de cosa juzgada material, de vinculación positiva o prejudicial, o incluso de menor intensidad, como el constituir un “hecho jurídico¹⁷⁹” o al menos indicio probatorio a tomar en consideración en el segundo proceso- sobre la ulterior reclamación de daños¹⁸⁰). Tan solo las Sentencias de 17 de marzo de 1984 –antes citada- y la de 6 de febrero de 1999¹⁸¹ se refieren a esta cuestión, y tampoco son claras en cuanto a la tesis que debe prevalecer¹⁸². Tampoco queda claro si, de no haber mediado una imposición

¹⁷⁸ A salvo de supuestos excepcionales como el resuelto por la STS nº 6/2009 (RJ 2009\544; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), en el que se fundamenta la condena en la responsabilidad *contractual* del demandante inicial.

¹⁷⁹ Como apunta Marina CEDEÑO HERNÁN, la sentencia es un “acto jurídico” que “produce efectos procesales que se proyectan dentro del mismo proceso o respecto de eventuales procesos posteriores que puedan incoarse y que también genera efectos materiales que se manifiestan hacia fuera del proceso”. *La tutela de terceros frente el fraude procesal*, Comares, Granada, 1996, p. 33. Sobre *la sentencia como hecho jurídico*, la profesora CEDEÑO reproduce una certera cita de CALAMANDREI, quien sostuvo que “la sentencia es considerada por la ley como hecho productor de efectos jurídicos, preestablecidos por la ley misma y no dependientes del mandato contenido en la sentencia”. *Ob. cit.*, p. 34.

¹⁸⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que toda sentencia firme, aunque no produzca efectos de cosa juzgada material, genera el efecto de constituir, en un ulterior proceso, un *medio de prueba cualificado* de los hechos en ella contemplados y valorados, y en mayor medida cuando hubieran sido determinantes de su parte dispositiva. En relación a esta cuestión, cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006 (RJ 2006\7624: MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel). Doctrina jurisprudencial que reputamos errada, por las razones que más adelante se dirán.

¹⁸¹ RJ 1999\642: MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¹⁸² La STS de 17 de marzo de 1984 afirma que la condena en costas en el primer procedimiento es exigible “en principio”, lo que ha llevado a autores como DE ÁNGEL YÁGÜEZ a afirmar: “Parece que el Tribunal Supremo no descarta –criterio a mi juicio acertado- que quepa apreciar malicia en el mantenimiento de una determinada actitud procesal aunque en el procedimiento a que se refiere esta conducta no se hubiesen impuesto las costas a la parte cuya malicia se alegada en un

de costas en el procedimiento precedente, éstas pueden ser reclamadas en el procedimiento declarativo posterior junto al resto de daños causados por el abuso del proceso¹⁸³.

(v) Otra cuestión dudosa –en este caso, procedimental-, pero que parece haber encontrado respuesta afirmativa en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, es la posibilidad de reclamar, en un procedimiento declarativo ulterior –como vía alternativa al trámite “privilegiado” de los arts. 712 LEC y siguientes en el seno del propio proceso donde se acordaron las medidas-, los daños y perjuicios provocados por la adopción de una medida cautelar que posteriormente es alzada.¹⁸⁴

(vi) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante Acuerdo de Junta de Magistrados de 18 de julio de 2006, además de abundar en la caracterización del abuso del proceso como una manifestación particular del abuso de derecho, establece que el plazo de prescripción para el ejercicio de este tipo de acciones es de un año, al ser su naturaleza extracontractual (art. 1968.2º CC). La consideración del abuso del proceso “como supuesto especial de la responsabilidad extracontractual regulada en el art. 1902 CC” es ciertamente

juicio posterior de responsabilidad por daños, entablado por la contraria”. Ob. cit., p. 17. La posterior STS de 6 de febrero de 1999 utiliza este argumento, como razonamiento *obiter dicta*, para justificar por qué entiende concurrente la *iusta causa litiganti*: “Debiéndose resaltar por último, como también se hace notar en la sentencia recurrida, que en el proceso interdictal no se habló de temeridad de la acción ni siquiera a efecto de las costas procesales. También la STS nº 455/2010, de 8 de julio de 2010, menciona la relevancia de lo dicho por las resoluciones judiciales dictadas en el primer proceso, pero nuevamente sin otorgarles, a mi juicio, un carácter decisivo: “(ii) La sentencia recurrida afirma que las resoluciones dictadas en el proceso en que se dictaron los embargos no contienen mención alguna acerca de la apreciación de la inexistencia de justa causa para litigar”.

¹⁸³ Se muestra favorable a esta posibilidad la Sentencia de la AP de Murcia, Sección 5ª, nº 335/2013, de 31 de octubre (JUR 2013\377543; MP: José Manuel Nicolás Manzanares).

¹⁸⁴ Volveremos más adelante a retomar esta cuestión. La STS nº 565/2014, de 12 de octubre (RJ 2014\4900; MP: Antonio Salas Carceller), en un caso en el que se reclamaban en un proceso declarativo ordinario los supuestos daños causados por una anotación preventiva de la demanda acordada en un proceso civil anterior, tampoco rechaza de plano esa posibilidad, si bien no fue una cuestión aparentemente debatida en los autos. El TS confirma la desestimación de la reclamación, pero por falta de prueba de los daños sufridos como consecuencia de la adopción de la medida. En particular, el TS niega que pueda hablarse en estos supuestos de la existencia de un daño *in re ipsa*, como alegaba el recurrente: “Pero es lo cierto que no existe jurisprudencia alguna sobre el carácter inherente o inseparable del daño al hecho de la anotación preventiva de demanda, ni se aprecian razones suficientes para que esta Sala hubiera de hacer una formulación de carácter general en tal sentido excluyendo la aplicación del principio general según el cual quien alega haber sufrido un daño o perjuicio ha de acreditar su existencia”. Las posteriores Sentencias del TS nº 564/2015, de 29 de octubre, y nº 579/2015, de 3 de noviembre, refrendan esta postura favorable a entender admisible la reclamación de los daños causados por una medida cautelar, no en el seno de proceso donde se acordaron, sino en un procedimiento declarativo posterior.

discutible, como la posterior STS nº 6/2009¹⁸⁵ puso en evidencia. Aun siendo mucho menos frecuentes en la práctica, cabe apreciar la existencia de abuso del derecho a litigar en supuestos de *incumplimiento cualificado* de pactos procesales concertados entre las partes -lo que determinará que, en estos casos, la naturaleza de la acción resarcitoria de los daños causados sea de índole contractual-. Debe recordarse también la posibilidad de reclamar los daños causados, en el seno del proceso penal, por aquellos casos de litigación abusiva previa que constituyan un delito de estafa procesal con simulación de pleito, por medio de la correspondiente acción civil de responsabilidad *ex delicto* (art. 116 del Código Penal).

(vii) En estrecha relación con lo expuesto en el apartado anterior, la jurisprudencia del TS también ha estimado reclamaciones fundamentadas en los daños causados por procesos iniciados contraviniendo el fuero y el Derecho aplicado contractualmente fijado por los contendientes. En este caso, se aprecia, con buen criterio, que aunque el daño se provoque utilizando un proceso civil, la naturaleza de esta responsabilidad es, en último término, contractual (se incumple un pacto procesal), por lo que ni siquiera sería preciso acreditar que quien causó el daño abusó del proceso de forma dolosa o manifiestamente negligente, bastando con que este incumplimiento contractual exista¹⁸⁶ y haya causado un perjuicio efectivo a la contraparte¹⁸⁷.

(viii) Aun cuando el Tribunal Supremo no ha realizado una construcción doctrinal específica, ha admitido en varias ocasiones reclamaciones fundadas en el abuso del derecho a litigar cuando quien ejercita ilegítimamente ese derecho es el demandado en el proceso, y no el actor. Esto es, si bien en la mayoría de los casos el abuso del proceso se concreta en el ejercicio de acciones infundadas, también se admite la posibilidad de que los daños y perjuicios ilegítimos se ocasionen como consecuencia de una oposición carente de base razonable a la

¹⁸⁵ RJ 2009\544; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁸⁶ Pero no basta un incumplimiento contractual cualquiera, sino uno que, por su entidad o especiales características, en palabras de la Sala Primera, genere unos perjuicios “que desborden el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual”. En suma, un incumplimiento cualificado que denote un ejercicio abusivo del contrato procesal.

¹⁸⁷ Es cierto que en estos casos el proceso se utiliza como instrumento para dañar a la otra parte contratante, pero la existencia de este pacto procesal previo supone que lo que existe, en esencia, es un incumplimiento contractual, cuya relevancia habrá de ponderarse desde la perspectiva de las relaciones obligatorias. La exigencia de la concurrencia del dolo o de la culpa (o del abuso) se desplaza, pues, al incumplimiento del contrato, si bien es preciso recordar que “[e]l incumplimiento es subjetivamente imputable cuando el hecho que lo haya causado deba ser puesto a cargo del deudor según la distribución de riesgos explícita o implícitamente pactada o supletoriamente prevista por el legislador en normas especiales o en normas generales (art. 1102-1105 CC)”. Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El *enforcement* de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 5, 2003, p. 21.

pretensión deducida por el actor. Ahora bien, las particularidades que presenta esta forma de abuso del proceso merecerían una mayor clarificación jurisprudencial que, hasta ahora, no se ha producido.

5. FENOMENOLOGÍA DE LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA JURISPRUDENCIA

Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia sobre esta materia puede sistematizarse, a grandes rasgos, la casuística de la litigación abusiva. Dado que nos movemos en el ámbito de aplicación de un concepto jurídico indeterminado, el análisis de los casos reales en los que esta figura ha sido examinada por los Tribunales será especialmente ilustrativo. No pretendemos aquí realizar una taxonomía cerrada y exhaustiva de todas las formas en las que esta patología puede manifestarse en la práctica, sino de agrupar los supuestos de abuso del proceso más recurrentes¹⁸⁸ y extraer de este examen empírico algunos rasgos comunes de las diversas manifestaciones de esta patología¹⁸⁹. Así, puede distinguirse la siguiente tipología de casos:

5.1. *Acciones de tutela sumaria ejercitadas de manera infundada para obtener la suspensión de una obra nueva (antiguo interdicto de obra nueva)*

El tipo de proceso civil que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁹⁰ ha protagonizado un mayor número de supuestos de litigación abusiva es, sin

¹⁸⁸ FERRER MARTÍN realizó la siguiente clasificación de la casuística del abuso del proceso: “El abuso de los derechos procesales debe apreciarse en la actuaciones siguientes, deduciéndose el carácter abusivo: a) De modo subjetivo, en el litigante que: 1) Sin motivo legítimo promueva un proceso con el solo propósito de molestar a su contrario, revelando conducta dolosa o gravemente culposa; 2) Con igual fin promueva recursos infundados sin más objeto que dilatar la efectividad de la sentencia recaída; 3) provocando dilaciones o retrasando de cualquier modo la resolución de litigios, para molestar o alejar la declaración de derecho discutido. b) En forma objetiva, por dirigir el proceso a fines inadecuados: procesos aparentes, simulados y fraudulentos en perjuicio de terceros”. “Abuso del derecho en el proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, 1969, 1, p. 149.

¹⁸⁹ Debe hacerse constar que, bajo la vigencia de la LEC 1881, se detectó al menos un supuesto de abuso del proceso que la entrada en vigor de la LEC 1/2000 eliminó. Se trataba del caso del demandado que, de forma deliberada, optaba por permanecer en rebeldía en primera instancia, de forma que si el actor no lograba probar los hechos constitutivos de su pretensión, el demandado rebelde se había ahorrado todo gasto y molestia. En caso de ser la sentencia estimatoria, una vez notificada la resolución adversa comparecía en autos para interponer recurso de apelación contra la misma y, amparándose en el art. 862.5 LEC 1881 (que disponía que habría de practicarse toda prueba pertinente que propusiere el rebelde, si se personare en autos en cualquiera de las dos instancias con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en la primera), solicitar con toda libertad y sin limitación alguna la práctica de la prueba que le interesare (conociendo, naturalmente, el resultado de la prueba practicada a instancias de la actora). Esta tipología de abuso del proceso fue analizada con detalle por Fernando ZUBIRI DE SALINAS, “La audiencia al demandado rebelde y el recibimiento a prueba en segunda instancia: un supuesto de abuso procesal”, *Jueces para la democracia*, nº 9, 1990, pp. 47-49. Dado que la LEC 1/2000 no contiene un precepto similar al art. 862.5 LEC 1881, esta corruptela ha desaparecido de la práctica forense.

¹⁹⁰ También por ello ha recibido una atención preferente por parte de la doctrina (civilista). Cfr. Ascensión LECIÑENA IBARRA, “Utilización perversa del interdicto de obra nueva y obligación

duda, el denominado, de acuerdo con la terminología de la LEC 1881,¹⁹¹ como “interdicto de obra nueva” y que en la actualidad aparece regulado como un procedimiento de tutela sumaria en el art. 250.1.5º LEC.

La razón que explica la frecuencia de reclamaciones de daños fundadas en un previo ejercicio abusivo de esta acción es que, tanto bajo la vigencia de la LEC 1881, como ahora, por aplicación del art. 441.2. LEC 1/2000, la admisión de la demanda lleva aparejada la suspensión automática de la “obra nueva” hasta el dictado de sentencia. En estos casos, un litigante puede forzar la suspensión de una obra y, por tanto, un retraso sustancial en su ejecución, sin necesidad de acreditar el “principio de buen derecho” de su pretensión. Indebidamente utilizado, este procedimiento de tutela sumaria puede ser un potente –e ilegítimo– mecanismo de presión negociadora para el propietario colindante, siendo evidente que los perjuicios que pueden derivarse de una paralización indebida de la obra durante un considerable periodo de tiempo no se verán resarcidos por una eventual condena en costas contra el actor, ni aunque fuera declarada su temeridad a los efectos del art. 394.3 LEC.

Como apunta MARTÍ MARTÍ, “la mayoría de ejemplos jurisprudenciales que se han resuelto estimando la acción de responsabilidad por actuación judicial, se han dado en nuestro Derecho en situaciones derivadas de la suspensión de obra en interdictos. Entendemos que el interdicto de obra nueva (juicio verbal de tutela sumaria de posesión con suspensión de obra nueva) ha sido utilizado en muchas ocasiones de forma desvirtuada a su fundamento y origen; y que la paralización de obras con juicios interdictales ha sido así mismo utilizada como vía coercitiva paralela a la negociadora¹⁹²”.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de diciembre de 1996¹⁹³, demuestra ser consciente del peligro latente de que esta acción sumaria sea ejercitada de forma abusiva, ya “que lleva consigo la paralización de una obra, pues los daños que ello origina son completamente previsibles e incluso a menudo se buscan con

de indemnizar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2, 2004, pp. 117-128; Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción”, cit., pp. 595-60; Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “21 de marzo de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Daños causados con motivo de una actuación judicial. Suspensión de obra en el procedimiento de interdicto de obra nueva. Sentencia interdictal estimatoria y el efecto de cosa juzgada La conducta de los interdictantes. La antijuricidad de la acción interdictal”, cit., pp. 943-958; Jacinto GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, cit., pp. 1509-1524.

¹⁹¹ Cfr. arts. 1663 y siguientes de la LEC 1881.

¹⁹² “Responsabilidad extracontractual...”, cit., p. 44.

¹⁹³ RJ 1996\8810; MP: Antonio Gullón Ballesteros.

el planteamiento del interdicto para lograr rápidamente concesión o compromisos del demandado que quiere evitarlos a toda costa". Se han referido a las reclamaciones de perjuicios provocados por este tipo de acciones sumarias de paralización de la obra nueva, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1995¹⁹⁴ o 26 de mayo de 1988¹⁹⁵.

Y es que, por mandato legal (art. 441.2 LEC), con el mero ejercicio de esta acción el actor consigue la adopción de una medida cautelar en sentido impropio (la paralización de la obra ejecutada por el demandado), sin que la desestimación de la demanda lleve aparejada, como ocurre con las medidas cautelares propiamente dichas -cuando son alzadas como consecuencia del fracaso de la acción ejercitada en la pieza principal-, la exacción de los daños y perjuicios causados dentro del propio proceso. Responsabilidad del actor que, además, en sede de medidas cautelares es, a mi juicio, de naturaleza objetiva, como en su momento se razonará, lo que evidentemente no concuerda con el régimen instaurado por los arts. 1902 y 7.2 CC¹⁹⁶ (que es aplicable a las reclamaciones de daños procesales derivadas de la litigación abusiva).

5.2. La acción judicial planteada a espaldas del demandado. El caso de la maquinación fraudulenta

Uno de los motivos que según la LEC 1/2000 dará lugar a la revisión de una sentencia firme es, según el art. 510.1.4º, que la misma se hubiera ganado injustamente en virtud de "maquinación fraudulenta". El caso más común de maquinación fraudulenta se produce cuando, de manera deliberada, el procedimiento judicial se tramita ignorándolo el demandado -que se encuentra en una situación de rebeldía involuntaria-, siendo perfectamente consciente el actor de cuál es su verdadero domicilio, que no facilita al Juzgado, precisamente,

¹⁹⁴ RJ 1995\5051; MP: Rafael Casares Córdoba.

¹⁹⁵ RJ 1988\4347; MP: Ramón López Vilas.

¹⁹⁶ Para CARRASCO PERERA, ob. cit., pp. 95-98, nos encontramos ante un "falso conflicto de abuso de derecho". Para este autor, el actor debe responder, no en base al art. 7.2 CC, sino, aparentemente, de forma objetiva, por haber causado un daño ilícito al demandado. Para ello, asemeja el régimen de responsabilidad del demandante al derivado del alzamiento de las medidas cautelares. A mi juicio, esta comparación no es correcta desde el momento en que la LEC no contempla en el primer caso un régimen de responsabilidad objetiva (a diferencia de lo que ocurre con la tutela cautelar), siendo conocido que, en nuestro Derecho de daños, a falta de una norma expresa que imponga específicamente el criterio de responsabilidad objetiva a un determinado supuesto, rige el de culpa. Además, no siempre quien ve desestimada esta acción debe responder de los daños causados. Puede ser que su ejercicio sí estuviera justificado, por tratarse de una cuestión dudosa o que se haya aclarado por medio, precisamente, del proceso. Por eso, el recurso a la técnica del abuso del Derecho, en este contexto, me parece adecuada. Cfr., en esa línea, YZQUIERDO TOLSADA, "2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción", cit., pp. 595-60.

para que éste no pueda ejercitar su derecho de defensa. Este fue el caso que, por ejemplo, dio lugar a la condena de los daños y perjuicios en la añeja Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959¹⁹⁷.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 348/2014, de 18 de junio¹⁹⁸, “hemos apreciado la existencia de una maquinación fraudulenta, justificativa de la revisión de la Sentencia, cuando quien ejercita una acción judicial oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento [...] en consecuencia, el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y de desplegar la diligencia adecuada en aras de adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no quepa exigirle una diligencia extraordinaria (STS 120/2009, de 3 de marzo). De no hacerlo así, se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de una maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la Sentencia”.

Un caso encuadrable en esta tipología es el examinado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, nº 163/2003, de 29 de noviembre¹⁹⁹, que condena al pago de los daños provocados por una entidad bancaria que instó el antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, omitiendo deliberadamente el requerimiento de pago al deudor, lo que le impidió cumplir con sus obligaciones y dar por finalizado el mismo; actuación litigiosa que dio lugar a la adjudicación a un tercero del inmueble de su propiedad.

5.3. Oposición infundada a la demanda

Se trata de otro supuesto característico de la litigación abusiva que consiste, básicamente, en oponerse a la demanda presentada de contrario por el mero hecho de dilatar la obtención por la contraparte de la tutela judicial pretendida o de aprovecharse de una situación ventajosa que, *de facto*, en atención a las circunstancias concurrentes, existe durante la tramitación del procedimiento. La estimación de una acción de reclamación de daños con base en una defensa procesal abusiva exige, igualmente, la inexistencia de justa causa para litigar, es decir, que no exista la más mínima base, fáctica o jurídica, para oponerse a la pretensión deducida en la demanda²⁰⁰. Ahora bien, la distinta posición procesal

¹⁹⁷ RJ 1959\1087; MP: Francisco Arias y Rodríguez-Barba.

¹⁹⁸ RJ 2014\3776; MP: Ignacio Sancho Gargallo.

¹⁹⁹ JUR 2004\195805; MP: Ángel Vicente Illescas Rus.

²⁰⁰ En ese sentido, PRADAS POVEDA y VÁZQUEZ MARTÍN (“El abuso del Derecho y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” en “*La Constitución y la práctica del Derecho*”, Tomo II

de quien abusa, en este caso, de su derecho a litigar, tendrá necesariamente consecuencias en cuanto al grado de exigencia de la ausencia de *iusta causa litigandi* que se requiere para hacerle responsable de los daños causados al demandante, que es todavía más acusado cuando quien abusó del proceso es el demandado.²⁰¹

5.4. La interposición de demanda con el propósito de obtener la suspensión del proceso civil que va a iniciar –o ya ha iniciado– quien sí se encuentra asistido de justa causa para litigar

Este supuesto consiste en la iniciación artificiosa de un proceso civil con el único fin de obtener la suspensión de otro procedimiento legítimamente iniciado, o pendiente de serlo, por un tercero. Fue analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 425/2013, de 1 de julio²⁰²:

“Pues bien, desde ahora mismo puede adelantarse que el recurso ha de ser desestimado, conforme a los arts. 11 LOPJ y 247 LEC, por entrañar una persistencia en la mala fe procesal de la parte recurrente y en un abuso del proceso y un fraude de ley procesal que tienen, como manifestación principal pero no única, la interposición de una demanda en Madrid el 31 de julio de 2008, conociendo la inhabilidad del mes de agosto, para entorpecer la demanda de extinción de los arrendamientos que la parte hoy recurrente sabía que necesariamente tendrían que interponer contra ella las hoy recurridas una vez transcurridos tres meses desde el requerimiento de 9 de mayo de 2008, plazo que vencía precisamente en dicho mes inhábil, y así poder alegar la hoy recurrente, en el presente litigio, la pendencia del litigio de Madrid en busca de un sobreseimiento (art. 421.1 LEC) o, al menos, de una suspensión (art. 43 LEC). El instrumento principal de esa maniobra procesal fue una demanda, la presentada en Madrid, tan difusa y confusa que, materialmente, equivalía a una revisión total de la relación contractual entre las partes desde su propio origen, planteando un objeto omnicomprendivo que frenara el tercer litigio que las hoy recurridas iban a tener que promover para recupera su cantera por expiración del plazo del arriendo”.

En definitiva, en estos casos lo que busca el litigante abusivo es obtener la suspensión del proceso civil pendiente –o de pendencia inminente– por un tercero, al amparo del art. 43 LEC, creando un supuesto de prejudicialidad civil aparente para entorpecer o, en todo caso, retrasar la obtención de la legítima

(dirs. por Manuel Aragón Reyes y Julián Martínez-Simancas), VVAA, Aranzadi, 1998, p. 1681) consideran que el abuso del proceso existe “bien con el ejercicio abusivo de una acción, o bien con el planteamiento abusivo de una excepción o de un recurso o alegación obstructiva de la acción emprendida por un tercero”.

²⁰¹ Cfr. Jorge W. PERYANO, “Abuso de los derechos procesales” en *Abuso Procesal* (dirs. Jorge W. Peryano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 79.

²⁰² RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán.

tutela judicial por parte de éste²⁰³, al modo de las “demandas torpedo” que, en el contexto de la litigación transfronteriza, será examinadas a continuación.

Como señala el Auto nº 40/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 12 de marzo de 2012²⁰⁴, a la hora de decretar cuál de los dos procesos debe suspenderse por prejudicialidad civil, el orden cronológico no es relevante, salvo, precisamente, en los casos en los que sea manifiesto que el segundo proceso se inició *ex profeso* para paralizar el primero, ya que “[e]l citado precepto únicamente parte de la existencia de dos procesos pendientes, al margen de que la cuestión a resolver se hubiera suscitado en otro anterior o posterior. Es precisamente la conexión entre ambos objetos lo que justifica la prejudicialidad, no cuál de ellos se inició con anterioridad al otro. Podría no obstante plantearse la relevancia del plano temporal en la sustanciación de un proceso posterior iniciado con el único propósito de paralizar el anterior de forma fraudulenta”.

En ocasiones, el inicio de numerosos pleitos conexos –con la finalidad de crear sucesivas situaciones de prejudicialidad civil- que pudieran haber sido ventilados en un solo procedimiento, obedece al deseo del litigante abusivo de mantener un determinado *statu quo* fáctico, imposibilitando con ese rosario de procedimientos judiciales la modificación de la situación de hecho que le favorece. Un ejemplo paradigmático de este tipo de estrategias procesales abusivas se desprende de la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 601/2009, de 25 de septiembre²⁰⁵. En ella se da cuenta de un ilegítimo manejo estratégico de los tiempos procesales de diversos procedimientos iniciados por dos coherederos, que se encontraban disfrutando, en exclusiva, de determinados bienes del caudal relicto. Los coherederos optaron, en palabras del TS, “desde un principio, en sus relaciones con los demás herederos o interesados en la herencia, por una determinada táctica procesal que les ofrecía una indudable posición de ventaja al encontrarse en posesión y disfrute de los bienes indiscutiblemente sí pertenecientes a la herencia, tácticas cuyas consecuencias habrá de asumir, lógica y necesariamente, la parte litigante que la ha desplegado, pues su derecho a la tutela judicial efectiva en nada menoscaba el mismo derecho fundamental a [sic] la parte contraria”. Para permanecer de forma ilegítima en la posesión exclusiva

²⁰³ Lógicamente, también es posible crear una situación artificial de prejudicialidad penal con efectos devolutivos, de cara a suspender el proceso civil (art. 40 LEC). A la vista de su uso espurio recurrente en el pasado, la LEC ha restringido los supuestos de prejudicialidad penal en los términos fijados en el precepto citado.

²⁰⁴ JUR 2012\124187; MP: Gregorio Plaza González. Para un análisis de esta resolución, cfr. Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “Prejudicialidad civil e impugnación de acuerdos sociales” en *Práctica contenciosa para abogados 2013*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2013, pp. 713-726.

²⁰⁵ RJ 2009\4597; MP: Francisco Marín Castán.

-y excluyente- de esos bienes los litigantes actuaron con un “calculado aprovechamiento abusivo de los tiempos del proceso”.

Este caso constituye otro ejemplo clásico del abuso del proceso. Se interpone una demanda, no con el fin de obtener una tutela judicial concreta, sino como un *instrumento* para dificultar la ejecución de resoluciones judiciales previamente dictadas y perpetuar la posesión indebida de determinados bienes.

5.5. Las denominadas demandas “torpedo”

Otro de los supuestos característicos de la litigación abusiva –íntimamente relacionada con la tipología examinada en el apartado anterior-, en este caso, internacional, lo constituyen las denominadas “demandas torpedo” o “torpedo italiano²⁰⁶”. Esta patología, originariamente nacida en los litigios sobre propiedad industrial y disputas fundadas en Derecho de la competencia, se ha ido ampliando a otras áreas cuando existe en dicha litigación un componente transfronterizo.

Bajo la vigencia del Convenio de Bruselas y, posteriormente, del Reglamento UE 44/2001, proliferaron demandas declarativas de contenido negativo, de carácter artificioso, interpuestas por litigantes en jurisdicciones especialmente lentas, como la italiana –de ahí el nombre coloquial asignado a este tipo de demandas– o la belga²⁰⁷. Estas acciones tenían como única finalidad crear una situación de litispendencia o prejudicialidad. Con arreglo al artículo 27.1 del Reglamento anteriormente mencionado, “[c]uando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos, el tribunal ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera”.

El problema es que la interposición de una demanda abusiva, teniendo en cuenta las características, por ejemplo, del proceso italiano²⁰⁸ -y la absoluta saturación

²⁰⁶ La expresión fue acuñada originariamente por Mario FRANZOSI, “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *EIPR* 1997, p. 7. Esta misma terminología es usada por la doctrina española. Cfr. Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y Sara SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013; y Julia SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: *forum shopping* y *demandas torpedo*”, *Cuadernos del Derecho Transnacional*, Vol. II, 2010, pp. 317-331.

²⁰⁷ Julia SUDEROW, *ob. cit.* p., 317.

²⁰⁸ Aunque, obviamente, la culpa no es siempre del sistema judicial italiano. Sirva como ejemplo el curioso caso resuelto por el Auto nº 942/2008, de 2 diciembre, de la Audiencia Provincial de Lugo (JUR 2009\117163; MP: José Luis Quiroga de la Fuente). Se denunciaba allí de forma confusa por una sociedad española haber sido víctima de un “fraude de ley”, por haber sido demandada en Italia, a pesar de existir una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Barcelona (constando que la sociedad española había sido judicialmente intimada de pago en Italia de forma

de sus órganos jurisdiccionales-, suponía que, en la práctica, para que el juez italiano simplemente decidiera sobre si ostentaba o no jurisdicción para conocer del caso hubiera que esperar varios años. De ahí el intensivo uso espurio del procedimiento ante una jurisdicción nacional tan lenta y colapsada, con el fin de conseguir la paralización del segundo procedimiento iniciado ante la jurisdicción verdaderamente competente. Al aplicarse un criterio de prioridad puramente cronológico, hasta que en el primer proceso el juez se declaraba incompetente en algunos casos podían pasar varios años, durante los cuales el segundo proceso quedaba en suspenso. Nada mejor para el litigante abusivo que interponer a toda prisa (“rush to the courts”) –para obtener tal prioridad- una demanda declarativa de contenido puramente negativo (simétrica a la que de forma inminente era previsible que se presentara por el verdadero perjudicado en el fuero correcto), y ello aun cuando las partes hubieran concertado expresamente una cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado distinto de aquél en que se interpuso la primera demanda²⁰⁹.

Otra variante del torpedo italiano consiste en demandar ante los tribunales estatales a pesar de la existencia de un convenio arbitral para, de este modo, aunque la otra parte hubiera hecho valer la existencia del convenio, litigar ante el juez que conoce del asunto acerca de la validez o de su aplicabilidad al caso concreto²¹⁰.

correcta, sin comparecer ésta ante el Tribunal de Treviso, siquiera para alegar la falta de competencia territorial). Correctamente, la AP de Lugo rechaza tan estrambótico alegato, señalando que la tesis del apelante violentaba el art. 21 del Reglamento 805\2004 y el principio de confianza recíproca entre los Estados miembros de la UE. Otro caso en el que el fuero competente era verdaderamente el italiano, sin que existiera abuso o fraude de ningún tipo, fue el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1/2017, de 10 de enero (JUR 2017\15211; MP: Rafael Sarazá Jimena).

²⁰⁹ Como “alternativa” a las acciones declarativas negativas, se han detectado también casos, en el ámbito de la propiedad industrial, de demandas abusivas en las que se insta al juez a que permita la comercialización de un producto o que declare que la comercialización de un producto es legal. Se trata de variantes de las demandas “torpedo”, en las que igualmente se busca la creación artificial de una situación de litispendencia mediante el planteamiento de acciones declarativas encubiertas de ausencia de infracción. Cfr. Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Litigios transfronterizos de propiedad industrial en la Comunidad Europea”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 29, 2008-2009, pp. 225-260. También debe hacerse referencia al denominado “torpedo de nulidad”, en el que el presunto infractor del derecho de propiedad industrial invoca artificiosamente la nulidad del título –por vía de acción o de excepción- para paralizar una acción por infracción presentada en su contra. *Vid.*, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, “Nulidad e infracción de patentes en Europa después de GAT y Roche”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo VI, 2006, pp. 269-284.

²¹⁰ En lo que se refiere a la relación entre las demandas torpedo y el arbitraje, *vid.* José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley Unión Europea*, I (9), 2013, pp. 5-23.

Estamos ante una manifestación muy nítida del abuso del derecho a litigar. El proceso civil se utiliza para lograr una finalidad distinta de aquella para la que fue creado, y se convierte en un simple medio para retrasar y obstaculizar la tramitación del otro procedimiento civil ante los tribunales verdaderamente competentes (o buscar un fuero más ventajoso: el fenómeno conocido como “forum shopping²¹¹”). Como se ha apuntado con acierto por la doctrina procesalista española, no existe en realidad una dicotomía conceptual entre litispendencia interna y litispendencia internacional, puesto que son idénticos los efectos que produce la correcta radicación de un proceso ante un órgano jurisdiccional. No obstante, parece útil mantener la nomenclatura de *litispendencia internacional* (en este caso, europea) para referirse a la simultánea pendencia de dos o más procesos con el mismo objeto ante tribunales de distintos Estados, en principio investidos de competencia judicial internacional²¹².

El TJUE ha señalado de forma reiterada que la regulación europea de la litispendencia descansa sobre la base de “fortalecer la posición jurídica de las personas establecidas en la Comunidad” (esto es, de reforzar la seguridad jurídica), así como de “facilitar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales” en el ámbito de la UE, evitando que se sigan procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros y la contradicción entre las resoluciones judiciales que de ello podría derivarse²¹³.

A este respecto, conviene tener en cuenta que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,²¹⁴ se entiende que una demanda declarativa (negativa) sobre la responsabilidad de una parte y una demanda de daños y perjuicios contra ese inicial actor por los mismos hechos tienen el mismo objeto y deben dar lugar a decretar la existencia de litispendencia y, por tanto, a

²¹¹ Conviene precisar que, en puridad, lo que no está permitido es el denominado “bad forum shopping”; esto es, aquel caso en el que la presentación de la demanda ante unos determinados tribunales solo puede justificarse mediante una interpretación extensiva de la norma que conduzca a un resultado imprevisible o produzca un menoscabo en los derechos de defensa del demandado. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, ob. cit., p. 237. Es el caso, por ejemplo, analizado –y resuelto– de forma ejemplar por la ya aludida Sentencia del Tribunal Supremo nº 1/2017, de 10 de enero (JUR 2017\15211; MP: Rafael Sarazá Jimena).

²¹² José Manuel CHOZAS ALONSO, “Litispendencia internacional y conexidad (artículos 27 a 30 RB)”, en *Derecho Procesal Civil Europeo*, VVAA (dir. Andrés De la Oliva Santos; coord. Fernando Gascón Inchausti), Vol. I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 273. En este trabajo, al que nos remitimos –dado que para lo que interesa a esta memoria de investigación no es preciso un examen tan detallado–, se analizan de forma exhaustiva los requisitos de la litispendencia internacional a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

²¹³ CHOZAS ALONSO, ob. cit., p. 273.

²¹⁴ Sentencia del TJUE (Pleno) en el caso *Tatry contra The Owners of the ship Macief Rataj* de 6 de diciembre de 1994 (TJUE 1994\196; MP: Constantinos Kakouris).

suspender el segundo procedimiento judicial.²¹⁵ Doctrina reiterada por el TJUE en la Sentencia del caso *Folien*,²¹⁶ a pesar de las fundadas advertencias contenidas en las conclusiones del Abogado General²¹⁷, que alertó del riesgo -ciertamente materializado por la posterior Sentencia del TJUE- de potenciar “las acciones torpedo” en caso de no afinarse la doctrina tradicional (*Gasser*) del TJUE sobre esta materia.²¹⁸

El TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la interpretación de los requisitos de la litispendencia y conexidad, abogando por un entendimiento expansivo que ha propiciado la proliferación de este tipo de demandas abusivas²¹⁹. Así, como ya hemos dicho, para el TJUE el hecho de que las pretensiones del demandante se formulen de forma negativa a la primera demanda, mientras que en la segunda demanda, el demandado, convertido en demandante, las formule de forma positiva, no hace que el objeto del litigio sea distinto²²⁰.

²¹⁵ Sentencia del TJUE del caso *Tatry*. Lógicamente, ese segundo proceso se suspende inicialmente, para después, eventualmente, sobreerse.

²¹⁶ Sentencia del TJUE, caso *Folien Fischer AG y otros contra Ritrama SpA*, de 25 de octubre de 2012 (TJCE 2012\308).

²¹⁷ Conclusiones del Abogado General N. Jääskinen, as. *Folien Fischer* (C-133/11), presentadas el 19.4.2012. Allí puede leerse la siguiente reflexión: “70. Admito que el Tribunal de Justicia ha reconocido que una parte puede «torpedear» o «entorpecer» la acción de la otra, al beneficiarse de una excepción de litispendencia en virtud de una aplicación extensiva del artículo 21 del Convenio. Sin embargo, admitir que una acción declarativa negativa en materia delictual pueda basarse en el foro especial de competencia previsto por el artículo 5, número 3 del Reglamento n° 44/2001 podría, en mi opinión, aumentar el riesgo de acciones de entorpecimiento, al ofrecer a los autores de hechos dañosos potenciales la opción de acudir a un órgano jurisdiccional distinto del lugar del domicilio del demandado. Es necesario evitar una interpretación del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001 que, aun siendo satisfactoria en el plano teórico, cree semejantes problemas prácticos.”

²¹⁸ Para un análisis de la Sentencia *Folien* desde la perspectiva del abuso del Derecho procesal de la Unión Europea, cfr. Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Acciones negativas, derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el asunto C-133/11 *Folien Fischer AG Fofitec AG C. Ritrama Spa*”, *Revista de Derecho Europeo*, n° 47, 2013.

²¹⁹ Sirva como ejemplo la Sentencia del TJUE del caso *Aannemingsbedrijf Aertssen NV y Aertssen Terrasements SA contra VSB Machineverhuur BV y Otros* (C-523/14, JUR 2015\244872, MP: C. Toader) de 22 de octubre de 2015, que declara que la mera interposición de una denuncia penal con personación como actor civil es apta, a los efectos del Reglamento 44/2001, para determinar la incompetencia del tribunal de otro país que inicia con posterioridad, a instancia de una de las partes, un procedimiento civil conexo.

²²⁰ Sentencia del TJUE en el caso *Gubish Maschinenfabrik (Flensburg) contra G. Palumbo (Roma)*, de 8 de diciembre de 1987 (TJUE 1998\52: MP: K. Bahlmann). En la misma línea, la posterior Sentencia del TJUE en el caso *Folien Fischer AG y otros contra Ritrama SpA*, de 25 de octubre de 2012 (TJUE 2012\308; MP: M. Safjan) declaró que “el art. 5.3 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una

En la Sentencia del caso *Gasser*²²¹, el TJUE se enfrentó ante una cuestión prejudicial en la que precisamente se planteaba la posibilidad, de forma excepcional, de soslayar la aplicación del artículo 27.1 del Reglamento UE 44/2001 en aquellos supuestos en los que un litigante hubiera interpuesto de forma abusiva (“vexatious and oppressive”) una demanda ante los tribunales de un Estado manifiestamente incompetentes, para “bloquear” así el procedimiento ante los tribunales del Estado contratante que sí eran competentes. También se ponía en cuestión por el tribunal que planteó la cuestión prejudicial si era igualmente posible excepcionar el régimen del art. 27.1 cuando el tribunal ante el que se hubiera formulado la primera demanda no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia en un “plazo razonable” de tiempo.

El TJUE fue muy claro a la hora de rechazar estas pretensiones, fundando su negativa en la necesidad de fortalecer una buena administración de Justicia en el seno de la Unión Europea que, a su juicio, pasaba por garantizar la libre circulación de sentencias. Esta argumentación se basaba en el respeto mutuo entre los órganos judiciales de los distintos Estados miembros, de forma que una excepción debida a la acreditada dilación en la resolución de los procedimientos de un estado miembro supondría –siempre según el TJUE– una violación del debido respeto ante los distintos tribunales (el denominado *principio de equivalencia*). A mi entender, esta postura tan inflexible -y sin matices de ninguna clase-, por parte del TJUE no merece un juicio favorable, pues en los supuestos más manifiestos de abuso del proceso, estando comprometido además el derecho de las partes a un juicio en un plazo razonable recogido en el art. 6 CEDH²²², debería haberse realizado una más meditada ponderación de los intereses en juego²²³, sin excluir de plano la posibilidad –siempre en supuestos excepcionales– de impedir un uso indebido de los efectos derivados del art. 27 del Reglamento UE 44/2001.

acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición”.

²²¹ Sentencia del TJUE (Pleno) del caso *Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl.*, de 9 de diciembre de 2003 (TJUE 2003\432; MP: Romain Schintgen).

²²² No obstante, conviene hacer notar que el TJUE (asunto *Gasser*) ha declarado que el art. 6 CEDH no es aplicable a la hora de interpretar las normas de litispendencia del Reglamento de Bruselas.

²²³ Esta labor de ponderación fue la que, por ejemplo, en el año 2001 hizo el *Tribunal de Grande Instance* de París, rechazando la aplicación del art. 21 del Convenio de Bruselas (antecedente del art. 27 del Reglamento 44/2001) ante un caso en el que la demanda “torpedo” se presentó ante un tribunal a todas luces incompetente. Sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 9 de marzo de 2001-00/04083. Para un examen de diversas resoluciones de los órganos judiciales de los miembros de la UE que han intentado neutralizar las “demandas torpedo”, y las distintas soluciones apuntadas, *vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 248-250.

Por lo que se refiere a la identidad subjetiva, el TJUE (caso *Tatry*) afirmó que en el supuesto de que dos demandas tengan la misma causa y el mismo objeto, y cuando las partes en el segundo proceso coincidan sólo parcialmente con las partes del procedimiento anteriormente iniciado en otro Estado miembro, no se impone a la jurisdicción que conoce en segundo lugar la obligación de inhibirse de todo el proceso, sino únicamente de la parte del mismo que afecte a las partes coincidentes en ambos procedimientos. Por lo que nada impedía, por el contrario, la continuación del segundo proceso entre las demás partes, siempre que así lo permitieran las reglas de conexión²²⁴.

En lo relativo a la identidad objetiva y de *causa petendi*, el TJUE ha forjado un concepto autónomo del concepto de *identidad sustancial* entre procesos, que prescinde de las concretas concepciones dogmáticas y jurisprudenciales de cada Estado, interpretando el presupuesto de identidad de objeto de una manera amplia, que engloba normalmente la totalidad de la relación jurídica establecida entre las partes²²⁵. También ha precisado el TJUE en la Sentencia *Tatry* que, para comprobar la identidad de la pretensión y de la causa de pedir, es irrelevante la distinta calificación del título en el que se basa la acción en cada uno de los dos Estados interesados (*actio in personam* o *actio in rem*).

Precisamente para poner coto a este tipo de conductas abusivas, el Reglamento UE n° 1215/2012²²⁶, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, fortalece el fuero escogido por las partes a través de la modificación de las normas de

²²⁴ La Sentencia del TJUE del caso *Drouot Assurances SA contra Consolidated metallurgical industries (CMI Industrial site) y otros*, de 19 de mayo de 1998 (TJUE 1998\120; MP: David Alexander Ogilvy Edward) se enfrenta al problema de la extensión a terceros de la eficacia excluyente de la litispendencia europea.

²²⁵ CHOZAS ALONSO, ob. cit., p. 281. El TJUE insiste en que los conceptos utilizados por el art. 27 del Reglamento 44/2011 deben interpretarse de manera “autónoma” –esto es, de forma no mediatizada por los ordenamientos internos de cada país miembro-, tomando en consideración “el sistema y los objetivos” de dicho Reglamento. Por ello, ya hemos visto cómo se considera que un proceso penal en cuyo seno se ejercita la acción civil derivada del delito es apto para provocar una situación de litispendencia que obliga a suspender el proceso civil iniciado con posterioridad en otro país de la UE. Cfr. Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-523-14, *Aannemingsbedrijf Aertssen NV, Aertssen Terrasements SA v. VSB Machineverhuur BV, Van Sommeren Bestrating BV, Jos van Sommeren* (C-523/14, JUR 2015\244872, MP: C. Toader).

²²⁶ El nuevo texto pone fin a un intenso y largo proceso de debate, redacción y análisis que se inició cinco años antes, con diversos estudios sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I en los Estados miembros (el informe *Heidelberg* y el informe *Nuyts*). Estos dictámenes fueron seguidos del informe de la Comisión Europea y del Libro Verde publicados el 21 de abril de 2009, la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de 2010, así como la Enmienda 121 del Parlamento Europeo del mismo año. Cfr. Julia SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 5, marzo, 2013, p. 185.

litispendencia²²⁷. Con la nueva regulación, se mantiene el régimen que da prioridad al tribunal ante el que se ha interpuesto la primera demanda, salvo en los casos en los que exista un acuerdo sobre elección del foro (artículos 29 y 31 del Reglamento 1215/2012²²⁸). En estos casos –derogando de esta forma la doctrina *Gasser*–, el órgano jurisdiccional designado en la cláusula de sumisión tiene prioridad para decidir sobre la validez y el alcance del mismo, siendo indiferente si el asunto se le ha sometido a su consideración en primer o en segundo lugar (artículo 31.2 del Reglamento 1215/2012).

Se señala en el *Considerando* 22 del indicado Reglamento que “[s]e garantiza así que en tal situación el órgano jurisdiccional designado tenga prioridad para decidir sobre la validez del acuerdo y sobre el alcance de su aplicabilidad al litigio de que conoce”.

Como se ha señalado por parte de la doctrina, sin perjuicio de que la inversión de la regla de la litispendencia reduce las ventajas de esas conductas oportunistas antes enunciadas, pues obliga al tribunal ante el cual se planteó la primera demanda, si no se le ha designado por la cláusula, a suspender el procedimiento hasta que el tribunal legítimo no haya resuelto sobre su validez, la aplicación de esta regla exige una prueba *prima facie* de existencia de la cláusula ante el tribunal para que éste proceda a declarar su competencia para conocer del procedimiento, lo que, como es fácil de imaginar, no estará exento de problemas²²⁹.

Adicionalmente, el denominado *Reglamento Bruselas I bis* solo aborda parcialmente el problema de las demandas torpedo, en la medida en que revisa

²²⁷ Como hacen notar Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y Sara SÁNCHEZ FERNANDEZ, “[d]urante la negociación de la propuesta, las delegaciones nacionales se mostraron divididas en cuanto a la oportunidad de la reforma. Un número importante de ellas consideró inadecuado el establecimiento unilateral de normas de competencia judicial frente a demandados domiciliados en Estados no miembros y se inclinaba por la posibilidad de buscar un acuerdo multilateral en la materia en el marco de la Conferencia de la Haya. Otras, aun aceptando la ampliación del ámbito de aplicación, abogaban por una armonización de mínimos en determinadas materias en lugar de por la uniformización de todas las normas de competencia”. “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013, pp. 9-35.

²²⁸ Con arreglo al art. 31.2, “[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo”.

²²⁹ Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y Sara SÁNCHEZ, “El nuevo reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013. Existe, por tanto, el riesgo de un “torpedo italiano” a la inversa, por lo que el problema parece lejos de haberse solucionado con la nueva fórmula adoptada por el Reglamento UE 1215/2012.

la prevalencia del criterio de prioridad temporal en aquellos casos en que está en juego una cláusula de sumisión (para garantizar que se respete), pero no aporta soluciones para aquellos supuestos, como el suscitado en el caso *Folien*, en los que no existe tal cláusula de sumisión, debiendo entonces solventarse la litispendencia conforme a la tradicional regla de prioridad cronológica.²³⁰ Por ello, *Folien Fischer* confirma que “el torpedo procesal sigue siendo una realidad en el ámbito del espacio judicial europeo, aunque con el limitado alcance de las acciones planteadas al amparo del art. 5.3 RBI²³¹”.

Finalmente, y por lo que se refiere a la *conexidad europea*, en la actualidad se encuentra regulada en el artículo 34 del Reglamento UE nº 1215/2012, debiendo destacarse que el TJUE, al igual que ocurre con la litispendencia europea, también ha acuñado una noción autónoma del concepto de *conexidad* que, a su vez, está muy condicionada por su previa conceptualización de la litispendencia europea. Como era previsible, la interpretación expansiva del concepto de litispendencia efectuada por el TJUE, al entender concurrente la misma cuando hay una identidad de procesos en un sentido muy amplio, ha reducido correlativamente el margen de aplicación de la figura de la *conexidad*²³².

Con arreglo a la STJUE dictada en el caso *Tatry*, la excepción de *conexidad* “debe comprender todos los supuestos en los que existe un riesgo de soluciones judiciales contradictorias, aun cuando las resoluciones pudieran ejecutarse separadamente y sus consecuencias jurídicas no fueron mutuamente excluyentes”. Como señala CHOZAS ALONSO, el énfasis se pone no tanto en la

²³⁰ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, ob. cit. p. 127. Salvo, claro está, de que se trate de una materia a la que el propio Reglamento asigne un fuero exclusivo, en cuyo criterio cronológico es por completo irrelevante. *Vid.*, sobre esta cuestión, la STJUE del caso *Irmengard Weber contra Mechthilde Weber*, C-438/12, de 3 abril 2014 (TJCE 2014\133; MP: C. Toader).

²³¹ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, ob. cit. p. 128. Esta autora, si bien se plantea la posibilidad de reconsiderar la doctrina fijada por el TJUE en *Folien* recurriendo a la figura del abuso del Derecho procesal, advierte igualmente de las dificultades teóricas que conlleva transitar este camino. También señala que, de reputarse el ejercicio de la acción negativa –en atención a las circunstancias concurrentes– como un abuso del proceso, las consecuencias tampoco estarían claras. Para algunos autores, la respuesta debería ser la inadmisión de la demanda por falta de interés legítimo para sostener la acción. Cfr. Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. Galgos o podencos: La litispendencia (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol. 5, nº 1, pp. 240-253. RODRÍGUEZ PINEAU aboga por la “imposición de condena en costas que valore la actuación del demandante”.

²³² *Vid.*, Sentencia del TJUE en el asunto *Tatry*, así como la STJUE en el caso *Gantner Electronic GmbH contra Basch Exploitatie Maatschappij BV.*, de 8 mayo 2003 (TJUE 2003\127; MP: Melchior Wathelet).

previsión del posible fallo, sino en las cuestiones que previamente cada juez debe resolver para alcanzar el mismo.²³³

En definitiva, de lo expuesto se infiere que, en el ámbito de la litigación europea transfronteriza, existe toda una constelación de supuestos de litigación abusiva provocados por la existencia, en el seno de la Unión Europea, de jurisdicciones especialmente lentas en la tramitación de los procedimientos judiciales civiles y, en especial, en la mera declaración de competencia o incompetencia del tribunal²³⁴. La existencia de esta justicia de “dos velocidades²³⁵” en el seno de la Unión es una disfunción que ha sido aprovechada por algunos litigantes que, mediante el planteamiento de acciones judiciales artificiosas ante jurisdicciones nacionales especialmente lentas, utilizaban de forma indebida el proceso no solo para obstaculizar y retrasar la tramitación del proceso ante la jurisdicción competente, sino también como un instrumento de presión negociadora.

Aun cuando no hemos podido localizar ningún pronunciamiento jurisprudencial que resuelva una reclamación judicial de los daños procesales causados por este tipo de demandas “torpedo”, de lo anteriormente expuesto (en especial, de la pluralidad de pronunciamientos del TJUE sobre esta materia) se infiere que, en el contexto de la litigación internacional, han sido frecuentes las acciones “torpedo”. Este abuso del proceso es, a nuestro juicio, con arreglo al Derecho español, susceptible de generar la correspondiente obligación de indemnizar a quien sufrió los daños derivados del “torpedo italiano²³⁶”. A este respecto, se ha

²³³ Ob. cit., p. 299.

²³⁴ Con arreglo al informe de la Comisión Europea *EU Justice Scoreboard* de 2016, los tres países de la Unión con un sistema judicial más lento –en lo que a las controversias de Derecho privado se refiere– eran Italia, Malta y Chipre (no se ofrecían datos de Bélgica, Bulgaria, Irlanda y Reino Unido). España ocupaba el puesto 16 de entre los 24 Estados que remitieron datos, si bien debe tenerse en cuenta que en el estudio se medía el tiempo medio requerido para tramitar hasta su finalización, en primera instancia, un proceso civil/mercantil, pero no para resolver incidentalmente una cuestión de competencia internacional que, en nuestro país, a través de la declinatoria (art. 39 LEC), se resuelve con relativa celeridad. Y, eso, en el supuesto de que la falta de competencia internacional no se hubiere suscitado de oficio (art. 38 LEC). Las conclusiones del indicado informe pueden consultarse en la siguiente dirección http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_en.pdf

²³⁵ En el mencionado *EU Justice Scoreboard* de 2016 se evidencia que en países como Lituania, Chequia, Austria, Hungría, Polonia, Alemania, Holanda, Dinamarca o Suecia, la tramitación completa de la primera instancia de un litigio civil, de media, no alcanza los 200 días. Por el contrario, en países como Portugal, Eslovaquia, Italia o Malta ese plazo se duplica o, incluso en el caso extremo de Chipre, se triplica. Para un solvente examen panorámico, *vid.* Giuliana PALUMBO, Giulia GIUPPONI, Luca NUNZIATA y Juan S. MORA-SANGUINETTI, “The Economics of Civil Justice: New Cross-Country Data and Empirics”, *OECD Economics Department Working Papers* No. 1060, 2013.

²³⁶ Sobre la posibilidad de imponer la obligación de resarcir los daños provocados por las demandas torpedo, *vid.* Luboš TICHÝ “Protection against Abuse of Process”, en *The Brussels Review Proposal Uncovered*, VVAA (ed. Eva Lein), 2012, British Institute of International and

apuntado que este modo de reprimir las demandas torpedo “tan sólo se podría aplicar a posteriori y una vez finalizado el procedimiento torpedo y el posterior procedimiento reclamando compensación si es que el demandante no inicia una nueva acción torpedo, esta vez contra los daños y perjuicios que le puedan reclamar por el primer torpedo. De esta forma el bucle procesal sólo puede crecer y prorrogarse en el tiempo.²³⁷”

Esto viene a demostrar que el Reglamento Bruselas I *bis*, a pesar de estar destinado, según su propio texto, a “evitar prácticas abusivas litigiosas,²³⁸” no resuelve de forma satisfactoria todas las situaciones de riesgo de potenciales abusos procesales que pueden cometerse a su amparo. En ese sentido, quizá hubiera sido recomendable incluir en el propio Reglamento una cláusula que contuviera expresamente la prohibición del abuso del proceso²³⁹, de forma que el primer juez o tribunal tuviera la facultad de revisar la intención real con que se plantea la demanda, de forma que, aunque fuera en casos excepcionales, pudiera verificar la existencia de un verdadero interés digno de protección, y descartar que se esté instrumentalizando ese proceso incoado para paralizar una segunda demanda planteada ante otro tribunal²⁴⁰. En tal caso, sería lógico facultar al

Comparative Law, Londres 2012, pp. 179-191. En la doctrina española, *vid.* Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada, pp. 2012-2013. Para Julia SUDEROW, “otras opciones ya existentes, como son las sanciones como compensación por daños y perjuicios por iniciar un procedimiento sin justificación y de mala fe, sanciones monetarias y el orden público, tampoco resultan efectivas en todos los Estados miembros ya que las primeras no tienen cabida en el ámbito del Reglamento y no todos los sistemas nacionales conocen el principio de victoria para determinar el reparto de las costas procesales y la compensación por daños y perjuicios en caso de demandas abusivas tampoco es común a todos los Estados miembros.” Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 5, marzo, 2013, p. 197.

²³⁷ Julia SUDEROW, *ob. cit.*, p. 197.

²³⁸ Considerando 19 del Reglamento.

²³⁹ Luboš TICHÝ propone la inclusión de una cláusula general que abarque la totalidad del Reglamento y no sólo las normas de litispendencia. En tal sentido, sugiere que se incorpore al Reglamento una disposición del siguiente tenor: “Actions of parties, which aim at circumventing the law, which contradict good morals and which, in their result, abuse the law, are considered ineffective”. *Ob. cit.*, p. 190. En contra, por entender que la admisión de la figura del abuso de Derecho menoscabaría la seguridad que persigue el Reglamento, “por cuanto encierra un margen de discrecionalidad que conlleva la posibilidad de ser aplicada de distinta forma”, *vid.* LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 249; también, *cfr.* Mario FRANZOSI, “Torpedoes are here to stay”, *IIC*, 2002, pp. 154-163.

²⁴⁰ Naturalmente, esta solución presenta el (serio) inconveniente de que supondría facultar al juez para que, en un estadio muy incipiente del proceso, valorara la potencial “abusividad” de la pretensión ejercitada en la demanda (aunque, de alguna forma, es una atribución que ya se concede al juez español en el art. 39.2 de la Ley 29/2015). Para que la decisión fuera más fundada, quizá sería recomendable que se fijara un cauce incidental *ad hoc* para dilucidar esta cuestión, dando audiencia –y posibilidad de aportar prueba– a todas las partes afectadas.

primer juez para rechazar esa demanda torpedo o, al menos, para dejar en suspenso el proceso si ya hubiese otro juez, en otro Estado miembro, conociendo del caso. En esa línea apunta tímidamente el propio Reglamento cuando regula la figura de la litispendencia con respecto a terceros Estados no miembros de la UE.

Por lo demás, debe recordarse que la figura del abuso del Derecho no es ajena al Derecho comunitario (*vid.* art. 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴¹), por lo que no sería necesario incorporar a la normativa de la Unión Europea conceptos importados como el alemán “Rechtsschutzbedürfnis” (interés legítimo entendido como necesidad de tutela judicial²⁴²). El TJUE, de hecho, ha proclamado con carácter general la aplicabilidad del abuso de derecho a las normas comunitarias:

“Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los justiciables no pueden prevalerse de manera fraudulenta o abusiva de las normas jurídicas del Derecho de la Unión y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de dicho Derecho²⁴³”.

²⁴¹ Incluso puede encontrarse una referencia explícita al abuso del proceso en el art. 7 de la Directiva UE 2016/943, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas: “1. Las medidas, procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva se aplicarán: a) de forma proporcionada; b) evitando la creación de obstáculos al comercio legítimo en el mercado interior, y c) *previando medidas de salvaguarda contra los abusos*. 2. *Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes puedan aplicar, a instancia de la parte demandada, las medidas adecuadas previstas en el Derecho nacional cuando una demanda relativa a la obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial sea manifiestamente infundada y se constate que la parte demandante ha ejercitado la acción de forma abusiva o de mala fe*. En su caso, tales medidas podrán incluir la indemnización por daños y perjuicios a la parte demandada, la imposición de sanciones a la parte demandante o una orden de difusión de información relativa a la resolución tal como dispone el artículo 15”.

²⁴² Julia SUDEROW aboga por introducir este concepto en el Reglamento de Bruselas. Ob. cit., p. 198. Que la doctrina alemana haya acudido a la utilización del “interés de protección legal legítimo” para rechazar actuaciones procesales abusivas es coherente con el hecho de que la figura de abuso de Derecho no sea reconocida de forma autónoma en el ordenamiento germano, en el que no se la distingue claramente de la buena fe. Pero reconocida la figura del abuso de Derecho en la normativa comunitaria –y en la jurisprudencia del TJUE– no vemos por qué habría de prescindirse de ésta para dar solución a los problemas que plantea el uso desviado de las reglas que regulan la litispendencia y la conexidad en los procesos transfronterizos intracomunitarios.

²⁴³ STJUE de 21 de julio de 2011, caso *Tural Oguz contra Secretary of State for the Home Department* (TJCE 2011\229). Aunque no fue siempre así. Cfr. las Conclusiones del Abogado General Giuseppe TESAURO presentadas el 4 de febrero de 1998, caso C-367/96, *Kefalas y otros*. Un punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE lo constituye el caso *Halifax*. En las Conclusiones del Abogado General Poiras MADURO se abogaba por acoger el principio de “prohibition of abuse of Community Law”, si bien la posterior Sentencia del TJUE prefirió aludir al concepto, más

El artículo 33 del Reglamento 1215/2012 regula el mecanismo que se debe aplicar a las situaciones de litispendencia entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de terceros Estados que conozcan con anterioridad de una acción con el mismo objeto, causa y partes²⁴⁴. El instituto de la litispendencia con terceros Estados funciona de forma diferente a como lo hace en situaciones intracomunitarias. En efecto, el artículo 33 permite suspender el procedimiento en el Estado miembro cuando quepa esperar que la resolución del tribunal del tercer Estado pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro en el que se tramita el segundo procedimiento y se estime que la suspensión del procedimiento resulta necesaria “en aras de la buena administración de justicia”.

Con arreglo al Considerando 24, “[a] la hora de apreciar la buena administración de justicia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate debe valorar todas las circunstancias del asunto de que conoce. Esta valoración puede incluir las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, la fase a la que se ha llegado en el procedimiento en el tercer Estado en el momento en que se inicia el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro, y si cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución en un plazo razonable”.

Esta norma merece una valoración positiva²⁴⁵, pues permite al tribunal suspender el procedimiento mediante un análisis *ad casum* del proceso y de *todas las circunstancias* que lo rodean, evitando a la vez algunos excesos producidos al amparo de la doctrina sentada por el TJUE en su Sentencia del caso *Owusu*.²⁴⁶ El criterio de la “buena administración de justicia” actúa así como válvula de escape ante posibles abusos del proceso, ya que evita la aplicación mecánica de la norma de litispendencia intracomunitaria, otorgando cierta margen de discrecionalidad al juez del Estado miembro.

Fuera del ámbito de la Unión Europea, es preciso hacer mención al art. 39 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil (LCJI). La LCJI solo se aplica en defecto de norma europea o internacional en la

difuso, de “abusive practice”. Sentencia de 21 febrero 2006, *caso Halifax plc y otros contra Commissioners of Customs & Excise* (TJCE 2006\383; MP: S. von Bahr).

²⁴⁴ Este precepto solo se aplica cuando el tribunal del Estado miembro pueda ser competente en virtud del foro general del domicilio del demandado o de los foros especiales recogidos en los artículos 7 (materia contractual), 8 (litisconsorcio) y 9 (buques). Esta norma no se aplica cuando el tribunal del Estado miembro tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo de sumisión, de un contrato de seguro, de un contrato de trabajo o de consumo.

²⁴⁵ Julia SUDEROW, ob. cit. p., 195.

²⁴⁶ Caso *Andrew Owusu contra N. B. Jackson*. Sentencia de 1 marzo 2005 (TJCE 2005\48; MP: Romain Schintgen). Dicho de forma telegráfica, el TJUE proclamó que el artículo 2 del Reglamento 44/2001 prevalecía sobre las jurisdicciones de terceros Estados, dejando sin efecto el principio “*forum non conveniens*”.

materia, o de norma especial de Derecho interno (*vid.* art. 2 y disposición adicional primera, donde se relacionan las normas especiales).

En el indicado precepto, que regula la litispendencia internacional, el legislador ha adoptado determinadas cautelas –similares a las del art. 33 del Reglamento 1215/2012- que parecen orientadas a prevenir la utilización abusiva de procesos civiles en el extranjero para suspender procedimientos tramitados en España. En efecto, el art. 39.2 dispone lo siguiente:

“2. Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acordar la continuación del proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...]

“c) Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable.

d) Que se considere necesaria la continuación del proceso para la buena administración de justicia”.

Una previsión legal semejante se incluye en el art. 40.3 de la misma norma, esta vez en relación a las demandas conexas.²⁴⁷ Nuevamente, tenemos que indicar que tales normas merecen un juicio favorable, en la medida en que, aunque sea de forma limitada, huyen de automatismos y otorgan al juez una cierta dosis de discrecionalidad que le permitirá rechazar pretensiones manifiestamente abusivas.

5.6. Reclamación de los daños y perjuicios provocados por la adopción de una medida cautelar en un proceso precedente.

En este grupo de casos, el demandado en el primer proceso que ha sufrido injustificadamente los efectos de una medida cautelar interesada de contrario, en vez de acudir al procedimiento de reclamación de esos daños previsto en la LEC -un trámite procesal que admite su reclamación dentro de ese primer procedimiento (742 LEC)-, decide reclamar su importe en un procedimiento declarativo ulterior. La admisibilidad de esta reclamación por la vía de un proceso declarativo, a elección del perjudicado, puede parecer dudosa por una

²⁴⁷ El precepto dispone lo siguiente: “3. El órgano jurisdiccional español podrá continuar con el proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que considere que ya no existe riesgo de resoluciones contradictorias.

b) Que el proceso extranjero sea suspendido o concluido.

c) Que estime poco probable que el proceso extranjero pueda concluirse en un tiempo razonable.

d) Que considere necesaria la continuación del proceso en aras de la buena administración de justicia.

serie de consideraciones –a las que luego aludiremos-. Entre ellas, el diferente régimen de responsabilidad fijado en la LEC y en el art. 1902 CC.²⁴⁸

Sin embargo, debe hacerse notar que la jurisprudencia, antes y después de la vigencia de la LEC 1/2000, se ha mostrado claramente favorable a admitir tal posibilidad.²⁴⁹ Entre la jurisprudencia menor, cabe destacar por su exhaustividad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, nº 335/2013, de 31 de octubre.²⁵⁰

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial, la STS nº 565/2014, de 12 de octubre²⁵¹, en un caso en el que se reclamaban en un proceso declarativo ordinario los daños causados por una anotación preventiva de la demanda acordada en un proceso civil anterior, confirma implícitamente esta posibilidad.

Con mayor claridad aún, la STS nº 584/2015, de 29 de octubre²⁵², desestima una reclamación de daños procesales provocados por diversas medidas cautelares (adoptadas tanto en la jurisdicción civil, como en la penal, en procedimientos precedentes), planteada a través de un proceso declarativo posterior, por falta de prueba de los daños causados, pero no por sostener que el cauce escogido por el actor fuera inadecuado. La posterior STS nº 579/2015, de 3 de noviembre²⁵³, confirma una condena fijada en la instancia por los daños y perjuicios provocados por una medida cautelar adoptada en un pleito precedente, sin oponer tampoco objeción alguna a la vía procedimental escogida. Bien mirado, la reclamación de estos daños a través de un procedimiento declarativo puede tener sentido cuando el perjudicado, por la entidad y/o peculiaridades de los daños, prefiere disponer de la amplitud alegatoria y probatoria que le ofrecen este tipo de procesos.

Debe hacerse notar que la acción que se ejercita en estos supuestos no es la de daños derivados de la litigación abusiva, aun cuando en ambos casos deriven de

²⁴⁸ Francesco CARNELUTTI, ("Sulla responsabilita per esecuzione el sequestro", *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, II, pp. 191-193) apuntó agudamente que el recurso al régimen general del Código Civil, en este caso, es más problemático de lo que aparenta. Pues "salir" de la ley procesal civil para cubrir una –dudosa- laguna es ir contra el espíritu –de vocación *integral*- de todo Código: la integración de la norma debería realizarse dentro de la ley adjetiva. Pero como se verá en su momento, si partimos de la base de que el criterio de responsabilidad para caso de alzamiento de las medidas aparece fijado ya por la LEC, la reclamación de los daños y perjuicios a través de un procedimiento declarativo sería una solución que no exigiría ninguna remisión a normas sustantivas y que, por tanto, podría sustanciarse, tanto en el fondo, como en la forma, sin salir de la propia ley adjetiva.

²⁴⁹ Como ya se indicó anteriormente, la Sentencia del TS de 5 de noviembre de 1982 también admitió esta posibilidad, si bien bajo el régimen de la LEC 1881.

²⁵⁰ JUR 2013\377543; MP: Nicolás Manzanares, Manuel.

²⁵¹ RJ 2014\4900; MP: Antonio Salas Carceller.

²⁵² RJ 2015\4581; MP: Antonio Salas Carceller.

²⁵³ RJ 2015\261645; MP: José Antonio Seijas Quintana.

actuaciones procesales que no se debieron iniciar. En el primer caso, la causa de pedir (los hechos constitutivos de la pretensión) deriva de haber interesado el litigante una tutela cautelar que luego se ha mostrado objetivamente infundada (con independencia de la intención y diligencia del actor al pedirla). El derecho al reembolso de los daños nace *ope legis*, con base en unos preceptos de la LEC que, establecen, además, un criterio de responsabilidad objetiva. En el otro caso, el título jurídico es diverso: se trata de una acción de daños que deriva del 7.2 CC -o, en su defecto, del 1902 CC-, siendo los hechos constitutivos de la pretensión diferentes (es preciso probar -o cuando menos, justificar- la existencia del abuso o, en su defecto, la concurrencia de negligencia o el dolo, lo que no ocurre en el primer caso).

5.7. Daños producidos por una solicitud infundada de quiebra

Si bien el art. 20 de la Ley Concursal señala que, firme el Auto que rechace la solicitud de concurso necesario, se procederá, a petición del deudor y por los trámites del art. 712 LEC y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, le hubiera ocasionado la solicitud de concurso, el art. 1034 del Código de Comercio de 1829 establecía que, revocada la declaración de quiebra, “el comerciante contra quien se dio podrá usar de su derecho en indemnización de daños y perjuicios, si se hubiera procedido en ella con dolo o falsedad o injusticia manifiesta.”²⁵⁴ Como se aprecia, el ámbito de aplicación de ambas normas no es coincidente.

De ahí que el Tribunal Supremo haya tenido la posibilidad de pronunciarse en algunas ocasiones sobre acciones de daños derivados de previas solicitudes de quiebra formuladas por acreedores que carecían de fundamento (*vid.*, STS nº 78/2002, de 19 de febrero²⁵⁵). El art. 1034 del Código de Comercio de 1829, al exigir la existencia de “dolo o falsedad o injusticia manifiesta”, establece un régimen de responsabilidad subjetiva (basado en el dolo y/o en la culpa, por contraposición a la responsabilidad objetiva) muy similar al fijado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al resarcimiento de los daños derivados del abuso del proceso.

²⁵⁴ El procedimiento utilizable, según el art. 1332 LEC 1881, era el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, que se tramitaba “en los mismos autos de reposición de quiebra”. En el mismo sentido, el art. artículo 885 del Código de Comercio de 1885 disponía que “[e]l comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores, podrá ejercitar contra estos acción de daños y perjuicios, si hubieran procedido con malicia, falsedad o injusticia manifiesta”.

²⁵⁵ RJ 2002\4144; MP: José Ramón Vázquez Sandés.

Un caso relacionado con el anterior, pero de distinta naturaleza, es el analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 596/2000, de 17 de junio²⁵⁶. Aquí lo que era objeto de reclamación, *ex art.* 1902 CC, fueron los daños causados a terceros (los empleados de la sociedad) por la infundada solicitud de declaración de quiebra voluntaria por parte de la sociedad, a instancia de sus accionistas. El TS confirmó la condena contra los accionistas de la sociedad que acordaron la presentación de la solicitud de quiebra voluntaria, argumentando que “esta Sala ha de compartir la calificación como culposa o negligente de la conducta imputada a los recurrentes al solicitar la declaración de quiebra voluntaria basándose en un balance de la sociedad, realizado por ellos o a su instancia, sin ninguna garantía de que reflejase la verdadera situación de la sociedad, incluyendo en él créditos inexistentes, no solo los figurados a nombre del fallecido administrador de la sociedad y de la señora C., sino de otros que posteriormente no figuran en el informe de graduación de créditos, lo que dio lugar a esa aparente situación de desbalance que propició la declaración de quiebra voluntaria, seguida del cierre de la empresa por los actores que inmediatamente solicitaron de la autoridad laboral la extinción de los contratos laborales concertados con los aquí recurridos”.

Nótese que en este caso la reclamación no sigue el esquema clásico de abuso del derecho a litigar dirigido contra el demandado, que una vez concluido el primer proceso civil reclama los daños causados. En este caso, el TS accede a la reclamación de terceros –en el sentido estricto de la palabra-, afectados indirectamente por una pretensión que no ha sido dirigida formalmente en su contra. Creo que la tesis defendida en la STS de 17 de junio de 2000 es correcta, pues el hecho de que los trabajadores no ocuparan la posición de demandados en el proceso concursal es irrelevante. Lo que es un hecho cierto es que, con una negligencia inexcusable, los accionistas de la sociedad promovieron la quiebra voluntaria de la sociedad de forma injustificada, lo que produjo un daño a esos terceros, por la automática extinción de sus contratos de trabajo. El proceso –concursal en este caso- se utiliza de forma extraña a su fin institucional (el reparto equitativo de los activos entre los acreedores de la sociedad), creando una apariencia de insolvencia que no era real, y causando un daño ilegítimo a terceros, consecuencia directa de ese abuso del proceso, que no tienen el deber jurídico de soportar. Es más, nada impide que acciones semejantes puedan ser planteadas una vez entrada en vigor la Ley Concursal, pues esta norma tampoco

²⁵⁶ RJ 2000\5289; MP: Pedro González Poveda.

prevé un cauce procesal específico para solventar una reclamación de esta naturaleza.²⁵⁷

Finalmente, debe hacerse referencia a otra variante del abuso del proceso concursal, consistente en su iniciación espuria –provocando la insolvencia de la concursada de forma artificial, mediante deudas ficticias o cuando menos dudosas, algunas de ellas derivadas de obligaciones naturales-, con la única finalidad de ejercitar en su seno la acción rescisoria del art. 71.2 LC -con base en la presunción *iuris et de iure* de los actos realizados a título gratuito dentro de los dos años anteriores a la fecha del concurso-. En efecto, con la finalidad de que se rescindiera una hipoteca concedida por la concursada como contragarantía del aval prestado por ésta con ocasión de un crédito concedido a una sociedad propiedad de su hermano, se promovió un concurso con un pasivo de apenas 3.000 euros, que podía haberse abonado arrendando el piso propiedad de la concursada. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, nº 304/2013, de 11 de julio,²⁵⁸ sostuvo que el ejercicio de la acción de reintegración por parte de la administración concursal no implicaba abuso de derecho, si bien se vio forzada a admitir que “cuestión distinta es si, con la petición de la declaración de concurso, no se pretendía otra cosa que forzar el ejercicio de la acción de reintegración para dejar sin efecto la garantía hipotecaria, pero tal extremo no puede ser objeto de análisis en el presente incidente, sino a lo sumo, en sede de impugnación de la propia declaración de concurso”.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 490/2015, de 15 de septiembre,²⁵⁹ casó la sentencia de la Audiencia Provincial, argumentando lo que sigue:

“Ciertamente, las acciones rescisorias que contempla el art. 71 LC tratan de proteger la masa activa del concursado en beneficio de la masa pasiva. Pero en el presente caso, tanto la presentación del concurso de acreedores como, posteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria, supone una anormalidad e inmoralidad en el ejercicio del derecho y una antisocialidad del daño a tercero que se hubiera evitado, empleando una mínima diligencia por parte del hermano de la concursada, D. Dimas, primero y, posteriormente, por parte de la administración concursal, en la gestión de la masa pasiva. Sencillamente reclamando el importe de las deudas del piso a su ocupante o resolviendo el precario.

²⁵⁷ De hecho, el artículo 261 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica nº 13/2015, de 30 de marzo, dispone lo que sigue: “El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses”.

²⁵⁸ JUR 2013\285089; MP: Covadonga Sola Ruiz.

²⁵⁹ RJ 2015\4346; MP: Sebastián Sastre Papiol.

Por ello, el motivo se estima y declaramos la nulidad por abuso de derecho del ejercicio de la acción rescisoria, privándole de los efectos perseguidos”.

A mi juicio, la decisión de la Sala Primera es acertada²⁶⁰. Para empezar, la solución apuntada por la Audiencia Provincial -la “impugnación” de la declaración de concurso- no es convincente. La LC no prevé un trámite de alegaciones para los interesados, previo a la declaración de concurso voluntario.

Es cierto que el art. 20.3 LC legitima a “cualquier persona que acredite un interés legítimo, aunque no hubiere comparecido con anterioridad” para recurrir en apelación el Auto de admisión del concurso, pero también lo es que lo usual es que ese interesado tenga conocimiento de la existencia de esa resolución varios meses después de haberse dictado.

En efecto, el acreedor hipotecario pudo recurrir el Auto que declara el concurso (art. 20.3 LC, como tercero que es con “interés legítimo”), justificando la situación de solvencia del deudor y así frustrar la posibilidad de que pudiera atacarse su garantía en virtud de las reglas comprendidas en los artículos 71 LC y siguientes. No obstante, al no ser ese tercero “acreedor” del concursado garante, no recibirá la comunicación individual de la declaración de concurso y su conocimiento de ésta dependerá de la publicidad general del concurso.

Tampoco recibirá una comunicación de la anotación de la declaración del concurso sobre el bien inmueble gravado. Como precisa GARCÍA VICENTE, “aunque el medio idóneo para evitar el resultado es la impugnación de la declaración de concurso, concurren circunstancias materiales (falta de comunicación singular) que si bien no imposibilitan sí dificultan sobremanera que pueda recurrirse efectivamente la declaración de concurso por el acreedor hipotecario (el plazo de los recursos de reposición y apelación, arts. 452 y 458 LEC, comienza a correr para el tercero desde que se publica el extracto del auto en el Boletín Oficial del Estado, art. 20.4 LC²⁶¹)”.

Un análisis -por superficial que fuera- de las cuantías y conceptos de las deudas en las que la concursada fundaba la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso debería haber hecho sospechar al Juez de lo Mercantil sobre la fraudulenta intencionalidad de la solicitante. De hecho, el Tribunal Supremo

²⁶⁰ En contra, Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso de derecho y del fraude de Ley*, cit., p. 35. Para un análisis detallado de esta resolución, *vid.* José Ramón GARCÍA VICENTE, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. Acción rescisoria concursal: ejercicio abusivo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 100, 2016, pp. 1-6 (versión digital).

²⁶¹ “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. Acción rescisoria concursal: ejercicio abusivo”, cit., p. 2. (versión digital).

llega hasta el punto de afirmar que “siendo debidos los gastos que integran el pasivo ordinario por el ocupante, propiamente la concursada, D^a Sabina, no se hallaba en situación de insolvencia (art. 2 LC), faltando el requisito objetivo para que fuera declarada en declaración del concurso”.

Ahora bien, el hecho de que como consecuencia del criticable automatismo con el que las solicitudes de concurso voluntario son admitidas a trámite, el proceso concursal se hubiera ya iniciado –habiéndose alcanzado firmeza mucho tiempo atrás el auto de declaración del concurso–, no obstaba para poder reputar abusivo el ejercicio de la acción de rescisión, dadas las circunstancias concurrentes. La concursada no buscaba con la solicitud de concurso liquidar ordenadamente sus deudas –ni restaurar la integridad de su patrimonio de forma legítima mediante el ejercicio de las acciones de rescisión que fueran necesarias–, sino que promovió el concurso voluntario con el fin exclusivo de dejar sin efecto esa hipoteca, apoyándose en la presunción de perjuicio –que no admite prueba en contrario– del art. 71.2 LC, a sabiendas de la falta de concurrencia del presupuesto objetivo del concurso.

El fin institucional del proceso concursal –la búsqueda de un acuerdo con los acreedores o, en su defecto, la liquidación ordenada del patrimonio de la concursada– había sido pervertido por completo, pues se buscaba con su iniciación, exclusivamente, rescindir una garantía real en perjuicio de la entidad financiera que había concedido el crédito a la sociedad controlada por su hermano. Que el Juez de lo Mercantil no hubiera actuado, en la fase de admisión del concurso, con el rigor exigible, no imposibilita que el abuso del proceso se advierta *a posteriori*, adoptándose los remedios oportunos.²⁶² Es más, es característico del abuso del proceso que su apreciación exija el análisis de todas las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate, pues solo con esa amplia perspectiva podrá en muchos casos advertirse (normalmente, *ex post facto*) que el ejercicio de una pretensión –*prima facie* lícito– deviene ilegítimo, por contravenir la finalidad institucional del proceso.

5.8. Ejercicio de la acción ejecutiva de manera abusiva

Otro supuesto característico de la reclamación de “daños procesales” –por utilizar la expresión de DE LA PLAZA²⁶³– concurre cuando se ha promovido un proceso

²⁶² En concreto, el Tribunal Supremo entiende infringidos los arts. 7.2 CC y 11.2 LOPJ.

²⁶³ Ob. cit., p. 509. También Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN utiliza esa denominación. *Vid.*, “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, cit., p. 2832. Por el contrario, ALBIEZ DOHRMANN los denomina “daños extraprocesales”, identificando las costas con los “procesales”, “21 de marzo de 1996. Responsabilidad civil extracontractual...”, cit., p. 948. En lo sucesivo, utilizaremos la acepción de “daño procesal” en el sentido evocado por DÍEZ-PICAZO Y DE LA PLAZA –al parecernos más adecuada y menos equívoca–, pues se trata de perjuicios provocados por el proceso y de ahí que sean calificados como “procesales”.

ejecutivo, a sabiendas de la falta de aptitud del título ejecutivo. Nos estamos refiriendo, naturalmente, a la ejecución de títulos no judiciales. Como es sabido, con arreglo al art. 551.3 LEC, una vez dictado auto despachando ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto que señalará, entre otras menciones, “las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes, incluidas si fuera posible el embargo de bienes”. Ese embargo –de naturaleza no cautelar, sino ejecutiva- también se producía cuando se acudía al denominado “juicio ejecutivo” bajo la vigencia de la LEC 1881. La cuestión se suscitaba, como es natural, en aquellos supuestos en que el título ejecutivo no era, en realidad, apto para el despacho de ejecución. Es el caso analizado, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 470/1998, de 20 de mayo²⁶⁴, que condenó a una entidad financiera al pago de los daños y perjuicios provocados por el embargo trabado a su instancia en un juicio ejecutivo. Ese juicio se promovió por la actora con base en unos avales que la sentencia firme que puso fin a tal proceso consideró ineficaces, al declarar que les faltaba una “esencial ratificación”. En este caso, el Tribunal Supremo, casando la sentencia de instancia, condena al pago de los perjuicios ocasionados, e interesa reseñar que dicha sentencia apuntaba hacia una objetivación de la responsabilidad al afirmar que:

“La culpabilidad que en un primer tiempo fue preciso probarla, pasó a ser objeto de inversión de la carga de la prueba a partir de la Sentencia de 10 julio 1943 y más tarde, por el interés social de proteger a las víctimas de los daños cada vez más frecuentes y por los riesgos que se producen con más intensidad por los cambios económicos, sociales y tecnológicos, se acude a la teoría del riesgo (así lo expresa la Sentencia de 8 octubre 1996) desplazando la responsabilidad patrimonial a la personal teniendo en cuenta que quien aprovecha las ventajas de su actuación debe sufrir las consecuencias patrimoniales de la producción de daños; así, se sigue manteniendo la necesidad del reproche culpabilístico (Sentencia, entre otras muchas, de 8 julio 1996 *pero yéndose cada vez más* (sic) *a objetivar la responsabilidad* (así, Sentencia de 29 diciembre 1997)” [Cursiva añadida]

Ahora bien, esa tendencia objetivadora²⁶⁵ de la responsabilidad civil –no solo en el ámbito de la litigación abusiva- fue abandonada por el Tribunal Supremo posteriormente, como luego veremos, retomándose el criterio subjetivista en

²⁶⁴ RJ 1998\3379; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz.

²⁶⁵ Para evitar confusiones, aclararemos que no nos referimos aquí a la discusión entre la tesis “objetiva” y “subjetiva” (elemento intencional) del abuso del Derecho –dado que la identidad denominativa puede inducir a equívocos-, sino al tipo de régimen general de responsabilidad civil extracontractual aplicable. Como ha hecho notar YZQUIERDO TOLSADA, significativamente, todas las sentencias del Tribunal Supremo de aquel periodo que abogaban por la objetivación de la responsabilidad civil fueron redactadas por un mismo magistrado ponente (Xavier O’Callaghan Muñoz). Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 236.

virtud del cual, salvo los supuestos excepcionalmente previstos en la Ley, es ineludible la concurrencia de dolo o culpa para la estimación de una acción de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual²⁶⁶. De manera un tanto confusa, señala el Tribunal Supremo en la resolución transcrita que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, pero que no se plantea un caso de “abuso del derecho o fraude procesal”. La sentencia es igualmente contradictoria en cuanto al criterio de imputación, puesto que a pesar de apuntar, como hemos visto, hacia una cierta objetivación de la responsabilidad del Banco por el simple hecho de haber promovido el juicio ejecutivo (“hay que partir del principio de que el embargo se solicita y obtiene –según los requisitos legales- de cuenta y riesgo del embargante. No puede ampararse éste en normas generales que le permiten en abstracto el embargo”), añade en el fundamento jurídico 5º que “*se aprecia negligencia o culpabilidad*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 8 de marzo de 2002²⁶⁷, analizó una reclamación de daños procesales basada en la previa interposición de dos demandas ejecutivas sucesivas. Enfocando correctamente el problema jurídico discutido²⁶⁸, esta resolución pone el énfasis en que “la cuestión problemática que nos ocupa se hace más patente cuando se trata del ejercicio de acciones que acarreen de suyo la inmediata adopción de medidas cautelares o coercitivas, como ocurre con los denominados juicios ejecutivos de la anterior LEC (hoy englobados en el proceso de ejecución común) y en los interdictos de obra nueva, y también cuando a la pretensión declarativa se añade en paralelo una petición cautelar”.

La AP de Barcelona descarta la responsabilidad de la entidad bancaria que instó los dos juicios ejecutivos al sostener que “es notorio que ambos juicios ejecutivos trataban de una cuestión de cierta enjundia jurídica [...] lo que aleja toda sombra de intención dañina o mera negligencia en el ejercicio de las acciones que le sirven de fundamento”. A este respecto, y acertadamente a mi juicio, la Sentencia precisa que el hecho de que se hubiera acordado el embargo en el seno del juicio ejecutivo debe distinguirse de los supuestos en los que esa pretensión es

²⁶⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006\62; MP: Francisco Marín Castán) es un exponente de ese retorno de la responsabilidad subjetiva, cuando precisa que “ahora bien, frente a esa línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número considerable de sentencias, que rechaza muy decididamente la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige la prueba tanto del nexo causal como de la culpa del empresario”.

²⁶⁷ JUR 2002\161907; MP: Jordi Seguí Puntas.

²⁶⁸ “Se trata de establecer si la mera utilización del proceso por una persona es causa bastante para el surgimiento del deber de reparar los daños ciertos y probados a la persona o personas de los demandados en ese proceso, o si junto a ellos se requiere algún requisito adicional, sea en forma de culpa o dolo del agente o de la anormalidad en el ejercicio del derecho de acción”.

acordada como medida cautelar a instancia de parte. Como explica la Audiencia Provincial de Barcelona, “en el denominado juicio ejecutivo la práctica del embargo se erigía en actuación procesal preceptiva –no precisaba de petición del ejecutante ni de prestación de fianza- ante la mera eventualidad de que el ejecutado se negara a atender el requerimiento de pago subsiguientemente al despacho de ejecución”.

Un supuesto en el que también se reclamaban los daños causados por el embargo de los bienes decretado en el seno de un juicio ejecutivo, con base en un título extrajudicial que luego fue declarado nulo en un proceso declarativo, fue el analizado por la Sentencia nº 409/2012, Sección 5ª, de 16 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Las Palmas.²⁶⁹ En este caso, la Audiencia Provincial, revocando la resolución del Juzgado, estima concurrente la culpa en la actuación de la entidad que promovió el juicio ejecutivo con base en un contrato de fianza que, previamente, había incumplido ella misma. El Tribunal de Apelación no descarta que pudiera imputarse la responsabilidad, bien por vía del art. 1902 del Código Civil, bien por el incumplimiento del contrato de fianza, afirmando que:

“El Tribunal, ya sea desde el punto de vista contractual, o extracontractual, partiendo del principio de unidad de la culpa civil, considera que el Banco incurrió en culpa desde el mismo momento en que incumplió el contrato de fianza y no fue diligente en la comprobación y exigencias de las condiciones pactadas antes de facilitar el capital de los préstamos a la entidad prestataria [...] Es cierto que el ejercicio de acciones judiciales en base a un título válido no puede considerarse en sí mismo un acto dañoso, pero sí es imputable a culpa de la entidad bancaria el haber pretendido frente a los fiadores el cumplimiento por parte de éstos del contrato de fianza dirigiéndose contra sus bienes, cuando previamente esa entidad bancaria había incumplido por su parte las obligaciones a que venía comprometida antes de la entrega de la totalidad del capital de los préstamos a la deudora principal. [...] Es pues injusto que el contratante incumplidor se aproveche de la protección sumaria que el ordenamiento jurídico le dispensaba en el juicio ejecutivo previsto en la LEC de 1881, por constar el contrato en un título ejecutivo, para obtener la traba de los bienes del contratante que, por su parte, no ha incumplido el contrato y además ha demandado en juicio su resolución, por lo que, si como consecuencia de dicho embargo se le exigieran daños a la contraparte, estos daños derivarían de su conducta culposa²⁷⁰”.

²⁶⁹ JUR 2012\365935; MP: Mónica García de Yzaguirre.

²⁷⁰ No obstante lo anterior, la Audiencia Provincial de Las Palmas concluye desestimando la demanda, en la medida en que no se acreditaron los daños irrogados al actor, que ni siquiera presentó en el segundo proceso los justificantes documentales del supuesto abono de los honorarios de su abogado y procurador en el juicio ejecutivo.

Una modalidad específica de abuso del proceso mediante el ejercicio de la acción ejecutiva es la expresamente contemplada en el artículo 538.4 LEC, que dispone que “si el ejecutante indujera al Tribunal a extender la ejecución frente a personas o bienes que el título o Ley no autorizasen, será responsable de los daños y perjuicios”. Más adelante se examinará con más detalle este precepto, bastando por ahora con reseñar que el supuesto de hecho contemplado en esta norma parece exigir la concurrencia de dolo civil en el actor, lo que no obsta para que la responsabilidad por la extensión indebida –desde un punto de vista subjetivo– del despacho de ejecución, imputable a título de negligencia al ejecutante, pueda ser exigible en virtud de los arts. 7.2 y 1902 CC.

5.9. El abuso del proceso que se materializa a través del incumplimiento de un pacto procesal

Es preciso hacer una breve referencia a aquellos supuestos antes apuntados en los que se abusa del proceso con base en el incumplimiento de un *pacto procesal* concertado entre las partes, que hace que la responsabilidad sea en este caso, en puridad, de naturaleza contractual. La anteriormente mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de septiembre de 2012 pone de manifiesto que en algunos casos no es fácil deslindar ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos. En ese caso, la Audiencia Provincial de Las Palmas parece entender que el origen de la culpa provenía de forma prevalente del incumplimiento contractual, aunque no descarta tampoco la existencia de la responsabilidad *ex art. 1902 CC*, y por ello menciona la aplicación del principio de unidad de culpa civil.

Otro caso destacable fue el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 6/2009, de 12 de enero, antes analizada con más detenimiento. En ese caso, el actor inicial, incumpliendo un pacto procesal de sometimiento a un fuero y Derechos concretos-, acudió conscientemente a otra jurisdicción interesando además la aplicación de otro Derecho (sustantivo), con el fin de obtener una condena en concepto de daños punitivos imposible de conseguir con arreglo al Derecho español. A nuestro juicio, en este caso, y a diferencia del anterior, sí puede hablarse de una responsabilidad esencialmente contractual, puesto que habiendo un acuerdo expreso sobre el fuero y Derecho aplicables, la otra parte contratante lo incumple deliberadamente, de forma tal que el origen de la responsabilidad es el incumplimiento del negocio jurídico-procesal, por mucho que después se haya concretado en el ejercicio de acciones judiciales²⁷¹.

²⁷¹ La Sentencia del Tribunal Supremo nº 426/2016, de 27 de junio, (RJ 2016\2860; MP: Antonio Salar Carceller) también contempla un caso de responsabilidad contractual, casando la resolución de instancia, que había resuelto la *litis* como si se tratara de un supuesto de responsabilidad extracontractual derivada actuaciones judiciales: “No es, por tanto, propiamente la existencia de

Sin embargo, fuera de los supuestos en los que se incumpla un genuino “contrato procesal²⁷²” –como son, por ejemplo, los convenios arbitrales o los pactos de sumisión expresa, en los que se existe un pacto o contrato de Derecho material sobre relaciones de derecho procesal²⁷³–, parece más acertado entender que nos encontramos, igualmente, ante casos que determinan la responsabilidad extracontractual por abuso del derecho a litigar. Y es que, al margen de los casos en que en el primer proceso la reclamación se fundara en la existencia de responsabilidad legal o extracontractual del demandado, casi siempre habrá un negocio jurídico que servirá como excusa formal para la iniciación del proceso abusivo (o, en su caso, para la oposición abusiva a la demanda deducida con justa causa). En estos casos –como el examinado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de septiembre de 2012–, lo que es fuente de responsabilidad no es que se haya incumplido el contrato, sino que se haya utilizado un procedimiento judicial civil para obtener un fin distinto del previsto institucionalmente. Que la tutela formalmente pretendida en el primer proceso fuera de índole contractual nos parece secundario, pues lo esencial es la utilización espuria del proceso civil, que es lo que verdaderamente causa el daño ilegítimo al demandado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, nº 194/2007, de 27 de abril²⁷⁴, lo explica con precisión al sostener que “los daños y perjuicios que reclama la demandante no derivarían de un incumplimiento del contrato de obra por parte de la demandada, sino de una actuación ilícita, consistente en haber promovido la demandada un proceso judicial, y un embargo de bienes, para intentar cobrar algo que ya había cobrado,

una «prohibición de disponer» -adoptada como medida cautelar y anotada en el Registro de la Propiedad- la que produjo el perjuicio, ya que en realidad Hipercor no podía transmitir a tercero existiera o no tal prohibición expresa, pues efectivamente se había obligado a transmitir la propiedad de las parcelas a Contorno y la única discusión era si para ello tenía preferencia de adquisición Felechín. Evidentemente la propia iniciación del juicio por Contorno contra Hipercor y Felechín, con el consiguiente retraso en cuanto a la consumación del contrato, causó perjuicios económicos a Hipercor de los cuales debe responder Contorno en virtud de lo dispuesto por el artículo 1101 CC ya que su actuación -al menos negligente- fue la determinante para la producción de tales perjuicios”.

²⁷² Siguiendo a Alicia BERNARDO SAN JOSÉ, los contratos procesales pueden definirse como “todos aquellos cuyo principal efecto se produce de modo directo en el plano del proceso”. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Comares, Granada, 2002, p. 10.

²⁷³ Cfr. Manuel PELÁEZ DEL ROSAL, “La competencia territorial disponible” (coord. Alonso-Cuevillas Sayrol), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*, Vol. I, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, pp. 311- 364. También Alicia BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, cit., pp. 10-17.

²⁷⁴ JUR 2007\296593; MP: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

hechos estos que, de ser probados, sólo podrían dar lugar a una responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1.902 del Código Civil²⁷⁵ .

En efecto, el Tribunal Supremo ha sostenido que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro “de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial” (STS de 1 de diciembre de 1994²⁷⁶).

5.10. La interposición abusiva de recursos devolutivos

Aun cuando la instauración de un régimen mucho más favorable para la ejecución provisional en la LEC 1/2000 con respecto a la norma precedente ha reducido la posibilidad de utilizar los recursos devolutivos de forma espuria con el fin de retrasar o dificultar la ejecución de la sentencia dictada en la pieza principal, sigue siendo posible en determinados supuestos utilizar la interposición de los mismos con una finalidad distinta a aquella para la que fueron creados. En concreto, esta hipótesis puede acaecer en relación con las sentencias no ejecutables provisionalmente (art. 525 LEC) o cuando es posible dejar en suspenso la ejecución provisional, como ocurre con las condenas no dinerarias en las que, de revocarse la sentencia, sea imposible o muy difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional (art. 530.2 LEC). La interposición fraudulenta de los recursos no devolutivos queda al margen de nuestro análisis, dado que, además de carecer de efectos suspensivos (art. 451.3 LEC), tienen por objeto resoluciones que no versan sobre la pretensión principal del proceso.

En ocasiones, el uso desviado de los recursos devolutivos forma parte de una estrategia que se inicia con la incoación misma del proceso, en la medida en que se pretende por el litigante perpetuar mediante el acceso a la jurisdicción, en perjuicio de la contraparte, determinado *statu quo* ilegítimo²⁷⁷.

²⁷⁵ Como luego se examinará con detalle, es preciso matizar que nos encontramos dentro del ámbito de aplicación del art. 7.2 CC, que habrá de ponerse en relación con el art. 1902.

²⁷⁶ RJ 1994\6725; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes. Otra cosa es que el Tribunal Supremo no acierte en ocasiones a la hora de trazar correctamente esa “órbita”, como ha denunciado Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, cit., pp. 114-118.

²⁷⁷ Algo que supo apreciar en su día Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1995, p. 337: “En un número enorme de casos, pues (yo me permito creer que la mayoría), el proceso se ha convertido en un instrumento de la injusticia, no de la justicia, aunque la expresión pueda sonar extraña. Es una perversión del sistema procesal, sin duda alguna”. El autor ponía como ejemplo el caso del deudor que, de

Un supuesto uso abusivo de un recurso devolutivo se examina en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 425/2013, de 1 de julio²⁷⁸, que desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el recurrente con una finalidad exclusivamente dilatoria, argumentando que “desde ahora mismo puede adelantarse que el recurso ha de ser desestimado, conforme a los arts. 11 LOPJ y 247 LEC, por entrañar una persistencia en la mala fe procesal de la parte recurrente y en un abuso del proceso y un fraude de ley procesal...”.

Ahora bien, como luego se examinará, para llegar a la conclusión de que el recurso había de ser desestimado dado su carácter fraudulento era imprescindible –como así hizo el TS- examinar si la posición del recurrente, dado el contexto en que se hacía valer, poseía o no la preceptiva *iusta casua litigandi*, de modo que la alusión a los arts. 11 LOPJ y 247 LEC para repeler el recurso –además de ser formalmente cuestionable por no tratarse de una actuación intra-procesal, por las razones que luego se explicarán- siempre será una mención redundante o de refuerzo, porque para llegar a esa conclusión –si no se quiere incurrir en una *petitio principii*-, será necesario examinar el fondo de la cuestión debatida y verificar la inexistencia de *razón derecha para litigar*²⁷⁹.

Por esa razón, no parece correcto que el Tribunal Supremo, en su *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* aprobado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de 27 de enero de 2017 –al igual que hacía el Acuerdo precedente- incluya, como causa de inadmisión de ambos recursos (apartado IV.1.j), “[l]a formulación del recurso con manifiesto abuso de derecho o cuando entrañe fraude procesal (artículo 11.2 LOPJ²⁸⁰)”.

Finalmente, debe mencionarse también la Sentencia del Tribunal Supremo nº 753/2008, de 4 de septiembre²⁸¹, que confirma que existió abuso de derecho en la interposición del recurso de apelación contra la sentencia que rechazó la

manera deliberada, dejaba de pagar una deuda a tiempo, incluso tras ser demandado, al saber – en aquella época- que los interés legales eran inferiores a los del mercado.

²⁷⁸ RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán.

²⁷⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2016 (JUR 2016\50701; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto) es otra muestra de lo que decimos. *Obiter dictum*, esa resolución concluye que “[a]sí las cosas, puesto que lo finalmente pedido por el Banco en su recurso (la total desestimación de la demanda de FAR) es un resultado sin duda contrario a Derecho, a la luz de lo pactado por las partes, y el artificio aritmético utilizado por aquél a dicho efecto permitiría afirmar incluso que su petición entraña «fraude procesal», en el sentido del artículo 11.2 LOPJ), la respuesta de esta Sala debe ser desestimar el recurso de casación del Banco y confirmar la sentencia impugnada”. Pero nuevamente el TS llega a esa conclusión tras examinar la falta de fundamento jurídico (*de fondo*) de la pretensión de la recurrente.

²⁸⁰ Conforme, Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, Aranzadi Cizur Menor, 2016, p. 721.

²⁸¹ RJ 2008\6288; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

demanda interdictal de obra nueva, pero no en el ejercicio de ésta. La Sala Primera, confirmando el criterio de instancia, entendió que la interposición de la demanda podría estar justificada inicialmente –por la complejidad objetiva de las circunstancias que rodeaban el caso-, pero una vez tramitado el proceso y dictada la sentencia desestimatoria por el Juzgado las dudas legítimas que pudiera tener el actor se desvanecieron, de forma que la interposición del recurso de apelación tenía como finalidad exclusiva mantener la paralización de las obras de forma temeraria. Estaríamos ante un caso paradigmático de la “prosecución temeraria” ya antes enunciada.

5.11. La incoación de un proceso civil para burlar el instituto de la cosa juzgada material

Uno de los supuestos de abuso del proceso que puede encontrarse con más facilidad en los repertorios de jurisprudencia es el derivado del intento, por parte de un litigante, de soslayar la eficacia de la cosa juzgada material derivada de la sentencia firme dictada en un procedimiento anterior, mediante la incoación de uno nuevo con un objeto idéntico al precedente²⁸². Se trata, en definitiva, de reproducir artificialmente la misma cuestión controvertida –con más o menos disimulo- que ya fue resuelta por sentencia firme con anterioridad. La finalidad buscada en estos casos por el abutente puede ser diversa. En algunos casos, lo que se busca es mantener formalmente viva una controversia judicial, con el fin de sacar algún rédito (procesal, o de otra naturaleza) de esa pendencia. En otros, se intenta conseguir por el litigante abusivo una nueva resolución judicial que decida sobre la pretensión ejercitada en su día de forma diversa o contradictoria a como lo fue por la sentencia firme precedente.

Se trata de una tipología que se diferencia conceptualmente de la descrita en el apartado 5.4. anterior, en la medida en que no se busca aquí suspender mediante la iniciación de un nuevo proceso civil la tramitación de otro en curso –alegando la existencia de prejudicialidad civil-, sino que se intentan soslayar los efectos –positivos y negativos- de la cosa juzgada material (art. 222 LEC).

También es preciso señalar que, para que pueda hablarse de la existencia de abuso del proceso –y no de una mera infracción legal- debe tratarse de la

²⁸² Bajo la vigencia de la Ley 1881, ya fueron objeto de rechazo, fundamentándolo en la existencia de un abuso procesal vedado por el art. 11.2 de la LOPJ, demandas interpuestas con el fin de desvirtuar la eficacia de cosa juzgada material derivada de la sentencia dictada en un proceso civil previo. Así lo declaran, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, nº 404/2001, de 18 de junio (JUR 2001\228965; MP: Javier Seoane Prado); o la Sentencia del Tribunal Supremo nº 693/1996, de 30 de julio (RJ 1996\6413; MP: Román García Varela). Nótese que lo trascendente aquí no es que se rechace la pretensión ejercitada en el segundo proceso aplicando la excepción de cosa juzgada material, sino que se recurra a la figura del abuso de derecho procesal.

iniciación de un segundo proceso con la finalidad deliberada de soslayar la cosa juzgada material o, al menos, incurriendo en una negligencia inexcusable. Algo que solo podrá deducirse de las circunstancias concretas del caso. Lógicamente, no constituye un uso abusivo del proceso la mera interposición de una nueva demanda cuando existan dudas razonables sobre si el objeto es coincidente con el precedente, o si los efectos derivados de la cosa juzgada material de la sentencia dictada en el primer proceso son objetivamente discutibles.

Algunos pronunciamientos aislados, como el Auto nº 47/2010, de 30 de marzo²⁸³, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 4ª), sostienen que la demanda debe ser inadmitida a trámite *ex arts.* 11.2 LOPJ y 247.2 LEC.

En la misma línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, en su Auto nº 142/2010 de 26 de abril²⁸⁴, argumentando lo siguiente:

“El Juzgado de instancia inadmitió la demanda, no por excepción de cosa juzgada como erróneamente interpreta la parte apelante, sino por plantear un proceso contra las reglas de la buena fe y fraude de ley. No puede prosperar el recurso. Los órganos judiciales, por imperativo legal, deben rechazar fundadamente, las pretensiones, incidentes, peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (art. 11.2 LOPJ; en relación con el art. 247.2 LEC). En el presente caso no es de recibo plantear un juicio ordinario en petición de lo ya resuelto en otros procesos judiciales por resoluciones definitivas y firmes, pues eso entraña un fraude procesal pues no cabe iniciar un proceso cuando se peticiona lo ya resuelto. Asimismo entraña fraude legal pues las normas legales vetan el planteamiento sucesivo de las mismas cuestiones ya resueltas”.

Este caso evidencia las concomitancias conceptuales entre las figuras del abuso del proceso, el fraude procesal y la mala fe procesal. Como se aprecia en la sentencia transcrita, es habitual que la jurisprudencia utilice estos términos de forma indistinta, a pesar de tratarse de figuras jurídicas diferentes, como más adelante se analizará detalladamente.

El momento procesal oportuno para rechazar este tipo de pretensiones es, a nuestro modo de ver, en el juicio ordinario, la audiencia previa, con la apreciación de oficio o instancia de parte de la excepción de cosa juzgada (artículo 421 LEC), mientras que tratándose de un juicio verbal deberá apreciarse en la vista (artículo 443.3 LEC).²⁸⁵ Adelantándonos a lo que luego se dirá en relación a la

²⁸³ JUR 2010\175137; MP: Miguel Álvaro Artola Fernández.

²⁸⁴ JUR 2010\241356; MP: Francisco Herrando Millán.

²⁸⁵ En lo que coincide la mayoría de la doctrina procesalista. Así, a título de ejemplo, Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 247 LEC”, *Comentarios a la Nueva LEC*, Vol. I,

interpretación que debe darse al artículo 247.2 LEC y al artículo 11.2 LOPJ, entendemos que tales preceptos no autorizan el rechazo a trámite de la demanda por parte del órgano judicial fundado en la supuesta abusividad de la pretensión ejercitada. A nuestro juicio -como luego se justificará-, las “peticiones” e “incidentes” a que se refieren los anteriores preceptos permiten al juzgador rechazar de plano, sin necesidad de darles curso, actuaciones intraprocesales abusivas. Pero no facultan al órgano judicial para rechazar en este estadio procesal la pretensión principal objeto del proceso. Esa es la solución –correcta- que postula, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, en su Auto de 23 de julio de 2003.²⁸⁶

Debe hacerse notar que el art. 400 LEC, que consagra el principio de preclusión, está orientado a prevenir este tipo de prácticas abusivas²⁸⁷. En su apartado primero señala que “[c]uando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, *sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior*”. En coherencia con ello, el art. 400.2 LEC dispone que “a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior *si hubiesen podido alegarse en éste*”.

La LEC también prevé, en su artículo 78.2, la imposibilidad de acudir a la vía de la acumulación de procesos para sortear el principio de preclusión del art. 400; en esta hipótesis, el segundo proceso se utiliza de forma abusiva, con la finalidad de soslayar el instituto de la preclusión.²⁸⁸ Por ello, el art. 78. 2 LEC dispone que “[t]ampoco procederá la acumulación de procesos a instancia de parte cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvenición, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda”.

Finalmente, debe hacerse una breve referencia a un tipo de abuso del proceso relacionado con el que estamos analizando, pero no incardinable en él, ya que

Elcano, 2001, p. 913; o Julio BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la nueva LEC*, VVAA, Civitas, Madrid, 2001, p. 455.

²⁸⁶ JUR 2003\256636; MP: Remei Bona i Puigvert.

²⁸⁷ Es lo que en el Derecho procesal de EEUU se conoce como “*claim preclusion*”. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 27 de junio de 2016, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579, U.S.

²⁸⁸ Sobre el concepto de preclusión, cfr. el exhaustivo trabajo monográfico de Enrique VALLINES GARCÍA, *La preclusión en el proceso civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

constituye más bien su reverso conceptual. Nos encontramos aquí ante el problema que subyace en la iniciación, tras la conclusión del proceso sumario, de un proceso formalmente plenario, “un proceso ordinario, pero que se limitara a reproducir, en sustancia, la pretensión del proceso sumario (por igualdad de sujetos, *petitum* y *causa petendi*), cualquiera que hubiese sido el contenido de la sentencia del proceso sumario²⁸⁹”. Para DE LA OLIVA, si la sentencia hubiera sido estimatoria el demandante del proceso plenario habría quedado privado de interés legítimo para interesar la tutela jurisdiccional, mientras que si la sentencia hubiera sido desestimatoria, “se estaría intentando defraudar la ley que permite el enjuiciamiento pleno de ciertas cuestiones litigiosas no enteramente planteadas y resueltas utilizando como norma de cobertura la que priva de fuerza de cosa juzgada a las sentencias dictadas en procesos sumarios²⁹⁰”.

No comparto este planteamiento, ni aunque que exista una absoluta coincidencia entre el proceso sumario y el plenario posterior. Y ello porque precisamente la naturaleza sumaria de un proceso civil supone, por definición, que la resolución que pone fin al mismo carezca de eficacia de cosa juzgada material, de forma que resuelto éste por sentencia firme, la excepción de cosa juzgada material no podría impedir el dictado de una nueva sentencia en cuanto al fondo dictada en el seno de un procedimiento plenario ulterior.

El ordenamiento procesal español permite optar por la tutela sumaria civil en determinados casos –con las limitaciones alegatorias y probatorias inherentes a este tipo de procesos–, pero ello no obsta para que, concedida o denegada esa tutela sumaria –que por eso tiene tal carácter–, puedan los litigantes plantear nuevamente la cuestión a través de un procedimiento declarativo, ya sin ningún tipo de cortapisas –y con el tiempo necesario, por ejemplo, para recabar un dictamen pericial de difícil elaboración–. No se defrauda norma alguna por actuar así, sino que se aplica correctamente el art. 447 LEC (apartados 2 y 3) y se deriva de esa norma su efecto natural, precisamente querido por el legislador. De no ser así, nos encontraríamos con que sería posible que una litigante privara a otro de forma deliberada de la discusión de la controversia a través de un procedimiento declarativo, bajo el simple expediente de impetrar *ex profeso* la tutela sumaria.

DE LA OLIVA sostiene que ese (segundo) proceso plenario es legítimo, siempre y cuando las pretensiones de tutela no sean idénticas a las del (primer) proceso sumario o, dicho en otros términos, porque el objeto de ambos procesos no sea estrictamente idéntico²⁹¹. Para dicho autor, “[s]i la vuelta sobre las mismas

²⁸⁹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 145.

²⁹⁰ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Ibid.*

²⁹¹ DE LA OLIVA SANTOS, ob. cit., p. 146.

cuestiones se produce a consecuencia de distinto planteamiento –hechos diferentes, *causae petendi* distintas, argumentos diversos, inviables en el proceso sumario-, el proceso plenario es legítimo y está cumpliendo su específica función, tras el proceso sumario²⁹²”.

Pero aunque diéramos por buena la tesis de DE LA OLIVA –en el sentido de ser improcedente el planteamiento de un proceso declarativo con el mismo objeto y causa de pedir que el de tutela sumaria precedente-, creemos que no cabría repeler la acción ejercitada con base en el acogimiento de la excepción procesal de cosa juzgada material, que la LEC niega expresamente a este tipo de procedimientos sumarios. En rigor, una pretensión de esta naturaleza –de considerarse abusiva- debería ser rechazada en sentencia al amparo del art. 7.2 CC o apreciando una falta de interés legítimo del accionante.²⁹³ En efecto, si quien demanda una concreta tutela jurisdiccional carece de un genuino interés legítimo para obtenerla (lo que entronca con el concepto alemán de “*Rechtsschutzbedürfnis*”), esta tutela debe serle denegada, por más que sea titular de un derecho subjetivo privado. La titularidad de ese derecho subjetivo es un presupuesto indispensable para la viabilidad de la pretensión procesal, pero no el único, pues cabe también exigir a quien interesa una tutela jurisdiccional concreta que ostente un interés legítimo suficiente para impetrarla. Para DE LA OLIVA –siguiendo una línea de razonamiento que, como hemos indicado, no compartimos-, el rechazo de este tipo de demandas debería producirse por aplicación de los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC –que a nuestro juicio no son, por las razones que luego se dirán, aplicables a la pretensión deducida en la demanda-, y dar lugar a la imposición de la multa prevista en el art. 247.3 LEC²⁹⁴.

El profesor DE LA OLIVA ha identificado otra variante específica de la tipología de abusos del proceso civil, que consiste precisamente en la reiteración de procesos sumarios con el mismo objeto²⁹⁵. Aquí lo que se busca por el litigante abusivo es, precisamente por la falta de cosa juzgada material atribuible a la sentencia dictada en este tipo de procesos, reiterar este proceso sumario –una o más veces- para lograr lo que no se obtuvo en el primero. Para este autor, una pretensión de estas características debería rechazarse en sentencia *ex art.* 247.2 LEC por constituir un abuso de derecho, así como por ser cuestionable la concurrencia de “interés legítimo” del actor para obtener la tutela jurisdiccional demandada. Para

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Posibilidad, esta última, apenas explorada por nuestra doctrina, por las razones expuestas por DE LA OLIVA SANTOS, *ob. cit.*, pp. 142-143, nota al pie 90.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Objeto y cosa juzgada en el proceso civil*, *cit.*, pp. 140-145.

DE LA OLIVA SANTOS, no sería incluso descartable la existencia de un delito de estafa procesal.²⁹⁶

El Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección Primera, nº 132/2004, de 2 de diciembre²⁹⁷, ante un supuesto de reiteración de un procedimiento sumario, confirma la inadmisión a trámite de la demanda del segundo proceso argumentando que el art. 447.3 LEC, cuando dispone que carecen de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en determinados juicios verbales, se refiere a la posibilidad de incoar procedimientos declarativos plenarios, pero no sumarios. Esto es, *a sensu contrario*, -y siempre según el citado Auto- sí gozarían de eficacia de cosa juzgada material en relación a ulteriores procesos que también fueran sumarios. Se abogaría así por la existencia de un *tertium genus*: una suerte de cosa juzgada material “sumaria”. A nuestro juicio, la tesis mantenida por la Audiencia Provincial de La Rioja no puede compartirse. La LEC es muy clara al excluir de los efectos de cosa juzgada material a las sentencias dictadas en este tipo de procesos; y lo es, a su vez, en su art. 222.1 LEC, al señalar los efectos unívocos de la cosa juzgada, sin que ninguno de los criterios interpretativos prescritos en el art. 3.1 CC abonen la tesis sostenida por el indicado Auto, por imaginativa que ésta sea. Parece más razonable desestimar la pretensión del segundo procedimiento acudiendo a la categoría del abuso del Derecho -o incluso apreciando la falta de interés legítimo del actor-, que deformar conceptos jurídico-procesales. Y, además, tal rechazo no debe producirse en el trámite de admisión de la demanda -como sostiene el Auto de la AP de La Rioja-, sino, tratándose de un juicio verbal, como pronto, en la vista del proceso (si se estimara la excepción de cosa juzgada, ya que la apreciación de abuso del Derecho debería realizarse, en su caso, en la sentencia).

5.12. La concertación fraudulenta

Existe otro tipo de abuso del proceso civil, que se diferencia claramente de todos los anteriores, ya que presupone el concierto de las dos partes (demandante y demandado) para obtener una sentencia en perjuicio de tercero²⁹⁸. En estos casos

²⁹⁶ Ob. cit., p., 142.

²⁹⁷ AC 2004\2340; MP: Alfonso Santiesteban Ruiz.

²⁹⁸ Una modalidad transfronteriza de “proceso colusorio” advertida por la doctrina consiste en la interposición de demandas -en concierto con el “tercero” nominalmente demandado junto al verdadero- con base en el art. 6.1 del Reglamento Bruselas I, con el fin exclusivo de emplazar al “verdadero” demandado en un fuero que no le corresponde. Cfr. Rosa MIQUEL SALA, “Intervención voluntaria de aseguradora para demandar a otra aseguradora en el domicilio del perjudicado”, *La Ley Unión Europea*, 31 de mayo, 2016, pp. 5-6 (versión digital). Como señala la Sentencia del TJUE del caso *Sovag* (asunto C-521/14, TJCE 2016\15; MP: M. Safjan), “[d]ado que el artículo 6, punto 2, del Reglamento nº 44/2001 exige un vínculo entre, por un lado, la demanda principal y, por otro, la demanda para la intervención de terceros o la demanda sobre obligaciones de garantía previstas en dicho artículo, corresponde al juez nacional que conoce de la demanda principal

-que han sido analizados fundamentalmente por la jurisprudencia penal, por ser constitutivos en algunas ocasiones del delito de estafa procesal²⁹⁹- los interesados se confabulan para obtener una sentencia en un determinado sentido o de un contenido concreto, con el fin de obtener a través de ella efectos jurídicos ilícitos (derivados de la fuerza de cosa juzgada material de que puede gozar la sentencia), que generalmente no conseguirían extrajudicialmente.³⁰⁰ CARNELUTTI acuñó el término “proceso aparente” para referirse a estos casos, en los que en realidad no existe litigio, que se finge entre las partes, con un fin diverso del que aparentemente persigue.³⁰¹

CALAMANDREI apuntó que en este tipo de procesos la experiencia enseña que el fraude está destinado generalmente a perjudicar a terceros o a la Hacienda Pública³⁰². Es el caso, por ejemplo, que dio lugar al dictado de la Sentencia núm. 231/2016 de 17 marzo, de la Sala Segunda,³⁰³ que condenó por estafa procesal a una persona en trámites de divorcio que, concertada con otras, creó unos documentos falsarios que sirvieron de base a un proceso ejecutivo en el que se buscaba trabar -y enajenar forzosamente- los bienes de la sociedad de gananciales aún no liquidada, en perjuicio del cónyuge de aquél.³⁰⁴

comprobar si existe tal vínculo, en el sentido de que debe asegurarse de que la demanda para la intervención de terceros en el proceso o la demanda sobre obligaciones de garantía no persiguen únicamente que se emplace al demandado ante un tribunal distinto del que le corresponde (véase, en ese sentido, la sentencia GIE Réunion européenne y otros, C-77/04, EU:C:2005:327, apartados 30 y 32)”. Cursiva añadida.

²⁹⁹ Cfr. STS, Sala Segunda, nº 146/2015, de 17 de marzo (RJ 2015\1147; MP: Perfecto Andrés Ibáñez). En este caso, un matrimonio se concertó para, por medio de un procedimiento, obtener la declaración judicial de privatividad de un bien -de carácter ganancial- que había sido previamente embargado por un acreedor.

³⁰⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA, “Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión”, en *El fraude procesal – fundamentos doctrinarios para un estudio del artículo 178º del C.P.C.*, Instituto de Investigación y Defensa del derecho de acceso a la Justicia -IDAJUS-, Palestra editores, Lima, 1997, p. 69.

³⁰¹ Francesco CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1931, nº 542, Tomo III, p. 329.

³⁰² Piero CALAMANDREI, “El proceso civil bajo el peso del fisco”, en *Estudios sobre el proceso civil*, (trad. Sentis Melendo), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 576.

³⁰³ JUR 2016\60768; MP: Andrés Palomo del Arco.

³⁰⁴ Interesa hacer notar que en esta sentencia se condenó a los acusados, en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*, a indemnizar a la querellante por los daños sufridos, incluyendo los gastos de abogado y procurador devengados en la jurisdicción civil, lo que evidencia que la naturaleza de la acción civil reparadora del perjuicios causados por el abuso del proceso puede no ser siempre formalmente extracontractual, sino también *ex delicto* (aun cuando la distinta naturaleza *estructural* de estos dos tipos de responsabilidad sea, a mi juicio -y de la práctica totalidad de la doctrina civilista- muy dudosa). La doctrina de esta sentencia nos parece plenamente correcta, pues “cuando el juez penal se ve investido de competencia civil, en sentencia habrán de resolverse cuantas cuestiones referentes a la responsabilidad civil han sido

Otra modalidad de esta patología advertida por la doctrina³⁰⁵ es la concertación entre la parte actora y la demandada para sustraer una controversia del debido conocimiento de los jueces ordinarios, acudiendo para ello, de consuno, a un procedimiento arbitral para obtener así un laudo que se pronuncie sobre materias no susceptibles de arbitraje. Es obvio que este problema no se planteará en la práctica cuando exista una genuina parte demandada, pues en tal eventualidad hará valer la invalidez de la cláusula arbitral y, en caso de no aceptarse por el árbitro, ejercerá la acción de anulación del laudo con base en el art. 41.1 a) de la Ley 60/2003, de Arbitraje³⁰⁶.

En España, este tipo de abuso del proceso civil (“proceso aparente”) ha dado lugar a una abundante litigiosidad en la jurisdicción penal, en relación a estafas procesales con “simulación de pleito” cometidas por la concertación del actor y el demandado para defraudar a compañías de seguros, fingiendo la existencia de accidentes de tráfico que nunca acaecieron (cfr., entre otras muchas, la Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4ª, nº 27/2006, de 4 de julio³⁰⁷ o la Sentencia de la AP de Las Palmas, Sección 1ª, nº 85/2006, de 2 de mayo³⁰⁸). Debe, sin embargo, hacerse notar que la Sala Segunda se ha encargado de precisar que no toda ocultación de datos o elementos de prueba al tribunal por una de las partes en el proceso civil es constitutiva del delito de estafa procesal³⁰⁹. Porque, a diferencia, por ejemplo, del Derecho alemán, no existe un “deber de veracidad” de las partes

objeto del juicio (art. 742, pº 2º LECrim”) Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 491.

³⁰⁵ Joan PICÓ I JUNOY, “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 6198, 2005, versión digital, p. 1.

³⁰⁶ PICÓ I JUNOY sostiene que, en tal caso, si la inarbitrabilidad de la materia litigiosa es “evidente o muy fácil” de apreciar, el juez podrá denegar la ejecución de dicho laudo, apelando para ello argumentos constitucionales (art. 117 CE) y sistemáticos (a partir del análisis de diversos textos internacionales reguladores del arbitraje). Ob. cit., pp. 1-3. En idéntico sentido, cfr. Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La ejecución de los laudos arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 134-135.

³⁰⁷ JUR 2007\40718; MP: Jaime Jiménez Llamas.

³⁰⁸ JUR 2006\212924; MP: Nicolás Acosta González.

³⁰⁹ No es ocioso hacer constar además que el art. 250.1.7º del Código Penal parece ir dirigido a castigar actuaciones delictivas intraprocesales, más que reprimir penalmente el uso desviado del proceso judicial, considerado éste en su integridad: “Incurrir en la misma [en estafa procesal] los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero”.

ante el juez civil³¹⁰. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 232/2016, de 17 marzo³¹¹, precisa lo que sigue:

“Sin embargo, la determinación de su alcance típico no puede fijarse criminalizando toda ocultación al órgano jurisdiccional. Esta forma agravada de estafa, incriminada en el art. 250.7 CP, no tiene por objeto sancionar a todo aquel litigante que quebrante el deber de buena fe que impone, con carácter general, el art. 11 de la LOPJ . El legislador no ha querido incluir este delito entre los delitos contra la administración de justicia. Antes al contrario, le confiere un tratamiento sistemático agravado en el ámbito de la estafa (art. 250.7 CP). Sus límites han de ser fijados, además, partiendo de la idea clave de que, en un procedimiento civil, inspirado por el principio de rogación, no toda ocultación de un hecho que, de haber sido puesto en conocimiento del Juez, habría contribuido a la justicia de la resolución, puede ser considerarse típica. De ahí que una versión parcial -y como tal, interesada de los hechos-, una omisión de cuestiones fácticas o jurídicas de importancia para el tratamiento jurisdiccional del objeto del proceso o, simplemente, una selección del procedimiento afectada por el particular interés de quien lo promueve, no integran, sin más, la acción típica” [Cursiva añadida].

Por su parte, la Sala Primera del TS, en su Sentencia nº 761/2010, de 15 de noviembre³¹², precisa que, a los efectos de revisión de las sentencias firmes, la maquinación fraudulenta no tiene necesariamente que ser “unilateral”, pudiendo ser fruto de la acción concertada de varios agentes, pues “ni las modalidades del fraude pueden ser tratadas con criterios simplistas -"fraus omnia corrumpit "- ni el sentido de la mencionada norma puede ser reducido a esa dimensión. Antes bien, el empleo del fraude, en el sentido de ardid que obstaculiza la defensa de la otra parte y asegura el éxito de la demanda, puede tener múltiples manifestaciones y afectar a muy diversos actos procesales”.

³¹⁰ Aunque debe hacerse notar que el artículo 36 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española -que suele ser poco invocado en la práctica- dispone que “son obligaciones del abogado para con los órganos jurisdiccionales la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención”. En cualquier caso, el énfasis debe ponerse en que, con arreglo al Derecho español vigente, esa obligación de veracidad pesa sobre el abogado, pero no sobre la parte (Cfr. art. 305 LEC).

³¹¹ JUR 2016\60311; MP: Carlos Granados Pérez. Por ello, “las maniobras procesales realizadas por el ahora recurrente podrán calificarse de contrarias a la buena fe procesal que es exigida por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que prevé una multa para las partes que incurrieran en tal abuso y si fuese imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de la multa, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria, sin embargo, por las razones antes expresadas, no queda acreditado que se cumplan los requisitos o elementos que caracterizan, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el delito de estafa procesal”.

³¹² RJ 2010\9157; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

A nuestro juicio, no existiría en estos casos objeción alguna para la reclamación, en el seno del proceso penal, de los daños causados por este tipo de abuso procesal –cuando es constitutivo del delito de estafa procesal-, con base en la denominada responsabilidad civil *ex delicto* (art. 116.1 del Código Penal³¹³).

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de este tipo de responsabilidad, siendo predominante, entre los *iusprivatistas*, la tesis que afirma que no existe conceptualmente diferencia alguna entre la responsabilidad civil extracontractual regulada en el Código Civil y la responsabilidad *ex delicto* contemplada en el Código Penal³¹⁴. Esta tesis –que, esquemáticamente enunciada, sostiene que en ambos casos la responsabilidad solo trae causa del daño, y que el hecho de que el comportamiento que lo motiva sea o no delito en nada altera la naturaleza civil de la obligación reparadora- también ha sido defendida de forma mayoritaria por la doctrina penalista y por la procesalista, siendo usual justificar la histórica regulación de la responsabilidad civil derivada del delito al margen del Código Civil en el hecho de que su incorporación a la legislación penal (1822) precediera a la promulgación del Código Civil³¹⁵.

³¹³ “1.Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”. Ya hemos visto que así lo confirma, por ejemplo, la Sentencia núm. 231/2016 de 17 marzo, de la Sala Segunda (JUR 2016\60768; MP: Andrés Palomo del Arco).

³¹⁴ Es expresivo, a este respecto, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, para quien “la responsabilidad civil pura y la responsabilidad civil derivada del delito son exactamente lo mismo”. “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 4ª ed., VVAA, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1067-1206. En el mismo sentido, Fernando PANTALEÓN PRIETO apela a la identidad de fundamento –el daño ocasionado- como razón última de la naturaleza civil de la obligación resarcitoria derivada de ilícitos penales o civiles (“*Persevere diabolicum* ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?”, *Jueces para la Democracia*, nº 19, 1993, pp. 6-10).

³¹⁵ Como es conocido, debido al adelanto de la codificación penal a la civil, se decidió incorporar la responsabilidad civil derivada de delito en el Código Penal de 1822 y se desarrolló posteriormente en el texto promulgado en 1848. La apelación a la razón histórica constituye un lugar común en la doctrina civilista (cfr. MONTÉS PENADÉS, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant, Valencia, 1996, p. 573; penal, entre otros muchos, ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant, Valencia, 2004, p. 527; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO-PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 1999, p. 409; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 2000, p. 75; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Tirant, Valencia, 2010, p. 611; RAMON RIBAS, en COLLANTES GONZÁLEZ (coord.), “La responsabilidad civil derivada de delito ¿Una herramienta política criminal o invasión del derecho penal”, *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normas Legales, Trujillo, 2004, pp. 85 y s.; y procesal, entre otros, FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant, Valencia, 2004, pp. 231 y s., o ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant, Valencia, 2006, pp. 31-36. Tomo estas referencias bibliográficas de Juan Carlos HORTAL IBARRA, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad

Otros autores (en su mayoría desde el campo del Derecho Penal), de forma minoritaria, y sin perjuicio de admitir que las necesidades históricas del momento pudieran explicar su originaria ubicación en el Código Penal, afirman que las actuales diferencias de trato en las reglas que disciplinan las responsabilidades civiles -cuando dimanen de una infracción penal o de un ilícito civil- obedecen a otro tipo de razones más complejas, abogando por una concepción *híbrida* o *mixta* de la responsabilidad patrimonial derivada del delito³¹⁶.

En cualquier caso, se conceptúe o no la responsabilidad civil derivada de delito como una tipología diferente de la responsabilidad extracontractual regulada en el Código Civil -a mi juicio, hay buenas razones para sostener que esa distinción es artificiosa-, lo cierto es que el hecho de que sea viable, en casos de estafa procesal con simulación de pleito, la reclamación de los daños provocados por este tipo de litigación abusiva a través del proceso penal³¹⁷, nos lleva nuevamente a cuestionar la clásica caracterización de la acción de daños derivada del abuso del proceso como una pretensión de naturaleza exclusivamente extracontractual del art. 1902 CC, ya que también puede ser exigida al amparo del art. 116.1 del Código Penal.³¹⁸

5.13. La litigación “colectiva” abusiva

El insuficiente desarrollo normativo de las acciones colectivas por la LEC 1/2000 ha propiciado, hasta el presente momento, su infrautilización, de ahí que también

civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 4/2014.

³¹⁶ Tal es el caso, como recoge HORTAL IBARRA (ob. cit. p. 10) -quien también se decanta por esta línea de razonamiento-, de GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1949, pp. 34 y ss.; REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 2ª ed., Gráficas Menor, Madrid, 1956, pp. 41 y ss. Estos autores no defienden la naturaleza exclusivamente penal de la responsabilidad civil *ex delicto*, sino que, más bien, se han decantado por su carácter mixto o híbrido, civil-penal. Puede citarse también a QUINTANO RIPOLLÉS, “La acción tercera o cuasi criminal propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito”, *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 939 y ss., quien tampoco propugna la naturaleza puramente penal de esta institución, pero sí enfatiza tantos sus aspectos civiles como penales, hasta el punto de sugerir una nueva categoría a caballo entre ambas, a la que denomina “acción tercera” o “cuasi criminal”. La completa matización de las posturas de cada uno de estos autores -que, sin perjuicio de apuntar hacia misma dirección, no dejan de diferir en algunos aspectos- no es abordable en el presente marco, pero sirva su cita para dejar constancia de la miríada de opiniones doctrinales dispares que este asunto suscita desde antiguo.

³¹⁷ Sobre los problemas -procesales y sustantivos- que plantea el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, véase, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Régimen de la acción civil en los procesos penales por el delito de alzamiento de bienes”, *Tribunales de Justicia*, 2002, pp. 1-19.

³¹⁸ Insisto en que lo anterior no obsta para que, más allá del *nomen*, considere que, en esencia, la acción de responsabilidad *ex delicto* sea indiferenciable de la aquiliana.

sea muy poco frecuente –al menos, hasta donde nos alcanza- su ejercicio abusivo.³¹⁹ Como es sabido, con arreglo a la LEC 1/2000 las acciones colectivas se contraen a la protección de los consumidores y usuarios. El artículo 11 bajo la rúbrica “legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios” distingue entre dos tipos de intereses tutelables. De un lado, los denominados “intereses colectivos”, que son los de aquellos perjudicados por un hecho dañoso, estando los componentes del grupo de consumidores y usuarios perfectamente determinados o siendo fácilmente determinables (apartado 2º del artículo 11 LEC). De otro lado, los “intereses difusos”, que corresponden a los perjudicados por un hecho dañoso que, afectando igualmente a una pluralidad de consumidores y usuarios, no están determinados o sean de difícil determinación (apartado 3º del artículo 11 LEC)³²⁰.

Por acciones colectivas, en sentido amplio, cabe entender la agrupación en un único procedimiento de las demandas formuladas por un número determinado o indeterminado de personas que han sufrido perjuicios derivados de una misma infracción cometida por un mismo agente, siendo igualmente posible que un órgano o entidad representativa actúe en nombre del interés general e interponga una sola demanda. Con ello se busca la simplificación del proceso y la reducción de los gastos que conllevaría la tramitación separada de cada una de las demandas individuales.³²¹ A través de este proceso supraindividual no solo se permite el ejercicio de la característica acción de cesación, sino también de otras, típicas o atípicas –esto es, expresamente enunciadas por el legislador o no-, pues de “la conjunción de la legislación material, general y sectorial, que reconoce derechos concretos a los consumidores y usuarios, y de la legislación procesal, que atribuye legitimación colectiva para ejercer acciones también colectivas ante cualquier género de hecho dañoso para aquéllos, se puede concluir la admisibilidad de las pretensiones atípicas y que, en todo caso, exceden de la acción de cesación³²²” .

³¹⁹ En el ámbito de la Unión Europea, la regulación del régimen de las acciones colectivas en cada uno de sus Estados miembros es muy dispar. Cfr. Ana MONTESINOS GARCÍA, “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 12, diciembre 2014, p. 90.

³²⁰ Ana MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit.*, p. 93.

³²¹ Ana MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit.*, p. 93.

³²² Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo civile spagnolo: il ruolo delle associazioni dei consumatori”, en *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, VVAA, (coord. Sergio CHIARLONI y Paolo FIORIO), Giappichelli, Turín, 2005, págs. 129-157. Puede accederse a la versión española en la siguiente dirección: <http://eprints.ucm.es/26650/>

Es conocido también que la LEC no ha diseñado un procedimiento específico para la tutela de los derechos e intereses colectivos, pero sí contiene diversas normas puntuales para intentar adaptar el proceso civil ordinario a los problemas particulares que plantean este tipo de acciones³²³. El hecho de que no exista un procedimiento *ad hoc* nos permite afirmar que no es descartable que algunos de los usos patológicos del proceso anteriormente examinados pueden darse, con las matizaciones oportunas, en el ejercicio de una acción colectiva en materia de consumidores y usuarios.

Ahora bien, interesa poner el acento en que, por su naturaleza, este tipo de acciones son susceptibles de ser utilizadas de una manera fraudulenta en un supuesto muy concreto. A él se hace referencia en las Recomendaciones de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013³²⁴, “sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión”.

En concreto, en el Considerando 19 se afirma que “se adoptarán las medidas adecuadas para que la financiación de los recursos colectivos no puede dar lugar a abusos del sistema ni a conflictos de intereses”, mientras que en el Considerando siguiente se indica que “para evitar un uso abusivo del sistema, y en interés de la buena aplicación de la justicia, no debe permitirse que prospere ninguna acción colectiva ante la justicia que no cumpla las condiciones de admisibilidad establecidas por la ley”. En la Recomendación nº 16, relativa a la “financiación de las acciones colectivas”, se sugiere lo siguiente:

“Los Estados miembros deberían garantizar que, cuando una acción de recurso colectivo esté financiada por un tercero privado, éste tendrá prohibido: [...]

³²³ Vid. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “La protección de los consumidores en el proceso civil español”, publicado en la página web del Institut André Tunc de la Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2005. Accesible en <http://eprints.ucm.es/23856/>

³²⁴ Para un análisis de estas Recomendaciones, *vid.* Elisabetta SILVESTRI, “Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission”, *Russian Law Journal*, 2013, (1), pp. 46-56; y Sergi COROMINAS BACH, “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea: la recomendación de 11 de junio de 2013”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 34, 2014, pp. 1-30. Para este último autor, “el modelo comunitario de acciones colectivas persigue una transparencia y neutralidad en la financiación de este tipo de acciones a partir de dos principios básicos: la necesidad de suficiencia de recursos de la clase y, subsidiariamente, la posibilidad de financiación por parte de terceros que no tengan interés propio en el desarrollo final del proceso”. *Ob. cit.*, pp. 26-27.

b) Financiar una acción colectiva contra un demandado que sea un competidor del proveedor de fondos o contra un demandado del que dependa el proveedor de fondos”.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones de 11 de junio de 2013 también se advierte que “[l]a financiación por terceros es un aspecto que debe regularse de tal forma que contribuya, de manera proporcionada, a conseguir el objetivo de asegurar el acceso a la justicia. La Comisión opina por lo tanto en su Recomendación que debe quedar sujeta a una serie de condiciones. Todo sistema de financiación por terceros que sea inadecuado y opaco presenta el riesgo de incentivar litigios abusivos o litigios que en realidad no defienden los intereses de los litigantes³²⁵”.

Dicho de otra forma, esta recomendación advierte a los Estados miembros de que la acción colectiva –cuando es financiada por terceros– es susceptible de ser utilizada de forma espuria, al poder orientarse su ejercicio a un fin distinto del verdadero resarcimiento del daño causado a un grupo de consumidores y usuarios³²⁶ (o la cesación de una conducta lesiva para ellos). Lo que la Comisión tiene en mente es su uso desviado por un empresario como instrumento ilegítimo utilizado para dañar la posición en el mercado de otro empresario competidor, bien irrogándole un perjuicio patrimonial (por ejemplo, los derivados de una defensa legal costosa), bien ocasionándole un daño reputacional. En determinados ámbitos, el mero ejercicio de una acción colectiva –con la publicidad asociada al mismo– puede ocasionar un daño en el prestigio en el mercado del demandado incalculable, y ello con independencia del resultado final del pleito. Tanto la Recomendación, como la Comunicación, ponen en el énfasis en el peligro de la financiación por terceros del ejercicio de tales acciones, subrayando la necesidad de impedir que esa aportación de recursos sea efectuada por un competidor en el mercado del demandado.

En el epígrafe 2.2.2 de la indicada Comunicación de 11 de junio de 2013 se describen bien estos riesgos, cuando se afirma que “[u]n litigio puede considerarse abusivo cuando se acomete intencionadamente contra empresas honradas con el propósito de dañar su reputación o de infligirles una carga financiera indebida”. Efectivamente, “[e]xiste cierto riesgo de que la mera acusación de que la empresa demandada ha cometido una infracción influya de

³²⁵ Apartado 3.9.1 de la COM (2013) 401 final.

³²⁶ Sobre la admisibilidad de las acciones colectivas resarcitorias en el Derecho procesal español, cfr. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (Algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del tribunal supremo de 15 de julio de 2010)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-6, pp. 51-73.

forma negativa en la percepción de la misma por parte de sus clientes ya existentes o potenciales. Las partes demandadas que no hayan cometido ninguna infracción pueden verse abocadas a llegar a un acuerdo extrajudicial a fin de prevenir o minimizar esos posibles daños”. Se deja constancia igualmente de que, en el ordenamiento jurídico de EE.UU, las *class actions*, aunque son el primer exponente de lo que se conoce como “recurso colectivo”, evidencian la vulnerabilidad de todo sistema legal ante los litigios abusivos, pues no son extraños los casos en los que se utiliza este tipo de acción para forzar una transacción, con la que se zanja una pretensión no necesariamente fundada³²⁷.

Otra hipótesis de utilización abusiva de la acción colectiva sería el planteamiento, instigado por el propio demandado, de una acción colectiva por una asociación que, aunque legalmente constituida para la defensa de los consumidores y usuarios, estuviera “controlada” en último término por aquél³²⁸, con la finalidad de obtener la suspensión –por prejudicialidad civil- de las acciones individuales ejercitadas en su contra o que se prevé que se iniciarán de forma inminente.

Incluso, cabría plantearse la hipótesis de que la acción colectiva se ejercitara de forma poco diligente a propósito (de nuevo, por una asociación de consumidores que actuara “al servicio” del empresario demandado), con la intención de que la sentencia que se dictare vinculara, por efecto de la cosa juzgada material (art. 221.1 LEC³²⁹), al resto de afectados potencialmente demandantes en el futuro.

³²⁷ Más adelante volveremos sobre las “class actions” previstas en el ordenamiento jurídico de EE.UU, pero baste señalar ahora que, en determinados sectores, se ha apreciado que los abogados litigantes buscaban más favorecer su réditto personal que el beneficio genuino de sus defendidos, de forma que se han adoptado diversas medidas legislativas para reprimir este abuso.

³²⁸ Mediante su financiación más o menos encubierta.

³²⁹ “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3.ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando

El Tribunal Constitucional, por medio de cinco sentencias dictadas en 2016, concluyó que la suspensión de los procesos individuales a la espera de la resolución de la acción colectiva carecía de base legal y atentaba contra el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas físicas litigantes. En relación a la cosa juzgada material, la STC 209/2016³³⁰ razonó que

“Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima *por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas*” [Énfasis añadido].

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010³³¹ conjuró en buena medida ese peligro al declarar que

“esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.1-2ª LEC [...] Y cuando se ejercitan acciones reparadoras para la defensa de consumidores determinados, la sentencia ha de precisar quiénes son los afectados (art. 221.1-1)“.

Por ello, para el TS, "como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción”.

los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.

³³⁰ STC 2016/209; MP: Santiago Martínez-Vares García.

³³¹ RJ 2010/5407; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

La posterior Sentencia del Tribunal Supremo nº 123/2017, de 24 de febrero³³², profundiza en esa dirección al afirmar que “[u]na interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.^a LEC. A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales”.

En cualquier caso, este hipotético planteamiento abusivo sería todavía más difícil de articular en la práctica una vez dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016, *caso Jorge Sales Sinués y Otro contra Caixabank, S.A y otro*.³³³ En efecto, y resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, el TJUE precisa que “el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el segundo apartado del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva³³⁴”.

Finalmente, debe hacerse también referencia, por lo singular del caso, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2012, de 7 de mayo³³⁵. Una asociación

³³² JUR 2017\43216; MP: Pedro José Torres Vela.

³³³ TJUE 2016\138; MP: E. Levits.

³³⁴ Sobre los interrogantes que plantea esta STJUE, *vid.* Faustino CORDÓN MORENO, “Relación entre la acción colectiva y la acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores. Cuestión prejudicial de Derecho comunitario: la STJUE de 14 de abril de 2016”, Centro de Estudios de Consumo, mayo 2016, accesible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/STJUE-Relacion-entre-la-accion-colectiva-y-la-accion-individual-para-la-defensa-de-los-derechos-de-los-consumidores.pdf>

³³⁵ RTC 2012\96; MP: Manuel Aragón Reyes.

de consumidores instó la diligencia preliminar prevista en el art. 256.1.6 LEC, específicamente prevista para preparar el ejercicio de acciones colectivas³³⁶, interesando que se requiriera a la futura demandada –una entidad financiera – para que le entregara un listado con los datos personales de sus clientes españoles que hubieran contratado un determinado producto financiero. El Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid accedió a la solicitud formulada, a pesar de la oposición de la entidad financiera, que recurrió en amparo la decisión judicial. No debe perderse de vista que la entidad financiera, entre sus alegaciones ante el Tribunal Constitucional, puso de manifiesto el “grave riesgo de un uso desviado por parte del tercero, a quien se ceden esos datos”.

Aun cuando la STC 96/2012 estima el amparo por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (al declarar que el Auto impugnado omitía todo juicio de proporcionalidad), sobre el texto de la sentencia del Alto Tribunal sobrevuela la sensación de que los magistrados intuían de alguna forma que la finalidad de la asociación al instar esa diligencia preliminar no era tanto concretar los integrantes del supuesto grupo de afectados, como obtener una base de datos de esos clientes a fin de utilizarla con fines publicitarios o de captación de potenciales asociados. Se pretendería así un uso desviado de la diligencia preliminar citada, ya que la finalidad de su ejecución no sería tanto preparar un futuro juicio –o no principalmente–, como obtener un listado de los clientes del banco con una finalidad para la que esa actuación preparatoria no estaba diseñada.

En especial, conviene subrayar que el Tribunal Constitucional reprocha al Juzgado no haber justificado por qué razón no se acogió la contrapropuesta efectuada por la entidad bancaria, consistente en la entrega al Juzgado por parte de la asociación de una carta informativa sobre su intención de presentar la demanda que, tras la supervisión del Juzgado, sería remitida por el banco a todos los clientes que hubieran suscrito los productos financieros en cuestión.

La doctrina de esa Sentencia fue ratificada por la posterior STC 219/2012, de 26 de noviembre³³⁷, instada por algunos de los clientes afectados contra esa misma

³³⁶ “Todo juicio podrá prepararse: [...] 6.º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”.

³³⁷ RTC 2012\219; MP. Francisco José Hernando Santiago.

resolución judicial que acordaba la cesión de sus datos en el seno de la diligencia preliminar acordada.

CAPÍTULO II. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFÍNES

INTRODUCCIÓN. 1. LA BUENA (Y MALA) FE PROCESAL.1.1. El concepto de buena fe procesal.1.2. El elemento intencional.1.3. Las diferentes consecuencias del abuso del proceso y de la mala fe procesal. 1.4. La interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo del art. 247.3 LEC en relación con el abuso del proceso. 1.5. El régimen de imposición de costas. 2. LA TEMERIDAD. 3. EL FRAUDE DE LEY. 4. EXCURSO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO Y LA AUSENCIA DE *IUSTA CAUSA LITIGANDI*. 4.1. Falta de interés legítimo y abuso del proceso. 4.2 La carencia sobrevinida del interés y la prosecución abusiva de la *litis*.

INTRODUCCIÓN

Las actuaciones contrarias a la buena fe, el fraude de Ley y el abuso del Derecho forman parte de lo que la doctrina ha calificado como *ilícitos atípicos*³³⁸, esto es, “actos que en principio no gozan de una definición muy precisa dentro del Ordenamiento, que han ido irrumpiendo en lo social desde la esfera de lo civil y en la medida en que han sido acreedores de sancionabilidad han ido adquiriendo entidad jurídica; son ilícitos por esto mismo, por ser susceptibles de sanción, y son atípicos porque, aun manteniendo el respeto a las reglas correspondientes, quedan deslegitimados por su falta de respeto a los principios que en dichas reglas pueden ser asumidas³³⁹”.

La necesidad de una delimitación conceptual precisa entre estas figuras fue apuntada por el Consejo de Estado al dictaminar sobre el Decreto Legislativo que articuló la reforma del título preliminar del Código Civil, consciente del abundante uso de conceptos jurídicos indeterminados en su texto. Con anterioridad, en la Comisión de Justicia de las Cortes, al discutirse la Ley de Bases, se dijo ya que “la misión de la doctrina y la jurisprudencia consiste, en estos momentos, en introducir el mayor rigor posible en todos los conceptos, delimitando sus perfiles, buscando sus diferencias en lugar de parentescos, a fin de evitar que se produzcan espectáculos como el abigarrado desfile de la buena fe, el abuso del Derecho y el fraude que el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos

³³⁸ Hemos excluido de nuestra exposición el concepto de *deslealtad*, por entender que se trata de un término que designa una manifestación particular de la mala fe en sentido subjetivo o psicológico, “aplicada a ciertas profesiones o a ciertos oficios públicos, en los que, por una u otra razón, las exigencias de la buena fe aparecen especialmente reforzadas”, MARTÍN VALVERDE, “El abuso del proceso en la jurisdicción social, cit., p. 181. El ejemplo más evidente es la obligación de lealtad incluida en el Estatuto General de la Abogacía (art. 36 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española).

³³⁹ RODRÍGUEZ ADRADOS, “El fraude de la ley (ensayo de una dirección pluralista)”, en *El Título Preliminar del Código Civil*, VVAA, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, Vol. I, p. 391.

Urbanos ha ocasionado [...] con aumento de la litigiosidad y quebranto de la seguridad jurídica³⁴⁰”.

Nuestra intención es proceder, a continuación, a deslindar las indicadas figuras, si bien desde la perspectiva del Derecho Procesal. No por un mero prurito academicista, sino porque las indudables zonas de intersección entre estos ilícitos atípicos han provocado una notable confusión conceptual en el ámbito del Derecho adjetivo –sobre todo en la jurisprudencia–, que es preciso despejar si se quiere llegar a delimitar, con verdadera precisión técnica, la esencia del abuso del proceso.

Y es que es cierto que el riesgo que apuntaron tanto el Consejo de Estado como la Comisión de Justicia se ha materializado, perviviendo una notable confusión jurisprudencial sobre estas figuras, que a menudo se ha referido a las mismas de forma imprecisa o incluso indistinta. Por lo que se refiere a la doctrina, la dogmática civilista se ha ocupado ampliamente de esta diferenciación, aun cuando no siempre se haya llegado a idénticas conclusiones. Por el contrario, esta depuración conceptual ha sido menos frecuente en la doctrina procesalista, lo que quizá explique la falta de profundización en estos conceptos por parte de nuestros tribunales.

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dicho hasta ahora, la litigación abusiva constituye, a nuestro entender, un supuesto especial dentro del género del abuso del Derecho. Por ello, la delimitación conceptual se efectuará a continuación desde este prisma, intentando trazar las líneas definitorias entre el citado abuso y el resto de ilícitos atípicos, entre los que incluiremos también el concepto de temeridad, dadas las concomitancias que, en el terreno del Derecho procesal, presenta con aquél.

Como se ha escrito con acierto, “la figura del abuso del Derecho se ha desarrollado históricamente en el ámbito del Derecho privado, en relación con el derecho de propiedad y, en general, con los derechos de contenido patrimonial, y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero, como hemos visto, una reconstrucción racional de la figura –tal como la que se expresa en nuestra definición– posibilita su generalización más allá de los derechos de contenido patrimonial³⁴¹”.

Ahora bien, interesa igualmente precisar que, como en tantas ocasiones, no es posible trasladar de forma mimética los conceptos del Derecho sustantivo al procesal. Aun cuando el abuso del proceso constituya una manifestación *sui*

³⁴⁰ Cita recogida por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 34-35.

³⁴¹ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 64.

generis del abuso del Derecho, no por ello deja de presentar unas características propias, consustanciales a su naturaleza adjetiva. Tampoco debe olvidarse que si en la relación conflictiva que deriva del abuso de derecho son dos particulares – el titular del derecho subjetivo y el perjudicado por su ejercicio anómalo- los enfrentados, en el abuso del proceso existe también una afectación del propio sistema judicial como mecanismo de resolución de conflictos. Este interés público en la prevención de un uso desviado del proceso civil es el que justifica en el plano normativo la asignación de determinadas facultades a los jueces para prevenir –y reprimir- *ex officio* esta patología, pues cuando se produce en el seno de una *litis* no solo los derechos de la contraparte se verán afectados.³⁴²

1. LA BUENA (Y MALA) FE PROCESAL

1.1. El concepto de buena fe procesal

Moviéndonos en el plano de los conceptos, debe partirse de que la mala fe procesal implica la infracción de una norma (bien de algún precepto específico que sancione determinada conducta o de la cláusula general contenida en los arts. 11.1 LOPJ y 247.1 LEC), mientras que el abuso del proceso presupone un cumplimiento formal de dichas normas procesales –porque en tal caso no habría abuso, sino una infracción legal- acompañado de una subversión ilícita de los principios rectores del procedimiento. Esta primera delimitación conceptual evidencia que nos encontramos ante fenómenos que, aunque cercanos, no son homogéneos.

DÍEZ-PICAZO advirtió tempranamente que “el concepto de la buena fe es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho Civil y, además, es uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a una más larga y apasionada polémica³⁴³”.

Aceptando la definición de la doctrina más autorizada, la buena fe puede ser conceptualizada de forma aproximada como “un modelo de conducta social o, si se

³⁴² Atribuir facultades al órgano judicial para prevenir o reprimir el abuso del proceso no responde a una pulsión autoritaria, como a veces se señala. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO anticipó ya en 1947 lo que sería una tendencia en el procesalismo de finales del siglo XX en las luminosas páginas de su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*: “En ese sentido, es indispensable ampliar los poderes inquisitivos del juez para que no se quede en la superficie, sino que llegue hasta el fondo mismo del litigio y, además, reforzar los Códigos procesales con enérgicas sanciones pecuniarias (multas, agravación de la condena en costas), disciplinarias (frente a los abogados que ejerzan la defensa de sus clientes con olvido de la ética profesional) y aun penales, en el mismo proceso o en uno especial abreviado, cuando la conducta dolosa de uno o de ambos contendientes rebasa el límite de lo discutible, para caer de lleno en el terreno de lo delictivo”. *Proceso, autocomposición y defensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Imprenta Universitaria, Méjico, 1947, p. 224.

³⁴³ *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 134-135.

prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado³⁴⁴".

El Tribunal Supremo ha expresado en varias ocasiones las extraordinarias dificultades que plantea su definición concreta, afirmando en su Sentencia núm. 306/2002 de 25 marzo³⁴⁵, "que el principio de buena fe [...] como todo concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con generalidad, y será preciso el estudio personalizado de cada caso por caso para su determinación, sobre todo porque para ello no se puede utilizar el método declarativo de la analogía".

En el plano sustantivo, J. M^a MIQUEL GONZÁLEZ ha hecho notar las dificultades de la doctrina científica en la delimitación de los conceptos de abuso de derecho y ejercicio contrario a la buena fe³⁴⁶, lo que no debe extrañar dadas las concomitancias entre ambas figuras, como en el terreno procesal han corroborado otros autores³⁴⁷. ALBALADEJO, por ejemplo, sostuvo que, en sentido amplio, se puede decir que el ejercicio del derecho es abusivo en los tres supuestos siguientes: disconformidad con la buena fe, antisocialidad y abuso³⁴⁸; línea seguida por algún sector de la doctrina civilista, que considera la prohibición de abuso del Derecho como una forma peculiar de infracción del principio y normas de la buena fe³⁴⁹.

³⁴⁴ DÍEZ- PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2001, p. 424.

³⁴⁵ RJ 2002\2301 MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

³⁴⁶ *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, p. 46. Para Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, la diferencia "parece radicar en que mientras los límites en el ejercicio del derecho cuya infracción determina el abuso del Derecho son límites derivados de la conciencia social de una época (son límites objetivos a las facultades que integran el contenido del derecho impuesto por las costumbres y apreciaciones de una época), los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de la que debe ser una conducta normal, recta y honesta respecto de las personas con las que se está en relación. Es el criterio de reciprocidad el que aparece como nota diferenciadora de la buena fe". Ob.cit. p.43. Este criterio de diferenciación no me parece satisfactorio, pues la determinación, en cada momento, de la "conducta normal, recta y honesta" también será variable, en la misma medida -y posiblemente en la misma dirección- que la "conciencia social de una época".

³⁴⁷ PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., p. 91. Para Rafael NARANJO DE LA CRUZ, "no existe ningún criterio sólido de distinción entre la buena fe y el abuso del Derecho", *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p., 294.

³⁴⁸ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, 11^a ed., Edisofer, Barcelona, 1991, tomo I, p. 36. Vid. también Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "De nuevo sobre la buena fe", *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), nº 6, 1988, pp. 633-681.

³⁴⁹ Carlos DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976, p. 262. Tesis que comparte, según DE LOS MOZOS, buena parte de la doctrina alemana (*La buena fe en el Título Preliminar*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, Vol. 1, p. 466).

La buena fe procesal, como pauta de conducta a la que deben acomodarse los litigantes fue recogida por primera vez en el ordenamiento español en 1985, en los artículos 11 y 437 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁵⁰. Con posterioridad, y como ya hemos señalado, se introdujo en la Ley Procesal Civil 1/2000 mediante su artículo 247³⁵¹, existiendo igualmente una previsión al respecto en el artículo 36 del Estatuto General de la Abogacía de 24 de junio de 2001, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio³⁵², y en el art. 75. 4 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.³⁵³

Para PICÓ I JUNOY, “el principio de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir el contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la Ley, que permite a los juristas adecuar las diferentes instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico³⁵⁴”. Este autor define la buena fe procesal como “aquella conducta exigible a toda persona *en el marco de un proceso*, por ser

³⁵⁰ Como hacer notar con acierto Manuel CACHÓN CADENAS, desde el punto de vista de la técnica legislativa probablemente hubiera sido más acertado aludir a la prohibición de actuar con mala fe procesal, en vez de apelar a la noción de buena fe procesal, si bien como el propio autor reconoce esta cuestión tiene escasa relevancia práctica. “La buena fe en el proceso civil”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit., p. 235.

³⁵¹ Existe un antecedente pre-legislativo del actual art. 247.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en el art. 335.1 del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 elaborado en 1972 por profesores españoles de Derecho Procesal, que no llegaría a ser aprobado y fue publicado en 1972 como *Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se reconocen los deberes de “*secreto profesional, probidad, lealtad, veracidad y respecto a los tribunales*”, si bien en relación a los abogados y procuradores de los tribunales, a los que se sujetaba a las correspondientes correcciones disciplinarias. Jesús María GONZALEZ GARCÍA, ob. cit., p. 383.

³⁵² La introducción expresa del principio de buena fe procesal en el ordenamiento civil español no ha estado exenta de polémica. Para examinar la animada polémica doctrinal entre los procesalistas patrios, *vid. El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit.

³⁵³ Este último precepto dispone lo siguiente: “Todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe. De vulnerarse éstas, así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio. Aquel al que se hubiere impuesto la multa prevista en el párrafo anterior podrá ser oído en justicia. La audiencia en justicia se pedirá en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la multa, mediante escrito presentado ante el juez o tribunal que la haya impuesto. La audiencia será resuelta mediante auto contra el que cabrá recurso de alzada en cinco días ante la Sala de Gobierno correspondiente, que lo resolverá previo informe del juez o Sala que impuso la multa. De apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas respectivas”.

³⁵⁴ *El principio de buena fe procesal*, cit., p. 66. En cuanto a la poco satisfactoria –a mi juicio– remisión a las valoraciones “sociales” para definir principios jurídicos, nos remitimos a lo señalado en el epígrafe 3.3. anterior.

socialmente admitida como correcta³⁵⁵". Esta definición me parece especialmente útil para diferenciar el concepto de buena/mala fe procesal de la figura del abuso del proceso, puesto que el primero hace referencia, fundamentalmente, a concretas actuaciones o conductas intraprocesales, es decir, que tienen lugar dentro del proceso; mientras que el segundo contempla el proceso, por así decirlo, *externamente*, en sí mismo considerado, *en su totalidad*³⁵⁶. Esta primera nota distingue en el ámbito procesal, a mi juicio, a ambas figuras³⁵⁷.

Es cierto que el art. 247.2 LEC hace referencia a "peticiones e incidentes", por lo que, en un sentido lato, podría entenderse que la pretensión deducida en la demanda es una "petición"³⁵⁸:

"2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

No obstante, a mi juicio no procede aplicar el régimen previsto en este precepto a la acción ejercitada en la demanda –que constituye el objeto del proceso–, ya que nos llevaría a aceptar que podría desestimarse la misma por el órgano judicial, *in limine litis*, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Tal posibilidad,

³⁵⁵ Ob. cit., p. 67. Por lo que se refiere al recurso, como criterio delimitador, a las convenciones sociales, nos remitimos a lo ya expuesto en el capítulo 2º.

³⁵⁶ Como luego veremos, existen ciertos supuestos, poco frecuentes en la práctica, en los que la utilización del proceso en su integridad es considerada, además de abusiva, simultáneamente como atentatorio contra las reglas de la buena fe procesal.

³⁵⁷ Sobre la relación entre la mala fe y el fraude procesal pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Manuel CACHÓN CADENAS, "La buena fe en el proceso civil" y Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO, "La buena fe procesal: consideración doctrinales y jurisdiccionales", ambos en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2005; Francesco CARNELUTTI: "Contro el processo fraudulento", *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, Tomo II, pp. 14 y ss.; "Del dolo civil al dolo procesal", José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 339-361; la tesis doctoral dirigida por el Profesor GUASP, *Teoría del fraude en el proceso civil*, de LOIS ESTÉVEZ, Porto, Santiago de Compostela, 1948 (tomo prestada esta referencia de PICÓ I JUNOY, ob. cit. p. 106); o, finalmente, el estudio de Manuel DE LA PLAZA NAVARRO, "Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas", *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVII, noviembre, 1943, pp. 773-785.

³⁵⁸ Con todo, creo que la interpretación literal (3.1 CC) juega a favor de la tesis que aquí se defiende, pues cabe presumir que si el legislador hubiera querido incluir dentro del art. 247.2 LEC la "pretensión" deducida en la demanda, así lo habría hecho constar explícitamente. El hecho de que, además, se haya prescindido del término "excepción" –inequívocamente referido a línea defensiva principal del demandado–, que sí emplea el art. 11.2 LOPJ, apunta en idéntica dirección.

que no comparto, ha sido defendida por una parte minoritaria de la doctrina³⁵⁹ e incluso por alguna jurisprudencia³⁶⁰.

No debe olvidarse que, después la reforma del Título Preliminar del Código Civil, la innovación legislativa más importante en materia de reglas sobre interpretación de leyes fue consecuencia de la aprobación de la Constitución Española. De conformidad con el art. 5.1 LOPJ, la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Como afirma SALVADOR CODERCH, esta exigencia de interpretación o reinterpretación de los enunciados legales en función de la jurisprudencia constitucional limita de manera notable el alcance de la interpretación lingüística (o, en cualquier caso, histórica, en la aplicación judicial del Derecho), pero no permite prescindir de ella porque, precisamente, es necesaria a la hora de conocer el alcance de la propia doctrina del Tribunal Constitucional.³⁶¹

A mi modo de ver, ni el artículo 11.2 LOPJ³⁶², ni el art. 247.2 LEC permiten al órgano judicial rechazar de plano la acción judicial ejercitada –o,

³⁵⁹ Cfr. José Manuel PRADAS POVEDA y Ernesto VÁZQUEZ MARTÍN, ob. cit., p. 1683; en contra PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., p. 99.

³⁶⁰ Como la STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1552; MP: José Almagro Nosete) o la STS 425/2013, de 1 de julio (RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán), afirmando esta última lo que sigue: “Pues bien, desde ahora mismo puede adelantarse que el recurso ha de ser desestimado, conforme a los arts. 11 LOPJ y 247 LEC, por entrañar una persistencia en la mala fe procesal de la parte recurrente y en un abuso del proceso y un fraude de ley procesal [...] Semejante absurdo carece de amparo en el ordenamiento jurídico porque la justicia es un valor superior de nuestro estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución); la parte demandante hoy recurrida tiene un derecho a la tutela judicial efectiva tan fundamental como el de la parte hoy recurrente (art. 24.1 de la Constitución); el contenido ético del Derecho está presente tanto en las normas procesales rectoras del presente litigio (art. 11 LOPJ y 247 LEC, antes citados) como en las del Código Civil relativas al ejercicio de los derechos en general (art. 7.1) y a las relaciones contractuales en particular (art. 1258)...” Aunque, como luego veremos, la invocación de estos preceptos no dejó de ser retórica, pues para llegar a la conclusión de que se había abusado del proceso el TS tuvo previamente que analizar –como así hizo– el fondo del asunto.

³⁶¹ “Comentario al artículo 3.1 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, p. 22.

³⁶² También apuntalan nuestra postura los antecedentes históricos y legislativos (otro de los criterios interpretativos del art. 3.1 CC) del art. 11.2 LOPJ. Creo preciso recordar que en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido a las Cortes en 1985 el artículo 11.1 LOPJ decía que “el ejercicio de las acciones y la oposición en todo tipo de procesos respetará las reglas de la buena fe procesal”; dicción que fue sustituida por la actualmente vigente al admitirse por la Ponencia la enmienda nº 374 del Grupo Socialista. Esa misma Ponencia rechazó la enmienda nº 30, presentada por el Grupo Popular, que decía lo que sigue: “El ejercicio de las acciones y la oposición en todo tipo de procesos respetará las reglas de la buena fe procesal y con observancia del deber de veracidad, salvo el derecho de las partes a no declarar contra sí mismas”. Luego la decisión del legislador de no aplicar explícitamente la posibilidad del rechazo judicial *in limine* a

correlativamente, repeler la posición defensiva- que constituye el núcleo de la tutela judicial efectiva pretendida. Creo que ambos preceptos deben ser interpretados de forma restrictiva, en la medida en que una hermenéutica expansiva –que entendiera integrado en su seno la tutela principal pretendida con la acción deducida- supondría imponer una limitación desproporcionada a un derecho fundamental constitucionalmente consagrado. Recordemos que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, es “elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución razonada y fundada en Derecho *sobre el fondo* de las pretensiones planteadas ante ellos” (STC n° 206/2002, de 11 de noviembre³⁶³). También es cierto que esa misma jurisprudencia ha precisado que, al ser un derecho de configuración legal, su efectivo ejercicio se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador, de forma que el derecho a la tutela judicial efectiva resulta igualmente satisfecho mediante la obtención de una resolución de inadmisión, que impida entrar en el fondo del asunto, si dicha decisión se funda en una causa legal que así lo justifique y que sea razonablemente aplicada por el órgano judicial (SSTC n°s 108/2000³⁶⁴ o 201/2001³⁶⁵).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional parece referirse en este último caso a presupuestos y requisitos procesales puramente formales, por lo que el recurso a la mala fe procesal como motivo de la denegación de la respuesta judicial sobre el fondo del asunto –el contenido esencial del derecho a la tutela judicial- parece un argumento demasiado forzado. Los artículos 11.2 y 247.2 LEC no pueden servir como “válvula de escape” que autorice a los órganos judiciales para zanjar la cuestión principal debatida en el proceso rechazando de plano, sin analizarla –a modo de *petición de principio*-, la pretensión de quien se reputa que litiga de forma maliciosa³⁶⁶. Creo que es preferible acudir al resto de instrumentos que el

la acción principal abusiva fue, aparentemente, *deliberada*. Cfr. “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la ‘buena fe’ procesal”. Juan MONTERO AROCA, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit., p. 259.

³⁶³ RTC 2002\206; MP: Elisa Pérez Vera.

³⁶⁴ RTC 2000\108; MP: Pablo García Manzano.

³⁶⁵ RTC 2001\201; MP: Rafael de Mendizábal Allende.

³⁶⁶ En este sentido, creo que cuando el Tribunal Constitucional afirma que la resolución de inadmisión puede entenderse conforme con el derecho a la tutela judicial si se funda en una causa legal y ésta sea “razonablemente” aplicada, está pensando en supuestos en los que el legislador ha previsto de forma concreta el motivo –normalmente de carácter formal o procedimental- que habilita al Juez para inadmitir la pretensión deducida, sin dejar margen al órgano judicial para acudir a conceptos jurídicos indeterminados de los que extraer motivos adicionales que le dispensen de otorgar al litigante el contenido normal de su derecho: una resolución sobre el fondo del asunto. E incluso los supuestos tasados, expresamente recogidos por la Ley, que permiten al

ordenamiento jurídico contiene para combatir la litigación abusiva: desde la condena en costas con expresa declaración de temeridad, hasta la posterior acción de reclamación de daños procesales.

A mi juicio, avala igualmente esta postura la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2016, de 18 de julio³⁶⁷. En el caso resuelto por el TC, se impugnaba la desestimación de la petición de justicia gratuita que había sido rechazada, tanto en vía administrativa, como judicial, acudiendo al “instituto del abuso de derecho”, ya que se alegaba –tanto por la Administración, como después, por el órgano judicial- que el solicitante había formulado un gran número de solicitudes de derecho de asistencia gratuita con anterioridad (varias de las cuales habían sido rechazadas por ser infundadas o igualmente constitutivas de abuso de derecho), lo que conducía a reputar su nueva petición como abusiva. La STC 136/2016, estimando el recurso de amparo interpuesto, entiende que la decisión administrativa -luego confirmada por el órgano judicial- “supone una restricción injustificada y contraria a las exigencias constitucionales de los términos en que se encuentra legalmente el derecho a la asistencia jurídica gratuita, *sin que sea necesario dilucidar, para llegar a esta conclusión, si una situación de abuso de derecho puede ser apreciada en un trámite distinto al de “insostenibilidad de la pretensión”, cuestión procedimental que, en realidad, es más bien propia de la legalidad ordinaria*” [Énfasis añadido].

Ahora bien, a continuación el TC recuerda que no es posible inadmitir a trámite una demanda por una causa distinta de las legalmente tasadas –refutando implícitamente su anterior (y equivocado) aserto de que se trataba de una cuestión de mera legalidad ordinaria³⁶⁸-, subrayando que “al margen de la denominación formal de abuso de derecho sobre la que ha apoyado su decisión denegatoria”, las decisiones denegatorias aludían exclusivamente al número de

órgano judicial dictar la resolución de inadmisión, deben ser debidamente ponderados con cautela por el Juez, a fin de no aplicarlos de manera irrazonable o desproporcionada.

³⁶⁷ JUR 2016\186444; MP: Antonio Narváez Rodríguez.

³⁶⁸ En la medida en que, al no estar legalmente prevista el rechazo de la solicitud con base en su presunta abusividad, se estaría denegando el acceso a la tutela judicial –aunque fuere de forma indirecta- por una causa no establecida legalmente, lo que está lejos de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria. En efecto, el sustento para el rechazo de la solicitud con base en la abusividad de la solicitud se buscó por la Administración en el art. 6.4 del Decreto 86/2003, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid, y que reza así: “El funcionamiento de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita se ajustará a los principios recogidos en el artículo 15, número 4, de este Decreto en los supuestos en los que aprecie en el solicitante la formulación de peticiones con manifiesto abuso de derecho, que entrañen fraude de ley o que puedan vulnerar las reglas de la buena fe”. Al margen de no aclarar el momento procedimental en que dicho abuso de derecho puede ser apreciado, lo cierto es que nos encontramos ante una norma que carece de rango legal.

veces que ese ciudadano había solicitado en el pasado el derecho de justicia gratuita.

Justificación que la STC 136/2016 juzga “claramente inidónea” para impedir que el demandante ejerza su derecho fundamental a impetrar la tutela judicial efectiva en relación a un asunto distinto de los que motivaron las solicitudes anteriores, “pues el número de veces en que, con amparo en el beneficio de justicia gratuita, se ha litigado o pretende litigar con anterioridad por parte del recurrente, no puede erigirse en razón para desestimar la tutela judicial solicitada”, recordando de nuevo que solo cabe la denegación de esa solicitud en los casos legalmente establecidos. Obviamente, es fácil trasladar este razonamiento al trámite de la admisión a la demanda y concluir en la imposibilidad de acudir a la figura del abuso del Derecho para inadmitirla *in limine litis*.³⁶⁹ En ambos casos se trata de que no se cercene el acceso a la tutela judicial *a radice*, limitándose la (excepcional) denegación de tal derecho a los supuestos expresamente enunciados por la Ley, entre los que no se encuentra que la abusividad *prima facie* de la solicitud de justicia gratuita o de la demanda.

Por lo expuesto, reiteramos que el Tribunal Supremo, en su *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* aprobado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de 27 de enero de 2017 –al igual que hizo al aprobar el anterior *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* de 30 de diciembre de 2011–, ha errado al incluir, como causa de inadmisión de ambos recursos (apartado IV.1.j), “[l]a formulación del recurso con manifiesto abuso de derecho o cuando entrañe fraude procesal (artículo 11.2 LOPJ)”. No solo porque está añadiendo una causa de inadmisión de un recurso no expresamente prevista por el legislador, sino porque una decisión de estas características sería prematura, pues no es el trámite de admisión donde le corresponderá al Alto Tribunal valorar si la interposición del recurso es abusiva. Con la inclusión de esta causa de inadmisibilidad en el citado Acuerdo, da la impresión de que la Sala Primera ha querido facilitar la inadmisión de recursos de casación “carentes de

³⁶⁹ A mi juicio, es irrelevante que la STC 136/2016 parezca sugerir que en realidad no se rechazó la solicitud por abusiva, sino por reiterativa. Porque para llegar a la conclusión de que esa solicitud era “abusiva” era preciso situar la misma en el contexto en que se produjo, de aparente reincidencia querulante. Se trataba de la enésima querrela que el solicitante (un preso) quería interponer contra la exDirectora de Instituciones Penitenciarias, contra la que había presentado numerosas querrelas en el pasado (así como contra el Director General de la Guardia Civil), por lo que tampoco era disparatada la conclusión de la Administración de que esta nueva solicitud –aunque el delito imputado ahora fuera diferente (falsedad en documento público)– no era sino otro eslabón de una estrategia procesal abusiva. Aunque, ciertamente, al éxito del recurso de amparo contribuyó la parquedad de los razonamientos de la resolución administrativa impugnada –y de las judiciales–, al aludir tan solo a la reiteración de las solicitudes.

fundamento". Causa de inadmisibilidad que sí ha previsto expresamente el legislador para el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 473.2.2º LEC), pero no para el de casación.

Con arreglo a lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1991³⁷⁰, "[l]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"; espíritu y finalidad que son no un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquella; de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica y así dice la Sentencia de 23 de marzo de 1959 "que si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, *no puede menos de tenerse en cuenta el valor de resultado*, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico..".

El argumento nuclear empleado por el Tribunal Supremo, en el sentido de que habrá de tenerse en cuenta, a la hora de interpretar una norma legal, las consecuencias de su aplicación, es decir, por utilizar sus palabras, "el valor de resultado", invita a pensar que la normas procesales examinadas (art. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC), en su correcta inteligencia, no pueden amparar la posibilidad de que el derecho a la tutela judicial efectiva quede indebidamente cercenado como consecuencia de decisiones judiciales prematuras *in limine litis*.

Esta preferencia no es caprichosa: si partimos, siguiendo la terminología de Robert ALEXY³⁷¹, de que los derechos fundamentales son un "mandato de optimización" por parte del legislador constitucional, en el sentido de que su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia en la medida de lo posible -su característica fundamental es que puede ser cumplido en diferente grado-, dentro de las constricciones que impone la necesidad de tener en cuenta la existencia de otros mandatos de optimización -representados por los otros derechos fundamentales o reglas-, la denegación del contenido "normal" del derecho a la tutela judicial efectiva (un pronunciamiento sobre el

³⁷⁰ RJ 1991\5319; MP: Pedro González Poveda.

³⁷¹ Desarrollada principalmente en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986) (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.). El discurso de ALEXY ha sido objeto de matizaciones posteriores, tanto por el propio autor, como por terceros, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

fondo del asunto) debe admitirse sólo en supuestos excepcionales, que deben encontrarse respaldados por unos principios de igual o superior peso³⁷².

Consciente de ello, parte de la doctrina procesalista española ha intentado afanosamente buscar un sustento constitucional al principio de buena fe procesal, ya sea como “límite inmanente derivado de forma mediata de la necesidad de proteger los derechos fundamentales del art. 24 CE, con especial referencia a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad y a un proceso con todas las garantías³⁷³” o por la vía de remisión que opera el art. 10.2 CE, en relación con los arts. 17³⁷⁴ del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4-11-1950) y 6

³⁷² La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 425/2013, de 1 de julio (RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán), parece ser consciente del diferente peso de los intereses en juego, y de ahí la alusión –forzada, a mi juicio– al derecho a la tutela judicial efectiva de la parte contraria para defender la aplicación del art. 11.2 LOPJ a la pretensión principal del proceso civil. Línea de razonamiento que no me parece convincente, pues el dictado de una resolución sobre el fondo no supone sacrificio alguno para el derecho a la tutela judicial de la parte contraria. Como mucho, podría entenderse afectado de alguna forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, cuya diferenciación con el derecho a la tutela judicial efectiva ha ido apuntalando progresivamente el Tribunal Constitucional. La STC núm. 54/2014, de 10 abril (RTC 2013\54; Fernando Valdés Dal-Ré) recuerda “que nuestra Constitución ha reconocido el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas con carácter autónomo respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que ello suponga desconocer las innegables conexiones que existen entre ambos derechos, pues el derecho a la jurisdicción contemplado en el artículo 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse”. Pero tampoco me parece satisfactorio sostener que el derecho a la tutela del litigante abusivo debe ceder ante el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de la contraparte, pues, en principio, el lapso de tiempo preciso para la obtención de una resolución sobre el fondo no será alargado “de forma indebida”. La posición del litigante abusivo –ya sea actor o demandado– será más o menos temeraria o carente de fundamento, pero ello no tiene por qué afectar obligatoriamente al lapso temporal necesario para que se ponga fin al proceso (salvo en los supuestos excepciones de la interposición abusiva de recursos para impedir la ejecución de resoluciones judiciales, en aquellos casos en que la LEC no permita acudir a la ejecución provisional o sea muy gravoso para el demandante).

³⁷³ PICÓ I JUNOY, ob. cit., p. 81 y ss.

³⁷⁴ “Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. La introducción de la figura del abuso del Derecho en el art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos obedece a unas razones históricas muy concretas: la Europa de la posguerra, que ya había experimentado los efectos devastadores de la ruptura de un sistema democrático, utilizando los mecanismos que tal sistema permitía. Como reacción ante una interpretación puramente formalista de los derechos subjetivos, “[e]l artículo 17 vendría así a dar un contenido material, no solo procedimental, a un sistema democrático cuyos derechos, principios y valores habrán de estar a salvo, incluso, del ejercicio de los derechos reconocidos en el convenio. El convenio, consecuentemente, reconoce la posibilidad de aplicar la figura del abuso del Derecho a los derechos fundamentales”. María Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “El abuso de derecho: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución Española”, en *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de*

del mismo Convenio, que protege el derecho a un proceso justo y equitativo (equivalente al consagrado por el art. 24 CE), afirmándose “así un fundamento constitucional explícito a la regla ético-social, como límite intrínseco al derecho de defensa jurídica³⁷⁵”.

Por último, no creo que sea ocioso reseñar que el art. 247.2 LEC no se limita a reproducir el contenido del art. 11.2 LOPJ, sino que, a diferencia de éste, excluye la posibilidad de que el órgano judicial rechace *a limine* las excepciones opuestas contraviniendo la buena fe procesal³⁷⁶. El diferente tenor de ambos preceptos

la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, Universidad de Cantabria, 2009, p. 832. La Corte de Estrasburgo se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre el concepto de abuso del Derecho, siendo una de las resoluciones más destacables la Sentencia dictada en el caso Panteliou-Darne y Blantzouka contra Grecia, de 2 de mayo de 2013 (TEDH\2013\48): “El Tribunal señala que el concepto de abuso de derecho es flexible por naturaleza. Supone la existencia del derecho en cuestión y por ello se distingue de la prescripción. Por consiguiente, el argumento de las demandantes según el cual sus pretensiones no habían prescrito, no significa necesariamente que su ejercicio no fuera, en este caso, abusivo. En efecto, el concepto de abuso de derecho conduce al debilitamiento del derecho en cuestión o los concretos requisitos que rodean su ejercicio”. El TEDH también sobre ha pronunciado sobre las demandas “abusivas” interpuestas ante la propia Corte de Estrasburgo que, con arreglo al art. 35.3 del CEDH, deben ser inadmitidas. La Sentencia dictada en el caso Mirolobovs y otros contra Letonia, de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009\388483), recalcó que la noción de abuso debe ser interpretada en el sentido ordinario recordado por la “teoría general del Derecho”; esto es, lo constituye el ejercicio de un derecho por su titular con una finalidad distinta a aquella para la que ha sido reconocido, causando un daño. Por tanto, se considera abusivo cualquier comportamiento de un demandante manifiestamente contrario a la finalidad del derecho de recurso establecido por el Convenio, que obstaculice el buen funcionamiento del Tribunal o el buen desarrollo del procedimiento ante el mismo. Esta Sentencia recopila la jurisprudencia previa del TEDH sobre la abusividad como causa de inadmisión de la demanda planteada al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “65. Cependant, la notion d'abus du droit de recours individuel, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention, ne se limite pas à ces deux hypothèses, et d'autres situations peuvent également se révéler être des actes abusifs. En principe, tout comportement d'un requérant manifestement contraire à la vocation du droit de recours établi par la Convention et entravant le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle, peut être qualifié d'abusif. Ainsi, par exemple, même si une requête inspirée par un désir de publicité ou de propagande n'est pas, de ce seul fait, abusive (McFeeley et autres c. Royaume-Uni, no 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, Décisions et rapports (DR) 20, p. 139), il en va autrement si le requérant, mû par des intérêts d'ordre politique, accorde à la presse ou à la télévision des entretiens montrant une attitude irresponsable et frivole à l'égard de la procédure pendante devant la Cour (Parti Travailleuse Géorgien c. Géorgie (déc.), no 9103/04, 22 mai 2007). De même, est abusif le fait, pour un requérant, de multiplier, devant la Cour, des requêtes chicanières et manifestement mal fondées, analogues à sa requête déjà déclarée irrecevable dans le passé (M. c. Royaume-Uni, no 13284/87, décision de la Commission du 15 octobre 1987, DR 54, p. 214, et Philis c. Grèce, no 28970/95, décision de la Commission du 17 octobre 1996)”.

³⁷⁵ LOZANO-HIGUERO PINTO, “La buena fe procesal: consideración doctrinales y jurisdiccionales”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit., p. 64.

³⁷⁶ En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil remitido por el Gobierno a las Cortes y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de noviembre de 1998 no había referencia alguna a la buena fe procesal. Tampoco en las enmiendas que se publicaron en el Boletín de 26 de marzo de 1999. Fue en el texto de la Ponencia, publicado en el Boletín el 27 de julio de 1999, cuando se incluyó el art. 244 bis, el único del Título VIII (“De la buena fe procesal”)

apenas ha sido analizado por la doctrina³⁷⁷ y menos aún por la jurisprudencia, pero a mi juicio que la LEC, apartándose de forma significativa en este punto de la LOPJ, no habilite al juez para rechazar “excepciones” –ya sean procesales o materiales- invocadas por el demandado (que indudablemente van dirigidas a neutralizar la pretensión deducida en la demanda que es el objeto del proceso) refuerza la tesis de que el ámbito de aplicación natural del precepto serán las actuaciones e incidentes en el seno del proceso, pero no su objeto (*rectius*: la acción ejercitada en la demanda o los motivos de oposición a la misma³⁷⁸).

De hecho, en los escasos supuestos en que el Tribunal Supremo ha esgrimido formalmente los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC para desestimar pretensiones

que luego no sufrió modificación alguna en toda la tramitación del Proyecto de Ley hasta convertirse en el art. 247 LEC 1/2000. Cfr. “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la ‘buena fe’ procesal”. Juan MONTERO AROCA, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit. pp. 259-260.

³⁷⁷ Con la notable excepción de Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO, “La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales”, p. 96. A su juicio, la exclusión de la citada locución responde al hecho de que, para el legislador, las “excepciones” se encuentran englobadas dentro de los términos “peticiones e incidentes”. En el mismo sentido, cfr. Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, “Abuso del proceso” en *Temas de Derecho Procesal*, cit., pp. 337-403. Explicación que, aun siendo plausible, no me parece completamente convincente, pues creo que en un sentido técnico no cabe tal asimilación, como lo prueba que, a lo largo del articulado de la LEC 1/2000, jamás se utilicen las locuciones “peticiones e incidentes” para referirse a las excepciones, ya sean procesales o materiales.

³⁷⁸ CACHÓN CADENAS llega a la misma conclusión, si bien a través de una argumentación distinta, al sostener que la “denegación” a que se refiere los arts. 11.2 LOPJ y 247 LEC, cuando se aplica a las pretensiones principales de las partes que se reputan abusivas, debe realizarse por el órgano judicial, en principio, en la sentencia, recordando el carácter absolutamente excepcional de la inadmisión a trámite de la demanda en nuestro Derecho Procesal, “La buena fe procesal”, ob. cit., p. 249. En nuestra tesis, el respaldo normativo del rechazo, por medio de sentencia, de la pretensión abusiva, habría que buscarlo, además de en las razones fácticas y/o jurídicas del caso concreto que justificaran la falta de *iusta causa litigandi*, en el art. 7.2 del CC. Y es que para llegar a la conclusión de que se ha abusado del proceso, siempre será preciso que, previamente, el tribunal haya descartado la existencia de una posición procesal razonable por parte del litigante abutente. Lo que de suyo exigirá del juez un análisis de las razones de fondo discutidas en el litigio, por lo que los art. 11.2 LOPJ y 247.3 LEC serán el punto de llegada, pero no de partida, de su argumentación. Algo que se aprecia con claridad, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 307/2003 de 1 abril (RJ 2003\2978; MP: Antonio Romero Lorenzo). Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA sostiene que esta STS confunde la causa y los efectos del abuso del proceso, al declarar no haber lugar al recurso de casación alegando la existencia de un notorio abuso del proceso (art. 11.2 LOPJ), pero fundamentándolo previamente en otras razones para llegar, finalmente, a esa conclusión. A mi entender, no podría ser de otra manera. “1716. Sentencia de 1 de abril de 2003: legitimación para recurrir de la parte allanada en juicio cuya sentencia ordena la venta de la finca en pública subasta. Conocimiento de la irregular constitución de la *litis* tras haberse dictado sentencia en primera instancia. Conformidad “post sententiam” de los derechohabientes preteritos. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2004, nº 64, pp. 87-98

abusivas, lo ha hecho tras evaluar jurídicamente el fundamento de la acción ejercitada³⁷⁹.

En efecto, la STS nº 425/2013, de 1 de julio³⁸⁰, tras proclamar que “el recurso ha de ser desestimado, conforme a los arts. 11 LOPJ y 247 LEC, por entrañar una persistencia en la mala fe procesal de la parte recurrente y en un abuso del proceso y un fraude de ley procesal”, evidencia que llega a esa conclusión tras constatar la falta de *iusta causa litigandi* de la parte. Así, discutiendo el recurrente que no se había respetado el plazo de preaviso y que, por tanto, el arriendo seguía vigente, el Alto Tribunal argumenta que “necesario será convenir que, cualquiera que sea la fecha que se seleccione como final de la primera etapa de los arrendamientos, e inicial por tanto de las prórrogas, alguna de las demandas anteriores de los arrendadores habrá de servir de preaviso, y con una antelación muy superior a los tres meses, si no se quiere que una demanda judicial tenga menos fuerza que un requerimiento extrajudicial, cuestión que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido que aclarar en relación con el requerimiento resolutorio de la compraventa de inmuebles del art. 1504 CC (STS 4-7-2011) , de Pleno, en rec. 2228/06”.

Luego la *ratio decidendi* de la STS es la validez del preaviso discutido, y no la intrínseca abusividad procesal de mantener de forma inflexible una postura contraria a reconocer su aptitud para extinguir la relación obligatoria. La cita de los artículos 11.2 LOPJ y 247.2 LEC parece un argumento *obiter dictum* o, en todo caso, de refuerzo *elegantia iuris*, siendo en última instancia necesario, en todos los casos, un pronunciamiento del órgano judicial *sobre el fondo del asunto* para poder concluir que determinada pretensión es o no abusiva. Por tanto, la declaración de

³⁷⁹ De entre las resoluciones de tribunales de instancia, merece la pena mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, nº 61/2014, de 21 de febrero (JUR 2014\96054; MP: Enrique García García). Es cierto que desestima una impugnación de acuerdos sociales sin entrar a analizar los concretos motivos alegados en la demanda (supuestos defectos de convocatoria y constitución de la Junta de socios): “Nos enfrentamos a una impugnación planteada por un socio minoritario que estaría tratando de desconocer las implicaciones derivadas de la existencia de un previo convenio entre él y la sociedad. Tal conducta entraña el ejercicio de un derecho por parte del Sr. Gervasio de forma contraria a las exigencias de la buena fe, lo que contraviene la previsión del artículo 7 del C. Civil y su proyección procesal contemplada en los artículos 11 de la LOPJ y 247 de la LEC”. Pero lo hace tras constatar que existió un previo incumplimiento de lo convenido por el actor con la sociedad e invocando de forma expresa los arts. 1089 y 1091 CC, lo que lleva a la Audiencia Provincial a concluir que “[l]a conducta del Sr. Gervasio resulta, de forma tan patente, contraria al principio de que el ejercicio de los derechos sólo se justifica si es conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7 del C. Civil), que consideramos que no merece otra respuesta, pese a la pluralidad de las circunstancias que intenta aducir como pretexto para conseguir su propósito de interferir de modo ilegítimo en la vida social de GMAYO SL, que la íntegra desestimación de su demanda”.

³⁸⁰ RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán.

abusividad de la posición jurídica del litigante será el punto de llegada, pero no de partida, de la motivación jurídica de la sentencia³⁸¹.

Otro tanto cabe decir de la STS nº 55/2013, de 22 de febrero³⁸² que, aunque afirme que “la conducta procesal del demandado presenta indicios bastantes de mala fe procesal” –hasta el punto, como luego veremos, de sancionarle mediante el Acuerdo de 30 de septiembre de 2013 al pago de una multa de 300 euros *ex art.* 247.3 LEC-, estima el recurso extraordinario por infracción procesal por haber apreciado equivocadamente la sentencia de apelación que los actores habían desistido de determinadas pretensiones. Por ello, la *razón de decidir* sigue siendo el fondo –en este caso, de naturaleza procesal- de la cuestión discutida: una indebida aplicación del art. 20 LEC al caso debatido, al convertir equivocadamente el Tribunal de Apelación el allanamiento del demandado, en un desistimiento de los demandantes.

De todo lo anterior se extrae una conclusión aparentemente paradójica: es posible que un litigante respete escrupulosamente las reglas de la buena fe procesal pero que, simultáneamente, esté abusando del proceso al sostener una pretensión sin *iusta causa litigandi*. Pero para rechazar este abuso del proceso no le bastará al Juzgador la simple invocación apodíctica de los arts. 11.2 LOPJ y 247.3 LEC, sino que habrá de examinar necesariamente el fondo de la cuestión debatida para constatar si concurre o no esa razón derecha para litigar. Porque dichos preceptos son *normas secundarias*, en el sentido que prevén las consecuencias del abuso procesal considerado de forma abstracta, pero no definen en su seno qué conductas concretas se reputan por el legislador abusivas.

Bien mirado, se trata del mismo problema que presenta la alegación de la *exceptio doli* como mecanismo de defensa. A mi juicio, es muy dudosa la vigencia de tal

³⁸¹ Es dudoso –y la doctrina jurisprudencial es contradictoria al respecto- que el abuso del Derecho pueda ser apreciable de oficio por el órgano judicial. José Ramón GARCÍA VICENTE se muestra contrario a esta posibilidad, argumentando que “el juicio sobre el propio interés, en el ámbito de los derechos disponibles, descansa en su titular y es él quien debe defenderlo y juzgar si soporta o no un sacrificio excesivo o injustificado”. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. Acción rescisoria concursal: ejercicio abusivo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 100, 2016, p. 5 (versión digital). En la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, se muestra favorable la Sentencia de 9 de marzo de 2007 (RJ 2007\2064; MP: Vicente Luis Montes Penades) y en contra la de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011\2769; MP: Jesús Corbal Fernández). Lo cierto es que el art. 7.2 CC es una norma imperativa que ordena a jueces y tribunales la adopción de medidas –no supeditada a la petición de parte- para impedir la persistencia del abuso. Los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC son igual de rotundos. En cualquier caso, dado que el abuso de derecho, también en el terreno procesal, implica que se reputa inaceptable una conducta *prima facie* legítima –pero que deja de serlo en función de las condiciones concretas concurrentes-, se impone la máxima cautela por parte de los jueces a la hora de su introducción en el debate procesal *ex officio*. Porque si ejercicio ilegítimo del derecho debe ser “manifiesto”, sería extraño que, de existir éste, la parte afectada no se haya dado cuenta.

³⁸² RJ 2013\2575; MP: Francisco Marín Castán.

excepción –como figura con una entidad conceptual autónoma- en nuestro Derecho procesal.³⁸³ El reconocimiento de esta excepción tenía sentido antes de la introducción de la figura del abuso del Derecho en el Código Civil, en la medida en que esa excepción no es más que uno de los remedios que se consagran en el artículo 7.2 CC. En efecto, el indicado precepto, además de prever la indemnización correspondiente al daño causado por quien abusa de un derecho subjetivo, señala que se adoptarán las medidas judiciales o administrativas que *impidan* la persistencia del abuso.

Por tal razón, en mi entendimiento, ya sea desde el concepto de buena fe o desde la proscripción del abuso del Derecho, el concepto de *exceptio doli* no goza de sustantividad propia, al menos en el terreno procesal. No obstante lo anterior, debe dejarse constancia de que los tribunales³⁸⁴, de forma regular, aluden a la *exceptio doli* –en su modalidad *specialis*³⁸⁵–, fundamentalmente en el ámbito del Derecho cambiario, así como cuando se trata de proteger al deudor de una garantía autónoma al que se la priva formalmente de la posibilidad de hacer valer otras excepciones materiales frente al beneficiario.³⁸⁶

Consecuentemente, la *exceptio doli generalis*, en la actualidad, no es más que una manifestación de los instrumentos ya consagrados normativamente para repeler el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo. Por ello, más allá del *nomen* que

³⁸³ Creo que acertó Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN al negar su subsistencia como concepto autónomo en el Derecho español: “Cuestionan los autores hasta qué punto puede afirmarse la existencia de la excepción de dolo en el derecho actual, una vez desaparecido el formalismo estricto característico del Derecho romano, y por lo tanto desaparecida con él la razón que justificara, se piensa, su nacimiento y extensión. A nuestro juicio no puede decirse que subsista, propiamente hablando, la *exceptio doli* del Derecho romano. Sin embargo, resulta obvio que el reconocimiento de la buena fe como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos obliga a reconocer en el sujeto del derecho subjetivo ejercitado en contra de los dictados de la buena fe, unos medios de defensa *per exceptionem* que llevan a enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho y que a estos medios se les puede llamar genéricamente *exceptio doli*”. Prólogo a la monografía de Frank WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 21-12. En sentido contrario, José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “Del dolo civil al dolo procesal”, en *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 358.

³⁸⁴ Destaca a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1989 (RJ 1989\6916; MP: Jaime Santos Briz), que afirma la vigencia de la *exceptio doli (specialis)* “con la cual puede el defraudado defenderse contra la acción que entable la otra parte – o su causahabiente– para exigir el cumplimiento de un negocio jurídico viciado”.

³⁸⁵ Como apuntó Vittorio SCIALOJA, en el Derecho romano se distinguían dos tipos de *exceptiones doli*: “una fundada sobre el dolo precedente, sobre el dolo que acompañó al acto, *exceptio doli specialis*; y otra, la *exceptio doli generalis*, que se tiene precisamente cuando el actor que en el momento de surgir su derecho no estaba en dolo, ha sido constituido en dolo en el momento en que intenta la acción, después de saber que el demandado podía eludir con una excepción su demanda. También aquí el dolo que se hace valer no es dolo inherente a la relación, sino dolo nacido con posterioridad por las relaciones procesales”. *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 45.

³⁸⁶ Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, cit., p. 61.

queramos darle, la alegación de la *exceptio doli* ante el ejercicio judicial de la pretensión abusiva no es más que la oposición por parte del demandado del artículo 7.2 del Código Civil.

Por eso, incluso aquellos autores que sostienen la vigencia de la *exceptio doli* como excepción material en nuestro Derecho admiten implícitamente que la desestimación de la pretensión obedecerá a razones jurídicas distintas de la propia excepción de “dolo procesal”. Así, DE COSSÍO Y CORRAL afirma que “claro está que pudiera pensarse que quien incida en dolo procesal, en realidad ejercita un derecho, cual es el derecho general y abstracto que la ley le concede de postular en justicia, aunque sea sin título alguno que la confiera un derecho material que sirva de contenido a la acción ejercicio o a la excepción opuesta. Sin embargo, en tales casos, la excepción que se opone no es la excepción de dolo, sino aquellas otras que derivan de la inexistencia o no exigibilidad del derecho material.³⁸⁷”

1.2. El elemento intencional

En segundo lugar, la buena fe procesal -o la ausencia de ésta (la mala fe)- alude, fundamentalmente, al elemento intencional de quien actúa. No es este el momento de reproducir el inacabable debate sobre las conceptualizaciones objetivas o subjetivas de la buena fe. Me sigue pareciendo convincente -y útil- la diferenciación de MIQUEL GONZÁLEZ³⁸⁸, que desdeña la concepción “monista” de la buena fe, entendiendo que es una figura polisémica³⁸⁹. En unos casos, la buena fe (sentido objetivo) forma parte de un supuesto de hecho normativo delimitado por el legislador, lo que no sucede con el art. 7.1 CC -ni con los artículos 11.2 LOPJ y 247 LEC-, para los que la buena fe es el contenido material de un principio del que surgirán normas en sentido técnico o dará lugar a nueva interpretación de las existentes (sentido subjetivo³⁹⁰).

³⁸⁷ *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2005, p. 141.

³⁸⁸ Ob. cit., pp. 40-45.

³⁸⁹ La separación conceptual entre buena fe objetiva y subjetiva es más clara en ordenamientos, como el alemán y el suizo, que utilizan expresiones distintas (*guter Glaube* y *Treu und Glauben*, respectivamente) para su designación. Esta ventaja terminológica no la tienen los ordenamientos latinos que, como observa, MIQUEL GONZÁLEZ, emplean una sola expresión (buena fe) con dualidad de acepciones (objetiva y subjetiva).

³⁹⁰ A su vez, en el primer sentido ofrece diversas gradaciones y así, en algunos casos, “la buena fe se utiliza por la Ley para construir supuestos de hecho normativos alternativos de otros considerados regulares y para producir bien las mismas consecuencias que éstos, o bien otras diversas”. En estos casos la buena fe cumple una función sustitutoria de los elementos que faltan en el supuesto de hecho regular. En otro grupo de casos, también englobables en el concepto de buena fe subjetiva, ésta opera en el mismo sentido, pero además está legalmente definida, por lo que al juez solo le incumbe comprobar si existe la buena fe en los términos expresados por la

Curiosamente, el art. 247 LEC, aun consagrando la buena fe procesal, fundamentalmente, como un criterio valorativo del ordenamiento adjetivo, también recoge en su apartado 3º una sanción; esto es, una consecuencia jurídica concreta que se deriva de su contravención, de forma tal que también su conceptualización subjetiva está presente. En cualquier caso, la mala fe procesal que con arreglo al art. 247.3 LEC es presupuesto para la imposición de una multa, requiere, a mi juicio, una actuación *deliberada* del litigante tendente a conculcar la probidad que debe presidir la tramitación del proceso civil³⁹¹.

norma a fin de realizar la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho abstracto. José María MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., p. 41.

³⁹¹ Para algunos autores, como Manuel CACHÓN CADENAS, la imposición de la multa prevista en el art. 247.3 LEC debería tener lugar, única y exclusivamente, cuando el litigante lleve a cabo una determinada actuación procesal que alguna norma califique expresamente como constitutiva de mala fe, aunque en esa otra norma legal no se prevea la imposición de multa. Esta interpretación restrictiva –que el propio autor reconoce ser minoritaria y que, como luego veremos, el Tribunal Supremo no comparte– se contrapone a la literal, que permitiría al juez calificar como constitutiva de mala fe procesal –y sancionar, en consecuencia– una conducta no recogida en norma alguna, con la consiguiente afectación de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora (art. 25 CE). “La buena fe en el proceso civil”, cit., p. 239. Desde una parte de la doctrina procesalista (LOZANO-HIGUERO PINTO, CACHÓN CADENAS o MONTERO AROCA, entre otros) se ha alertado –con mayor o menor énfasis– del riesgo de que la introducción de la posibilidad del juez de sancionar conductas que entienda contrarias a la buena fe procesal (art. 247.3 LEC) pueda dar lugar a un “uso alternativo” del Derecho, de forma que existiría una indeterminación absoluta de las razones por las que la parte podría ser sancionada, ya que dependería, en último término, de la particular –y subjetiva– concepción que cada juez tenga sobre qué debe entenderse por buena y mala fe procesal. *Vid.*, en ese sentido, la Sentencia nº 129/2002, de 18 de abril, de la AP de León, Sección 2ª (JUR 2002\166558; MP: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez), que alerta de este riesgo afirmando que “[e]n otro caso, la aplicación del art. 247 LEC podría generalizarse tanto que se podría llegar a ver seriamente comprometido, en abstracto, el derecho a la tutela judicial efectiva”. Esta discusión, si bien se mira, nos sitúa en el terreno de los denominados en el campo de la filosofía “conceptos contestables”. Más aun, la noción de buena fe procesal, y su reverso censurable (la mala fe procesal), parecen ser *esencialmente* contestables. La contestabilidad es una forma de indeterminación distinta de la ambigüedad y de la vaguedad (Walter B. GALLIE, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, 1955, pp. 167-198). Sostiene GALLIE que existen ciertos conceptos “cuyo uso apropiado inevitablemente implica disputas interminables sobre su uso apropiado por parte de sus usuarios”. El significado de un término proviene normalmente de la existencia de consenso entre sus usuarios, que convienen en utilizarlo en un determinado sentido. Ahora bien, existen ciertos términos cuyo significado no está vinculado tanto a la existencia de consenso, como a la existencia de disenso o controversia. Esto es, según creo percibir, lo que ocurre con el siempre huidizo concepto de “mala fe procesal”; término por otra parte maltratado por su uso frecuente de forma impropia –o, dicho en plata, a la ligera– en la praxis forense, tanto por las partes, como por los tribunales. Como ha apuntado Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ –con su característico rigor analítico– al examinar el concepto de interés social en el ámbito mercantil, “es la propia contestabilidad del término [...] lo que incita a la comunidad de juristas y operadores a examinar continuamente qué decisión resulta aceptable en la vida societaria. El desacuerdo es, en cierto modo, indispensable para la utilidad del término [...] Nada hay de malo o de erróneo en que la gente discuta –dentro de un rango de opciones más o menos extenso– sobre [su] significado. “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 1/2014, pp. 23-35. Creo que esta noción

Interesa reseñar que, conceptualmente, a nuestro modo de ver no existe una posible actuación procesal *neutra* de las partes. O los litigantes actúan conforme a las reglas de la buena fe o no lo hacen. *Tertium non datur*. Quien acompaña su comportamiento en el proceso a las reglas de probidad no obtiene rédito adicional alguno por ello, sino que cumple con la exigencia normativa que fija ese estándar como única pauta admisible de comportamiento.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real, en su Auto nº 45/2010, de 5 de mayo,³⁹² hace una matización en relación al proceso de ejecución. A su juicio, sí podrían distinguirse tres conductas posibles por parte del ejecutado:

“Más concretamente, y refiriéndonos al proceso de ejecución, la propia dinámica del mismo demuestra que, en líneas generales, hay tres posturas que el ejecutado puede adoptar: la de colaboración con el resultado de la ejecución, tratando de que en tiempo razonable llegue a su fin de satisfacción del ejecutante; la de la mera tolerancia o sufrimiento de la acción y del proceso ejecutivos, en la que el ejecutado nada hace pero nada impide, como no sea, a lo sumo, plantear una oposición dentro de los cauces legales; y una tercera, de obstaculización del mismo, tratando de impedir el normal desenvolvimiento de las actuaciones ejecutivas. Esta ofrece un matiz propio cuando el ejecutado aparentemente trata de cumplir, pero emplea todos los medios que considera a su alcance, aunque la Ley no los reconozca, para dilatar el resultado, encubriendo en esas propuestas de solución el germen de la dilación. Si la primera posición, excepcional en la práctica, puede considerarse como la más conforme con la buena fe (en la modalidad de *uberrima fides*), la segunda, la de la mera pasividad, es la que, como estándar, contempla el Legislador para

de contestabilidad no anda lejos tampoco de la distinción entre “concepto” y “concepciones” que, de la mano de H.L.A. HART, acuñó John RAWLS (*El Liberalismo político*, trad. Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 2006, p. 44). El problema surge –desde el punto de vista de los principios de legalidad y tipicidad– cuando se anudan, como ocurre con el art. 247.3 LEC, sanciones a ese tipo de conceptos contestables. En todo caso, creo que conviene no perder de vista que, transcurridos más de quince años desde su entrada en vigor, los tribunales, por lo general, han realizado, afortunadamente, un uso moderado de la facultad prevista en el art. 247.3 LEC –quizá con las excepciones de ciertas resoluciones recientes de la Sala Primera del TS, que luego analizaremos– y que incluso la condena en costas en supuestos de mala fe también tendría un cierto carácter “sancionador”, con lo que nos enfrentaríamos ante el mismo problema. Cfr. Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 337-403. Uno de los –relativamente– escasos ejemplos que pueden encontrarse en los repertorios de jurisprudencia es el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 14 de febrero de 2003 (JUR 2003\84881; MP: José María Torres Fernández de Sevilla), de cuyo acierto es difícil dudar. Ante un caso de allanamiento de un administrador de una sociedad a una demanda interpuesta por él mismo a título personal, la AP de Ciudad Real impuso a la parte una sanción por mala fe procesal de 3.000 €, acordando remitir todos los antecedentes a los Colegios de abogados y procuradores respectivos, con el fin de que se depurara la responsabilidad deontológica en la que habrían incurrido el letrado y procurador que, simultáneamente actuaban como representantes de la parte demandante y de la parte demandada en un mismo proceso.

³⁹² JUR 2010 \215513; MP: José María Torres Fernández de Sevilla.

estructurar el sistema general de ejecución, dotando ante la misma al Juez de unos poderes que no son sino sustitución de la voluntad del deudor. Por el contrario, la tercera es la que entraña mala fe, y para ella la Ley vigente prevé remedios específicos (multas coercitivas en determinados casos, medidas de injerencia en el patrimonio del obligado, y, en lo que nos interesa, imposición de multas por mala fe procesal). Con ellas se trata, además de remediar los puntuales abusos, de convencer al deudor de la inexorabilidad de la ejecución”.

A nuestro modo de ver, la distinción entre la primera y la segunda de las conductas del ejecutado es irrelevante desde el punto de vista de la buena fe procesal, pues el legislador, aunque obliga formalmente al ejecutado a cumplir voluntariamente la sentencia, lo hace en el bien entendido de que su falta de colaboración activa no puede ser reputada como un comportamiento incurso en la mala fe procesal (con excepción de los casos en los que la propia LEC le obliga formalmente a adoptar alguna pauta concreta de conducta, como ocurre con el art. 589.2) y, por tanto, sancionable *ex art. 247.3 LEC*.

Ello no obsta para que, en el marco de la buena fe procesal, los litigantes puedan actuar de la manera más favorable para sus intereses, sin tener que velar por los de la parte contraria. De forma muy expresiva, la STS nº 55/2013, de 22 febrero³⁹³, enuncia esta idea al recalcar que “aunque la astucia pueda ser una de las habilidades legítimamente desplegadas en el proceso, no es institucionalmente admisible reducir el proceso a un simple juego de astucia cuyo único objetivo sea perturbar a la parte contraria y confundir a los tribunales, desperdiciando tiempo, trabajo y recursos económicos en aquello que ni tan siquiera tenía que haber comenzado³⁹⁴”.

Dado que, como hemos visto, el abuso del proceso puede cometerse no solo en los supuestos en que concurra una actuación dolosa por parte del agente, sino también a título de culpa o negligencia (o, desde la perspectiva del abuso del Derecho, cuando se produce un ejercicio contrario a los límites normales del derecho a litigar), creo que otro de los elementos distintivos de la mala fe procesal –a diferencia del abuso del proceso– es la necesidad de la concurrencia de una *intención consciente de conculcar la regla de la probidad en las actuaciones procesales, sin que quepa su comisión culposa*. En esa línea se pronunció el Auto de la Audiencia

³⁹³ RJ 2013\2575; MP: Francisco Marín Castán.

³⁹⁴ Sobre el carácter agonístico del proceso civil y a su asimilación al concepto de “juego”, cfr. Roscoe POUND, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, New Hampshire, 1921, p. 125; Piero CALAMANDREI, “El proceso como juego” en *Estudios sobre el proceso civil*, (trad. Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1962, pp. 260-294; y Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO, *God & Gun, Apuntes de polemología*, Destino, Barcelona, 2008, pp. 127-129.

Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 101/2008, de 20 febrero³⁹⁵, pues "la buena fe procesal, como modelo de comportamiento exigido en el proceso civil por el art. 247 LECiv y, con carácter general, por el art. 11 LOPJ, puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta [...] Y así, en un supuesto como el presente, hemos de distinguir entre la temeridad que supone interponer una solicitud o demanda manifiestamente improcedente, que en su caso daría lugar a su inadmisión y a la imposición de costas, si ha ocasionado alguna actuación para otras partes, de la falta de buena fe que encierre un ánimo de engañar al tribunal empleando mecanismos procesales de forma fraudulenta, y que sí legitima la imposición de una multa. [...] Para que pueda imponerse la multa es preciso un plus, no basta el lógico intento de buscar vías procesales para conseguir una pretensión, a riesgo de que sean rechazadas por improcedentes, es preciso que en este intento se actúe de forma desleal con el tribunal, engañando u ocultando hechos relevantes³⁹⁶".

1.3. Las diferentes consecuencias del abuso del proceso y de la mala fe procesal

Las consecuencias de una y otra figura también diferencian la mala fe procesal del abuso del proceso³⁹⁷. Es preciso subrayar que la Ley de Enjuiciamiento Civil

³⁹⁵ AC 2008\863; MP: Ignacio Sancho Gargallo.

³⁹⁶ Énfasis añadido. La Sentencia de la AP de Ciudad Real nº 297/1998, de 1 de septiembre (AC 1998\6611; MP: Soledad Serrano Navarro), por el contrario, sostuvo que "el concepto de mala fe empleado en el precepto regulador de las costas -art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- debe ser entendido en sentido amplio, como comprensivo no sólo de la conducta maliciosa que pueda haber desplegado en el proceso el demandado antes de contestar a la demanda, con fines dilatorios, sino también, y fundamentalmente, de la conducta previa al proceso que haya actuado, por negativa culpable al cumplimiento de sus obligaciones, como desencadenante del recurso del actor a los Tribunales de justicia en demanda de tutela judicial, ante la imposibilidad de solucionar el conflicto por vías autocompositivas [...] Asimismo el concepto de temeridad puede afirmarse que es estrictamente procesal, y no en vano se habla en la literatura jurídica sobre la regulación de las costas, del principio de vencimiento objetivo como opuesto al principio subjetivo o de la temeridad, no puede decirse lo mismo de la idea de mala fe como opuesta a la «Bona Fides», nacida en Derecho Romano con estrecha vinculación al mandato del «honeste vivere» del inmortal texto de Ulpiano (Dif. I, 10. «Iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique, Tribuere») y presente en los artículos 1107, 1258, 1529, 1530, 1540, 1688, 1897 y 1899, entre otros, de nuestro Código Civil, y 57 de la Ley de Comercio. El Derecho Procesal, es en este aspecto enteramente tributario del Derecho Sustantivo de carácter privado y la remisión del artículo 523.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la mala fe conecta indudablemente con el dolo del deudor a que se refiere el artículo 1107.2.º del Código Civil en cuanto establece que en caso de dolo responde el deudor de todos los datos que conocidamente se deriven del cumplimiento de la obligación, entre los cuales se encuentran, naturalmente los gastos desembolsados por el acreedor para impetrar de los Tribunales de Justicia toda la tutela necesaria para la satisfacción de su legítimo derecho, que reclama, con anterioridad a la iniciación del proceso, fue indebidamente atendida".

³⁹⁷ Un exhaustivo análisis de la relación entre una "actuación maliciosa" y abuso del proceso puede consultarse en Francesco CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, T.II, Cedam, Padova, 2000, pp. 118-145.

ha entendido pertinente sancionar estas conductas con el rechazo de la petición o incidente de que se trate y la imposición de multa, sin contemplar, al menos de forma explícita, el derecho del perjudicado por esa actuación contraria a la buena fe a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios irrogados (obligación indemnizatoria que, en principio, sí se deriva del abuso del proceso si éste provoca algún daño a la contraparte). Así, el artículo 247 LEC, referido a las actuaciones procesales, manifiesta, con carácter general, que los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal y, además, si entiende que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar entre 180 € y 6000 €, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio³⁹⁸.

Las otras referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a actuaciones incursoas en mala fe procesal siguen el mismo patrón³⁹⁹, y así el artículo 270.2 LEC prevé la imposición de una multa a quien, precluido el momento procesal oportuno, aporte un documento que no se encontrara dentro de las tres excepciones previstas en el apartado anterior del mismo precepto. Una previsión semejante se encuentra en el artículo 286.4 LEC en relación a los hechos de nueva noticia alegados de forma extemporánea, cuando el Tribunal apreciare “ánimo dilatorio o mala fe” en su alegación. En la misma línea, el artículo 112.1 LEC permite al Juez imponer una multa al recusante de mala fe.

Si, como antes se dijo, estimamos improcedente la aplicación el apartado 2º del art. 247 LEC para rechazar *in limine litis* el ejercicio de una acción abusiva, nos parece más dudosa la exclusión del apartado 3º de este mismo precepto en los supuestos de abuso del proceso⁴⁰⁰. Esto es, podría entenderse que la norma veda

³⁹⁸ No es este marco para pronunciarse sobre la deficiente técnica empleada por el legislador en el art. 247.3 LEC. Véase, sobre este particular, la excelente exposición de Manuel CACHÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit., p. 225-241.

³⁹⁹ Se trata de supuestos en los que el legislador, de forma explícita, ha optado por definir determinadas actuaciones en el seno del proceso como constitutivas de mala fe procesal. Pero a mi juicio, incluso en estos casos será precisa la prueba de la intención dolosa del litigante para proceder a la imposición de la sanción prevista en cada uno de esos preceptos.

⁴⁰⁰ En contra de esta posibilidad se postula la Sentencia nº 871/2013, de 27 de noviembre (JUR 2014\60861; MP: Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo): “en todo caso la alegación relativa a la imposición de la multa prevista en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser desestimada, ya que el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere al proceso en general, es decir al hecho de entablar la correspondiente demanda, sino a actuaciones concretas y singulares realizadas en el seno del mismo y que afecten al desarrollo del proceso, ya que dicho precepto se refiere a la actuación de los intervinientes en el proceso, y no al mayor o

al juzgador rechazar *ab initio* la pretensión que constituye el objeto del proceso bajo la argumentación de que es “abusiva” –a diferencia de lo que ocurre con las peticiones intraprocerales concretas-, pero al no existir esa limitación en el art. 247.3 LEC a las “peticiones o incidentes”, sino una referencia genérica a la actuación de la parte, contraria a la buena fe procesal, no sería totalmente descartable la posibilidad de desestimar en sentencia la pretensión abusiva y, además, imponer la multa contemplada en este apartado⁴⁰¹.

Ahora bien, esta hipótesis precisa de algunas matizaciones. Si calificamos el ejercicio de una acción –o la oposición a su estimación- como abusivo es porque se carece de esa “razón derecha” para litigar, lo que en la mayoría de los casos consistirá, conceptualmente, en una ausencia de *razones jurídicas sustantivas, y no procesales*, para sostener esa pretensión ante los tribunales. Por tanto, no se estarían contrariando de forma abusiva normas procesales concretas sino que, por el contrario, se estarían alegando de forma espuria o totalmente improcedente normas de carácter sustantivo dentro del proceso civil; comportamiento que quedaría fuera, en principio, del ámbito de aplicación del art. 247.3 LEC⁴⁰².

Al contrario, de estar la pretensión abusiva fundada en un uso espurio de instituciones procesales –por ejemplo, cuando se utiliza de forma fraudulenta la interposición de los recursos devolutivos para impedir la ejecución provisional o cuando se incoa un proceso civil para crear una situación de prejudicialidad

menor sustento que tengan las pretensiones formuladas en la demanda o contestación, de ahí que el artículo 247.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indique que para determinar la cuantía de la multa se tendrá en cuenta el perjuicio que al procedimiento hubiera podido ocasionar la conducta correspondiente, lo cual revela que el legislador contempla una actuación que se produce, no por el hecho de iniciar el proceso, sino una vez iniciado y en el desarrollo del mismo, afectando a su correcto curso procesal”. Esta Sentencia omite que el precepto se refiere literalmente al perjuicio que “al procedimiento o a la otra parte haya podido causar”, de forma que el argumento gramatical invocado pierde mucho peso.

⁴⁰¹ En contra de esta posibilidad –que, como a continuación veremos, se admite por el TS- se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 237/2007, Sección 14ª, de 29 de noviembre (JUR 2008\73958; MP: Francisco Javier Pereda Gámez): “Además, no puede concebirse la facultad de corrección disciplinaria de las partes y de los profesionales como un juicio general sobre las actitudes procesales a lo largo de todo el proceso, por el riesgo de afectar el derecho de defensa, por las dificultades de enjuiciar la globalidad de una línea de acción o de defensa y porque las previsiones de la Ley procesal pretenden la sanción de actuaciones procesales concretas y no un juicio de reproche sobre posturas procesales. Es evidente que la corrección disciplinaria a la que se refiere el art. 247.3 LEC, siempre restrictiva y sometida al principio de intervención mínima, por la propia naturaleza del derecho sancionador, debe no solo referirse a actuaciones estrictamente procesales, sino que debe analizarse de forma inmediata, en relación con hechos o actos procesales recientes y concretos”. *Cursiva añadida.*

⁴⁰² Cfr. Antonio María LORCA NAVARRETE, “Artículo 247”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, VVAA, (dir. Antonio María Lorca Navarrete), Lex Nova, Valladolid, 2000, t. I, p. 1589.

artificial-, concurriendo dolo civil en la actuación del justiciable, la imposición de una multa por mala fe procesal *ex art.* 247.3 LEC sí podría estar justificada.

1.4. La interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo del art. 247.3 LEC en relación con el abuso del proceso

Pero incluso en este escenario la aplicación de la sanción prevista en el artículo 247.3 LEC resulta problemática. Analizaremos ahora los casos –cada vez más frecuentes- en los que diversas Sentencias del Tribunal Supremo han acordado en su fallo la apertura de pieza separada por haber constatado la Sala Primera⁴⁰³ la existencia de indicios de mala fe procesal en el ejercicio de una acción (y no de una mera actuación intraprocesal abusiva) o en la oposición a la misma⁴⁰⁴:

1º.- La Sala Primera del Tribunal Supremo procedió a imponer una multa con base en tal precepto –y en relación a la posición procesal del litigante considerada en su integridad, y no a una actuación intraprocesal puntual- en el procedimiento resuelto por la STS nº 55/2013, de 22 de febrero⁴⁰⁵. De forma resumida, puede señalarse que en el caso analizado por esta sentencia un defectuoso análisis de las grabaciones de la audiencia previa y del juicio por parte de la Audiencia Provincial, acompañado por una ambigua posición procesal del demandado –que se allanó de forma equívoca a las pretensiones ejercitadas en la demanda-, provocó un error en la Sala de Instancia, que entendió equivocadamente que los actores habían desistido de varias de sus pretensiones, cuando no fue así. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal y ordena en su fallo la formación de pieza separada por la posible conculcación de la buena fe procesal por parte del recurrido.

El Acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013⁴⁰⁶ fundamenta la imposición de la sanción en la siguiente argumentación:

“Semejante conducta encaja en el concepto de mala fe procesal, porque no es compatible la buena fe procesal, a la que deben ajustar sus actuaciones los intervinientes en todo tipo de procesos (art. 247.1 LEC), aquella conducta que no guarde coherencia con la conducta de la propia parte en actuaciones anteriores,

⁴⁰³ Al ser la resolución que pone fin a la pieza separada del art. 247 LEC un acuerdo gubernativo, no se recogen en los repertorios de jurisprudencia.

⁴⁰⁴ Agradezco al Excmo. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sr. Marín Castán y, en especial, a José María Blanco Saralegui, magistrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Área Civil), la ayuda documental brindada para la localización de estos acuerdos gubernativos.

⁴⁰⁵ RJ 2013; MP: Francisco Marín Castán.

⁴⁰⁶ Id Cendoj: 28079110012013100118; MP: Francisco Marín Castán. Contra este Acuerdo se interpuso recurso de audiencia en justicia por la parte sancionada; recurso que fue desestimado mediante Auto del TS de 25 de marzo de 2014, que se remitió *in toto* a las razones explicitadas en el Acuerdo recurrido.

y no puede entenderse justificada, como pretende el demandado recurrido en su escrito de alegaciones presentado con fecha 15 de abril pasado, ni por encontrarse comprendida dentro del ejercicio del derecho de defensa, *pues infringe la buena fe quien con el ejercicio de un derecho se pone en desacuerdo con su propia conducta anterior en la cual confían los demás*, ni por haber sido asumida la argumentación y fundamentación jurídica en sentido técnico por el letrado encargado de su defensa, pues es el demandado recurrido, y no su letrado, quien obliga a sus hermanos a demandarle para poder inscribir a su nombre las fincas que eran de su propiedad y quien desarrolla, aunque sea por consejo de su defensa letrada, aquella equívoca conducta. En definitiva, como se desprende de la sentencia de esta Sala, *el demandado dio lugar a un pleito que bien podría haber evitado mediante una mínima colaboración previa con sus hermanos*” [Énfasis añadido].

A nuestro juicio, la imposición de esta sanción es cuestionable, puesto que no cabe exigir al demandado “una mínima colaboración previa con sus hermanos” para evitar el pleito. No existe ninguna norma en nuestro ordenamiento que obligue a los ciudadanos a solucionar sus controversias extrajudicialmente; y tampoco la ambigua posición procesal adoptada en el litigio parecía de entidad suficiente como para justificar la imposición de la multa. De hecho, como la propia STS nº 55/2013 explica, el error de la Audiencia Provincial no se debió en realidad –o, al menos, no fundamentalmente– a un ardid del demandado, sino “lo que acabó haciendo la sentencia recurrida, *por atender solo a una parte poco significativa del acta del juicio prescindiendo del íntegro desarrollo tanto de la audiencia previa como del juicio*, fue convertir un allanamiento del demandado, aunque tan ambiguamente manifestado que impidió aplicar sin más lo previsto en el art. 21 LEC, en un desistimiento del demandante, *invirtiendo así manifiestamente los verdaderos términos del litigio*”.

Menos fuerza persuasiva tiene aún la vaga apelación que se hace en el Acuerdo a la conducta supuestamente incoherente del demandado, pues supone un entendimiento extraordinariamente limitado del derecho de defensa. Una doctrina que, de asentarse, provocaría la imposición constante de multas y una inevitable –e indeseable– restricción de las alegaciones de los litigantes.⁴⁰⁷

Tampoco parece claro que concurriera en este caso el elemento intencional que, a nuestro juicio –pero no para el del TS–, es preciso para poder sancionar a la parte con arreglo al art. 247.3 LEC. Es decir, no es evidente que concurriera el

⁴⁰⁷ Se evidencia así el peligro advertido por una parte relevante de la doctrina procesalista (LOZANO-HIGUERO PINTO y MONTERO AROCA, entre otros). Para el primero, “el repetido art. 247 LEC, se convierte, por tanto, o tiene el riesgo de convertirse, en un auténtico “chicle procesal”, capaz de dar de sí lo mismo para un roto que para un descosido, porque, si algo refleja esta norma es inconcreción, y vacío”. “La buena fe procesal: consideración doctrinales y jurisdiccionales”, cit., p. 89.

dolo civil en la conducta del demandado, y que éste se allanara de forma equívoca para provocar *ex profeso* un error en el Juzgador. Creo que este caso es un buen exponente del peligro que, para el derecho de defensa, puede representar una interpretación expansiva del indicado precepto, así como de la correlativa necesidad de requerir la concurrencia de un ánimo deliberado de contravenir la buena fe procesal para imponer una sanción, so pena de acabar sancionando en caso contrario, sencillamente, posiciones procesales más o menos infundadas.

De hecho, la propia LEC contempla de forma explícita una respuesta más proporcionada ante este tipo de planteamientos defensivos, como es la apreciación de temeridad a efectos de la imposición de costas (art. 394.3 LEC).

2º.- La STS nº 65/2014, de 13 de febrero⁴⁰⁸ acordó la apertura de esa pieza separada tras desestimar una demanda de revisión de una sentencia interpuesta de forma manifiestamente extemporánea y, al parecer, con la finalidad - conseguida- de suspender el actor el lanzamiento de su vivienda. Cabe plantearse en este caso si no sería la infundada petición de suspensión del lanzamiento en ese proceso de desahucio el verdadero acto constitutivo de mala fe procesal.⁴⁰⁹ Lo que parece inaceptable, por ser contrario al principio *non bis in idem*, es que el justiciable fuera sancionado por partida doble por una misma estrategia dolosa tendente a la consecución de un único fin (retrasar la fecha de lanzamiento). La cuestión es dudosa, pero me inclino por pensar que la decisión del Tribunal Supremo fue, en este caso, doblemente acertada⁴¹⁰. En primer lugar, porque es indudable que el proceso que se incoa como consecuencia de la demanda de revisión es el instrumento en manos del litigador abusivo, con el que pretende obtener (la suspensión del lanzamiento) una finalidad absolutamente desconectada con la tutela formalmente pretendida. Esta utilización del proceso como un fin en sí mismo, con una finalidad distinta a la obtención de la tutela judicial, me parece lo decisivo. Es también cierto que la solicitud de suspensión ante el Juzgado fue una petición contraria a la buena fe; pero creo que, siendo la

⁴⁰⁸ RJ 2014\951; MP: Francisco Marín Castán.

⁴⁰⁹ Recordemos que, con arreglo al art. 515 LEC, “[l]as demandas de revisión no suspenderán la ejecución de las sentencias firmes que las motiven, salvo lo dispuesto en el artículo 566 de esta Ley”. Por su parte, el art. 566 LEC dispone que “[s]i, despachada ejecución, se interpusiera y admitiera demanda de revisión o de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía, el tribunal competente para la ejecución *podrá ordenar, a instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaren, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia*. Para acordar la suspensión el tribunal deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución de la sentencia. Antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de revisión, el tribunal oirá el parecer del Ministerio Fiscal”. [Énfasis añadido].

⁴¹⁰ El Acuerdo del TS de 9 de septiembre de 2015 impuso al litigante una multa de 2000 euros.

actuación procesal espuria de mayor entidad el ejercicio de la acción de revisión, correspondía al Tribunal Supremo enjuiciar la conducta presuntamente abusiva de la parte.

En segundo lugar, creo que en este caso la sanción sí era procedente al ser incuestionable el ánimo deliberado del litigante de contravenir las reglas de la buena fe procesal, para lesionar así el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante. En palabras del Acuerdo sancionador de 9 de septiembre de 2015⁴¹¹, se manipuló por el actor la institución de la revisión de las sentencias con fines dilatorios.

Este caso nos sirve también para darnos cuenta de que el criterio delimitador antes expresado para determinar cuándo una actuación procesal es abusiva (cuando la facultad ejercitada –la solicitud de suspensión de la ejecución– contraviene *funcionalmente* los principios que la sustentan –impedir situaciones irreversibles para el ejecutado cuando está pendiente la resolución de una demanda de revisión que pueda dejar sin efecto el título ejecutivo–) nos permite fijar un estándar de comportamiento objetivo más allá de los variables criterios subjetivos que pueda tener cada juez sobre lo que constituye o no, en cada momento, una conducta procesal “socialmente aceptada⁴¹²”.

En esa misma línea se enmarca también el Auto del TS –en esta ocasión, de la Sala Segunda– de 7 de mayo de 2015.⁴¹³ En este caso, se impuso a una entidad querellante una multa de 1500 euros al amparo del art. 247.3 LEC, por el ejercicio abusivo de la acción penal. La querrela se interpuso por prevaricación contra dos magistrados, a pesar de no recurrirse por la entidad sancionada en casación la sentencia que reputaba prevaricadora (y sin esperar siquiera a que se resolviera el recurso que sí planteó el Ministerio Fiscal). El Auto entiende que lo que pretendía la entidad querellante era, mediante la admisión a trámite de su querrela contra esos dos magistrados –que integraban la mayoría del tribunal de instancia–, influir de alguna manera en el resultado del recurso de casación que todavía pendía ante la Sala Segunda (y que esa entidad, personada como acusación popular, había renunciado a plantear). Aunque de forma no del todo clara, el TS razona que

⁴¹¹ MP: Francisco Marín Castán.

⁴¹² Un juez podría estar tentando –es un ejemplo imaginario, por supuesto– de sostener que, con arreglo a una hipotética “concepción moral colectiva”, el derecho constitucional a una vivienda digna del demandante impediría calificar su conducta como abusiva. Sin embargo, lo que nunca podría sostener –al menos, sin contradecir la lógica formal y la literalidad del texto de la LEC– es que la finalidad de un proceso civil es obtener la suspensión de la tramitación de otro.

⁴¹³ JUR 2015\134314; MP: Antonio del Moral García.

“...la querella venía adornada con argumentos en muchos aspectos gratuitos y juicios de valor sobre la actitud de los querellados *con el legítimo [sic] objetivo de conseguir su admisión a trámite y con ella la citación de los querellados en tal calidad para dar explicaciones sometidos al interrogatorio de las partes sobre su decisión jurisdiccional [...]* Como afirmábamos en el auto de inadmisión de la querella, son imputaciones extremadamente graves y, al mismo tiempo, *carentes de base objetiva*: no había fundamento para arrojar tan grave sospecha sobre los magistrados y, además, hacerlo formalmente, mediante una querella presentada sin adoptar al menos la cautela de esperar el resultado del recurso de casación, vía natural de encauzamiento de las discrepancias, que fue abandonada por esta parte para acudir a la más aparatosa de ejercicio de una acción penal. Es actitud legítima cuando se cuenta con base; *pero degenera en abuso si cualquier jurista es capaz de percibir la patente fragilidad de una imputación que sin matización alguna habla de delito doloso o imprudente*”. [...] No se trata de considerar abusiva toda querella que no sea admitida a trámite: lo habitual -también se trata de legítimas discrepancias- es que se rechace la querella y se abra la posibilidad de un recurso. Pero *cuando se detecta una ostensible trivialización de la capacidad de ejercer acciones penales y se canalizan por esa vía cuestiones ajenas absolutamente al ámbito penal, máxime cuando se incide -quizás inconscientemente- en el clima de sosiego que debe presidir las resoluciones judiciales, no podemos limitarnos sin más a la repulsa de la querella*. Se hace muy aconsejable proclamar mediante las herramientas que proporciona el ordenamiento que eso es un abuso procesal que ha de merecer una reacción firme, aunque ponderada⁴¹⁴”. [Énfasis añadido]

3º.- La STS nº 150/2014, de 18 de marzo⁴¹⁵, dictada en el seno de un procedimiento de declaración de error judicial en el que se citaban por la actora en su demanda, en apoyo de su pretensión, dos sentencias dictadas por el mismo Juzgado (cuando ambas resoluciones habían sido revocadas por la Audiencia Provincial, debiendo conocer -según el TS- la actora la revocación de una de ellas en el momento de interponer la demanda, pues la sentencia de la AP era de fecha anterior a la demanda de error judicial), acuerda igualmente la apertura de la pieza separada.

La demandante era la sindicatura de una quiebra, que pretendía la declaración de error judicial en una sentencia dictada por un Juzgado al desestimar una acción de retroacción, cuando ese mismo órgano judicial había estimado en el pasado dos demandas similares contra otros acreedores, dimanantes de ese mismo proceso concursal. De la mera lectura de la STS nº 150/2014 no parecían deducirse razones suficientes para sancionar a la actora.

⁴¹⁴ La Sala Segunda impuso mediante este Auto una multa de 2.000 euros a la entidad querellante, siendo patente que debió hacerlo mediante “acuerdo motivado” ex art. 247.3 LEC.

⁴¹⁵ RJ 2014\1515; MP: José Antonio Seijas Quintana.

Ahora bien, como se explicita en el posterior Acuerdo sancionador dictado, lo verdaderamente relevante para el TS es la circunstancia de que “esta Sala se pronunciara en seis sentencias dictadas en procesos en los que fue parte recurrente la sindicatura demandante de error judicial, relativos a la misma entidad en quiebra, sobre el mismo tema que constituía el fondo del error judicial [...]” Acertadamente, el Alto Tribunal, en su Acuerdo sancionador de 14 de octubre de 2014, no acoge el argumento defensivo de la sindicatura, en el sentido de que el ejercicio de esa acción no habría ocasionado “perjuicios”. La norma no exige la concurrencia de este perjuicio para imponer una sanción, sino que señala que el tribunal deberá tener en cuenta su alcance –de existir-, a la hora de fijar la cuantía de la multa. Pero es que, además, la tramitación del procedimiento de error judicial indudablemente supuso un perjuicio económico para la Administración, pues supuso destinar recursos públicos a la tramitación hasta sentencia de un proceso del que la actora debería haber desistido. El propio precepto alude a los perjuicios que “al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar”. De este enunciado legal cabe inferir que es posible tener en cuenta para la fijación del importe de la sanción no solo los perjuicios efectivamente irrogados a la Administración de Justicia o a la contraparte; también los que se pretendían ocasionar con la conducta contraria a la buena fe procesal y que, por la razón que fuere (por haber repelido el órgano judicial esa actuación maliciosa de plano, sin que llegara a desplegar efectos; por no haber conseguido el litigante abusivo su objetivo con la actuación contraria a la buena fe procesal, etc.) no llegaron a ocasionarse.

El Acuerdo del TS de 14 de octubre de 2014 evidencia además que el art. 247.3 LEC no solo busca proteger a la parte contraria de las actuaciones procesales abusivas de su oponente, sino que también responde a razones de interés público, en aras de proteger el buen funcionamiento de la administración de Justicia:

“No es institucionalmente admisible que la parte litigante mantenga abierto un proceso de las características del error judicial basándose en una tesis sobre la que esa misma parte litigante ha recibido respuesta, de forma reiterada, en seis sentencias de esta Sala [...] En consecuencia, una conducta ajustada a las reglas de la buena fe habría exigido el desistimiento inmediato de la demanda de error judicial, en el momento en que la sindicatura demandante tuvo conocimiento, porque era parte en los procesos, del criterio de esta Sala manifestado en estas seis sentencias;”

Interesa hacer notar que, al versar el procedimiento civil sobre un supuesto “error jurídico” de la sentencia del Juzgado, la existencia de nada menos que seis precedentes recientes del Tribunal Supremo resolviendo idéntica cuestión jurídica en el sentido defendido por dicha sentencia denotaba que, con una mínima diligencia, la sindicatura hubiera podido verificar que la nueva acción

promovida jamás podría prosperar. Y ello porque, para que se declare la existencia de error judicial, es preciso que “se lleve a cabo una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance⁴¹⁶”.

Pero no es evidente que la contumacia en el mantenimiento de ese criterio por la parte de la sindicatura, sin duda merecedora de una condena en costas con declaración de temeridad, atente contra la buena fe procesal⁴¹⁷. Como afirma el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 101/2008, de 20 febrero⁴¹⁸, “[p]ara que pueda imponerse la multa es preciso un plus, no basta el lógico intento de buscar vías procesales para conseguir una pretensión, a riesgo de que sean rechazadas por improcedentes, es preciso que en este intento se actúe de forma desleal con el tribunal, engañando u ocultando hechos relevantes”.

No creo que en el caso analizado por la STS nº 150/2014 sea posible afirmar la existencia de ese “plus” intencional malicioso. Aunque sea de forma innecesariamente repetitiva y contumaz, la actora no buscaba engañar o inducir deliberadamente a error al tribunal.⁴¹⁹ Cabe suponer que la sindicatura interesaba tal declaración para formular después la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 292 LOPJ); la demanda podría carecer de fundamento, pero no utilizaba el proceso judicial como un fin en sí mismo, o con una finalidad distinta que obtener una resolución favorable para sus intereses.

En nuestro entendimiento –como ya hemos justificado–, la mala fe procesal sancionable dentro del proceso civil (ya sea intra-procesal o cuando se abusa del proceso globalmente considerado) debe responder necesariamente a una conducta dolosa, sin que sea posible sancionar a quien actúa de forma negligente.

⁴¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2007 (RJ 2007\275; MP: Pedro González Poveda).

⁴¹⁷ Declaración de temeridad que, paradójicamente, no se incluyó en la STS nº 150/2014.

⁴¹⁸ AC 2008\863; MP: Ignacio Sancho Gargallo.

⁴¹⁹ Salvo que se quiera sostener, y en parte del Acuerdo sancionador del TS apunta en esa dirección, que la contravención de las reglas de la buena fe procesal se cometió en atención a la especial naturaleza de este tipo de acciones declarativas de error judicial. Es decir, que se pretendió replantear una cuestión jurídica ya zanjada –hasta en seis ocasiones anteriores– por el propio Tribunal Supremo, utilizando el subterfugio del procedimiento de error judicial, siendo un tipo de proceso que no permite la modificación de la jurisprudencia o la discusión sobre la mayor o menor corrección jurídica de determinado criterio, sino solo verificar si la resolución judicial, por utilizar la terminología del TS, puede ser calificada como “esperpéntica”, “absurda” o contraria a “la armonía del orden jurídico”. Pero nuevamente entiendo que lo que existe en puridad es, a lo sumo, una actuación temeraria de la sindicatura –al ejercitar una acción a sabiendas de su absoluta falta de fundamento jurídico–, pero no una contravención de la buena fe procesal. Lo decisivo es que, desde un punto de vista *sustantivo*, la demanda carecía de la *iusta causa litigandi*. Y el art. 247.3 LEC se refiere a la buena fe *adjetiva*.

El justiciable que interpone de forma culposa una demanda sin fundamento podrá ser declarado civilmente responsable de los daños causados a la contraparte, pero no por ello deberá ser considerado automáticamente como un litigante que ha actuado contraviniendo la buena fe procesal –y por tanto, merecedor de una sanción con arreglo al art. 247.3 LEC-. Siguiendo ese razonamiento, toda acción de reclamación de daños procesales estimada debería haber venido precedida, *per se*, de la imposición de una sanción con base en el indicado precepto. De ello se sigue que, a nuestro juicio, la imposición de la multa prevista en el art. 247.3 LEC exija la concurrencia del dolo civil en la conducta del litigante, sin que pueda imponerse en supuestos en los que ese *animus nocendi* no esté acreditado.

En todo caso, insistiremos en que la inexistencia de una declaración de temeridad (que es la figura que mejor encaja con la conducta del litigante) a efectos de la imposición de costas parece incoherente con la decisión de abrir la pieza separada del art. 247.3 LEC e imponer después una multa fundada en la mala fe procesal.

4º.- La Sentencia del Tribunal Supremo nº 425/2013, de 1 de julio⁴²⁰, que ya antes ha sido objeto de análisis, también acordó la apertura de la pieza separada, que concluyó con el dictado del Acuerdo de 21 de octubre de 2014 (que impuso una multa de 2000 euros al litigante abusivo). En este caso, la imposición de la sanción está sobradamente justificada, en la medida en que se acudió a uno de los supuestos clásicos de abuso del proceso (contraviniendo de forma simultánea la buena fe procesal): la incoación de un proceso de forma artificiosa para crear una situación de litispendencia o, subsidiariamente, de prejudicialidad civil. Así lo explicita el Acuerdo del TS al afirmar que “ningún argumento se aporta que justifique que una actuación de la parte demandada y recurrente como la que se constata en la sentencia de esta Sala, entorpeciendo un litigio promovida por la parte contraria con base a lo ya declarado por la sentencia firme del litigio precedente, provocando artificialmente una litispendencia, utilizando otras argucias procesales con el exclusivo fin de demorar la obligada entrega del objeto arrendado y continuar la explotación y, en fin, obstaculizando pertinazmente el derecho de la parte demandante a la tutela judicial efectiva, no haya de dar lugar a la imposición de una multa por vulneración de las reglas de la buena fe procesal⁴²¹”.

⁴²⁰ RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán.

⁴²¹ De este Acuerdo, interesa resaltar también que, acertadamente, precisa que el abuso del proceso también puede ser cometido por el demandado: “Finalmente, el derecho a oponerse a las pretensiones deducidas de contrario no es ilimitado, pudiéndose apreciar la mala fe, precisamente, cuando dicha oposición carece de todo fundamento o consistencia y esa carencia debe ser sobradamente conocida por quien se opone”.

Es cierto que la pretensión sustantiva de la parte sancionada carecía de *iusta causa litigandi*; pero no es esa la razón por la que se le sanciona. Lo que contraviene la buena fe procesal es la búsqueda deliberada del archivo o subsidiaria suspensión del proceso que daría lugar a la recuperación de la posesión (y, por tanto, el acceso a la tutela judicial de la contraparte), mediante la argucia de crear una situación artificial de litispendencia o, en su defecto, de prejudicialidad civil.

5º.- Otra reciente aplicación de este precepto por parte del Tribunal Supremo tuvo lugar mediante el Acuerdo de 4 de marzo de 2015⁴²². El Pleno de la Sala Primera procedió a imponer a una entidad financiera el importe máximo previsto por la norma (6000 euros), por haber desistido ésta de un recurso de casación al final de la mañana del último día hábil previo a la deliberación, votación y fallo del asunto. El Acuerdo tuvo en cuenta que esta misma entidad financiera había actuado de forma similar apenas dos años antes, al desistir igualmente de su recurso con unos pocos días de antelación a la fecha fijada para la deliberación del Pleno de la Sala de lo Civil⁴²³, habiendo entonces emitido un comunicado el tribunal haciendo constar que “lamentaba el tiempo y el esfuerzo empleados por los integrantes de esta Sala y de su Gabinete Técnico en estudiar y preparar el asunto”. En el Acuerdo de 4 de marzo de 2015, el Pleno de la Sala Primera justifica la imposición de la multa de 6000 euros de la siguiente forma:

“La actuación de B.S., al presentar el escrito de desistimiento del recurso cuando necesariamente los integrantes de la Sala Primera del Tribunal Supremo tenían que haber dedicado su tiempo y esfuerzo a la preparación de la deliberación y votación del recurso en el Pleno de la Sala y, en el caso del ponente, a la preparación de los puntos de hecho y las cuestiones y fundamentos de derecho que había de someter a la deliberación de la Sala, así como la propuesta de decisión que habría de formular, es contraria al deber de lealtad que todo litigante debe observar respecto del órgano judicial, supone un uso torcido de los recursos públicos empleados en la Administración de Justicia y no es acorde con la conducta racionalmente exigible a quien formula una pretensión ante un tribunal. Tanto más cuando no se ha dado ninguna explicación plausible de por qué se han esperado unos dos años para presentar el escrito de desistimiento, y haberlo hecho justamente al final de la mañana del último día hábil previo a la deliberación, votación y fallo del asunto, más allá de genéricas invocaciones al “importante volumen de trabajo” claramente insuficientes para justificar tal conducta”.

A mi modo de ver, permitiendo el art. 450.1 LEC el desistimiento de todo recurso “antes de que sobre él recaiga resolución” sin necesidad de alegar motivación

⁴²² JUR 2015\132771; MP: Rafael Sarazá Jimena.

⁴²³ Vid. Auto del TS de 21 mayo 2013 (JUR 2013\204081; MP: Rafael Sarazá Jimena).

alguna, y al no haber comenzado siquiera la deliberación de los magistrados, la sanción no hubiera estado, en principio, justificada⁴²⁴. Ahora bien, da la impresión de que la recurrente decidió desistir del recurso cuando supo que sus posibilidades de éxito se reducían al haber pasado el asunto, por iniciativa del Presidente, al Pleno de la Sala Primera. Parece que la entidad financiera que recurrió en casación tenía fundadas esperanzas de que su postura prosperara en la concreta *Sala de Justicia*⁴²⁵ a la que se asignó inicialmente el asunto; pero al conocer que el mismo pasaría a ser resuelto por el Pleno –con una correlación de fuerzas aparentemente diferente–, optó por desistir del recurso para evitar –como en 2013– el dictado de una sentencia plenaria contraria a sus intereses. La excusa ofrecida por la recurrente para desistir tan tardíamente (“el importante volumen de trabajo”) hace aún más verosímil esta estrategia⁴²⁶.

⁴²⁴ Así lo afirma con rotundidad Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso del Derecho y del Fraude de Ley*, cit., pp. 439-441.

⁴²⁵ Con arreglo Acuerdo de 23 de diciembre de 2014, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2015, funcionalmente la Sala Primera se subdivide en las Salas 1ª y 2ª.

⁴²⁶ No creo, por lo demás, y a diferencia de lo que afirma CARRASCO PERERA, que el coste del desistimiento fuera verdaderamente “interiorizado” por el Banco, que efectivamente pagó las costas, la tasa judicial y el depósito para recurrir. El importe de la tasa judicial y del depósito no cubrían, ni de lejos, el coste real que para la Administración de Justicia española tiene la tramitación de un recurso de casación (y ello al margen de que fuera o no resuelto para el Pleno de la Sala Primera). A falta, inexplicablemente, de datos del CGPJ o del Ministerio de Justicia sobre el particular, véase el informe de 2014 de la *European Commission for the Efficiency of Justice*, del que se desprende que en España –los datos pertenecen al año 2012– las tasas judiciales apenas cubrían un 11% del coste de administración de Justicia (La STC 141/2016 indica que, según la Memoria de análisis normativo del proyecto que luego se convirtió en la Ley 10/2012, la recaudación esperada por la aplicación de la tasas no cubriría ni la cuarta parte de los gastos presupuestados para el funcionamiento de juzgados y tribunales en 2011). Tampoco creo –como sugiere CARRASCO PERERA– que la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre el desistimiento sea extrapolable, sin las debidas matizaciones, a la jurisdicción civil, dado que el legislador parece querer incentivar en la LJCA este modo anormal de finalización del procedimiento (“El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas”, reza el art. 74. 6 LJCA), lo que no ocurre –al menos, no de manera tan ostensible– en la LEC. Siendo la procedencia de la sanción impuesta por este Auto dudosa (y aceptando que es posible que influyeran en su dictado razones no expresamente verbalizadas por el TS, como la plausible filtración anticipada del sentido del fallo de la futura sentencia), creo que la crítica de CARRASCO PERERA evidencia el peligro de aplicar sin más la teoría general del abuso del Derecho al abuso del proceso. El carácter puramente instrumental del derecho a la tutela judicial, así como la existencia de un interés público en la evitación del uso desviado o caprichoso del proceso (entre otras cosas, para que evitar la saturación del sistema judicial y que el coste de esta utilización desviada repercuta en todos los contribuyentes) justifican un tratamiento, en algunos aspectos, disímil. Lo ha expresado de forma inmejorable Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ: “En el caso de las instituciones procesales, su carácter eminentemente artificial hace que exista un mayor riesgo que respecto de las instituciones sustantivas de perder de vista que su contenido no es una mera destilación de la lógica formal o de la razón pura”. “Repensando el litisconsorcio pasivo necesario. (Al hilo de la

Por tanto, puede colegirse que en este caso concreto se hizo un uso anómalo del derecho de desistimiento de los recursos, no amparado por el ordenamiento, en atención a las circunstancias concurrentes, y que contraviene simultáneamente las reglas de la buena fe procesal. Sería un caso asimilable al del actor que presenta la misma demanda, de forma plural, simultáneamente, con el fin de alterar las normas de reparto y asegurarse de que conocerá del proceso el juzgado de su elección (pues a continuación procederá a desistir del resto de las demandas). Tampoco parece dudosa la concurrencia del elemento intencional.

Quizá el reproche que pueda hacerse al Acuerdo sancionador del TS sea el de no haber exteriorizado esta razón al motivar la imposición de la sanción, en especial cuando se impuso la multa en la cuantía más elevada que permite el precepto (lo que parece comprensible en atención a los abundantes recursos públicos empleados por la Sala Primera hasta el momento del sorpresivo desistimiento⁴²⁷).

Finalmente, este asunto evidencia que el importe máximo previsto por el legislador en el art. 247.3 LEC para sancionar la mala fe procesal de la parte (6.000 €) parece insuficiente, ya que en algunos casos –como éste–, en atención a la cuantía del procedimiento o a la capacidad económica de los litigantes (la

responsabilidad civil proporcional de los auditores”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 5, 2015, p. 8 (versión digital).

⁴²⁷ Un caso en apariencia semejante dio lugar al Acuerdo de la Sala Primera de 28 de marzo de 2017 (JUR 2017\82699; MP: Rafael Sarazá Jimena), que impuso a otra entidad financiera una multa de 6000 euros por haber desistido del recurso de casación la víspera del día señalado para la deliberación. Lo razona así: “Actuaciones como éstas, que suponen que varios miembros del Tribunal Supremo hayan empleado su tiempo y esfuerzo en balde y que no lo hayan dedicado al estudio y preparación de otro recurso cuya deliberación, votación y fallo hubiera podido señalarse en sustitución del que ha quedado carente de contenido, coadyuvan a impedir una mayor celeridad en la resolución de los recursos pendientes ante esta Sala, constituyen una desconsideración hacia los miembros de este tribunal, que han empleado en balde su tiempo y esfuerzo, y sobre todo, causan un mal uso de los recursos públicos”. En este caso la sanción me parece mucho más cuestionable, dado que el desistimiento, consentido por la recurrente, traía causa de un previo acuerdo alcanzado entre las dos partes litigantes. De hecho, ante un supuesto de hecho muy similar, el Acuerdo de 2 de marzo de 2017 (JUR 2017\55380; MP: Rafael Sarazá Jimena) rechaza sancionar al litigante: “No obstante, aunque no parece razonable que cuando la parte recurrente conoció el alzamiento de la medida cautelar cuya ejecución en España constituía justamente el objeto del recurso, lo que tuvo lugar varias semanas antes del día señalado para la deliberación, no lo pusiera inmediatamente en conocimiento de este tribunal, o al menos con tiempo suficiente para evitar que los magistrados emplearan en balde su tiempo y esfuerzo en el estudio de un recurso que iba a quedar sobreesido por carencia sobrevenida de objeto y pudiera señalarse la deliberación, votación y fallo de otro recurso en sustitución del que había quedado privado de objeto, la enumeración de hitos y fechas expuesta por la recurrente, justificadas con las copias de los correos electrónicos, arrojan ciertas dudas sobre si se ha tratado de un supuesto de mala fe procesal o simplemente de una cierta desidia en el cumplimiento de los deberes derivados de la mínima consideración debida al Tribunal Supremo y sus magistrados, que no llega a suponer propiamente mala fe procesal”.

primera entidad financiera del país), dicha suma es por completo insuficiente para prevenir conductas abusivas. Tanto por razones de prevención general, como especial, parece aconsejable que el legislador eleve el importe de la cuantía máxima⁴²⁸.

6º.- En otros casos, con mayor prudencia, como en los Autos del TS de 16 de septiembre de 2014⁴²⁹ o de 12 de abril de 2011⁴³⁰, y en referencia a actuaciones intraprocesales concretas o recursos interlocutorios –y no al objeto principal del proceso-, se advierte a la parte que, de persistir en su actuación abusiva, podría procederse a la imposición de la sanción prevista en el artículo 247.3 LEC⁴³¹.

De todo lo anterior puede inferirse que, siendo posible sancionar con base en el artículo 247.3 LEC a quien, contraviniendo las reglas de la buena fe procesal, abusa del proceso -considerado en su integridad,- la aplicación en la práctica de este precepto a estos casos no está exenta de dificultades.

La fundamental, que se deduce de un examen de los Acuerdos dictados en los últimos años por el Tribunal Supremo, es que, en algunos casos, como consecuencia del cuestionamiento por la vía del art. 247.3 LEC de la postura global en el proceso de una de las partes (ya sea el actor o el demandado) puede entenderse coartado el derecho de defensa del litigante afectado. Por ello, como ya hemos señalado anteriormente, creemos que no debería sancionarse *ex art.*

⁴²⁸ Con arreglo a uno de los postulados clásicos del análisis económico del Derecho, para que una multa sea eficiente es preciso que la sanción haga que los costes esperados de la infracción superen a los beneficios esperados de la misma. Cfr. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, S., "The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy", *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, n.º 247, 1998, pp. 223-237.

⁴²⁹ JUR 2015\17565; MP: Ignacio Sancho Gargallo.

⁴³⁰ JUR 2011\164971; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

⁴³¹ En sentido contrario, es llamativo que, en otros supuestos recientes, el Tribunal Supremo no haya sancionado a determinados litigantes cuya conducta abusiva –y contraria a la buena fe procesal- estaba fuera de toda duda. Es el caso de la pintoresca STS nº 542/2015, de 30 de septiembre, (JUR 2015\230424; MP: Rafael Sarazá Jimena), en la que puede leerse lo que sigue: "Sin embargo la demandante ha inundado la Sala con las más variopintas solicitudes, la mayoría de las cuales no tienen cabida en este tipo de recurso, ha cuestionado la imparcialidad de la mayoría de los magistrados que han participado en las resoluciones, ha recurrido cuantas resoluciones eran dictadas y, cuando tales recursos eran resueltos, ha pedido la nulidad del auto que los resolvía. En los días inmediatamente anteriores al señalado para la deliberación y fallo del recurso se ha incrementado el ritmo de presentación de escritos, dirigidos en buena parte (paradójicamente al tratarse de la propia recurrente) a dilatar la resolución del recurso, al solicitarse la suspensión del señalamiento de la deliberación, votación y fallo del recurso. *La recurrente ha incurrido en un manifiesto abuso del proceso* y ha tergiversado completamente el significado y alcance de estos recursos extraordinarios, al pretender incorporar continuamente nuevos elementos al proceso, bien aportándolos ella, bien pidiendo que se requiriera a la parte recurrida para que los aportara al recurso". Énfasis añadido.

247.3 LEC el simple ejercicio de una acción –o la oposición a su estimación- que se reputa abusiva por carecer de *iusta causa litigandi* (sin perjuicio del posible nacimiento de una obligación de indemnizar los daños provocados a la contraparte). Nos encontraríamos ante la ausencia de razones jurídicas sustantivas, y no procesales, para sostener determinada pretensión ante los tribunales.

Por tanto, no se estarían contrariando de forma abusiva normas procesales concretas sino que, por el contrario, se estarían alegando de forma espuria o totalmente improcedente normas de carácter sustantivo dentro del proceso civil; comportamiento que, en principio, quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 247.3 LEC. Supuesto diferente, por ejemplo, de la incoación de un procedimiento civil sin base alguna para crear una situación de prejudicialidad civil artificiosa y lograr así la suspensión de otro proceso. En este segundo caso, una sanción al amparo del citado precepto podría estar justificada, pues sí existe una contravención de la buena fe “procesal”, que es el bien jurídico protegido por el art. 247.3 LEC. El carácter sancionador de este precepto, y su eventual colisión con el derecho constitucional de defensa, aconsejan una interpretación restrictiva, que excluya igualmente las conductas meramente negligentes por parte del justiciable⁴³².

⁴³² Por ello, creo desafortunado el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Barcelona de 26 de enero de 2015 (AC 2015\378; MP: Raquel Alastruey Gracia). Al margen de que debió adoptar la forma de Acuerdo, y no de Auto, sanciona a una entidad aseguradora al pago de 10% de la cantidad reclamada en el litigio, argumentando que, dada la escasa cuantía de lo reclamado (402,75 euros), debió la actora acudir a la mediación. Lo razona así: “Y ese abuso del derecho a la tutela judicial, con una clara consecuencia antisocial por lo que supone de aprovechamiento de recursos públicos en beneficio de la actividad de una mercantil, se da cuando no se utiliza como último recurso sino como primero, siendo como es que otros métodos de resolución de conflictos podrían utilizarse.[...] Existiendo pues sistemas alternativos, que no derivan en un aprovechamiento de recursos públicos escasos, ¿es legítimo que una entidad mercantil sostenga un litigio por 402,75 € ante los Tribunales, cuando no existe controversia sobre el accidente, es decir, sobre la causa y la culpa -que podrían considerarse cuestiones jurídicas o de valoración jurídica- y únicamente se está cuestionando una parte del daño, esto es, la consecuencia de uso de otro vehículo durante la reparación del dañado, y cuando acudir al proceso judicial supone para el erario público destinar más de 2.610 € (valor del año 2000), según estudios ya referidos en la sentencia del caso y publicados por el Consejo General del Poder Judicial? [...] Ciertamente acudir a la mediación o a otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos no es obligatorio en España, como si lo es en Italia para casos como el presente, pero el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la causa pública y actúen consecuentemente” (Cursiva añadida). Nótese que se invoca la figura del abuso de derecho no ya para rechazar una pretensión, sino para sancionar a la parte por haberla ejercitado ante los tribunales. A mi juicio, este tipo de resoluciones evidencian el peligro de residenciar el límite del ejercicio anormal de los derechos subjetivos en la “conciencia moral colectiva” en un momento dado, que el juez tendría que aprehender y aplicar. La tentación de incurrir en un subjetivismo incontrolable parece difícil de evitar.

No obstante, la Sala Primera está en los últimos años haciendo un uso mucho más intensivo de esta prerrogativa sancionadora que le concede la norma procesal, en franco contraste con los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la LEC, en los que el recurso al art. 247.3 LEC era prácticamente anecdótico. Los Acuerdos del Tribunal Supremo analizados evidencian que no es sencillo trazar unos criterios generales básicos que sirvan a los litigantes como referencia. De un lado, la propia naturaleza de la figura del abuso del proceso exige que se tengan en cuenta todas las circunstancias del caso para concluir si el uso del derecho a litigar se efectuó o no de forma anómala, lo que dificulta la creación de un cuerpo sólido de doctrina. Esta apreciación es todavía más relevante en supuestos en los que no se sanciona una concreta actuación intraprocesal maliciosa, sino un uso del proceso civil –considerado globalmente– en contradicción con su finalidad institucional⁴³³.

Finalmente, interesa hacer notar que en estos Acuerdos el TS pone de manifiesto que el abuso del proceso –en el entendimiento del Alto Tribunal– es una patología pluriofensiva, en el sentido de que no solo daña los intereses de la contraparte, sino también –y a veces con carácter principal o exclusivo– los públicos, al consumir indebidamente los siempre, por definición, limitados recursos del sistema judicial.

1.5. El régimen de imposición de costas.

Además de la imposición de multas –y de la desestimación de la petición o incidente–, una actuación contraria a la buena fe puede tener repercusiones en materia de costas, y así el artículo 395.1 LEC *in fine* señala que procederá la condena en costas en caso de allanamiento previo a la contestación a la demanda, en el supuesto de concurrir mala fe en el demandado, previéndose también en el artículo 603 LEC la imposición de las costas a los demandados que no contestaren a la demanda de tercería de dominio “si se apreciara mala fe en su actuación procesal”, teniendo en cuenta, en su caso, la intervención que hayan tenido en las actuaciones previas a la interposición de esa demanda⁴³⁴. Creo que es preciso subrayar que en estos dos casos el legislador vincula la apreciación de la mala fe, a efectos de la imposición de costas, a la *conducta previa* (maliciosa) al proceso del litigante, a diferencia de lo que, como a continuación veremos, ocurre con la temeridad. De ello se sigue que, para la LEC, la mala fe puede manifestarse de

⁴³³ Aclaremos nuevamente que, paradójicamente, es perfectamente posible que se abuse del proceso respetando la buena fe procesal; por ejemplo, cuando se formule una demanda sin *iusta causa litigandi*.

⁴³⁴ Como supo ver Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “las tercerías ejecutivas se prestan sobremanera a este abuso: el tercerista puede actuar de acuerdo con el ejecutado, a fin de evitar que la ejecución beneficie al ejecutante”, *Proceso, autocomposición y defensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Imprenta Universitaria, Méjico, 1947, p. 179.

dos maneras: por actuaciones puntuales intraprocesales de las partes⁴³⁵; o por actuaciones previas al proceso, también civilmente dolosas, de alguno de los litigantes (no estaríamos hablando, consecuentemente, de mala fe procesal en sentido estricto, sino “pre-contenciosa⁴³⁶”).

Desde el punto de vista de su delimitación conceptual, el régimen legal de imposición de costas procesales sirve para darnos cuenta de que la buena/mala fe procesal tiene repercusiones, en principio, intraprocesales, mientras que en el caso del abuso del proceso -al venir referido al procedimiento globalmente considerado- las consecuencias en materia de costas no tiene por qué tener reflejo en el propio proceso que se utilizó de forma desviada. Aunque sea una obviedad, no está de más recordar que la LEC no prevé expresamente la condena en costas para quien ha abusado de su derecho a litigar⁴³⁷, sino que vincula exclusivamente tal condena, como es sabido, al criterio de vencimiento objetivo (art. 394 LEC), y tan solo en caso de estimación parcial entrará en juego el parámetro de la temeridad (concepto que, como veremos, puede considerarse una especie dentro del género del abuso de proceso).

De hecho, es posible incluso que en la *litis* no se haya impuesto una condena en costas contra el abutente, no siendo descartable incluso que la condena se haya impuesto al perjudicado por aplicación del criterio de vencimiento objetivo, dado que no es imprescindible para que ulteriormente pueda declararse judicialmente la existencia de abuso que el pleito primigenio haya concluido favorablemente para el perjudicado.

Aun cuando cabe esperar que quien ha abusado de su derecho a litigar en el proceso precedente habrá visto desestimada su pretensión (pues normalmente la

⁴³⁵ Con la salvedad ya vista de que, en supuestos muy concretos, una actuación que exceda de lo intraprocesal puede entenderse como conculcadora de la buena fe procesal.

⁴³⁶ Téngase también en cuenta también el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, cuyo artículo 4.2. dispone: “Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas: a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, *se considerará que no concurre mala fe procesal*, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [...]”

⁴³⁷ Ahora bien, es importante hacer notar que el art. 19.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, establece lo que sigue: “Si el órgano judicial que conociera de la pretensión ejercitada por el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita apreciase abuso de derecho, temeridad, mala fe o fraude de ley en su ejercicio, en la resolución que ponga fin al proceso declarará la existencia del mismo, revocará el derecho de justicia gratuita y le condenará a abonar los gastos y costas procesales devengadas a su instancia, en los términos del apartado anterior. Dicha revocación se pondrá en conocimiento de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente a fin de que por la Administración pública competente se obtenga el reembolso, en su caso por la vía de apremio, de cuantas prestaciones se hubiesen obtenido como consecuencia del reconocimiento de su derecho a litigar gratuitamente”.

ausencia *iusta causa litigandi* será tomada en consideración por el juez) y, consecuentemente, le hayan sido impuestas las costas procesales (incluso con expresa declaración de temeridad), que eso sea lo más probable no significa que ocurra así en todos los casos. Es posible que, por la propia configuración del abuso del proceso, para su apreciación haya sido preciso tomar en consideración hechos o variables que el juez que conoció del primer pleito desconocía y que solo desde la perspectiva de su enjuiciamiento posterior han podido ser apreciados –y valorados– en su justa medida.

En definitiva, también en el terreno de las costas procesales se constata que las nociones de mala fe procesal y abuso del proceso no son coincidentes.

2. LA TEMERIDAD

Tal y como señala PICÓ I JUNOY, el criterio de la temeridad procesal para imponer las costas procesales tiene su origen en el Derecho romano, como mecanismo corrector a la inicial regla general en virtud de la cual cada parte afrontaba sus propios gastos⁴³⁸. Como dejó escrito CHIOVENDA⁴³⁹, el incremento de supuestos en los que los litigantes actuaban de mala fe, obligando al justiciable a iniciar un proceso o a soportarlo sin ningún tipo de razón o sustento, lo que condujo –siguiendo a ULPIANO– al dictado de dos leyes en las que se regulaba la condena en costas como pena para el supuesto de actuación procesal temeraria, entendiéndose por “temeridad” lo equivalente a la calumnia del derecho más antiguo, esto es, la “conciencia de la injusticia⁴⁴⁰”.

Se ha discutido también por la doctrina científica y la jurisprudencia sobre si “temeridad” y “mala fe procesal” son o no conceptos idénticos sin que, a mi juicio, se haya alcanzado una solución plenamente satisfactoria⁴⁴¹. Aunque, tanto por su origen histórico, como desde un punto de vista etimológico, hay buenas razones para sostener que no se trata de figuras, al menos en la teoría, absolutamente coincidentes, en la actualidad parece haber un cierto consenso en darles un tratamiento equivalente⁴⁴². A día de hoy, deben entenderse superadas caracterizaciones como la defendida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería nº 27/1999, de 8 febrero⁴⁴³, Sección 1ª, que asociaba la mala fe exclusivamente a los incumplimientos de derecho sustantivo, y la temeridad a

⁴³⁸ *El principio de buena fe procesal*, cit., p. 280.

⁴³⁹ *La condanna nelle spese giudiziali*, Bocca, Torino, 1901.

⁴⁴⁰ L, 79, D. *de iudiciis*, 5,1., y la L. 1, 1, D. *de vac.ex.mun.*, 50, 5.

⁴⁴¹ José Alfredo CABALLERO GEA, “Costas. Procesal Civil”, *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1232, 1981.

⁴⁴² Vicente GIMENO SENDRA y Olga FUENTES SORIANO, *Proceso civil práctico*, La Ley, Madrid, 2010, Tomo V, p. 11.

⁴⁴³ AC 1999\3664; MP: Rafael García Laraña.

las actuaciones procesales⁴⁴⁴ o la confusamente recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, nº 208/1999, de 26 de julio⁴⁴⁵, que si bien afirma que son conceptos diferenciados, no ofrece una explicación nítida de cuál sería tal diferencia, amén de entender –de forma harto cuestionable– comprendida en la temeridad la acción ejercitada con ánimo de dañar⁴⁴⁶.

Desde mi punto de vista, y en la línea con lo proclamado por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 101/2008, de 20 febrero, conceptualmente la temeridad se caracteriza por la *manifiesta falta de fundamento objetivo* de la acción ejercitada –o de la oposición a la misma–, sin que sea preciso un ánimo malicioso por parte del litigante para su apreciación. No obstante lo anterior, debe hacerse notar que, por lo general, en el ámbito de la imposición de costas la jurisprudencia utiliza indistintamente ambos términos⁴⁴⁷.

Conviene tener presente que la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter general, impone a las actuaciones procesales temerarias consecuencias análogas a las

⁴⁴⁴ Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, que consagró normativamente la buena fe procesal como principio informador del proceso civil, sustraer el concepto de mala fe del campo del derecho adjetivo carece de fundamento. Ahora bien, también debe subrayarse que las dos veces que la citada norma impone la condena en costas al apreciarse mala fe en la conducta del demandado (arts.395.1 y 603 LEC), lo fundamenta en el comportamiento *anterior* al proceso de éste. Por ello, a efectos de la imposición de costas, más que a los incumplimientos de derecho sustantivo, la mala fe parece referirse al comportamiento pre-procesal de las partes, mientras que la temeridad alude a la (falta de) consistencia de la posición defendida durante el proceso.

⁴⁴⁵ AC 1999\1432; MP: Ana María Sánchez García.

⁴⁴⁶ Por cuanto afirma que “[l]os conceptos de temeridad y mala fe, aunque tienen idénticos efectos son distinguidos y diferenciados por la doctrina y la jurisprudencia, que destaca que la temeridad corresponde a quien, si obrase con la debida diligencia, pudo haberse enterado de que no le asistía la razón para adoptar la postura que sostuvo en el proceso (STS 2-6-1967 [RJ 1967\2705]), ampliándose también este último concepto al que se vale del procedimiento a fin de obtener un resultado injusto y perjudicial para el contrario (S. 7-2-1977 AP Albacete)”. Una tesis semejante parece defenderse en la Sentencia de la AP de Toledo de Sentencia núm. 378/1999 de 18 octubre, Sección 1ª: “La jurisprudencia ha admitido tradicionalmente dos tipos de temeridad, según el litigante actúe de forma dolosa o culposa. En el primer caso -temeridad fundada en actuación dolosa-, se considera temerario, a efectos de imposición de costas, al litigante que, aun teniendo conciencia de la injusticia de su pretensión o de su oposición, conociendo que no lleva razón, se decide a incoar un proceso o a defenderse, es decir, procede de mala fe, maliciosamente. A ello se refiere el TS cuando considera que debe pechar con las costas «no solamente quien litiga maliciosamente sabiendo que no tiene derecho en la cosa demandada, sino también el que actúa sin "razón derecha"» (STS 21 de abril de 1950). Así, por ejemplo, los Tribunales de instancia han condenado en costas «al entender que se ha tratado de tergiversar los hechos claros» (STS de 9 de diciembre de 1986) o cuando la defensa del demandado «no se limitó a discutir la cuestión de pagar, sino que pretendió la total absolución y resolución del contrato, cuya ejecución forzosa se produjo después de una meticulosa prueba que demuestra el pleno cumplimiento del actor, la buena calidad de la obra y la justeza del precio que exigía» (STS de 11 de julio de 1986)”.

⁴⁴⁷ Vid. Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, “La condena en costas en los procesos civiles de consumidores”, *Estudios sobre consumo*, nº 68, 2004, p. 80.

previstas para las actuaciones procesales incurtidas en mala fe⁴⁴⁸. Así, el artículo 228.2 LEC permite al Tribunal que desestime la solicitud de nulidad de actuaciones imponer una multa en el supuesto de que se haya promovido el incidente con temeridad; el artículo 320 LEC permite igualmente al Tribunal la imposición de una multa si la impugnación de un documento público se ha efectuado de forma temeraria; finalmente, el artículo 344.2 LEC permite al Tribunal imponer una multa en el supuesto de que la tacha de un perito se haya formulado con “temeridad o deslealtad procesal”. La única diferencia en este caso residiría, a mi entender, en que para conceptuar como temeraria una actuación procesal no se requeriría el ánimo doloso característico de los actos contrarios a la buena fe procesal, bastando con que el litigante no haya actuado con la prudencia exigible a todo interviniente en un proceso civil.

El terreno clásico de aplicación del concepto de temeridad ha sido –y sigue siendo– la condena en costas⁴⁴⁹. Así, se prevé que la limitación del importe de las costas del litigante vencido fijada en el artículo 394.3 LEC no se aplicará cuando se declare por el Tribunal “la temeridad del litigante condenado en costas”. El artículo 32.5 LEC prevé, de igual forma, cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva en el proceso civil, la posibilidad excepcional de imponer las costas a la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales, si el Tribunal aprecia temeridad en la conducta del condenado en costas. Ahora bien, como demuestra el artículo 395.1 LEC *in fine*, también en lo que a las costas se refiere el legislador parece atribuir a ambos fenómenos parecidas, aunque no idénticas, consecuencias⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Aunque, interesa resaltarlo, no existe una cláusula general, como ocurre con la mala fe procesal en los artículos 247.2 LEC y 11 LOPJ, que imponga la obligación del órgano judicial de rechazar las peticiones e incidentes formulados “con temeridad”. Desestimación que el legislador presupone, pues lo que caracteriza a la temeridad es, precisamente, la patente falta de sustento –jurídico o fáctico– de la pretensión deducida.

⁴⁴⁹ Pero no el único. Recuérdese que art. 21 la Ley de Arbitraje establece la responsabilidad de los árbitros “por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 102/2017, de 15 de febrero, (RJ 2017\400; MP: José Antonio Seijas Quintana) define la temeridad, en este contexto, como “una negligencia inexcusable [...] un error manifiesto y grave, carente de justificación [...] Una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera”.

⁴⁵⁰ La mala fe, que en el ámbito de la imposición de las costas se manifiesta en la conducta preprocesal del litigante, determinará que le sean impuestas las costas procesales (Cfr. Arts. 32.5 y 395.1 LEC); mientras que la temeridad, que concurre ante la falta de razón derecha en la posición defendida a lo largo del proceso, supondrá, en principio (salvo en el caso de la condena en costas en caso de estimación parcial de la pretensión contra el demandado temerario) el agravamiento de la condena en costas –que se presupone, pues esa falta de *iusta causa litigandi* provocará el dictado de una resolución desfavorable y la correspondiente condena al pago de las costas en virtud del principio de vencimiento objetivo–, a la que no será de aplicación la limitación cuantitativa prevista en el art. 394.3 LEC.

Conectada la temeridad con el abuso del proceso, nuevamente se constata que, salvo en materia de costas, para el legislador la primera se refiere, en principio, a actuaciones puntuales intra-procesales que contravienen la buena fe, potencialmente sancionables por el órgano judicial mediante la imposición de una multa, sin dar lugar a un derecho de crédito a favor del perjudicado por los daños irrogados por esa actuación temeraria (salvo, conforme a lo ya dicho, en lo que a las costas se refiere, en cuyo caso, aún en el supuesto de estimación parcial de la demanda, ex art. 394.2 LEC, procederá dicha condena, precisamente por la especial repulsa que merece una posición procesal temeraria).

Y es precisamente la acepción de la temeridad en cuanto a la imposición de costas se refiere, diferenciada del resto de supuestos previstos en la LEC (pues para considerar temeraria una acción o una defensa a efectos de imposición de las costas no se requiere necesariamente un ánimo doloso), la que presenta semejanzas con el concepto de abuso del proceso. En efecto, el ejercicio de una acción -o la oposición a la misma- temeraria constituye una especie dentro del género del abuso del proceso, pues como ya se ha dejado dicho, la primera tiende a asociarse primordialmente a una actuación negligente, mientras que la segunda incluye tanto el uso del derecho de forma culposa, como su ejercicio con el ánimo de dañar. Esa actuación “sin razón derecha” provocará en el primer proceso, por lo general, una declaración de temeridad a efectos del pronunciamiento sobre las costas; y será, a su vez, fuente de responsabilidad para que el perjudicado pueda solicitar los daños y perjuicios adicionales en un segundo proceso.

En definitiva, en el concepto de temeridad inserto en la LEC 1/2000 cabe distinguir, de un lado, aquellas actuaciones intra-procesales realizadas “sin justa causa”, de modo que, aun cuando sus consecuencias procesales sean iguales a las actuaciones contrarias a la buena fe procesal (imposición de multa y rechazo de la petición), su concepto es más amplio que el de mala fe procesal. De otro, también se considera temerario el ejercicio mismo de la acción, o la oposición a la misma, cuando está basada en una imprudente negación o ponderación de las pretendidas razones que asisten al litigante, lo que tendrá repercusión en el régimen de aplicación de las costas del proceso, de conformidad con lo ya expuesto, y determinará igualmente el nacimiento del derecho a ejercitar la acción resarcitoria de los daños procesales *ex arts. 7.2 y 1902 CC*⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Salvo en los supuestos en que el abuso del proceso derive del incumplimiento de un “contrato procesal”, en cuyo caso, como ya se ha dejado dicho, la acción de daños tendrá naturaleza contractual (art. 1101 CC).

3. EL FRAUDE DE LEY

Se ha dicho atinadamente que el concepto de fraude no es inequívoco ni aparece en los textos legales siempre con el mismo sentido. Y también que la institución del fraude de ley, así como las de la buena fe y el abuso del Derecho, “responden a una concepción del ordenamiento jurídico conforme a la cual, el ordenamiento jurídico positivo, en su función reguladora de las relaciones y situaciones interindividuales [...] una vez reconocido el derecho subjetivo, no se desentiende del mismo abandonándolo en manos de su titular, sin preocuparse de si éste lo utiliza o no, o de si, en su caso, lo utiliza dentro de los límites y con la finalidad que el ordenamiento jurídico previó⁴⁵²”.

En cuanto a su delimitación conceptual, debemos partir de que, en el abuso, el derecho existe, ya que en caso contrario, como es obvio, no se podría abusar de él. Pero éste se ejercita no hacia los fines aparentes que fundamentaron originariamente su protección legal, sino hacia otros distintos, no reconocidos como tales. En el caso del fraude de ley, por el contrario, la desviación del fin normal del Derecho se produce de forma mediata. La alteración de finalidad “consiste en contrariar, con un cierto resultado jurídico, admisible de suyo, la significación reconocida en otra figura jurídica distinta. Mientras el que abusa del derecho, simplemente, lo violenta, el que defraude un derecho lo que hace, en realidad, es estafarlo⁴⁵³”.

A su vez, el fraude de ley se diferencia también claramente de la noción de mala fe, pues se atenta contra la buena fe al ejercitar un derecho nacido con arreglo a la norma aplicable; por el contrario, se incurre en fraude de Ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable⁴⁵⁴.

Tanto el art. 11.2 LOPJ como el 247 LEC hacen alusión a dos tipos de actuaciones procesales fraudulentas: el fraude de ley y el fraude procesal. A tal efecto, y siguiendo la exposición de PICÓ I JUNOY⁴⁵⁵, es preciso distinguir dos formas de fraude:

a) El *fraude en el proceso*, supuesto que acaece cuando en el seno de un litigio se intenta burlar la aplicación de una norma procesal concreta, y que viene a ser el

⁴⁵² Rafael SARAZÁ JIMENA, “El pagaré en blanco: La Historia interminable”, *Jueces para la democracia*, nº 18, 1993, p. 64.

⁴⁵³ Jaime GUASP, *Derecho*, Gráficos Hergón, Madrid, 1971, p. 387. Para otros autores, como CARRASCO PERERA, el fraude de Ley sería una modalidad del abuso de derecho. *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, cit., pp. 349-403.

⁴⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Ob. cit., p. 39.

⁴⁵⁵ Ob. cit., pp. 108-112.

equivalente a lo que en el derecho sustantivo se conoce tradicionalmente como fraude de ley. Un ejemplo de este tipo de fraude, relativamente frecuente en la práctica forense, son los supuestos en los que la litigante (persona jurídica) cita como testigo a un empleado suyo (a veces, directivo o incluso administrador) para, de esta forma, soslayar la regla procesal que impide a la parte proponer su propio interrogatorio. La norma cuya aplicación se intenta evitar es el art. 301.1 LEC, mientras que la norma de cobertura sería el art. 360 de la Ley adjetiva⁴⁵⁶.

b) El *fraude por el proceso* (o *fraude procesal*), cuando se pretende vulnerar el ordenamiento jurídico mediante la utilización torticera del proceso civil. Suele tener un carácter bilateral y supone la utilización del proceso como mecanismo para perjudicar a terceros mediante la creación de una sentencia firme con eficacia de cosa juzgada. Como ya se señaló con anterioridad, nos encontramos, en este caso, ante un supuesto típico de litigación abusiva (el “proceso aparente”, por decirlo con CARNELUTTI), siendo los casos más habituales de esta tipología el allanamiento o la admisión de hechos en perjuicio de tercero⁴⁵⁷, la manipulación de pruebas, etc., en virtud de los cuales se obtiene un pronunciamiento judicial que, adquiriendo la autoridad de cosa juzgada, provoca el nacimiento, la transmisión o la extinción de derechos, cuando legítimamente no hubieran podido obtenerse tales resultados⁴⁵⁸.

Otros supuestos paradigmáticos de *fraude procesal* tienen, sin embargo, un marcado carácter unilateral: la incoación de un procedimiento civil a espaldas del demandado (que se encuentra así en una situación de rebeldía involuntaria), privándole de su oportunidad de defenderse, con el fin de obtener una sentencia

⁴⁵⁶ PICÓ I JUNOY pone como ejemplo de este tipo de fraude el del litigante que, al amparo del art. 330.1 LEC, solicita la exhibición de determinados documentos mercantiles a un tercero por considerarlos trascendentes para su defensa, pero con el objetivo inconfesado de adquirir el conocimiento de datos contables que no guardan relación con el litigio, pretendiendo vulnerar así el secreto de la contabilidad de los empresarios consagrado en el art. 32.2 del Código de Comercio. Ob. cit., p. 108.

⁴⁵⁷ Sabido es que el art. 21.1 LEC dispone que el órgano judicial rechazará el allanamiento del demandado si “se hiciera en fraude de Ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero”, pero en la mayoría de estos casos los litigantes concertados ocultarán al Juzgador los datos que le permitirían efectuar ese control.

⁴⁵⁸ Alfonso GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, “Aspectos del fraude procesal”, *Revista de Derecho Privado*, Enero, 1958, p. 110. Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO distinguió entre el “proceso simulado” -consistente en el “empleo del juicio con el fin de obtener el resultado práctico correspondiente a un negocio que no se puede constituir válidamente”-, el “proceso aparente” -figura meramente histórica consentida por el Derecho mismo, a la que se acudía para suplir las imperfecciones del derecho mediante el empleo de las formas procesales-, y el “proceso fraudulento” -que puede ser unilateral, es decir, de una parte en detrimento de la otra y no de acuerdo con ella-. *Proceso, autocomposición y defensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Imprenta Universitaria, México, 1947, pp. 177-178.

que en un proceso contradictorio no conseguiría⁴⁵⁹; o la ejecución de un bien perteneciente a un tercero con el fin de privárselo fraudulentamente.⁴⁶⁰

Estos dos tipos de fraude se distinguen no solo por su diferente naturaleza, sino también por los mecanismos que el ordenamiento arbitra para su interdicción. En lo que se refiere al fraude en el proceso -o de ley procesal-, el perjudicado puede combatirlo mediante los recursos que las leyes establezcan interesando, como es lógico, la aplicación de la norma que se ha pretendido soslayar, que es la respuesta que, con carácter general, se prevé para el fraude de ley en el Código Civil (art. 6.4).

Por lo que se refiere al denominado *fraude procesal*, cuando se trata, por ejemplo, de un supuesto de maquinación fraudulenta, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la rescisión de la sentencia y, por tanto, la privación de la eficacia de cosa juzgada material a esa resolución judicial firme obtenida de forma fraudulenta, mediante el ejercicio de la acción de revisión por el perjudicado por el fraude (art. 510.4 LEC). Además, tal y como más adelante se desarrollará, adicionalmente ese tercero perjudicado podrá ejercitar una acción de resarcimiento de los daños provocados por el proceso civil fraudulento a través del procedimiento declarativo que corresponda, pues ha sufrido un daño ilegítimo que no tiene el deber jurídico de soportar⁴⁶¹.

En determinados casos, ya fuera de la jurisdicción civil, el perjudicado podrá acudir incluso al ejercicio de la acción penal por un delito de estafa procesal, como en el caso resuelto por la STS, Sala Segunda, nº 146/2015, de 17 de marzo⁴⁶².

Con arreglo a los hechos declarados probados, los condenados (marido y mujer),

⁴⁵⁹ Un caso paradigmático es el resuelto por la STS núm. 621/2016, de 17 octubre (RJ 2016\4939; MP: Ignacio Sancho Gargallo), que estimó la acción de revisión de sentencia al entender acreditada la maquinación fraudulenta, que consistió en dejar de dirigir la demanda de reclamación de filiación contra el único heredero que podría verse afectado por las consecuencias de la declaración de filiación pretendida (un Ayuntamiento), para impedir que pudiera oponerse; y, al mismo tiempo, dirigirla contra una pariente lejana que mediante su allanamiento propició la estimación de la acción.

⁴⁶⁰ Manuel CACHÓN CADENAS, "Artículo 594", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, dir. Antonio María Lorca Navarrete, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2959.

⁴⁶¹ No dejar de ser llamativo que el legislador, en este supuesto de revisión de la sentencia, no haya dispuesto expresamente la condena al litigante malicioso al pago de los daños y perjuicios causados, tal y como hace, por ejemplo, en el art. 538.4 LEC con el ejecutante que induzca al tribunal a extender injustificadamente la ejecución frente a personas o bienes que el título o la Ley no autoricen. Y es desafortunada esta omisión, por cuanto en los casos de maquinación fraudulenta (que son bastante habituales, al tenor del número de casos que cada año son resueltos por la Sala Primera del TS) la concurrencia de los presupuestos para establecer la responsabilidad del litigante abusivo es palmaria.

⁴⁶² RJ 2015\1147; MP: Perfecto Andrés Ibáñez.

“trataron de alterar la cualidad de ganancial del piso; por un procedimiento (la demanda y el inmediato allanamiento del demandado) que, si en sí mismo ya sería sospechoso, lo es del todo cuando, como la sala de instancia hace ver, resulta por completo funcional al propósito de tratar de eludir las consecuencias de un embargo preventivo ya existente, sobre una mitad del inmueble, algo, naturalmente, ocultado al juez civil [...] en el marco de un proceso judicial, simulando una titularidad dominical exclusiva inexistente, con el fin de inducir a error a un juez civil. Y este, con la limitación de conocimiento generada por el allanamiento del demandado a la demanda dirigida contra él por su esposa, estando ambos de acuerdo, resolvió en sentido contrario al que lo habría hecho, de disponer de toda la información relevante, con ventaja para ellos y en perjuicio de un tercero⁴⁶³”.

Por último, debe hacerse constar igualmente otro remedio que el ordenamiento contempla, en determinados casos, para que el perjudicado pueda combatir el *fraude procesal*: la figura conocida como la “oposición de tercero” (equivalente a la *tierce opposition* francesa y a la *opposizione di terzo* italiana). Es decir, la legitimación que se atribuye legalmente a determinados terceros para la impugnación de resoluciones judiciales que no tengan para ellos el carácter de cosa juzgada material. Ejemplos de esa figura en nuestro Derecho son, entre otros, los siguientes: (i) el supuesto del art. 1111 del Código Civil (acción revocatoria), para combatir los actos ejecutados en perjuicio de los acreedores; (ii) los arts. 806, 813 y 815 del Código Civil, respecto de actos realizados para defraudar fraudulentamente la legítima del heredero forzoso; (iii) y, por último, el art. 1391 CC en relación a los actos para convertir en ganancial un bien privativo con fraude de los derechos del consorte. Para una parte importante de la doctrina procesalista, entre la que se encuentra MONTERO AROCA⁴⁶⁴, si bien es cierto que el Código Civil al referirse a estos actos fraudulentos parte de la consideración de que se realizan en el terreno del Derecho sustantivo, nada impide que ese acto fraudulento haya consistido “en un proceso⁴⁶⁵”, en el que, puestas las partes de acuerdo, hayan llegado al resultado pretendido mediante

⁴⁶³ Interesa resaltar que el Tribunal Supremo mantiene la condena al pago al acreedor perjudicado de la responsabilidad civil derivada del delito.

⁴⁶⁴ AAVV: *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II, Proceso Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 495-496.

⁴⁶⁵ O puede que el fraude haya tenido lugar, primero, en el plano del derecho sustantivo, buscándose luego por las partes la protección que otorga la cosa juzgada material derivada del dictado de una sentencia firme.

su utilización espuria. Otros autores, como CEDEÑO HERNÁN, por el contrario, se han mostrado contrarios a esta posibilidad⁴⁶⁶.

La existencia de una polémica doctrinal al respecto no es casual, puesto que la parquedad del precepto de Código Civil no permite, desde el plano de la mera interpretación literal, llegar a una conclusión definitiva. En efecto, en su último inciso, el artículo 1111 CC señala que los acreedores “puedan también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”.

El problema interpretativo nace del alcance que debe darse el concepto de “actos” empleado por el Código Civil y, en definitiva, si en el mismo pueden incluirse los procesos civiles colusorios. Dada la inexistencia de jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo –y de resoluciones de Audiencias Provinciales- sobre cómo debe interpretarse el artículo 1111 en relación a esta cuestión, será preciso acudir a antiguos pronunciamientos del Alto Tribunal. Particular interés presenta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de julio de 1913⁴⁶⁷. Esta resolución aboga por una interpretación teleológica del artículo 1111 del Código Civil, configurando la acción revocatoria como un cauce propicio para que el tercero destruya la sentencia fraudulenta dictada *inter alios*.

Interesa reproducir un extracto de esta resolución para comprender el razonamiento del Alto Tribunal:

“Considerando que el artículo 1111 del repetido Código Civil no limita la facultad que concede al acreedor de poder impugnar los actos que en fraude de su derecho haya realizado el deudor a los exclusivos de éste, ni los de carácter extrajudicial, ni existe razón alguna que impida hacerla extensiva a los que dicho deudor haya podido ejecutar mediante su unión o concierto con otros acreedores más o menos legítimos, ni a los llevados a cabo entre los Tribunales; y el 1292 al declarar rescindibles los pagos a los que se refiere, tampoco exceptúa los practicados en un procedimiento judicial cuando éste, con las solemnidades legales, ha sido estimado nulo e ineficaz...”

Esta STS reconoce expresamente que el deudor no solo no puede realizar actos extrajudiciales ilícitamente en fraude de sus acreedores, sino que “tampoco puede tergiversar válidamente el fin normal del proceso con el mismo ilícito designio⁴⁶⁸”.

⁴⁶⁶ Y con razones en absoluto desdeñables. Véase a este respecto, el exhaustivo análisis de Marina CEDEÑO HERNÁN, *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Comares, Granada, 1997, pp. 107-136.

⁴⁶⁷ Col. Leg. 23.

⁴⁶⁸ Ricardo ÁLVAREZ ABUNDANCIA, “La tercería y la oposición de tercero”, *Revista de Derecho Privado*, 1963, p. 465.

Con una menor aportación dogmática, pero implícitamente en la misma línea que la citada Sentencia de 9 de julio de 1913, se pronunciaron las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de abril de 1949⁴⁶⁹ y de 16 de octubre de 1971⁴⁷⁰. Por ello, se puede sostener que esta oposición revocatoria *sui generis* es una institución cuyos cimientos son netamente jurisprudenciales, desarrollados a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1913.

Más recientemente, la STS nº 577/2008, de 20 de junio⁴⁷¹, si bien casó la sentencia de instancia que había apreciado la existencia de fraude en un expediente judicial de “habilitación de fondos” a procurador del art. 7 LEC 1881 –en perjuicio de un acreedor- en el ejercicio de la acción pauliana, lo hizo al no entender concurrente fraude alguno, pero no por conceptualizar esta acción como inadecuada para el fin pretendido:

“No hay fraude en el caso presente en que, conforme a los hechos probados que declara la sentencia de instancia, el deudor ha pagado -por medio de la cesión del crédito que tenía frente a la propia Caja demandante, por las costas de aquel juicio ejecutivo en que ésta fue condenada en las mismas al ser desestimada su demanda- a una acreedora que como Procuradora en el mismo juicio ejecutivo le formuló expediente de habitación de fondos, cuyo pago, que obedecía a un crédito real que en ningún caso se ha declarado la mala fe de aquella Procuradora, sino que era real, efectivo y tramitado judicialmente; precisamente, en aquel trámite judicial se opuso a la cesión la Caja ahora demandante y el juzgado rechazó su oposición. Un pago hecho a la procuradora en trámite de habitación de fondos, crédito vencido, no puede suponerse fraudulento, pese a que ya existía un crédito a favor de la Caja demandante y pese al estado de "extrema insolvencia y penuria económica" del deudor, como dice la Audiencia Provincial. Acaso la Procuradora hubiere ejercitado la acción pauliana si con el dinero de las costas hubiera pagado a la Caja. En todo caso, no estamos ante una tercería de mejor derecho, sino en una acción pauliana, cuyo fraude no aparece en modo alguno”.

La interpretación del Tribunal Supremo, como antes se dijo, ha sido acogida favorablemente por la mayoría de la doctrina -tanto civilista como procesalista-,

⁴⁶⁹ RJ 1949\559; Juan de Hinojosa Ferrer. Esta STS declaró la nulidad del juicio de tercería, argumentando que “sin que a ello pueda obstar el respeto debido a la santidad de la cosa juzgada que no puede afectarle por no haber sido parte dicho rematante en el procedimiento en cuestión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1252 CC, ni queda remitirle al procedimiento extraordinario del recurso de revisión, por no ser parte el rematante en ningún caso en dicho procedimiento [...] no puede menos que llegarse a la conclusión del evidente error en que incurre la Sala de instancia *al no afirmar ser todos estos hechos constitutivos de una maquinación dolosa para impedir al rematante el ejercicio de su derecho a adquirir la finca rematada*, maquinación iniciada por el tercerista haciendo descansar su derecho en la información posesoria simulada...”

⁴⁷⁰ RJ 1971\4135; MP: Jacinto García Monge y Martín.

⁴⁷¹ RJ 2008\4261; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz.

que entiende impugnables por esta vía los procesos colusorios, cualquiera que sea el tipo de fraude o actuación contraria a la buena fe procesal utilizada por los litigantes para perjudicar a un tercero, utilizando el adjetivo “fraudulento” de forma extensiva⁴⁷². Para PRIETO-CASTRO, “los actos fraudulentos en los que por regla general se piensa son los que se realizan por vía privada, pero la letra y desde luego el espíritu del repetido artículo 1111 y un poco el espíritu del también citado artículo 1391, permiten considerar que un “acto impugnable” según el primero de estos y “un acto de fraude de los derechos de su consorte” según el segundo, puede ser un proceso⁴⁷³”.

A nuestro juicio, debe aclararse, en primer lugar, que la clasificación dual del proceso viciado por una actuación de las partes que contraviene su finalidad -ser un instrumento al servicio de la función jurisdiccional- por la que ha adoptado cierto sector de la doctrina no nos parece acertada⁴⁷⁴. En efecto, algunos autores han calificado como “ficticio o inexistente” aquel proceso que ha sido utilizado por las partes “como medio para realizar un negocio simulado”, mientras que han reservado el adjetivo de “fraudulento” para aquel proceso al que las partes han acudido con el fin de perfeccionar “un acto real, aunque fraudulento⁴⁷⁵”.

Sin duda, la objeción de más peso contra la utilización de la acción revocatoria como cauce de protección frente al fraude procesal es la que señala que el proceso no se compone exclusivamente de actos de parte -que con sus ilícitas intenciones pretenden menoscabar derechos e intereses de un tercero-, sino que también, forman parte del mismo actos de otros sujetos jurídicos particulares y, muy especialmente, del órgano jurisdiccional que tenga encomendada la resolución de la controversia⁴⁷⁶. Frente a este argumento cabe señalar que en algunos negocios jurídicos fraudulentos también intervienen terceros que colaboran

⁴⁷² Vid. a ese respecto, la bibliografía citada por Marina CEDEÑO HERNÁN, ob. cit., pp. 117-122.

⁴⁷³ *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Aranzadi, 1985, Tomo II, p. 630.

⁴⁷⁴ Cfr. Rafael GIMENO GAMARRA, “La oposición de tercero a la sentencia y a la ejecución en el Derecho Español”, *Revista de Derecho Privado*, 1950, p. 334.

⁴⁷⁵ GIMENO GAMARRA, ob. cit., p. 334. Asumimos, en este punto, lo afirmado por la profesora CEDEÑO HERNÁN, ya que esta diferenciación carece de sentido. El órgano jurisdiccional ha actuado en todo caso aplicando el Derecho objetivo al caso concreto sometido a su consideración, luego el proceso existe siempre, aun cuando el caso concreto o, si se quiere, la relación jurídica material que en apariencia subyace al proceso, no exista en realidad. De ello se deduce que cuando determinados sujetos, con la finalidad de perjudicar a un tercero, acuden a los tribunales aparentando una contraposición de intereses y el órgano jurisdiccional, ajeno a la intención de los litigantes, emite la resolución judicial que pone fin a la “contienda”, por muy ficticia que sea ésta el proceso existe como tal, aunque la finalidad del mismo haya sido pervertida por las partes y, consecuentemente, nos encontremos ante un proceso genuinamente fraudulento.

⁴⁷⁶ Marina CEDEÑO HERNÁN, ob. cit., p. 126.

involuntariamente con el fraude -como ocurre con los otorgados ante notario- sin que estos casos se excluyan de la aplicación del artículo 1111 del Código Civil.

Bien mirado, nos encontramos ante un problema de causalidad -tanto fáctica, como "jurídica"⁴⁷⁷-, ya que en este tipo de procesos confluyen varios agentes en la causación del daño (el deudor, la contraparte concertada con él en el proceso y el juzgador). Pero de lo que no cabe duda es que, desde el plano de la causalidad jurídica, el daño debe imputarse objetivamente al deudor y al tercero con el que se concierta para instrumentalizar el proceso de forma fraudulenta. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS distingue entre la causalidad material o fáctica -es decir, la que se funda en criterios fenomenológicos-, y la causalidad "jurídica", que se considera vinculada a la llamada imputación objetiva o imputación causal. En palabras de la STS de 2 de marzo de 2009⁴⁷⁸, "el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva".

Por ello, la intervención en el seno del proceso fraudulento de terceros -como el titular del órgano judicial- ajenos al *consilium fraudis* no me parece un argumento definitivo (tomando en consideración los criterios de causalidad adecuada, fin de protección de la norma, riesgos generales de la vida, etc.) Piénsese que también en los procedimientos civiles cuyas sentencias son rescindidas al estimarse la acción de revisión (por ejemplo, al concurrir la causa recogida en el art. 510.4^a LEC, cuando la sentencia revisada se ganó "injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta") intervienen otros sujetos, así como el órgano jurisdiccional que tenía encomendada la resolución de la controversia. Y para el legislador ello no es óbice para rescindir la sentencia.

Por tal razón, y aun siendo ciertamente discutible que por "acto" a los efectos del art. 1111 CC debamos entender no sólo los que se producen extramuros del proceso civil, sino también los que se producen en su seno, entiendo preferible dar prevalencia a una interpretación anti-formalista y teleológica del citado

⁴⁷⁷ Entiéndase por "causalidad jurídica" -término impreciso manejado habitualmente por la jurisprudencia- los criterios de imputación objetiva.

⁴⁷⁸ RJ 2009\3287; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

precepto, en línea con lo declarado por las Sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas⁴⁷⁹.

No obstante lo anterior, y frente a lo que se ha defendido por algún autor⁴⁸⁰, creo que solo en el caso de que las partes en el proceso o al menos alguna de ellas tuviera condición de deudor del tercero perjudicado sería posible acudir a la acción revocatoria con fundamento en el artículo 1111 del Código Civil, pues en caso contrario no concurriría la coincidencia en el elemento subjetivo que exige ese precepto.

4. EXCURSO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO Y LA AUSENCIA DE *IUSTA CAUSA LITIGANDI*

4.1. Falta de interés legítimo y abuso del proceso

Existe un innegable nexo conceptual entre la falta de interés legítimo del demandante y la ausencia de *iusta causa litigandi* en la pretensión por él ejercitada.

En efecto, en todos los casos en que esté ausente la razón derecha para litigar el justiciable carecerá en último término de interés legítimo para impetrar la tutela judicial. En nuestro Derecho procesal, es preciso que quien accione esté provisto de un interés -que necesariamente habrá de ser legítimo- para que su pretensión obtenga una respuesta jurisdiccional⁴⁸¹. Si no ostenta ese interés o, lo que es más probable -pues en caso contrario no se tomaría la molestia de iniciar la *litis*-, la finalidad de esa tutela judicial es ilegítima por contrariar el ordenamiento jurídico, el actor carecerá de ese presupuesto necesario para que el Juzgador entre a conocer del fondo de su pretensión, por lo que ese necesario interés legítimo debe ser considerado como una "condición de la acción"⁴⁸².

⁴⁷⁹ Las consideraciones expuestas sobre la acción revocatoria sirven para constatar cómo la frontera que separa el abuso del proceso del denominado "fraude por el proceso" es muy lábil, hasta el punto de que se podría conceptualizar aquella como un remedio específico frente a una modalidad *sui generis* de la litigación abusiva.

⁴⁸⁰ Cfr. Francisco SOTO NIETO, "Principios éticos en el proceso: el fraude y estafa procesales", *Revista de Derecho Privado*, 1974, Vol. 58, nº 10, p. 903. Para SOTO NIETO, la "dimensión procesal" de la acción revocatoria justifica que no deba limitarse la eficacia de la misma únicamente al caso del acreedor defraudado y precisamente para el evento de sustracción de bienes del patrimonio del deudor, sino que debe concederse legitimación para su ejercicio a todo tercero perjudicado.

⁴⁸¹ A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos cercanos al español (*vid.* art. 100 del *Codice di procedura civile* italiano), no existe un precepto legal que exija la concurrencia del interés legítimo del actor civil. Las razones por las que en la texto final de la LEC 1/2000 no se incluyó una norma de ese tenor aparecen esbozadas en el prólogo de Andrés DE LA OLIVA SANTOS a la monografía de Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 16-19.

⁴⁸² Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, cit., p. 27.

Ahora bien, en la medida en que la apreciación de esa eventual falta de interés legítimo para accionar está relacionada con el fondo del asunto –aunque no coincida exactamente con él- y es apreciable igualmente en sentencia, cabe concluir que se trata de la observación de un mismo fenómeno desde dos perspectivas distintas que, sin embargo, son coincidentes en cuanto a la consecuencia: la desestimación de la pretensión del actor que, simultáneamente, carecerá de interés legítimo y de *iusta causa litigandi*. Bien mirado, para llegar a esa conclusión en ambos casos el juzgador deberá analizar en la sentencia si esa tutela es o no necesaria. Como se ha precisado con acierto, el interés no debe confundirse con el fondo del asunto, “sino con la afirmación –y, en su caso, demostración- de que el fondo del asunto es “litigioso”, “controvertido” y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales⁴⁸³”.

Es un examen que el órgano judicial deberá realizar con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión debatida, pero que se encuentra ineludiblemente unido a la concreta pretensión deducida, pues solo se estará en condiciones de afirmar que el actor posee o no interés legítimo si se analizan las circunstancias concurrentes, no en abstracto, sino a la luz de la específica *causa petendi* invocada –y de las circunstancias concretas del caso-. De igual forma, a la hora de calibrar si determinada pretensión es o no abusiva también deberá realizar el Juzgador un ejercicio similar, para concluir si, examinadas todas las variables concurrentes, ésta debe calificarse o no como desviada.

Apurando el razonamiento, en el primer caso el juez se encuentra frente a una condición de la acción en sentido concreto, que condiciona el sentido de la resolución sobre el fondo, pero no la posibilidad de que ésta llegue a dictarse. En el segundo caso –el del abuso del proceso-, el juzgador superará ese primer umbral y resolverá la controversia pronunciándose sobre el fondo del asunto⁴⁸⁴.

¿Cabe plantearse, aunque sea solo como hipótesis, que el actor posea interés legítimo para solicitar la tutela pretendida, pero que la misma deba ser

⁴⁸³ Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, ob. cit., p. 28.

⁴⁸⁴ Una cuestión diferente es determinar si el rechazo de la pretensión ejercitada, ya sea por carencia de interés legítimo o por ser aquélla abusiva, supone una medida preventiva o represiva contra la litigación abusiva. Debe recordarse, además, que en caso de pérdida sobrevenida del interés legítimo, el archivo del proceso podrá tener lugar en cualquier momento del proceso (art. 22 LEC). A mi juicio, con independencia del momento procesal en que se rechace la pretensión actora por falta de interés legítimo o por ser aquélla abusiva, su rechazo impide –en la mayoría de los casos, pero no en todos- que se consuma el abuso, por lo que tiene una naturaleza más preventiva que represiva. Pero nótese que, en algunos casos (por ejemplo, la incoación artificial de un proceso para obtener la suspensión de otro o la interposición abusiva de una acción de tutela sumaria de suspensión de obra nueva), los efectos del abuso se habrán consumado antes de dictarse la sentencia.

simultáneamente desestimada por reputarse abusiva? Creemos que la respuesta debe ser negativa⁴⁸⁵. Aunque el derecho subjetivo que sirve de base al demandante para activar la función jurisdiccional haya sido formalmente probado, lo cierto es que, materialmente, consideradas todas las concretas circunstancias relevantes, ese ejercicio del derecho a la tutela judicial contraviene el ordenamiento jurídico. De forma que lo que se busca por el actor no es aquello para lo que el proceso fue creado –poner fin a una contienda verdaderamente litigiosa–, sino un objetivo, por así decirlo, *bastardo*. Lo que nos retrotrae al punto de partida: las tutelas innecesarias deben considerarse proscritas en nuestro Derecho, careciendo quien las impulsa del necesario interés legítimo.

Dicho a la inversa, si la tutela es innecesaria faltará ese preceptivo interés legítimo; pero de igual forma se estará abusando del proceso, puesto que se pretenderá su utilización para un fin distinto del institucionalmente asignado a todo procedimiento judicial. Por ello, ya desde la señera Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero de 1944⁴⁸⁶ aludió específicamente a la falta de interés legítimo del abutente en el ejercicio de su derecho subjetivo como un indicio de la modalidad subjetiva del abuso del Derecho.

De ahí que podamos concluir que, desde el punto de vista de la parte actora, la falta de interés legítimo determinará la ausencia de *iusta causa litigandi*, pues la pretensión deducida por quien abusa del proceso como parte demandante será siempre innecesaria, dado que se pretende subvertir la finalidad de todo proceso jurisdiccional de una u otra forma (para obtener la suspensión de otro proceso, para provocar un daño ilegítimo a la contraparte, para mantener ilícitamente determinado *statu quo*, para obligar al demandado a transar una acción sin fundamento, etc.) No veo inconveniente por ello en afirmar que se trata de un mismo fenómeno visto desde dos prismas diferentes, pero no contrapuestos.

No es por tanto casual que, como más adelante veremos, la utilización desviada del derecho a litigar se resuelva en el Derecho procesal alemán acudiendo precisamente al presupuesto del interés legítimo⁴⁸⁷ o que, como veremos a lo largo de la presente memoria de investigación, esta condición de la acción aflore de forma puntual cuando se afronten determinados aspectos del abuso del derecho a litigar. Existe una ligazón conceptual que explica esas concomitancias.

⁴⁸⁵ Pero no a la inversa, ya que existirán supuestos en los que la apreciación de la carencia de interés legítimo en sentencia no derivará de un uso abusivo del proceso, sino, por ejemplo, de una duda fundada o razonable sobre la verdadera existencia de ese interés.

⁴⁸⁶ RJ 1944\293; MP: José Castán Tobeñas.

⁴⁸⁷ Burkhard HESS y Othmar JAUERNIG, *Manuel de Derecho procesal civil* (trad. Eduardo Roig Molés), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 207.

Ahora bien, si estoy en lo cierto, no se trata de dos perspectivas perfectamente simétricas, dado que la falta de interés legítimo se concentra en la actuación de la parte actora, mientras que el abuso del proceso –con la correspondiente ausencia de *iusta causa litigandi*- puede ser atribuido al demandado. Podría argüirse que, en tales casos, existirá una suerte de “falta de interés legítimo en oponerse a la pretensión actora”; pero sería en un sentido impropio o atécnico, pues no cabe olvidar que el demandado no ejercita acción alguna (no debe olvidarse que, como señala la mejor doctrina⁴⁸⁸, el objeto del proceso es “la acción afirmada”) sino que opone, en su caso, excepciones procesales y/o materiales.

Dado que quien interesa la tutela es el actor –y solo él, salvo que medie reconvencción en cuyo caso el inicial demandando se convierte también en demandante-, solo en relación a su pretensión cabrá decir que es “innecesaria”.

Si se entiende que demandante posee interés legítimo para litigar, se infiere que el conflicto con el demandado existe –por muy convincentes que sean *prima facie* las razones del primero-, con lo que no cabe negar a éste su interés (legítimo) en actuar como demandado y oponerse a la pretensión actora⁴⁸⁹. Esto es, si en el reconocimiento del interés legítimo del actor está ínsito que el fondo del asunto es *litigioso* –y precisamente por eso merece ser resuelto por los tribunales- me parecería contradictorio negarle al demandado, a su vez, el interés legítimo –como sujeto pasivo de la acción ejercitada- en oponerse a la pretensión deducida en su contra. Otra cosa es, naturalmente, que esa oposición sea fundada o no, pero eso es algo que pertenece –esta vez sí- al fondo del asunto litigioso.

Si la oposición carece de “causa probable”, su desestimación no vendrá dada por la apreciación una pretendida carencia de interés legítimo para litigar en calidad de demandado, sino por la falta de fundamento de esa oposición, lo que obligará necesariamente al juez a analizar el fondo del asunto (*il merito*). El juzgador puede perfectamente concluir, tras ese análisis, que el demandado ha abusado del proceso y obrar en consecuencia.

Por ello, cabe concluir, por decirlo de forma gráfica, que la relación entre las nociones de “interés legítimo” y “uso abusivo del derecho a litigar” se asemeja más a los de círculos secantes que a los círculos separados o concéntricos.

4.2. La carencia sobrevenida del interés y la prosecución abusiva de la litis.

Naturalmente, es posible concebir que, existiendo un interés legítimo inicial en litigar, éste desaparezca por alguna circunstancia acaecida durante la pendencia

⁴⁸⁸ Por todos, Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso; alegaciones; sentencia; cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, p. 17.

⁴⁸⁹ De hecho, al formular la demanda contra él y no contra otro sujeto, el actor está, más que reconociendo, *afirmando*, la legitimación pasiva del demandado.

del proceso. La desaparición sobrevenida del interés provocará que deba procederse a la terminación anticipada del proceso (art. 22 LEC), pues en caso contrario la prosecución del litigio se convertiría en abusiva, dado que el procedimiento se estaría utilizando para un fin extraño al concebido por el legislador. No para resolver una cuestión litigiosa –que habría dejado de existir, por la causa que fuere-, sino para atender a otras finalidades que, al ser distintas de la resolución de un litigio realmente existente, devendrían necesariamente espurias.

Las alteraciones del interés legítimo tutelable derivadas de la evolución de la “biología de la pretensión procesal” –por decirlo con la gráfica expresión metafórica de la Sala Primera⁴⁹⁰- también provocan un cambio de circunstancias que no es inocuo a los efectos de apreciar un eventual abuso del derecho a litigar.

Es perfectamente posible que se produzca un cambio sobrevenido de las circunstancias durante la tramitación de una instancia -sin necesidad de esperar a la sentencia⁴⁹¹- o de los eventuales recursos de apelación o extraordinarios, con lo que desaparecerá desde ese mismo instante el interés legítimo del actor en impetrar la tutela para la que inicialmente sí estaba legitimado. En esos casos, de no aceptarse la terminación anticipada del proceso (art. 22 LEC), se estaría incurriendo en lo que denominamos “prosecución abusiva” del proceso.

Este no sirve ya como un instrumento para resolver una genuina controversia litigiosa, sino para satisfacer un interés no amparado por el ordenamiento, de forma que existe un uso desviado del proceso que conforma, por ello, un caso paradigmático de litigación abusiva.

Otro tanto acontece cuando las legítimas dudas fácticas de un litigante son despejadas en la primera instancia, de forma que una posición procesal razonable puede dejar de serlo como consecuencia de la práctica de medios de prueba que no estaban, *ab initio*, a disposición de ese justiciable. Si, a pesar de la certeza sobrevenida de la improsperabilidad de su pretensión -adquirida como consecuencia de la tramitación de la primera instancia-, el litigante persiste, por ejemplo, en la interposición de recursos devolutivos, podrá decirse en rigor que carecerá del preceptivo interés legítimo para interesar esa tutela judicial (pues el asunto ya no seguirá siendo genuinamente “litigioso”, sino un sucedáneo de tal),

⁴⁹⁰ Sentencia del TS núm. 94/2016 de 9 febrero, RJ 2016\631; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

⁴⁹¹ Sirvan, como meros ejemplos, los del alimentista que interpone una demanda contra un familiar en reclamación de esa prestación alimenticia y deviene a mejor fortuna durante la tramitación del proceso; o la eventualidad de que se destruya antes de dictarse sentencia el bien mueble sobre el que versa la acción reivindicatoria ejercitada.

y al mismo tiempo se incurrirá en un abuso del proceso, en su vertiente del uso desviado del derecho a los recursos.

CAPÍTULO III. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS, DISTINTOS DE LA CONDENA EN COSTAS, PREVISTOS PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DAÑOS PROVOCADOS POR ACTUACIONES PRE-PROCESALES. 2.1. Diligencias preliminares. 2.1.1. El criterio de fijación de la responsabilidad por los daños procesales irrogados. 2.1.2. El cauce para pedir la indemnización por los daños causados. 2.1.3 El alcance de la condena en costas. 2.1.4. La función y destino de la caución. 2.2. Anticipación y aseguramiento de prueba. 2.2.1 Anticipación de la prueba. 2.2.2. Aseguramiento de la prueba. 3. SOLICITUD INFUNDADA DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR LA EXISTENCIA DE UNA SUPUESTA PREJUDICIALIDAD PENAL. 4. LA INDUCCIÓN INDEBIDA AL ÓRGANO JUDICIAL AL DESPACHO DE EJECUCIÓN CON RESPECTO A PERSONAS O BIENES EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL TÍTULO EJECUTIVO O EN LA LEY. 5. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CASO DE REVOCACIÓN DE CONDENAS DINERARIAS. 6. DAÑOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. 6.1. Supuestos. 6.2. La justificación de la instauración del criterio legal de responsabilidad objetiva, con carácter general, en sede de medidas cautelares. 6.3. ¿Es posible reclamar los daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares, que posteriormente son alzadas, a través de un proceso declarativo ulterior? 7. CONCLUSIONES. 8. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS PREVISTOS CONTRA LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL.

INTRODUCCIÓN

En determinados supuestos, la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita de forma explícita la reclamación de los daños y perjuicios provocados bien por determinadas actuaciones intra-procesales, bien por la adopción de medidas cautelares –que luego, por diversas razones, son alzadas- e incluso por el ejercicio indebido de la acción ejecutiva. Aun cuando el objeto de nuestra memoria de investigación sea el análisis del proceso, entendido en su totalidad, como hecho dañoso susceptible de causar un daño resarcible, el examen de estos preceptos nos permitirá examinar la *ratio* que en cada caso justifica la decisión del legislador de imponer explícitamente la obligación de resarcir esos daños, así como el (dispar) criterio de asignación de la responsabilidad que se establece normativamente.

En algunos casos, esta imposición de responsabilidad obedecerá al carácter abusivo de la actuación procesal de que se trate, mientras que en otros supuestos la LEC establece un sistema de responsabilidad puramente objetiva, que prescinde de la culpa o la eventual falta de fundamento de la actuación concreta de que se trate a la hora de imponer el resarcimiento por los daños causados. Adicionalmente, el legislador facilita en algunos casos su reclamación,

permitiendo que la misma se ventile dentro del procedimiento donde tuvo lugar esta actuación procesal dañosa, a través de los cauces del proceso incidental de los arts. 712 y ss. LEC.

Analizaremos los siguientes supuestos⁴⁹²:

2. DAÑOS PROVOCADOS POR ACTUACIONES PRE-PROCESALES

Procederá ahora hacer una breve referencia al régimen legal que disciplina los daños provocados por lo que podríamos denominar actuaciones pre-procesales. Nos estamos refiriendo, en concreto, a las diligencias preliminares y a las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba.

2.1. Diligencias preliminares

2.1.1. El criterio de fijación de la responsabilidad por los daños procesales irrogados

Como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002⁴⁹³, “[p]ueden considerarse las diligencias preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia⁴⁹⁴”.

Por lo que se refiere a los daños y perjuicios provocados por éstas, debe partirse de que el artículo 256.3 LEC dispone que los gastos que se ocasionen a las personas que hubieran de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las mismas, debiendo éste, al formular su solicitud, ofrecer caución para responder tanto de tales gastos, como de los daños y perjuicios que la ejecución de tales diligencias preliminares pudiesen irrogar. Aun cuando el precepto no es todo lo claro que sería deseable, tanto de su dicción, como del fundamento de este tipo de actuaciones pre-procesales, puede inferirse que el legislador ha querido fijar un régimen de responsabilidad objetiva, de manera que, acreditados los daños como consecuencia de la adopción de una diligencia

⁴⁹² Esta relación no pretende ser exhaustiva, por lo que hemos dejado al margen algunos preceptos de la LEC que igualmente imponen responsabilidades indemnizatorias por determinadas actuaciones intraprocesales, como es el caso, por ejemplo, de los arts. 64.2, 262.1, o 442 LEC.

⁴⁹³ RJ 2003\575; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

⁴⁹⁴ José GARBERÍ LLOBREGAT, las define como “actuaciones previas a la incoación de un proceso posterior, adoptadas por la autoridad judicial a instancia de la parte interesada, y con las que ésta intenta adquirir aquellos datos, informaciones o conocimientos necesarios para preparar debidamente el ejercicio de la pretensión procesal en aquel proceso (o, si se prefiere, para fundamentar adecuadamente la demanda), y a los que el futuro demandante no haya podido acceder en condiciones normales”. *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 26.

preliminar, el solicitante estará obligado en todo caso a abonar la correspondiente reparación indemnizatoria⁴⁹⁵.

La justificación de este criterio de imputación de responsabilidad es la misma que la que fundamenta este régimen en relación a los daños causados por las medidas cautelares. Solo partiendo de la premisa de que la responsabilidad es objetiva se explica la necesidad de que el solicitante preste caución en todo caso. El legislador reconoce que las diligencias preliminares –algunas de ellas, por cierto, muy intrusivas– son, por definición, susceptibles de causar daños y perjuicios. Daños que, dicho sea de paso, pueden sufrir no solo el sujeto pasivo de la diligencia en sentido estricto, sino también otros terceros afectados (de ahí que el art 256.3 LEC se refiera, utilizando una fórmula abierta, a los gastos “que se ocasionaren a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias⁴⁹⁶”).

El legislador procesal, ponderando los intereses contrapuestos en juego, entiende preferible admitir estas actuaciones preparatorias del proceso civil –pues permitirán al futuro actor descartar acciones judiciales inútiles o erradas, así como afinar el ejercicio de su derecho de tutela judicial efectiva–, que conllevan un riesgo inevitable de causar daños a terceros (y afectar, en mayor o menor medida, a su esfera personal o patrimonial⁴⁹⁷), a cambio de que su beneficiario los resarza a los perjudicados de forma automática. Es indudable que no solo el peticionario se verá beneficiado por la consagración de la posibilidad legal de “preparar” el proceso civil cuando, justificadamente, algún dato imprescindible para la correcta articulación de la acción no esté a su alcance. También se beneficiará el sistema judicial en su conjunto, pues se evitarán demandas sin fundamento (ante la evidencia obtenida por el solicitante de la diligencia en tal sentido), que darían lugar a la tramitación íntegra de un procedimiento civil en sentido estricto, mucho más costoso, para llegar a idéntica conclusión⁴⁹⁸. Igualmente se conjura, al menos en parte, el riesgo de que se interpongan demandas de forma incorrecta (por ejemplo, dirigidas contra quien carece de

⁴⁹⁵ En el mismo sentido, Ángel Vicente ILLESCAS RUS, “Artículos 256 a 263”, *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, VVAA (coord. Juan Antonio XIOL RÍOS), Sepín, Las Rozas, 2008, pp. 1825-1826.

⁴⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* Ángel Vicente ILLESCAS RUS, *ob.*, cit., p. 1827 y la bibliografía allí citada.

⁴⁹⁷ Piénsese, por ejemplo, en las diligencias previstas en los apartados nº 7 y 8 del art. 256.1 LEC o en las comprobaciones previstas en el art. 130 de la Ley de Patentes (consistentes en la “inspección” de “maquinas, dispositivos, e instalaciones”), las cuales pueden “extenderse a todo el ámbito interno de la empresa” (art. 24.2 *in fine* de la Ley de Defensa de la Competencia).

⁴⁹⁸ Lógicamente, aquél contra quien se proyectaba interponer una demanda también se verá beneficiado, ya que no tendrá que hacer frente a un proceso de forma innecesaria.

legitimación pasiva), retrasando innecesariamente la resolución de la controversia existente entre las partes.

Por lo que se refiere a las diligencias preliminares contenidas en las “leyes especiales” distintas de la LEC, debe hacerse mención a las denominadas “diligencias de comprobación de hechos”, reguladas en los artículos 123 a 126 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. El artículo 126 de la citada norma (“compensación de la parte afectada”) es mucho más rotundo que su equivalente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así señala que “[l]a parte afectada por las diligencias de comprobación podrá reclamar en todo caso, de quien la hubiere solicitado, el afianzamiento de los gastos y daños que se le hubieren ocasionado, incluido el lucro cesante. El pago solo deberá realizarse si no se ejercita la acción principal o ésta es rechazada, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad general por daños y perjuicios en que pudiera haber incurrido el solicitante de las medidas en los casos que a ello hubiere lugar”. Posiblemente, el hecho de que la Ley de Patentes establezca con mayor nitidez la responsabilidad objetiva del solicitante de la medida responde a la especial importancia patrimonial en juego en esta materia, así como en el carácter más intrusivo de las diligencias de comprobación de hechos con respecto a las diligencias preliminares expresamente previstas en la LEC⁴⁹⁹.

No obstante, no acaba de entenderse el inciso final del precepto, puesto que “la responsabilidad general” por daños y perjuicios derivados de la adopción de la diligencia de comprobación no es otra que la concretada en los daños y perjuicios ocasionados por ésta. A mi juicio, esta disposición legal debe interpretarse en el sentido de que el perjudicado por la diligencia de comprobación puede optar por exigir el resarcimiento de los daños, bien por el cauce sumarísimo previsto en el art. 262.1 LEC, bien a través de un procedimiento declarativo⁵⁰⁰. En ambos casos se aplicará un criterio de responsabilidad objetiva⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ El Auto nº 161/2009, de 21 marzo nº 161/2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2010\668; MP: Jordi Lluís Forgas Folch), por ejemplo, afirma que la diligencia de comprobación del art. 129 de la Ley de Patentes “debe ser configurada procesalmente como una diligencia de reconocimiento judicial...”

⁵⁰⁰ Por el contrario, ILLESCAS RUS entiende que lo que este precepto afirma es que, de ser insuficiente la caución prestada para responder de los gastos y daños causados, podrá el perjudicado acudir a un procedimiento declarativo ulterior para reclamar la diferencia. Ob. cit., p. 1828.

⁵⁰¹ Cfr. en ese sentido, el Auto nº 76/2005, de 21 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2005\125249; MP: Ignacio Sancho Gargallo): “Como ya dijimos en nuestra sentencia de 26 de julio de 2002, se trata de “una responsabilidad objetiva”, que tiene el “efecto práctico de dispensar al sujeto pasivo de la carga de probar en definitiva la ilicitud de daño, bastando que acredite la realidad del mismo causalmente conectado a la activación y desarrollo del instrumento procesal” -la práctica de las diligencias de comprobación”.

2.1.2. El cauce para pedir la indemnización por los daños causados

En cuanto a la forma de fijarse esa indemnización, el artículo 262.1 LEC dispone que “cuando se hayan practicado las diligencias acordadas o el tribunal las deniegue por considerar justificada la oposición, éste resolverá mediante auto, en el plazo de cinco días, sobre la aplicación de la caución a la vista de la petición de indemnización y de la justificación de gastos que se le presente, oído el solicitante⁵⁰²”.

Consecuentemente, como presupuesto básico para la condena al pago de la indemnización se requiere, siguiendo los dictados del principio de rogación, que el perjudicado interese expresamente tal indemnización y aporte la prueba documental en que, en su caso, la fundamente⁵⁰³. En la medida en que el precepto no contempla la celebración de un incidente similar al del artículo 712 LEC y siguientes -que permita la práctica de pruebas distintas a la documental-, entendemos que no cabrá otra forma de justificar esos daños que a través de este concreto medio probatorio⁵⁰⁴. Dado que el artículo 262.1 LEC establece también un derecho de audiencia al solicitante de la medida antes de que el tribunal decida sobre la aplicación de la caución, entendemos que éste también estará autorizado para, en su caso, acompañar a sus alegaciones los documentos que puedan contradecir o cuestionar, en todo o en parte, la petición indemnizatoria formulada.

En cuanto al cauce procedimental para exigir esos daños, en atención a lo expuesto, y salvo que el perjudicado opte por acudir a un procedimiento declarativo -lo que, en principio, quizá solo tendría sentido de necesitar el actor para acreditar los daños de una prueba distinta de la documental- será en todo caso en la forma prevista en el artículo 262 LEC -ya se trate de las diligencias previstas en la LEC o de las contempladas en otras normas-, al disponer el artículo 263 de la misma norma que las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevén las correspondientes leyes especiales se rijan por lo dispuesto en la LEC, en lo que no se oponga lo dispuesto en la legislación especial sobre la materia de que se trate. Debe hacerse constar,

⁵⁰² A pesar de la dicción literal del precepto, es evidente que no solo los gastos, sino también los perjuicios, habrán de ser acreditados documentalmente, de ser posible. De no serlo, el juzgador tendrá que hacer una inferencia con arreglo a los datos con los que cuente.

⁵⁰³ Sobre la necesaria solicitud rogada de la indemnización, *vid.* José GARBERÍ LLOBREGAT, *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 82. En cuanto a la jurisprudencia, se pronuncia en ese sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007\263410; MP: José Ramón Alonso-Mañero Pardal).

⁵⁰⁴ En contra, ILLESCAS RUS, *ob. cit.*, p. 1829.

igualmente, que el artículo 36.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de la Competencia Desleal, se remite, en materia de diligencias preliminares, a lo previsto en la Ley de Patentes.

El apartado primero del artículo 262 LEC es ciertamente confuso cuando señala que no solo habrá lugar a la fijación de la indemnización cuando se hayan practicado las diligencias acordadas, sino también cuando “el tribunal las deniegue por considerar justificada la oposición”. En tal hipótesis, debemos señalar que, de un lado, el artículo 260 LEC no contempla la imposición de las costas al solicitante⁵⁰⁵ –mientras que sí que se contempla esa condena para el caso de considerarse injustificada la oposición– y, al menos en teoría, no se habrán ocasionado daños y perjuicios o gastos al sujeto pasivo de la diligencia preliminar, en la medida en que no llegó a practicarse como consecuencia, precisamente, del éxito de la oposición.

Finalmente, y en lo que se refiere al plazo para interesar la reclamación de los daños *ex art.* 262 LEC, la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, en su Auto de 29 de marzo de 2007⁵⁰⁶, declara que es de un mes computado desde la terminación de las diligencias y hasta la presentación de la demanda a la que el “procedimiento preliminar” está necesariamente ligado. Conclusión que me parece difícilmente sostenible ante la falta de un plazo legal preclusivo *ad hoc*. A mi juicio, parece más razonable sostener que mientras que la acción extracontractual sustantiva de daños no haya prescrito (lo que ocurrirá transcurrido un año en virtud del art. 1968. 2º CC, conforme al Acuerdo de la Sala Primera de 18 de julio de 2006), será admisible que se interese la indemnización por la vía del art. 262 LEC,⁵⁰⁷ si bien transcurrido el plazo de un mes podría no contar ya con la caución inicialmente prestada por el solicitante.

⁵⁰⁵ Tampoco cabe imputar a la parte solicitante el coste que la intervención potestativa de abogado y procurador *en la práctica* de diligencia preliminar pueda ocasionar a quien sufre tal actuación pre-procesal, pues como explica el Auto nº 76/2005, de 21 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2005\125249; MP: Ignacio Sancho Gargallo), “[e]n la medida en que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en estas diligencias preliminares, no pueden incluirse los honorarios y derechos de uno y otro dentro de los daños ocasionados por las diligencias pues, al margen de que puedan conceptuarse como un gasto procesal (sic), éste no era necesario, en consecuencia R. se lo hubiera podido ahorrar, y por este motivo no tiene derecho a repercutirlo sobre la caución del instante. De otro modo, la Ley hubiera previsto expresamente la posibilidad de intervenir con abogado y procurador, y el derecho a ser compensado por este gasto, en todo caso”. No debe confundirse la posible actuación del abogado y del procurador en la ejecución material de la diligencia de que se trate –que no forma parte de la eventual condena en costas–, con la intervención de estos profesionales en la solicitud de la misma, oposición, vista, etc.

⁵⁰⁶ JUR 2007\263410; MP: José Ramón Alonso-Mañero Pardal.

⁵⁰⁷ Existe una polémica doctrinal al respecto, de la que se hace eco Julio BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias preliminares*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 233.

2.1.3. El alcance de la condena en costas

Existe una discusión jurisprudencial sobre si dentro de la condena en costas a que puede ser condenado quien se opone a la diligencia preliminar solicitada cabe la inclusión de los honorarios devengados por la intervención de abogado y procurador de quien propuso la diligencia. Las dudas interpretativas vienen provocadas por el hecho de que los artículos 23.2.3º y 31.2.2º LEC aludan a las “medidas urgentes” como supuestos en que los interesados pueden actuar por sí solos ante los tribunales. Se trataría, por consiguiente, de verificar si las diligencias preliminares forman parte de lo que el legislador entiende por “medidas urgentes”. A favor de entender que es preceptiva la intervención de abogado y procurador y, por tanto, que cabe su inclusión en la tasación de costas, se pronuncia, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, de 14 de julio de 2003.⁵⁰⁸

A mi entender, y en la línea defendida por la mayoría de la doctrina⁵⁰⁹, no cabe hacer una apreciación genérica sobre todas las diligencias preliminares, ya que serán o no “urgentes”, a los efectos de los arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC, en función de las circunstancias concretas del caso de que se trate. Si la LEC hubiera querido conceptualizar estas actuaciones pre-procesales *per se* como urgentes –o lo contrario– así lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que ante la indefinición legal habrá de estarse a las particularidades de la diligencia preliminar concreta interesada -y al contexto en que se promueve- para poder concluir si presenta o no esa “urgencia”, debiendo partirse de la presunción –vencible, insisto, en función de las circunstancias del caso-, de que, en principio, este tipo de actuaciones no reviste tal carácter.

Ahora bien, cabría plantearse si tiene sentido que, aun estando acreditada la urgencia -y habiéndose instado la diligencia preliminar directamente por el justiciable, sin la asistencia de abogado y procurador-, debamos excluir de plano la posibilidad de una eventual condena en costas derivadas del procedimiento de esa solicitud de medidas cautelares. Es posible que, instada por razones de urgencia la diligencia de que se trate por el justiciable (y formulada oposición por el obligado a cumplimentarla), con posterioridad a tal solicitud intervengan en el

⁵⁰⁸ JUR 2003\234891; MP: José Joaquín Hervás Ortiz.

⁵⁰⁹ Vid. Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 155; Faustino CORDÓN MORENO, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, VVAA, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 267. En la jurisprudencia menor, se pronuncian en la misma línea la Sentencia nº 271/2007, de 7 de junio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2007\321521; MP: José Manuel Marco Cos) y el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª, nº 44/2007, de 28 de junio (JUR 2007\319655; MP: Luis Brualla Santos-Funcia)

procedimiento incidental para resolver sobre su procedencia el abogado y el procurador que designe aquél.

Si entendemos que para este tipo de actuaciones procesales (asistencia a la vista para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la diligencia tras formalizarse la oposición y la eventual interposición del recurso de apelación contra el auto denegatorio de la diligencia) es preceptiva la intervención de estos profesionales⁵¹⁰, concurra o no esa “urgencia”, no debería haber impedimento para que, tras esa solicitud inicial urgente, se produzca a continuación la personación de procurador con la asistencia del letrado y para que el importe de sus honorarios pueda ser repercutido a la contraparte que se opone injustificadamente, a través de la imposición de las costas procesales.

Dicho de otra forma, la LEC dispone que, tratándose de “medidas urgentes”, cabe que los interesados puedan actuar por sí mismos ante los tribunales, pero no determina que en las actuaciones subsiguientes derivadas de tales medidas deje de ser preceptiva la intervención de abogado y procurador –si lo es, en términos generales, con arreglo a la propia LEC- y, por tanto, que no quepa la imposición de las costas procesales a la contraparte. Por ello, y con independencia de que se catalogue la medida como urgente o no, la clave estará en determinar si para las actuaciones procesales posteriores a esa medida urgente es preceptiva o no la intervención de abogado y procurador con arreglo a la LEC, pues de ser la respuesta afirmativa la procedencia de la condena en costas me parece incuestionable.

2.1.4. La función y el destino de la caución

Por lo que se refiere, tanto a la exigencia de caución al solicitante, como a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, se viene entendiendo por la denominada jurisprudencia menor (la única que se ha pronunciado al respecto, ya que los autos de las Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre estas cuestiones no tienen acceso, a día de hoy, al recurso extraordinario por infracción procesal) que responden a dos finalidades esenciales: garantizar la indemnidad del perjudicado por la medida y disuadir a los potenciales litigantes de la promoción de diligencias infundadas o abusivas. Así lo afirma específicamente el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, de 18

⁵¹⁰ Y hay buenas razones para pensar que es así, en atención al alto grado de conocimientos procesales que requiere la correcta utilización de esta actuación preparatoria del juicio, que escapa con mucho de los conocimientos jurídicos medios de un ciudadano cualquiera. Reténgase además que si la LEC hubiera entendido que en ningún caso es preceptiva -cuando de diligencias preliminares se trata- la postulación procesal y la defensa letrada, no tendría sentido hubiera contemplado expresamente la imposición de las costas procesales –en caso de desestimación de la oposición- en su art. 260.3 LEC.

de noviembre de 2003⁵¹¹ que resalta, en cuanto a la exigencia general de caución en todos los supuestos en los que se soliciten diligencias preliminares, que la introducción de este requisito supone una novedad en relación con la LEC 1881, cumpliendo la doble función de garantizar el pago de los gastos que se ocasionen y de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran derivar de las diligencias, así como la “sancionadora que tienden evitar que pueda acudirse a las diligencias preliminares con fines distintos a la preparación de un proceso⁵¹²”.

Atendiendo a esa función punitiva, el artículo 256.3 LEC *in fine* establece una medida que viene a castigar la práctica de diligencias preliminares con fines distintos a los institucionalmente previstos, cuando señala que la caución se perderá, en favor de las personas que hubieran de intervenir en las diligencias, si transcurrido un mes desde la terminación de las mismas dejara de interponerse la demanda, “sin justificación suficiente”, a juicio del tribunal.

Frente a lo señalado por algún autor que entiende que, de no formalizarse la demanda, la caución deberá ser entregada en todo caso a quien sufrió los daños, a modo de una peculiar sanción civil,⁵¹³ creo que la fijación del canon de la “justificación suficiente” es suficientemente expresiva de la naturaleza subjetiva de esta responsabilidad.

Es perfectamente posible que, como consecuencia de la práctica de las diligencias preliminares, su promotor llegue a la conclusión de que su proyectada pretensión está condenada al fracaso, sin que, dadas las circunstancias concretas del caso, ello fuera del todo evidente antes de conocerse el resultado de la actuación preparatoria del proceso. En tal caso, el recurso a la diligencia preliminar se encontraría justificado, con lo que el solicitante cumple con resarcir al perjudicado por los gastos y daños irrogados (responsabilidad que sí está sujeta a un régimen de tipo objetivo). De hecho, la naturaleza eminentemente sancionadora del precepto no casa con el régimen de responsabilidad civil por riesgo, siendo por el contrario coherente la exigencia de culpa o dolo en la actuación del litigante que vaya a ser objeto de punición.

Debe precisarse que, aunque el resultado de la diligencia preliminar haya sido positivo o satisfactorio para el solicitante, ello no conllevará la carga de

⁵¹¹ JUR 2004\76818; MP: Catalina Moragues Vidal.

⁵¹² En idéntico sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 13 de abril de 2007 (JUR 2007\232324; MP: Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés) y el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\41731; Juana María Unanue Arratibel).

⁵¹³ ILLESCAS RUS, ob. cit., p. 1826.

interponer en todo caso la demanda en el plazo de un mes, so pena de verse condenado a la pérdida de la caución prestada.

Cabe que el instante de la medida justifique suficientemente ante el juez su decisión de no formalizar la demanda acreditando, por ejemplo, haber llegado a un acuerdo –en ese ínterin- para poner fin a la controversia con la persona a la que pretendía demandar inicialmente. No existe razón alguna para que en estos casos se incentive innecesariamente la litigación mediante una interpretación tan rigorista del artículo 256.3 LEC. En la medida en que el precepto alude exclusivamente a la “justificación suficiente”, pero sin condicionar el resultado de la diligencia preliminar practicada, entendemos que no puede excluirse la posibilidad de que, aun siendo su resultado satisfactorio, no se formalice *justificadamente* la demanda en el plazo legalmente fijado, al haberse alcanzado un acuerdo transaccional –que necesariamente habría de ser extrajudicial- con quien iba a ser demandado.

Pero en el supuesto de que, siendo positivo el resultado de la diligencia preliminar, no se aprecie la concurrencia de la “justificación suficiente” y a pesar de ello no se interpusiere la demanda dentro del mes siguiente, ha de entenderse innecesario el recurso a este instrumento preparatorio, entregándose el importe de la caución en su integridad a quien se ha visto perturbado por dicha petición.

Nótese que la LEC está previendo, para este supuesto específico, una figura emparentada con los *punitive damages* del Derecho angloamericano, pues el sujeto pasivo de la diligencia no solo verá íntegramente resarcidos los daños y gastos, sino que recibirá una cantidad superior a los mismos -la diferencia hasta el importe de la caución fijada por el juzgado-, como forma de sancionar a quien promovió de forma infundada una diligencia preliminar.⁵¹⁴

En el caso de que los daños y gastos que se fijen judicialmente excedan del importe de la caución, a mi modo de ver no existe obstáculo alguno para su fijación judicial y reclamación por esta vía sumarísima del art. 261.1 LEC, sin que sea necesario plantear un procedimiento declarativo por la diferencia.⁵¹⁵ Es cierto que el precepto se refiere exclusivamente a la “aplicación de la caución”, pero creo que más por una defectuosa técnica legislativa que por una decidida voluntad de remitir a quien sufrió los daños a un procedimiento declarativo ulterior. Me parecería manifiestamente desproporcionado –y contrario a la más

⁵¹⁴ De ahí la relevancia que adquiere la fijación de la caución por parte del juez, pues su importe determinará, en caso de no interponerse injustificadamente la demanda, el montante de la “sanción” que se impondrá al promotor y que recibirá el sujeto pasivo de la diligencia.

⁵¹⁵ *Contra*, ILLESCAS RUS, ob. cit., p. 1831. También Julio BANACLOCHE PALAO aboga por la necesidad de acudir a un procedimiento declarativo ulterior, si los daños irrogados fueran superiores a la caución. *Las diligencias preliminares*, cit., p. 235.

elemental economía procesal- obligar al perjudicado a iniciar un procedimiento declarativo, cuando el juez cuenta ya con todos los elementos de juicio necesarios para hacer un pronunciamiento al respecto. Además, la derivación o no a un proceso declarativo dependería de algo tan arbitrario como la cifra en que inicialmente se hubiera fijado por el juez el montante de la caución -fijación apriorística que, a la fuerza, tendrá un fuerte componente intuitivo-, por lo que, apelando a los criterios hermenéuticos teleológico y sistemático, entiendo que los daños y gastos podrán fijarse por el cauce previsto en el art. 261.1 LEC.

2.2. Anticipación y aseguramiento de la prueba

2.1.1. Anticipación de la prueba

Dado que los preceptos que regulan esta figura (arts. 293 a 296 LEC) no se refieren en absoluto a los gastos -y daños- que puedan provocar las actuaciones tendentes a la práctica anticipada de la prueba, debemos entender que cada parte asumirá sus gastos. Acudiendo a una definición doctrinal clásica, “[l]a anticipación consiste en la práctica de cualquier medio de prueba anterior al del juicio (ordinario) o de la vista (verbal), ante el temor de que la fuente de prueba se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso⁵¹⁶”. En la medida en que lo que se pretende es asegurar la práctica de algún medio de prueba *ex ante* -por el riesgo de que no pueda practicarse en el momento procesal oportuno-, y que ese medio probatorio es pertinente y útil -pues en caso contrario, no se habría admitido su práctica anticipada-, no veo razón alguna para modificar ese criterio. Nos encontramos, dicho sea de paso, ante la manifestación concreta del ejercicio de un derecho constitucional (el derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa). Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse su ejercicio.

2.1.2. Aseguramiento de la prueba

Si en el epígrafe anterior se trataba de practicar un concreto medio de prueba de forma anticipada al momento procesal ordinario, estas medidas “tratan de asegurar una fuente de prueba, pero sin llegar a practicar el medio⁵¹⁷”.

Por lo que se refiere a las medidas de aseguramiento de la prueba, reguladas en los artículos 297 y 298 LEC, es necesario precisar que, cuando se hubieran acordado antes del inicio del proceso y el actor no presentara la demanda en el

⁵¹⁶ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 202.

⁵¹⁷ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 204.

plazo de los veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas acordadas, no solo quedarán sin efecto tales medidas, sino que se condenará al solicitante en las costas y se le declarará responsable de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. La *ratio* del precepto es clara. No puede admitirse el uso de peticiones de medidas de aseguramiento caprichosas o que respondan a una finalidad distinta a la que quiere preservar la ley, por lo que es coherente la fijación legal de un régimen de responsabilidad objetiva. Aunque, bien mirado, lo que hace el artículo 297.4 LEC es introducir una presunción *iuris et de iure* de culpa o dolo en la petición de la medida de aseguramiento, si la misma no va acompañada de la presentación de la demanda dentro del plazo máximo legalmente fijado.

Por su parte, el artículo 298.2 LEC afirma que, para decidir sobre la adopción de las medidas de aseguramiento de una prueba, el tribunal deberá tomar en consideración -y podrá aceptar- el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar. Sin embargo, el artículo 298.8 LEC señala que, en caso de oposición, y tras la celebración de la vista, decidirá el juez sobre la pertinencia o no de la medida solicitada mediante un auto irrecorrible, sin que se diga nada sobre quién debe hacerse cargo de los daños que la medida de aseguramiento pueda provocar y, en su caso, del régimen de responsabilidad aplicable.

Interpretado el artículo 297.4 LEC *a sensu contrario* podría sostenerse que, al no establecer este precepto una condena al solicitante de la medida en todo caso a los daños y perjuicios producidos por las medidas, reservándolo para el solo supuesto de que no se interpusiera demanda en el plazo de los veinte días siguientes, no existiría la obligación por parte del solicitante de hacer frente a los daños y perjuicios irrogados. La cuestión es ciertamente muy dudosa, no debiendo pasarse por alto que el artículo 298.2 LEC señala que el tribunal deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda ocasionar, sin que realice esa observación, exclusivamente, en relación a las medidas de aseguramiento previas al inicio del proceso.

Aun siendo consciente de la escasa y, a la vez, muy deficiente regulación, parece más apropiado imponer normativamente el pago de los gastos provocados por esas medidas y de los daños y perjuicios que puedan irrogarse al actor, pues es indudable que estas medidas de aseguramiento de la prueba se otorgan a su instancia y en su beneficio procesal.⁵¹⁸ Apuntala esta interpretación el hecho de

⁵¹⁸ De esta opinión parecen participar José GARBERÍ LLOBREGAT y Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 254. No se me escapa que, a falta de una previsión legal específica al respecto, la responsabilidad objetiva no puede presumirse,

que determinadas medidas, como la prevista en el art. 297.2 LEC, pueden ser especialmente gravosas para la contraparte. En efecto, con arreglo a este precepto, “[e]n los casos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas”.

Esta “incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos”, así como de “materiales e instrumentos”, puede afectar seriamente a la esfera patrimonial de su propietario. Dado que estas medidas se adoptan para asegurar una fuente de prueba, de cara a garantizar que podrá practicarse el medio de prueba de que se trate en el momento procesal oportuno –a instancia, lógicamente, de quien ha pedido previamente esta medida de aseguramiento-, parece correcta la asignación a éste de la correlativa obligación de indemnizar al perjudicado por los daños que el mantenimiento de la medida en el tiempo provoque (y ello con independencia del resultado que se derive de la futura práctica de ese medio de prueba).

Por lo demás, debe hacerse constar que la doctrina procesalista ha denunciado la manifiestamente insuficiente regulación procedimental de las medidas de aseguramiento.⁵¹⁹

3. SOLICITUD INFUNDADA DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR LA EXISTENCIA DE UNA SUPUESTA PREJUDICIALIDAD PENAL

Con arreglo al artículo 40.7 LEC, “[s]i la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una las partes y finalizare por resolución en la que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil

pues la regla por defecto en nuestro sistema es el criterio subjetivo. Pero creo que carecería de sentido que el art. 298.2 LEC hiciera esa alusión genérica –y no circunscrita al supuesto del art. 297.4 LEC- al “eventual” ofrecimiento de caución para garantizar los daños y perjuicios, si la condena a su pago exigiera como *conditio sine qua non* la concurrencia de algún grado de negligencia en la solicitud de la medida. Esto es, salvo que entendamos que el solicitante deba hacerse cargo de los gastos y daños y perjuicios en todo caso, la caución solo tendría utilidad para el supuesto de solicitarse la medida antes de interponerse la demanda, y no formalizarse ésta en el plazo de los veinte días siguientes. Porque en el caso de denegarse la medida interesada, es obvio que ningún gasto se ocasionaría a la contraparte.

⁵¹⁹ Por todos, Juan MONTERO AROCA, ob. cit., p. 206.

podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y ss.”.

En una línea parecida, el artículo 569.2 LEC dispone que, en el supuesto de la suspensión por prejudicialidad penal de la ejecución, si la causa criminal finalizare por resolución en la que se declarara la inexistencia del hecho o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, en los términos previstos en el apartado séptimo del artículo 40.

A mi juicio, en estos dos casos, al remitir directamente al perjudicado al procedimiento de liquidación de daños y perjuicios, el legislador está dando por supuesta la responsabilidad de quien solicitó la suspensión del proceso, de forma que no será preciso acreditar que esa solicitud se formuló de manera abusiva. La utilización del término “podrá” debe plausiblemente entenderse como una referencia al carácter rogado de esta indemnización para el perjudicado, pero no a la necesidad de acreditar en el procedimiento de fijación de daños la culpabilidad o dolo de la contraparte. Entre otras cosas, porque dicho proceso incidental está previsto, exclusivamente, para la cuantificación del daño, y no para la determinación del grado de culpa del causante del mismo.⁵²⁰

En definitiva, los artículos 40.7 y 569.2 LEC imponen *ex lege* la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al litigante que intenta, de forma objetivamente infundada, suspender la tramitación del procedimiento -ya sea en fase declarativa o de ejecución-, mediante la alegación de una prejudicialidad penal, a la postre, inexistente. En ambos casos, la LEC no exige específicamente un ánimo doloso -esto es, una conciencia subjetiva de la inexistencia del ilícito penal en que se pretende fundamentar la suspensión del procedimiento-, ni una conducta procesal negligente. La LEC, en los dos preceptos, se remite a un criterio puramente objetivo, de forma que si el procedimiento penal finalizare por resolución en la que se declarase auténtico el documento o no haberse probado su falsedad (en el primer caso), o la inexistencia del hecho presuntamente delictivo o en no ser éste delictivo (en el supuesto del artículo 569.2 LEC), la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir la indemnización de los daños y perjuicios que esa suspensión le hubiere ocasionado por el procedimiento previsto en los artículos 712 y ss. LEC, de forma

⁵²⁰ La justificación de la imposición de esta responsabilidad objetiva bien pudiera venir determinada por la experiencia forense, que atestigua que un buen número de solicitudes de este tipo tienen un ánimo puramente dilatorio. Es probable que el criterio legislativo de fijación de un sistema de responsabilidad objetiva se explique también por las dificultades de prueba del ánimo doloso o de la actuación culposa por parte de quien alega la existencia de prejudicialidad.

que se facilita a éste la reclamación del resarcimiento de esos daños por una vía más rápida.

4. LA INDUCCIÓN INDEBIDA AL ÓRGANO JUDICIAL AL DESPACHO DE EJECUCIÓN CON RESPECTO A PERSONAS O BIENES EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL TÍTULO EJECUTIVO O LA LEY

El artículo 538.4 LEC establece que “[s]i el ejecutante indujera al tribunal a extender la ejecución frente a personas o bienes que el título o la Ley no autorizan, será responsable de los daños y perjuicios”. En este caso, a diferencia de los anteriores, lo característico es que con ánimo malicioso se insta al órgano judicial a dirigir la acción ejecutiva, indebidamente, contra terceros -o sus bienes- que carecen de la correspondiente legitimación pasiva. Ello no obstaría además, en principio, a la imposición simultánea de una multa por mala fe procesal al amparo del artículo 247.3 LEC.

Entiendo que la utilización del verbo “inducir” entraña una conciencia de ilicitud por parte del ejecutante, no siendo encuadrables en el indicado precepto los casos de errores involuntarios o en los que la legitimación pasiva sea, fáctica o jurídicamente, discutible⁵²¹. Nótese que, en este caso, a diferencia del anterior – y de lo que ocurre, como luego se verá, en sede de medidas cautelares-, la LEC no remite al perjudicado al procedimiento de liquidación de daños de los arts. 712 y ss. Y ello porque, en este caso, no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva *ope legis*, sino ante un supuesto de responsabilidad subjetiva, en el que habrá que acreditar el dolo civil por parte del ejecutante, lo que solo podrá determinarse en un procedimiento declarativo ulterior⁵²².

⁵²¹ En el mismo sentido, María Luisa SEGOVIANO ASTABURUAGA, “Artículo 538”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2530 o José BONET NAVARRO, *El proceso civil práctico*, Tomo VII, La Ley, Madrid, 2002. José María PAZ RUBIO, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000, p. 789, considera que este precepto “debe aplicarse para los casos de fraude procesal, no cuando hay una petición improcedente, pues lo normal es que el ejecutante solicite, recayendo la responsabilidad de la decisión sobre el despacho de ejecución en el órgano judicial”. Ahora bien, no está de más matizar, como hace DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO), Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 930, que es el ejecutante quien señala frente a quién ha de despacharse ejecución, pues el tribunal, de oficio, no puede ampliar la ejecución a personas no señaladas por éste.

⁵²² No obstante lo anterior, algunas resoluciones judiciales parecen entender que es posible la exigencia de esa indemnización en el seno del propio proceso de ejecución. El Auto nº 22/2012, de 2 de febrero, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (JUR 2012\302480 MP: Conrado Gallardo Correa), si bien rechaza la procedencia de la reclamación de daños en el caso examinado, no cuestiona que esa pretensión se formule dentro del proceso de ejecución. Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, nº 142/2010, de 10 de marzo (JUR 2010\221477; MP: Francisco Acín Garós) analiza el precepto dentro del marco de una reclamación

Se trata de un supuesto característico, como ya hemos visto con anterioridad, de litigación abusiva. En este caso, el legislador ha entendido pertinente enunciar de forma explícita esa responsabilidad del causante doloso del daño, quizá de modo preventivo, para desincentivar el uso espurio del proceso de ejecución.

Posiblemente esa admonición legislativa se deba a las importantes –e inmediatas– consecuencias patrimoniales que para el ejecutado se derivan del simple despacho de ejecución. Pero, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, en el supuesto de que el indebido despacho de ejecución contra terceros sea imputable a un comportamiento negligente –pero no doloso– del ejecutante (que ejercita la acción ejecutiva contra ese tercero o contra bienes, sin que concurra la preceptiva *iusta causa litigandi*), el estándar de diligencia exigible es el mismo que en el resto de supuestos de litigación abusiva extracontractual, de forma que, de no poder incardinarse la actuación del actor en el supuesto de hecho contemplado en el art. 538. 4 LEC –por falta de conciencia de la ilicitud de su proceder–, entiendo que no existe obstáculo alguno para la eventual exigencia de responsabilidad civil al ejecutante *ex arts. 7.2 y 1902 CC*.

Bien mirado, ello supone que, en la práctica, la existencia misma del art. 538.4 LEC sea inocua⁵²³, deviniendo fútil la discusión sobre si la responsabilidad derivada citado precepto exige o no de la concurrencia de dolo, pues por la vía de los artículos 7.2 y 1902 CC siempre se podría suplir la falta de concurrencia del *animus nocendi*.

BANACLOCHE PALAO, por el contrario, sostiene que la referencia que el precepto realiza “a que los daños y perjuicios se producen por la errónea actuación del tribunal, nos inclina a sostener que en tales casos su exigencia podría hacerse directamente ante el propio tribunal de ejecución por la vía del incidente de liquidación regulado en los arts. 712 y siguientes LEC, sin que necesite por tanto el afectado presentar una demanda de qué lugar a un juicio declarativo, sino que le basta formular la solicitud con la pertinente liquidación⁵²⁴”. Esta lectura del art. 538.4 LEC tiene la virtud de que no convierte en redundante dicho precepto, a pesar de lo cual no acabamos de encontrarla completamente convincente.

En primer lugar, porque el citado artículo utiliza el verbo “inducir”, lo que exigiría –conforme a lo ya expuesto– la previa acreditación de que la actuación del ejecutante fue dolosa o, al menos, culpable. Es decir, no cabe presumir que

formulada por el perjudicado en un procedimiento declarativo ulterior, fundando el rechazo de la indemnización interesada en la falta de acreditación del grado de culpa del ejecutante.

⁵²³ A lo sumo, esta norma cumpliría una función similar –fijar a sensu contrario un “modelo de conducta”, en este caso del ejecutante– a la *Leitbildfunktion* alemana.

⁵²⁴ Julio BANACLOCHE PALAO, “Los sujetos del proceso de ejecución”, en *El procedimiento de ejecución forzosa*, VVAA (coord. Álvaro Gutiérrez Berlinches), Madrid, La Ley, 2015, p. 170.

existe un título de imputación por el mero hecho de que inicialmente se despachara la ejecución contra un tercero que el título o la Ley no autorizasen (habrá casos dudosos en los que nada quepa reprochar al actor) y, además, la acreditación del dolo o la culpa del ejecutante no podrían acreditarse en el seno del cauce incidental previsto en los arts. 712 y siguientes LEC, que solo permite cuantificar el montante de la indemnización, pero no discutir otras cuestiones.

Tampoco creo que pueda afirmarse con total rotundidad que el art. 538.4 LEC parte de la premisa de que los daños y perjuicios deben imputarse a una incorrecta actuación del órgano judicial. A lo que parece apuntar el precepto es una maniobra fraudulenta del ejecutante para confundir el órgano judicial, que despacharía incorrectamente la ejecución frente un tercero de forma indebida.

Por tanto, la imputación objetiva del resultado dañoso parece residenciarse por el legislador en la parte ejecutante, no en el tribunal -y de ahí que el art. 538.4 LEC imponga a aquélla la obligación de indemnizar al perjudicado- que, de alguna manera, también es víctima de la maniobra dolosa del actor.

Por último, es también significativo que, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos (como el del art. 742 LEC -en los que sí se fija normativamente un criterio de responsabilidad objetiva-), el art. 538.4 LEC no contenga remisión alguna al procedimiento de los arts. 712 LEC y siguientes.

5. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CASO DE REVOCACIÓN DE CONDENAS DINERARIAS

Con arreglo al art. 533. 1 LEC, “[s]i el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá por el Secretario judicial la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado”.

Lo primero que llama la atención de este precepto es que, sin razón aparente que lo justifique, la previsión de la condena a los daños y perjuicios provocados por la ejecución provisional solo se contemple para los casos de ejecución dineraria⁵²⁵ (cfr. art. 534 LEC). La imprecisión de la norma es también criticable, en cuanto no señala expresamente el régimen de esa responsabilidad que, en cualquier caso, se cuantificará por los trámites de los arts. 712 y ss. LEC, en virtud de lo dispuesto en el art. 533.3 LEC. En la medida en que la ejecución provisional de la sentencia no deja de ser una facultad del actor -que no ejercita, además, un derecho

⁵²⁵ Lo que parece fruto de una deficiente técnica legislativa, más que de una deliberada decisión de aplicar criterios reparadores diferenciados. A mi juicio, no existe razón alguna para dispensar una menor protección al ejecutado en casos de condenas distintas a las dinerarias.

fundamental, sino uno de rango legal⁵²⁶, reconocido por el art. 524 LEC -, parece lógico deducir que esa responsabilidad se impone de modo objetivo⁵²⁷. La automaticidad *ex lege* de esa condena parece deducirse igualmente de la remisión, para su acreditación y cuantificación, al procedimiento regulado en los arts. 712 y ss. LEC, que no permite en su seno una discusión de otro género (como la referente al grado de culpa). De otro lado, el hecho de que el demandante cuente con el respaldo de una resolución judicial favorable que le permite instar dicha ejecución provisional, hace difícil imputar al ejecutante una intención maliciosa o una actuación temeraria por el mero hecho de hacer uso de esa facultad concedida por el ordenamiento, tras haberse dictado sentencia favorable en una o incluso dos instancias⁵²⁸. Dicho de otro modo, salvo en supuestos muy excepcionales (como, por ejemplo, en el caso del “proceso aparente”), será difícil sostener la absoluta falta de razón jurídica del ejecutante si ha obtenido una

⁵²⁶ Nos referimos, lógicamente, al derecho a la ejecución *provisional* de las resoluciones judiciales, ya que el derecho a la ejecución definitiva sí forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. Que el derecho a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva fue proclamado por el Tribunal Constitucional en su STC 80/1990 (RTC 1990\80; Fernando García-Mon y González Regueral), que lo calificó como un derecho de configuración legal o de mera legalidad ordinaria.

⁵²⁷ Así parece entenderlo el Auto de la AP de Madrid, Sección 10ª, nº 234/2006, de 24 de junio (JUR 2006\287624; MP: Ángel Vicente Illescas Rus): “No ha habido la infracción que se denuncia, en la medida en que el procedimiento establecido se observó puntualmente y, en su caso, sobre la ejecutante provisional recaía con carga de su exclusiva incumbencia demostrar que ni el depósito de la cantidad objeto de ejecución ocasionó perjuicio alguno a la ejecutada provisional, ni le produjo un correlativo beneficio a aquélla, extremos éstos que no consta hayan sido desvirtuados, *atendido el automatismo* con que la LEC prevé tanto la ejecución provisional de condenas pecuniarias cuanto la reversión de la misma en caso de revocación de la resolución ejecutada”. *Cursiva añadida*.

⁵²⁸ La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha descartado que pueda calificarse como un delito de apropiación indebida la conducta del ejecutante provisional que dispone del dinero cobrado y, posteriormente, cuando la sentencia es revocada, carece de medios para cumplir con lo dispuesto en el art. 533.1 LEC. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 727/2009, de 29 de junio (RJ 2009/6687; MP: Luis Román Puerta Luis) sostiene que “[e]n el presente caso, la ejecución provisional de una sentencia civil (v. art. 524 y ss. LEC implica una posesión inicial lícita, pero no puede decirse con el necesario fundamento que, el dinero entregado, en méritos de dicha ejecución, tenga -en el momento de recibirse- un destino previamente fijado, pues la obligación de devolverlo únicamente procederá en el supuesto de que la sentencia de cuya ejecución se trate sea revocada. Consiguientemente, si, de forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión de este delito el contrato de préstamo -en el que la obligación de devolver el dinero recibido es incontestable desde el primer momento-, con mayor razón habrá de excluirse el supuesto de la ejecución provisional de la sentencia civil, en el que tal obligación únicamente surge si dicha sentencia es revocada”.

previa sentencia favorable –y no una mera resolución cautelar- en alguna de las instancias, tras un procedimiento (más aún si es declarativo) contradictorio⁵²⁹.

Al margen de las razones subjetivas que hayan llevado al actor a instar la ejecución provisional, la LEC quiere que, en caso de ser íntegramente revocada la condena, el demandado quede en la misma situación patrimonial en que se encontraba antes de que se procediera a la indicada ejecución provisional, aplicando el principio de indemnidad en toda su intensidad⁵³⁰. De forma que no sólo se contempla la devolución de lo cobrado con sus intereses legales, sino también la indemnización por los daños adicionales que esa ejecución ha podido provocar en el demandado⁵³¹. El Auto nº 52/2004, de 1 de marzo, de la AP de Castellón aclara que

“la actual regulación prevista en el art. 532 y ss. de la LECiv 1/2000 que con detalle disciplina los efectos de la revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas, responden a la idea de proceder a dejar las cosas en el estado en que se encontraban en el momento de decretarse la ejecución provisional [...] No creemos que pueda negarse con base racional que la cantidad indebidamente cobrada por los ejecutantes, al ser devuelta en idéntica cantidad pero bastantes años después, no ha sufrido desmejora. Y si hay desmejora, ha habido daño y por lo tanto ha habido perjuicio, al margen de que ello provenga de una situación o del ejercicio de un derecho legalmente reconocido, porque está olvidando el apelante que aquél derecho admitía la posibilidad de tener que indemnizar por tal

⁵²⁹ En el mismo sentido, cfr. Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, “La revocación de sentencias de primera instancia ejecutadas provisionalmente”, *Diario la Ley*, nº 5584, Tomo V, 2002, p. 4 (versión digital).

⁵³⁰ El Auto de la AP de Cáceres nº 96\2011, de 21 de julio (JUR 2011\347411; MP: Antonio María González Floriano) pone el énfasis en la intención del legislador de restaurar plenamente la situación del perjudicado por la ejecución provisional, lo que refuerza la naturaleza objetiva de la responsabilidad instaurada por el art. 533.1 LEC: “Devolver al ejecutado a la situación económico-patrimonial que mantenía antes de la ejecución provisional de la Sentencia (o, como se dice en el Auto recurrido, siguiendo el criterio de la parte ejecutada apelada, lograr su completa indemnidad) constituye el sentido, su razón, el espíritu y la finalidad de la disposición establecida en el apartado 1 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, a criterio de este Tribunal y dada su patente claridad textual y teleológica, no admite interpretación alguna, o, en todo caso, dicha interpretación se torna abiertamente limitada”.

⁵³¹ Piénsese, por ejemplo, en el ejecutado provisionalmente que se ve obligado a vender su vivienda para hacer frente a esa ejecución dineraria y, años después, cuando la sentencia ejecutada es revocada, acredita que el coste de recomprarla –o de comprar una similar en el mercado- es muy superior al obtenido por su enajenación en su día. El Auto de la AP de Castellón nº 55/2006, de 13 de noviembre (JUR 2007\228491; MP: M^a Ángeles Gil Marqués) resolvió un supuesto en que lo que se reclamaba, en concepto de daños derivados de la ejecución provisional, era el coste financiero del préstamo solicitado por los ejecutados para hacer frente a la condena pecuniaria. La AP de Castellón rechaza la indemnización solicitada, pero por entender que la petición del préstamo no estaba relacionada con la ejecución provisional, al poseer los ejecutados recursos propios para hacer frente a la ejecución provisional.

ejecución provisional si estuviere mal efectuada y ello se comprobare a través de la revocación –total o parcial– de la sentencia”.

Lo anterior tan solo es aplicable a los casos de íntegra revocación de condena dineraria, ya que, si la misma es parcial, el art. 533.2 LEC no contempla la condena al pago de los daños y perjuicios derivados de la ejecución. Para BONET NAVARRO, “la revocación parcial no tiene la gravedad de la íntegra y no supone, pues, o no permite, valorar una conducta del ejecutante provisional temeraria⁵³²”. Otros autores han justificado la diferente regulación de ambos supuestos afirmando que una estimación parcial, determina que la ejecución provisional estuvo justificada “en parte⁵³³” o que la estimación parcial del recurso “sitúa a los contendientes en comunidad de pérdidas⁵³⁴”.

A mi juicio, el art. 533 LEC no responde a valoraciones sobre la mayor o menor “temeridad” del actor en función de la revocación total o parcial de la sentencia provisionalmente ejecutada, sino a una motivación de carácter “sistémico”. La razón de ser de esta distinción legal aparece bien trazada en la Sentencia nº 318/2009 de la AP de Zamora, Sección 1ª, de 21 de diciembre⁵³⁵:

“Frente a lo expuesto, no podemos desconocer que existe un sector doctrinal que entiende que la dicción literal y la omisión de toda referencia a costas y daños y perjuicios no impide al Tribunal que aprecie cual es el grado de revocación de la sentencia para llegar a poder justificar el resarcimiento de las costas pagadas en la ejecución provisional, criterio extensivo que ha sido recogido en resoluciones de otros Tribunales Provinciales como las citadas por la parte recurrente. En definitiva esta Sala, que no participa del anterior criterio, está en línea con lo resuelto por otras Audiencias Provinciales [Asturias Civil sección 7 del 11 de Julio de 2006, y otras más recientes, entre ellas las de la AP de Madrid (Sec. 22), Barcelona (Sec. 13), Sevilla (Sec. 6), Las Palmas (Sec. 5)] entiende justificada

⁵³² *Proceso Civil Práctico*, La Ley, Madrid, 2002, Tomo VII, p. 330. *Vid.*, también, “Naturaleza jurídica y procedimiento de la revocación parcial de condenas de pago de sentencias de apelación ya ejecutadas provisionalmente en la primera instancia”, Emilio GUDE MENÉNDEZ, en *Práctica contenciosa para abogados 2015*, Wolters Kluwer España, S.A., Las Rozas (Madrid), 2015.

⁵³³ Julio MUERZA ESPARZA, VVAA (coords. Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 120. Para este autor, sin embargo, la falta de previsión específica de la condena al pago de las costas y de la indemnización de daños en caso de revocación parcial de la sentencia provisionalmente ejecutada no conlleva la imposibilidad del juez para, ponderando el “grado” de revocación de la sentencia, justificar la condena al ejecutando a su abono. A mi entender, el contraste entre los apartados 1 y 2 del art. 533 LEC es elocuente sobre el trato dispar que el legislador ha pretendido dar a las estimaciones totales y parciales, y la utilización del adverbio “solo” en este último caso reafirma este criterio.

⁵³⁴ Pablo QUECEDO ARACIL, “Comentario a los artículos 524 a 533 LEC” en *Comentarios a la nueva LEC*, VVAA, Iurgium, Barcelona, 2000.

⁵³⁵ JUR 2010\150517; MP: Luis Brualla Santos-Funcia.

su exégesis de la norma analizada, abundando en lo expuesto previamente en la enorme diferencia en el tratamiento procesal que se da a los supuestos de revocación parcial de la sentencia y a los de revocación total, puesto que en el primero solo generará el derecho a la devolución con el interés legal del dinero, art. 533.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en tanto que en el segundo además procederá el reintegro de las costas satisfechas en la ejecución provisional y el resarcimiento de daños y perjuicios, art. 533.1; por lo que si no se hiciera una interpretación restrictiva de esta previsión, como hacemos, *se pondría en serio peligro la operatividad de la institución que venimos comentando, contrario al espíritu de la ley procesal 1/2000...* (Cursiva añadida).

Esto es, aparentemente el legislador no quiso generalizar el criterio de reparación integral instaurado para los casos de revocación total de la sentencia a los supuestos de revocación parcial, ante el temor a que esa medida legislativa tuviera un efecto disuasorio sobre los potenciales ejecutantes provisionales. En la medida en que la LEC 1/2000 quiso incentivar el uso de la ejecución provisional⁵³⁶, se pensó que una previsión legal excesivamente generosa con los ejecutados en caso de revocación parcial de la sentencia –en principio, más factible que la total⁵³⁷– actuaría como una indeseada arma disuasoria.

También se ha apuntado acertadamente que, en los casos de revocación absoluta, el grado de probabilidad de causación de daño al ejecutado es muy alto, lo que explicaría la opción legislativa de arbitrar un sistema expeditivo y ágil *ad hoc* para reclamar tales daños.⁵³⁸

Finalmente, no debe dejar de reseñarse que, de forma muy minoritaria, un sector de la doctrina procesalista aboga, en relación con los efectos de la revocación parcial, por entender aplicable a los daños causados por la ejecución provisional el mismo régimen que en caso de revocación total. Se ha querido fundamentar esta obligación de reparación, a falta de previsión específica en la LEC, en el art. 1902 CC, sosteniéndose que existe “una responsabilidad de tipo extracontractual y objetivo⁵³⁹”. La diferencia entre ambos supuestos –revocación absoluta y parcial– estibaría únicamente en el cauce para su reconocimiento jurisdiccional,

⁵³⁶ Cfr. Francisco RAMOS ROMEU, “¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, nº 385, 2006, así como la literatura citada en este trabajo.

⁵³⁷ Pero no mucho más, si atendemos a los datos empíricos. Según los datos del año 2015 facilitados por el CGPJ (últimos disponibles), frente a una tasa de confirmación íntegra del 63,5% de las sentencias civiles de primera instancia, en un 16,6% de las apelaciones se revocó totalmente la sentencia del Juzgado, y en un 20,7% de los casos la revocación fue parcial. *La justicia dato a dato: año 2015*, Consejo General del Poder Judicial.

⁵³⁸ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, ob. cit. p., 5.

⁵³⁹ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, ob. cit., p. 4.

ya que en este último caso sería preciso acudir a un procedimiento declarativo para su reclamación.

A mi juicio, la invocación del art. 1902 CC para fundar una responsabilidad objetiva o por riesgo no es convincente, pues ese precepto es, precisamente, la clave de bóveda del sistema de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa o negligencia. El otro argumento empleado para sostener esta postura – la (supuesta) progresiva asimilación por parte de la jurisprudencia de la responsabilidad del art. 1902 al criterio objetivo- ha quedado desmentido con el paso de los años.⁵⁴⁰ Por decirlo con las certeras palabras del Tribunal Supremo en su Sentencia 523/2015, de 22 de septiembre⁵⁴¹, “[l]a responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad. Se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley⁵⁴²”.

6. DAÑOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Quizá el supuesto legal más conocido de imposición legal de la responsabilidad por los denominados “daños procesales” deriva del régimen establecido en la LEC, como consecuencia, en determinados casos, del alzamiento de una medida cautelar previamente acordada⁵⁴³. Si hemos excluido este supuesto de la tipología de manifestaciones específicas del abuso del proceso antes enunciada es porque, de un lado, hemos entendido que las pretensiones cautelares son, por definición, accesorias a la pretensión principal deducida en la demanda (y, consecuentemente, *lato sensu*, intra-procesales); y, de otro lado, porque cuentan con una regulación legal específica para la reclamación de los daños y perjuicios causados, tanto en el aspecto procedimental, como en el relativo al criterio de asignación de responsabilidad.

⁵⁴⁰ Como ya hemos señalado, tras unos años de jurisprudencia vacilante, a partir de mediados de la década pasada el Tribunal Supremo optó resueltamente por retornar a la responsabilidad subjetiva, abandonando esa incipiente tendencia objetivadora. Cfr., Juan Antonio XIOL RÍOS, “Criterios de imputación en la responsabilidad contractual”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, nº 2132, 2011.

⁵⁴¹ JUR 2015\230424; MP: José Antonio Seijas Quintana.

⁵⁴² La posterior Sentencia del Tribunal Supremo 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016\983; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto) contiene una excelente explicación doctrinal de los diferentes criterios de imputación de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

⁵⁴³ Bajo la vigencia de la LEC 1881, la jurisprudencia se había mostrado ciertamente ambigua sobre la naturaleza de esta responsabilidad. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 470/1998, de 20 de mayo (RJ 1998\3379; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz).

6.1. Supuestos

De forma muy esquemática⁵⁴⁴, las hipótesis contempladas en la LEC son las siguientes:

1.- En el supuesto del artículo 742 LEC –en concordancia con lo dispuesto en el art. 741.2 *in fine*-, se señala que, una vez firme el Auto que estime la oposición a las medidas, se procederá, a petición del demandado y por los trámites previstos en los artículos 712 y ss., a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada. De forma mayoritaria, tanto por la doctrina procesalista⁵⁴⁵, como por la jurisprudencia⁵⁴⁶, se ha entendido que en este caso nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva, en virtud del cual la estimación de la oposición a las medidas determina, automáticamente, la obligación del demandante de hacer frente a daños y perjuicios provocados por la medida cautelar adoptada a su instancia, y ello con independencia de que no hubiera mediado ni dolo, ni culpa, en la solicitud de tutela cautelar. Quizá la referencia jurisprudencial más clara es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 584/2015, de 29 de octubre.⁵⁴⁷ Con arreglo a esta STS, “lo mismo que ha de satisfacer las costas cuando es condenado en virtud del principio de vencimiento objetivo, con independencia de la buena o mala fe en su actuación procesal, también ha de asumir el riesgo derivado de su petición de medidas cautelares. De ahí que la configuración legal venga a establecer una

⁵⁴⁴ El examen de esta regulación no busca profundizar en las numerosas incógnitas que suscita la fragmentaria regulación en la LEC de la responsabilidad derivada de la adopción de medidas cautelares, sino extraer los principios de política legislativa que la inspiran.

⁵⁴⁵ “Se trata de una norma de responsabilidad objetiva, ligada al hecho del alzamiento de la medida, al daño producido por su concesión, e independiente de toda valoración de culpa en la conducta del solicitante de la medida cautelar”. Manuel ORTELLS RAMOS, *Proceso Civil Práctico* (AAVV), La Ley, Madrid, 2002, Tomo VII, p. 607. En el mismo sentido, José MORENO HELLÍN, “Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitutoria, daños y perjuicios”, en *Medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil*, VVAA, Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ), Madrid, 2004, p. 91.

⁵⁴⁶ El Auto nº 13/2006, de 14 de febrero, de la AP de Álava (JUR 2006\161202; MP: Jesús Alfonso Poncela García) lo expresa con rotundidad: “No hay discrepancia en la doctrina sobre el carácter objetivo de la responsabilidad en el caso que nos ocupa...” Cfr. en el mismo sentido, el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife nº 106\2006, Sección 4ª, de 24 de julio (AC 2006\1993; MP: Pablo José Moscoso Torres) o el nº 82/2007, de 19 de abril (AC 2009\2144; MP: Francisco Javier Fernández Estébanez), de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª. Para un examen de la jurisprudencia menor que analiza esta cuestión, cfr. Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por alzamiento de medidas cautelares tras sentencia absolutoria. Reflexiones al filo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mª. Victoria Berzosa Francos*, VVAA, (dir. Joan Picó i Junoy), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 343-358.

⁵⁴⁷ RJ 2015\4581; MP: Antonio Salas Carceller. En la misma línea, *vid.*, STS 579/2015, de 3 de noviembre (RJ 2015\261645; MP: José Antonio Seijas Quintana).

responsabilidad de carácter objetivo, pero condicionada en su exigencia a la demostración de los concretos daños o perjuicios sufridos”.

2.- Un caso diferente es el contemplado en el artículo 743 LEC, cuando la modificación de las medidas es una consecuencia de la alegación de hechos nuevos que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas. La falta de referencia alguna a la obligación del solicitante de hacer frente a los daños y perjuicios provocados por la adopción de la medida cautelar, como las variadas razones que pueden motivar el alzamiento –algunas, ciertamente, no imputables, al solicitante- impiden, a nuestro juicio, entender aplicable, por analogía, el régimen indemnizatorio previsto en el artículo 745, en relación con el artículo 742, de la LEC 1/2000, por lo que cabe concluir que es aplicable el régimen de responsabilidad por culpa.

3.- Por lo que se refiere al supuesto previsto en el artículo 730.2 LEC, párrafo 2º, que contempla el alzamiento de las medidas cautelares previas por falta de presentación de una demanda que permita mantenerlas, allí se dice que el Letrado de la Administración de Justicia, de oficio, “condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas”. Es indudable que el Letrado carece de potestad jurisdiccional para declarar tal responsabilidad –por lo que nos encontramos ante una deficiente técnica legislativa-, sin perjuicio de lo cual cabe una interpretación alternativa de este precepto (respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva), y es entender que la responsabilidad objetiva la impone normativamente el artículo 730.2 LEC, limitándose el Letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, a incluir en el mismo una declaración de responsabilidad ya prevista imperativamente por el legislador.

En cualquier caso, la rotundidad con que se expresa el precepto, así como la *ratio* del mismo –sancionar la no presentación de la demanda en tiempo y forma por parte de quien inicialmente interesó la medida adoptada-, determinan que nos encontremos ante un supuesto claro de responsabilidad objetiva⁵⁴⁸.

4.- Más dudas plantea el artículo 731.1 LEC, que ordena el alzamiento de las medidas cautelares si el proceso quedare suspendido durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida. Es incomprensible que el legislador no haya previsto específicamente para este caso la imposición de los daños y perjuicios al actor. Aun así entiendo, en consonancia con la posición mayoritaria de la doctrina, que debe aplicarse de forma analógica la regla de

⁵⁴⁸ Sin embargo, el Auto de la AP de las Islas Baleares nº 146/2003, de 18 de noviembre (JUR 2004\76819; MP: Catalina M^a Moragues Vidal) aboga, también en este supuesto, por permitir la valoración de la “buena o mala fe o el cumplimiento o incumplimiento del auto por el que se acuerdan las medidas cautelares” en el procedimiento establecido en los art. 712 y ss. LEC.

responsabilidad prevista por la no interposición de la demanda en el supuesto de medidas cautelares previas a la misma.⁵⁴⁹

5.- En el art. 731.2 LEC se prevé el alzamiento de las medidas cautelares acordadas como consecuencia del despacho de la ejecución provisional. En este caso, no tiene sentido la imposición de responsabilidad alguna al actor (pues la medida cautelar se “transforma” en ejecutiva, precisamente por la confirmación en la pieza principal del proceso del principio de buen derecho alegado).

6.- Finalmente, en el supuesto contemplado en el artículo 745 LEC, se prevé que, firme la sentencia desestimatoria, sea en la instancia o el fondo, se alcen de oficio las medidas cautelares adoptadas y se proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiera podido sufrir el demandado, ordenándose lo mismo para los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia⁵⁵⁰. En este caso, la remisión expresa al artículo 742 LEC me parece suficientemente elocuente⁵⁵¹, de forma que parece lógico inferir la existencia, con carácter general, de una responsabilidad legal de tipo objetivo⁵⁵², aun cuando existen determinados supuestos excepcionales en que la

⁵⁴⁹ Manuel ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, p. 430. En el mismo sentido, aunque con un razonamiento diferente, Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, p. 772.

⁵⁵⁰ Es cierto que, dentro de este supuesto, pueden en la práctica distinguirse muchas variantes, y en algunas de ellas puede parecer dudosa -por injusta- esta solución, lo que ha llevado a autores como ORTELLS RAMOS -sin perjuicio de reconocer que existen buenas razones para sostener la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva-, a la vista de la deficiente técnica legislativa, a abogar, con base en razones de seguridad jurídica, por el régimen ordinario de responsabilidad subjetiva del art. 1902 CC. *Las medidas cautelares*, cit., p. 447. En ese sentido se pronuncia el Auto nº 16/2007, de 15 de enero, de la Audiencia Provincial de Castellón (JUR 2007\274823; MP: M^a Ángeles Gil Marqués). Sin embargo, creo que precisamente el hecho de que el art. 745 LEC, pudiendo hacerlo, no realice distinciones de ningún tipo, apunta, en aplicación de la conocida *paremia* “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, en la dirección opuesta.

⁵⁵¹ Se ha argumentado (ORTELLS RAMOS, ob. cit., p. 446) que al efectuarse la remisión al art. 742 LEC, y no al 741.2 párrafo tercero, el art. 745 se estaría refiriendo al cauce procesal para liquidar los daños (el procedimiento de los arts. 712 y ss.) y no a un régimen concreto de responsabilidad. Argumento que no acaba de convencerme, dado que, de un lado, el art. 742 prácticamente reproduce lo afirmado por el art. 741.2: “[...] se procederá [...] a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada...”. De otro lado, una remisión de significado puramente procedimental carecería de sentido -por redundante-, dado que el trámite de los arts. 712 y ss. LEC se aplica en todos los casos de cuantificación de daños provocados por una medida cautelaralzada.

⁵⁵² Aunque esta solución no es ni mucho menos pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. A favor del entender que el art. 745 LEC consagra un supuesto de una responsabilidad objetiva o por riesgo se pronuncia -con algunas matizaciones puntuales- José MORENO HELLÍN, ob. cit., p. 93. Una panorámica de las distintas posiciones doctrinales, así como una minuciosa disección de los diferentes supuestos que pueden darse al amparo de esta norma, puede leerse en Francisco RAMOS ROMEU, ob. cit., pp. 285-291.

aplicación de este criterio, a pesar de haber recaído sentencia desestimatoria firme, es dudosa.

En la terminología de la doctrina alemana -acostumbrada a las remisiones legales, porque su Código Civil (BGB) contiene multitud de ellas-, nos encontraríamos ante una *Rechtsgrundverweisung*, en contraposición con las *Rechtsfolgenverweisung*⁵⁵³. Es decir, el art. 745 LEC no solo se remite a la consecuencia jurídica de otra norma (obligación de indemnizar los daños y perjuicios), sino también a sus presupuestos de aplicación (responsabilidad objetiva).

6.2. La justificación de la instauración del criterio legal de responsabilidad objetiva, con carácter general, en sede de medidas cautelares

Sin perjuicio de las muchas matizaciones que requeriría la anterior formulación de las distintas hipótesis que pueden darse en relación al alzamiento de las medidas cautelares en el proceso civil⁵⁵⁴, su toma en consideración tiene interés para el objeto de nuestro estudio, en la medida en que refuerza la tesis de que el ejercicio de una de las modalidades del derecho a la tutela judicial efectiva -como es el ejercicio del derecho a la tutela cautelar⁵⁵⁵-, pueda dar lugar a la imposición

⁵⁵³ Sobre la taxonomía de las normas de remisión alemanas, cfr. José María MIQUEL GONZÁLEZ, "Sociedad y Comunidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 53, 2013, pp. 380-381: "Una norma de remisión a la consecuencia jurídica es una norma que establece un determinado supuesto de hecho, pero remite a otra norma en cuanto a la consecuencia jurídica, cuyos presupuestos de aplicación no son relevantes [...] Una *Rechtsgrundverweisung* es una norma de remisión que no solo se remite a la consecuencia jurídica de otra norma, sino también a sus presupuestos de aplicación, en cuyo caso, para que se aplique la consecuencia jurídica, deben concurrir los presupuestos de aplicación de la norma que remite y los de la norma a la que se efectúa la remisión".

⁵⁵⁴ Para un estudio detallado de las mismas, véase Francisco RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 284-297.

⁵⁵⁵ De forma muy mayoritaria, la doctrina constitucional -y la procesalista- afirman la existencia de un derecho a una tutela judicial cautelar, integrado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE (véase la amplia bibliografía citada por RAMOS ROMEU, ob., cit. pp. 89-92). Por utilizar la palabras de Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ "el derecho a la tutela judicial efectiva incluye en su contenido el derecho a la tutela judicial cautelar, es decir, el derecho a que la ley prevea y los órganos judiciales adopten medidas cautelares tendentes al aseguramiento de la eficacia de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión formulada que se pueda dictar en el proceso principal", "Garantías procesales" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, VVAA, Tomo III, Edersa, Madrid, 1996 p. 47. No obstante lo anterior, si bien la jurisprudencia no ha dudado en entender que el derecho a la tutela judicial efectiva (ATS, Sala 3ª, de 20-12-1990, RJ 1990\10412; MP: Francisco González Navarro) implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar, lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha mostrado significativamente ambiguo a este respecto, llegando hasta el punto -en la Sentencia 27/1997, de 26 de febrero (RTC 1997\27; MP: Vicente Gimeno Sendra)- de subrayar, explícitamente, que nunca había afirmado "con carácter general" que del artículo 24.1 CE se derivara un "derecho fundamental a la tutela judicial cautelar", citando en su apoyo varias resoluciones del propio TC que, efectivamente, no hablan de la tutela cautelar como un derecho, sino como una *potestad jurisdiccional*. En otras ocasiones, de manera harto confusa, el TC se refiere

de una responsabilidad civil automática por los daños causados al demandado, incluso en casos en que no solo sea manifiesto que no concurren dolo o negligencia en tal pretensión cautelar, sino que esté acreditado que tal solicitud de tutela era prudente y proporcionada dadas las circunstancias concurrentes.

En estos supuestos, el legislador da prevalencia a los principios de indemnidad y auto-responsabilidad⁵⁵⁶, lo que debe llevar a preguntarnos por qué en estos casos el legislador impone explícitamente esta responsabilidad y, además, con carácter objetivo⁵⁵⁷. Como ha señalado GASCÓN INCHAUSTI, “su adopción [se refiere a las medidas cautelares] conlleva siempre el riesgo de producir un perjuicio, perjuicio que sólo debe arrostrar el demandado si, desarrollado el proceso principal, se reconoce el derecho del actor; y que, en otro caso, debe serle

a la tutela cautelar como una “posibilidad legal” que tienen los litigantes, sin calificar explícitamente tal potestad como un derecho (STC 238/1992, de 17 de diciembre, RTC 1992\238; MP: Luis López Guerra). No debe dejar de señalarse que la renuencia del Tribunal Constitucional a enunciar de forma explícita la existencia de un derecho subjetivo a la tutela cautelar ha venido acompañada, de forma contradictoria, de otros pronunciamientos acerca de los límites que impone el artículo 24.1 CE al legislador a la hora de configurar este tipo de tutela. Así, el TC no ha dudado en afirmar que el legislador no puede eliminar de la Ley la tutela cautelar; y también ha señalado, en varias resoluciones, que en el ejercicio de la potestad cautelar los tribunales ordinarios pueden provocar violaciones del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (Cfr. la STC 238/1992, antes citada). Como señala RAMOS ROMEU (ob. cit., p. 101), si el Tribunal Constitucional ha restringido la libertad del legislador para configurar la tutela cautelar - amparándose en el artículo 24.1 CE- es que existe un derecho (fundamental) correlativo de los ciudadanos a la tutela cautelar; y si en el ejercicio de sus facultades judiciales cautelares los tribunales son susceptibles de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, es porque los litigantes tienen un derecho (fundamental) a la protección cautelar.

⁵⁵⁶ Este principio, derivado a su vez del principio de buena fe (art. 7.1 CC), ha sido acuñado por la jurisprudencia, originariamente en relación a las relaciones obligatorias sustantivas, si bien empieza a proyectarse también en el ámbito procesal. Sirva como ejemplo de esta tendencia la Sentencia de la AP de Madrid núm. 167/2013 de 24 abril, (AC 2013\1124; MP: Nicolás Díaz Méndez): “...el principio de la autorresponsabilidad, esto es, que cada parte debe responder de las consecuencias de sus propios actos, sobre todo cuando inciden patrimonialmente en otro, y ello a pesar de la incertidumbre que todo proceso conlleva”. No es exagerado colegir que este principio tiene un remoto resabio kantiano. Cfr. François RAFFOUL, *The Origins of Responsibility*, Indiana University Press, Bloomington (Indiana), 2010, pp. 73-79.

⁵⁵⁷ Interesa hacer notar que el Reglamento UE 655/2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil establece -lo que no deja de ser una medida cautelar- dispone en su art. 13.1 un régimen de responsabilidad por culpa, si bien con inversión de la carga de la prueba (se presume la culpa del acreedor). El art. 13.3 deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros opten por introducir en su Derecho nacional otro régimen de responsabilidad (sin duda, el legislador europeo está pensando en el criterio objetivo). En efecto, el Considerando 19 señala que “los Estados miembros deben poder mantener o introducir en su Derecho nacional otros motivos de responsabilidad distintos de los que especifica el presente Reglamento. Para estos otros motivos de responsabilidad, los Estados miembros deben asimismo poder mantener o introducir otros tipos de responsabilidad, como la responsabilidad objetiva”. En el Considerando anterior se deja constancia de que la exigencia de la caución al acreedor para acordar esta medida no tiene una finalidad exclusivamente indemnizatoria, sino también preventiva de “abuso de la orden”.

indemnizado, necesariamente a costa del solicitante. Sólo entendiendo que la responsabilidad es objetiva se explica la necesidad de que el solicitante preste fianza en todo caso –es decir, desvinculada del grado de acreditamiento del *fumus* y el *periculum*: el legislador reconoce que toda medida cautelar, por definición, es susceptible de causar daños y perjuicios; y también reconoce que hay supuestos en que esos perjuicios no deberá arrostrarlos aquél frente a quien se acuerde la medida, sino precisamente aquél a quien favorece⁵⁵⁸”.

En efecto, el criterio de responsabilidad objetiva o por riesgo es utilizado por el legislador cuando, ponderando todos los intereses en conflicto, entiende preferible admitir ciertas conductas que conllevan un riesgo inevitable de causar daños a terceros, a cambio de que su beneficiario los resarza a los perjudicados de forma automática⁵⁵⁹; se entiende que, en estos casos, en conjunto, es más beneficiosa socialmente esta regla que la prohibición, sin más, de esas conductas potencialmente peligrosas⁵⁶⁰. Proyectado este criterio de atribución de responsabilidad al ámbito del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, se advierte que, *ceteris paribus*, es preferible para la efectividad de ese derecho fundamental permitir la adopción de medidas cautelares que, de alguna manera, anticipan el contenido de esa tutela –pudiendo causar daños a terceros, que resultarán ilícitos en la medida en que el *fumus* del actor se demuestre luego inexistente–, estableciendo como contrapartida una asignación automática de responsabilidad por los daños y perjuicios causados al beneficiario de las medidas cautelares, con independencia del mayor o menor fundamento de su pretensión cautelar⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 129.

⁵⁵⁹ Y, en consonancia con ello, se predica en el art. 721.1 LEC que las medidas cautelares se adoptan siempre “bajo la responsabilidad” del solicitante.

⁵⁶⁰ *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, cit., p. 476-477. Se trata de un esquema que, como afirma Fernando GASCÓN INCHAUSTI, es perfectamente aplicable a la tutela cautelar. Para un examen sobre las reglas de atribución de la responsabilidad civil desde el punto de vista del *análisis económico del Derecho*, cfr. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, “Economic Analysis of Law”, *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, Working Paper nº 536, 2005.

⁵⁶¹ ORMAZABAL SÁNCHEZ justifica, de *lege ferenda*, la necesidad de fijar un régimen de responsabilidad predominantemente objetivo –a su juicio, en la actual LEC, el régimen es esencialmente culpabilístico– por los daños derivados de la adopción de las medidas cautelares alzadas utilizando, por analogía, el fundamento que explica la aplicación del criterio objetivo en materia de imposición de costas (garantizar la indemnidad del litigante cuya posición jurídica se juzga correcta). “La responsabilidad civil por alzamiento de medidas cautelares tras sentencia absoluta. Reflexiones al filo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes”, cit. p., 351.

Otra justificación adicional de esta técnica legislativa aparece expuesta en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 17 de noviembre de 2011⁵⁶²:

“Fue la demandante del proceso principal quien, con los datos de que disponía sobre los hechos objeto del litigio que ella instó, decidió pedir una medida de la trascendencia de la cesación de captación de clientes por la parte contraria, cuyos típicos efectos dañosos no podía desconocer, entre otras razones, por la insistencia con la cual la LEC lo recuerda, desde el artículo 728 (“el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”) hasta el ya citado 745. *En la situación de incerteza en que se adoptan las medidas cautelares, el solicitante dispone de mayor información que el juez y se halla, por tanto, en mejores condiciones para evaluar la probabilidad de estimación de las pretensiones de la demanda.* En ese sentido, claramente tendente a la objetividad de la responsabilidad, sin exigencia de una especial negligencia -ni menos todavía, dolo- en la actuación del solicitante, interpretamos los preceptos citados de la LEC”. [Cursiva añadida]

En definitiva, la otra razón de ser de la objetivación de la responsabilidad parece obedecer al hecho de que las medidas cautelares (siempre susceptibles, por definición, de provocar un perjuicio al demandado) se adopten por el órgano judicial realizando un juicio *indiciario*, mientras que se parte de la premisa de que el solicitante de la misma posee en este estadio procesal una mayor información que el órgano judicial, por lo que se halla con una mejor disposición para valorar si la demanda, cuya efectividad pretenden garantizar con la tutela cautelar interesada, será o no estimada. Esta “asimetría informativa” entre la parte y el juzgador parece determinante para justificar normativamente un criterio de responsabilidad objetiva, habiéndose apuntado también que esta regla responde al hecho de que, en la práctica, sea muy difícil determinar, *a posteriori*, la existencia de culpa en la actuación del solicitante de la tutela cautelar⁵⁶³.

⁵⁶² JUR 2012\95467; MP: Marta Rallo Ayezquren.

⁵⁶³ Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Comares, Granada, 1998, p. 477. También se ha señalado que la opción por la responsabilidad objetiva pretende favorecer que el juez que ha conocido de la medida, y que va a resolver el proceso principal, no quede “objetivamente contaminado” al realizar un juicio valorativo sobre la eventual temeridad de quien instó la medida. Al fijarse un sistema de responsabilidad objetiva, se releva al juez de realizar valoración alguna de su conducta en sede cautelar, de forma que dictará sentencia sin haberse formado un eventual perjuicio a su favor, o en su contra. (Cfr. Francisco RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 254).

El establecimiento de este sistema de responsabilidad objetiva es, por decirlo con la afortunada expresión de CALAMANDREI, “el precio de la rapidez⁵⁶⁴”.

6.3. ¿Es posible reclamar los daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares, que posteriormente son alzadas, a través de un proceso declarativo ulterior?

Finalmente, y en relación a los daños provocados por la adopción de medidas cautelares que después son alzadas, debemos pronunciarnos ahora sobre si es posible que, en vez de formularse la reclamación a través del incidente del artículo 712 LEC y ss., se plantee esa reclamación de daños y perjuicios en un procedimiento declarativo posterior.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, nº 375/2013, de 31 de octubre⁵⁶⁵, se ha mostrado abiertamente favorable a esta posibilidad, pues “esos preceptos no impiden que los particulares insten en procedimiento separado al cautelar para la efectividad de los derechos que les correspondan en razón a la reparación de los daños y perjuicios que se les hubiesen irrogado, renunciando, por tanto, al procedimiento digamos que privilegiado, el del artículo 742 -al que se remite el artículo 745-, que presupone, según el mismo, petición del demandado y es claramente sugerente o tendente a la responsabilidad objetiva, sin exigencia de una especial negligencia -ni, menos todavía, dolo- en la actuación del solicitante de la medida, estableciendo que se procederá a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada, remitiéndose, a la vez, al procedimiento del artículo 712 y siguientes de la misma Ley Procesal, en cuyo procedimiento no cabe discutir la responsabilidad del solicitante, sino que se presupone, ya que es un procedimiento encaminado a la pura liquidación de una deuda cierta aunque no cuantificada; y acudiendo al declarativo correspondiente, de mayores garantías, ejercitando la acción del artículo 1902 del Código Civil⁵⁶⁶”.

⁵⁶⁴ “[T]oda acción cautelar, que tiene entre sus condiciones la apariencia y no la existencia de derecho, lleva consigo cierto margen de error que constituye por decirlo así el precio de la rapidez y que debe naturalmente recaer sobre quien se favorezca con esa rapidez”, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. Sentis Melendo), Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 84.

⁵⁶⁵ JUR 2013\377543; MP: Manuel Nicolás Manzanares. La Sentencia de la AP de Granada nº 126/2012, de 16 de marzo (JUR 2012\345016; MP: José Requena Paredes) analiza la reclamación a través del procedimiento ordinario de los daños provocados por una medida cautelar adoptada en un proceso penal previo. Esta resolución acoge la reclamación formulada, si bien acude a la jurisprudencia del TS relativa al abuso del proceso para fundamentar la estimación de la demanda.

⁵⁶⁶ A favor también de admitir la vía del procedimiento declarativo posterior, si bien analizando la regulación anterior a la LEC 1/2000, se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de*

Podría argumentarse, a favor de esta tesis que, al igual que un litigante -si el título no judicial que posee es apto para ello-, puede optar por plantear, bien un procedimiento declarativo, bien un proceso de ejecución –o incluso acudir al proceso monitorio–, sin que el hecho de que el título sea ejecutivo le obligue necesariamente a acudir al proceso *ad hoc*, lo mismo podría decirse del perjudicado por las medidas acordadas⁵⁶⁷. De igual forma, el hecho de que el art. 126 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, contemple la posibilidad de reclamar la “responsabilidad general” -lo que parece apuntar a un proceso declarativo ulterior- derivada de las diligencias preliminares, apuntala esta conclusión⁵⁶⁸.

La jurisprudencia también parece respaldar esa posibilidad, y así la STS de 5 de noviembre de 1982⁵⁶⁹, si bien aplicando la LEC 1881, entiende que el perjudicado puede optar por reclamar los daños a través de un procedimiento declarativo ulterior, sin necesidad de hacerlo en el proceso precedente, argumentando, además, que el régimen sustantivo de responsabilidad en ese segundo proceso sería el objetivo, en atención a las normas especiales que establecían ese criterio en la LEC anterior.

La STS n° 565/2014, de 21 de octubre⁵⁷⁰, en un caso en el que se reclamaban en un proceso declarativo ordinario los daños causados por una anotación preventiva de la demanda acordada en un proceso civil anterior, confirma implícitamente esta posibilidad. Con mayor claridad, la STS n° 584/2015, de 29 de octubre⁵⁷¹, desestima una reclamación de daños procesales provocados por diversas medidas cautelares (adoptadas tanto en la jurisdicción civil, como en la penal), planteada a través de un proceso declarativo posterior, por falta de prueba de los daños causados, pero no por sostener que el cauce escogido por el actor fuera inadecuado (y afirmando claramente que el régimen fijado por la LEC para este tipo de daños procesales es de responsabilidad objetiva, aun cuando se reclamaran a través de un proceso declarativo posterior). La inmediatamente

medidas cautelares con carácter previo a la demanda, ob. cit. p., 136. También parece apoyar esta posición Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, ob. cit., p. 4.

⁵⁶⁷ De hecho, en algunos supuestos, y por mandato de la norma, el perjudicado por la medida cautelar contará con un título judicial que incluirá la condena expresa al pago de los daños y perjuicios causados (*vid.* art. 741.2 LEC).

⁵⁶⁸ Sobre las graves dudas interpretativas que generaba el precepto equivalente de la Ley de Patentes de 1986, dada su deficiente redacción (art. 139.3), véase ORTELLS RAMOS, *Proceso Civil Práctico* (VVAA), La Ley, Madrid, 2002, Tomo VII, p. 606; y también GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, cit., pp. 137-140.

⁵⁶⁹ RJ 1982\4738; MP: Antonio Sánchez Jáuregui.

⁵⁷⁰ RJ 2014\4900; MP: Antonio Salas Carceller.

⁵⁷¹ RJ 2015\4581; MP: Antonio Salas Carceller.

posterior STS nº 579/2015, de 3 de noviembre⁵⁷², confirma una condena fijada en la instancia por los daños y perjuicios provocados por una medida cautelar adoptada en un pleito precedente, sin oponer objeción alguna a la vía procedimental escogida.

Con todo, la cuestión me parece dudosa, fundamentalmente porque, de admitirse esta posibilidad, se estaría soslayando la competencia funcional atribuida por el legislador al juez -y no a cualquier otro- que adoptó la medida.

Esto es, acertadamente o no, la derivación a los trámites previstos en los artículos 712 y ss. para la cuantificación de los daños y perjuicios no solo determina un cauce procesal *ad hoc*, sino que atribuye al Juez que acordó la medida la decisión sobre la cuantificación de los daños causados por la misma, pues es plausible entender que es quien se encuentra en mejor disposición para realizar tal pronunciamiento.

En cualquier caso, de aceptarse la tesis sostenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, nº 335/2013, de 31 de octubre, no creemos que el régimen de responsabilidad aplicable fuera necesariamente el del art. 1902 CC, pues en los supuestos en los que la propia LEC establece una responsabilidad objetiva por esos daños, el acudir a una u otra vía procedimental no debería afectar a la regla de responsabilidad aplicable. Si la norma de la LEC impone para el caso concreto un criterio de responsabilidad objetiva, éste será igualmente aplicable en un eventual proceso declarativo ulterior, como con acierto puntualizó la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1982 (y refrendó posteriormente de forma explícita la STS nº 584/2015, de 29 de octubre⁵⁷³).

7. CONCLUSIONES

Recapitulando, del examen de los distintos casos en los que la LEC establece expresamente una responsabilidad indemnizatoria por los daños provocados por actuaciones procesales y su puesta en contraste con el régimen de

⁵⁷² RJ 2015\261645; MP: José Antonio Seijas Quintana.

⁵⁷³ En efecto, el TS señaló en esta última resolución que “[n]o obstante, conviene precisar la naturaleza de la acción de que se trata y en este sentido ha de afirmarse que el hecho de venir amparada en el artículo 1902 del Código Civil no ha de variar la propia consideración que el legislador ha hecho sobre el ejercicio de tal derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que hubiera podido causar la adopción de medidas cautelares, que pudieran calificarse de injustificadas según el resultado del proceso [...]De ahí que la configuración legal venga a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, pero condicionada en su exigencia a la demostración de los concretos daños o perjuicios sufridos”.

responsabilidad provocado por la litigación abusiva, cabe extraer las siguientes conclusiones:

(i) El ordenamiento procesal civil contempla varios supuestos de indemnización, a cargo del litigante que los provocó, de los denominados “daños procesales”. Ya sea por el ejercicio del derecho a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales establecido con carácter general por la LEC, por el ejercicio torticero de la acción ejecutiva contra terceros que carecen de legitimación pasiva, o bien por la solicitud de diligencias preliminares o de tutela cautelar –que es parte integrante (en el entendimiento de la mayoría de la doctrina) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva-, la ley procesal no tiene reparo alguno en derivar la responsabilidad de los daños procesales –incluso, en algunas ocasiones, con carácter objetivo- que pudieran causarse al litigante contrario, sin que se entienda que ello menoscabe su derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo anterior demuestra la superación por parte del legislador de la pemia formalista de que “quien usa de su derecho no hace daño a nadie”, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 –con más firmeza que su precedente- se encarga de establecer esa responsabilidad, en determinados supuestos, incluso cuando no haya mediado mala fe o negligencia en la actuación del litigante que ocasiona el daño, por el simple uso normal u ordinario de ese derecho.

(ii) Enlazando con la anterior conclusión, y a diferencia de los casos de litigación abusiva, en estos supuestos, salvo el del art. 538.4 LEC, la obligación de resarcir al perjudicado por los daños causados no se configura como un supuesto de abuso del Derecho o, dicho con mayor precisión, como un ejercicio abusivo del derecho a litigar. Se parte de la base de que la parte ha realizado un uso ordinario de su derecho –a ejecutar provisionalmente una sentencia o a solicitar la adopción de una diligencia preliminar o de una medida cautelar-, sin extralimitación alguna. Por tanto, en estos casos, la responsabilidad objetiva aparece, fundamentalmente, como la contrapartida que debe soportar quien se beneficia de una conducta de riesgo. Es el ya mencionado “precio de la rapidez procesal” que debe pagar, en todo caso, el beneficiario de la ejecución provisional o de la tutela cautelar, sin connotaciones culpabilísticas de ninguna clase. Ello explica, en parte, el diferente régimen de responsabilidad con respecto a los supuestos de litigación abusiva, en los que tal “rapidez” está ausente⁵⁷⁴ y el fundamento de la responsabilidad es otro.

⁵⁷⁴ Salvo supuestos muy específicos como la acción de tutela sumaria para la suspensión de obra nueva, y de ahí que su uso fraudulento sea recurrente. Cfr. MARTÍ MARTÍ, “La responsabilidad...”, cit., p. 44.

(iii) Aun con las excepciones –e imprecisiones- ya enunciadas, la LEC 1/2000 parece decantarse por objetivar la responsabilidad en la indemnización por los daños derivados de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, de la práctica de las diligencias preliminares y por la adopción de medidas cautelares, por las varias razones expuestas con anterioridad. Lo que nuevamente diferencia nítidamente estos casos de la litigación abusiva, donde se aplica siempre el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia (o derivado del ejercicio contrario a sus límites normales del derecho a la tutela judicial). Nótese, además, que –con las carencias advertidas- el criterio de atribución de la responsabilidad por daños se fija en la propia norma procesal, sin remisión al Código Civil. Y, además, se asigna un cauce procesal específico para su cuantificación, en aras de facilitar al perjudicado que vea resarcidos los daños con celeridad.

(iv) En especial, en lo que se refiere a la regulación de la responsabilidad derivada de la adopción de medidas cautelares que luego son alzadas –y al igual que ocurre con las costas procesales-, se ha apuntado que la atribución de la responsabilidad parece tener, en algunos casos, además de un carácter esencialmente indemnizatorio, una función sancionadora⁵⁷⁵. Por el contrario, en la litigación abusiva ese carácter –parcialmente- sancionador está por completo ausente. La acción de daños cumple, en este caso, una función netamente reparadora⁵⁷⁶.

8. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS PREVISTOS CONTRA LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

Interesa ahora hacer referencia a las normas que, al margen de la LEC 1/2000, imponen expresamente la responsabilidad indemnizatoria como consecuencia de determinadas actuaciones procesales abusivas. En el ámbito del Derecho privado esto ocurre señaladamente en la legislación concursal, de la que pueden destacarse los siguientes preceptos:

1.- En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 1034 del Código de Comercio de 1829, que establecía que “[r]evocada la declaración de quiebra por el auto de reposición, se tiene por no hecha, y no produce efecto alguno legal. El comerciante contra quien se dio podrá usar de su derecho en indemnización de

⁵⁷⁵ Sería el caso, por ejemplo, de las medidas cautelares adoptadas antes de la demanda, cuando ésta no se formaliza posteriormente dentro del plazo legalmente establecido. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, cit., p. 133.

⁵⁷⁶ Por mucho que, como efecto colateral, la responsabilidad civil extracontractual pueda tener un indudable efecto de prevención general (e incluso especial). Cfr. Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, p. 173.

daños y perjuicios, si se hubiese procedido en ella con dolo, falsedad o injusticia manifiesta”.

Por su parte, el artículo 885 del Código de Comercio de 1885 disponía que “[e]l comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores, podrá ejercitar contra estos acción de daños y perjuicios, si hubieran procedido con malicia⁵⁷⁷, falsedad⁵⁷⁸ o injusticia manifiesta⁵⁷⁹”.

En términos parecidos, el artículo 1169 de la LEC 1881 -en relación al antiguo concurso de acreedores- establecía que quedaría a salvo el derecho del deudor “para reclamar del acreedor a cuya instancia se hubiera declarado el concurso, la indemnización de daños y perjuicios, cuando el último haya procedido con dolo o falsedad. Esta reclamación se deducirá en los mismos autos en que haya recaído dicha sentencia, y se sustanciará por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía”.

Dada la muy escasa utilización del proceso de concurso de acreedores de la LEC 1881, la mayoría de los pronunciamientos judiciales se produjeron en relación a solicitudes infundadas de quiebra⁵⁸⁰. En estos casos, la jurisprudencia se encargó de precisar lo siguiente:

⁵⁷⁷ La doctrina sostuvo de forma mayoritaria que los conceptos de dolo y malicia eran coincidentes. Para Alfonso GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, “[n]o cabe duda que nos encontramos ante un concepto único. El dolo es malicioso, la malicia es dolosa”. *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power C. o Ltd.*, Elzeviriana, Barcelona, 1953, p. 233. En el mismo sentido, José Antonio RAMÍREZ LÓPEZ, *La Quiebra*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1998, p. 798.

⁵⁷⁸ Siguiendo a José Antonio RAMÍREZ LÓPEZ, ob. cit., p. 798, “habremos de entender que la falsedad a que nos venimos refiriendo lo mismo puede darse en el título aportado para solicitar o mantener la quiebra, que en los hechos que se dieron por fundamento de ella”.

⁵⁷⁹ Sobre este punto, a falta de pronunciamientos del TS, existió un cierto debate doctrinal entre quienes -acertadamente, a nuestro entender- equiparaban la “injusticia manifiesta” con el abuso de derecho (RAMÍREZ LÓPEZ, ob. cit., p. 799) y los que se oponían a tal caracterización, al sostener que en el caso de la injusticia manifiesta, más que abuso de derecho, existía una “manifiesta infracción de preceptos legales” (GARCÍA- VALDECASAS Y GARCÍA- VALDECASAS, ob. cit., p. 236). Si bien se mira, ésta última posición sigue la estela de lo afirmado en su día por PLANIOL, que negaba que la figura de abuso del Derecho pudiera darse. Tesis, deudora de un planteamiento formalista, ya superada por la doctrina y la jurisprudencia, aunque de forma aislada, algún autor la siga sosteniendo. Cfr. Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *El abuso del Derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, primera reimpression, 1999.

⁵⁸⁰ Aun cuando la Ley Concursal derogó el art. 885 CCom 1885, de conformidad con la disposición transitoria primera de aquella norma los procedimientos de quiebra que se encontraran en tramitación a la entrada en vigor de la LC seguirían rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, salvo las excepciones que la propia LC establecía, entre las que no se encontraba la responsabilidad del instante de la quiebra. Es más, como se encarga de recordar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, nº 212/2008 (JUR 2009\82045; MP: Luis Garrido Espá), “[n]o es óbice a la aplicación de la norma especialmente prevista en el Código de Comercio para enjuiciar la responsabilidad del instante de la quiebra que el procedimiento de

(i) El perjudicado podía instar la declaración judicial de que el acreedor obró con “malicia, falsedad o injusticia manifiesta”, alternativamente, bien en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, bien en un posterior juicio declarativo⁵⁸¹. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1988⁵⁸², entendiendo correcta la antigua jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (expresada en las SSTs de 17 de octubre de 1933⁵⁸³ y 24 de febrero de 1934⁵⁸⁴) confirma que, para haber lugar a la acción de responsabilidad del art. 885 del Código de Comercio, es preciso “que el dolo, falsedad o injusticia manifiesta del acreedor que solicita la declaración de quiebra se haya probado, bien sea en el propio incidente y en el de mayor cuantía a que dicho precepto se refiere, prueba, que cual ha quedado expuesto aquí, no ha tenido lugar”. Criterio que sería implícitamente refrendado –aunque de forma ambigua– por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo nº 486/2003, de 13 de mayo.⁵⁸⁵

(ii) Si el perjudicado optaba por la primera vía –solicitar expresamente un pronunciamiento en ese sentido al oponerse a la declaración de quiebra–, el indicado pronunciamiento judicial formulado al respecto en el incidente de oposición vinculaba al juez que, en un proceso declarativo posterior, tuviera que dirimir una acción de responsabilidad civil fundamentada en el art. 885 del Código de Comercio. Se entendía así por el Tribunal Supremo que, por el efecto positivo de la cosa juzgada material, de haberse discutido este extremo en el incidente de oposición, lo decidido allí tenía una eficacia vinculante, sin que en el declarativo posterior pudiera discutirse este extremo (luego ese procedimiento ulterior solo tenía sentido si se había obtenido previamente un pronunciamiento favorable en el incidente de oposición). Ahora bien, sí podía discutirse este extremo en el procedimiento declarativo posterior, en el caso de que el perjudicado, en el incidente de oposición a la solicitud de quiebra, se hubiera

quiebra de Soc. S.L. ya hubiera concluido al ser presentada la demanda de responsabilidad y estando ya en vigor la LC, ya que la demanda trae causa de la quiebra...”

⁵⁸¹ Ahora bien, en el primer caso, aun obtenida tal declaración judicial, el perjudicado debía instar el correspondiente juicio declarativo de mayor cuantía para cuantificar los daños y obtener la condena judicial a su pago. Regulación que, por su innecesaria complejidad, fue objeto de fundadas críticas en su momento: “Sencillamente, para el acreedor –que puede pedir la quiebra con imprudencia y aun dolo y falsedad– las máximas facilidades; para el quebrado –que fue hundido, a lo mejor por la malicia de un acreedor doloso–, las mayores dificultades”. José Antonio RAMÍREZ LÓPEZ, *La Quiebra*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1998, p. 791.

⁵⁸² RJ 1988\4088; MP: Mariano Martín-Granizo Fernández.

⁵⁸³ RJ 1933\365.

⁵⁸⁴ RJ 1934\282.

⁵⁸⁵ RJ 2003\3903; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. En el mismo sentido, pero de forma más clara, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, nº 76/2003, de 14 de octubre (JUR 2014\87291; MP: Ramón Fernando Rodríguez Jackson).

reservado esta posibilidad, sin formular allí una pretensión explícita de que se declarara que el acreedor actuó con malicia, falsedad o injusticia manifiesta.

La anteriormente mencionada STS nº 486/2003, de 13 de mayo⁵⁸⁶, explica esta vinculación prejudicial:

“...por lo que sobre este punto existía una resolución judicial por lo que no cabe entrar a conocer en un procedimiento posterior de la misma materia, y ello, aunque en el fallo, por un simple error material se hiciera reserva de las acciones para reclamar las indemnizaciones procedentes de una declaración de quiebra instada, o mantenida con un dolo, falsedad o injusticia notoria, que previamente en su fundamentación, se había declarado que no existía, declaración esta que, se hizo en un procedimiento anterior, con independencia de que se entienda o no, que es en ese procedimiento donde únicamente ha de procederse a llevar a efecto tal declaración. Por lo que concluyeron que no procedía entablar el juicio para exigir esa indemnización cuando previamente y por el propio órgano judicial se había pronunciado, que no concurrían los supuestos básicos para ser exigida, a saber: el de dolo, falsedad o injusticia notoria”.

Este razonamiento es útil para nuestra investigación, pues puede servir para calibrar la relevancia que, para el segundo proceso –en el que se reclaman los daños y perjuicios provocados por un proceso abusivo precedente–, tiene la declaración judicial, a efectos de la imposición de costas, sobre la temeridad del litigante abusivo. A mi juicio, no cabe establecer un paralelismo entre ambos supuestos, pues en el caso de la acción del art. 885 del Código de Comercio la posibilidad de que, a instancia del perjudicado, se formulara la declaración de haber procedido el acreedor con dolo, falsedad o injusticia manifiesta, es una pretensión que en el resto de procesos civiles utilizados de forma abusiva no puede plantearse por el perjudicado⁵⁸⁷, salvo en lo relativo a la limitación del importe de la condena en costas del art. 394.3 LEC .

El factor determinante es, a mi juicio, que la cuestión relativa a la eventual falta de razón derecha para litigar –en el supuesto de que el perjudicado solicitara la declaración judicial del dolo o temeridad en la incoación del proceso concursal– no era objeto de análisis al mismo nivel en el incidente de oposición a la quiebra, que en un pronunciamiento puntual en la sentencia, en el apartado relativo a las

⁵⁸⁶ RJ 2003\3903; MP; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

⁵⁸⁷ Como se verá en su momento, no es viable la formulación de una pretensión reconvenzional en ese sentido pues, al margen de otras consideraciones, el demandado no conoce en ese momento el alcance del daño que tal acción abusiva en su contra va a ocasionarle, sin que sea posible derivar la cuantificación al trámite de ejecución de sentencia, por impedirlo el art. 219.1 LEC.

costas. En el primer caso, se producía un debate contradictorio específico al respecto –a instancia de parte-, mientras que en el segundo nos encontramos ante una decisión judicial que se adopta sin que exista un incidente específico de alegaciones y prueba *ad hoc*. Mientras que, en el primer caso, el instante de la quiebra tenía la oportunidad de argumentar y acreditar por qué su petición de concurso necesario no era maliciosa o negligente, en el segundo el juez adopta una decisión basada en el devenir el proceso ante él tramitado –y en la conducta previa de las partes-, pero sin que se sustancie un debate específico, y sin que se permita, en principio, la aportación de elementos probatorios específicos que permitieran inferir que no obró con temeridad o mala fe.

(iii) La jurisprudencia también declaró que a este supuesto concreto de litigación abusiva no le era aplicable el régimen general de responsabilidad civil del art. 1902 CC, sino que, por aplicación del principio de especialidad (*lex specialis*), a estas reclamaciones les era aplicable el art. 885 del Código de Comercio. Si bien es cierto que este precepto exigía, para declarar la responsabilidad en casos en que no existiera dolo o falsedad, la existencia de una negligencia cualificada –“injusticia manifiesta”-, lo que parecía, aparentemente, elevar el listón del nivel de diligencia exigible *ex art.* 1902 CC, lo cierto es que en la práctica judicial las diferencias se difuminaron. En efecto, la inexistencia de *iusta causa litigandi* –se enunciara formalmente o no este concepto- era igualmente el criterio determinante de la responsabilidad del acreedor que promovió la declaración de quiebra. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, nº 212/2008⁵⁸⁸ constituye una evidencia de lo anterior, cuando rechaza la indemnización solicitada con base en la siguiente argumentación:

“[D]ebe confirmarse la conclusión que alcanza la sentencia apelada, dado que, en nuestra revisión, tras la valoración de los datos que han quedado expuestos (en el anterior Fundamento segundo), no apreciamos que el BSCH hubiera actuado con los componentes subjetivos que refiere el precepto aplicable, ni tampoco con abuso de derecho en el uso del mecanismo judicial, por inexistencia de *iusta causa litigandi*, reveladora de un exceso o anomalía en el ejercicio de un derecho o de un ánimo subjetivo de perjudicar, sin un fin serio y legítimo”.

(iv) Como se desprende del propio tenor literal del precepto y recuerda el Tribunal Supremo, “es indispensable haber obtenido la revocación de la quiebra para poder ejercitar la acción indemnizatoria que concede el art. 885 del Código de Comercio contra los acreedores que hubiese solicitado aquella con malicia, falsedad o injusticia manifiestas [...] circunstancias que han de ser probadas por

⁵⁸⁸ JUR 2009\82045; MP: Luis Garrido Espá.

el quebrado en cuanto que son presupuesto de la pretensión por la que se acciona, además de tener que probar los perjuicios cuya reparación reclame, todo ello en perfecta correspondencia con lo prevenido en el art. 1214 CC⁵⁸⁹. Esto es, no era suficiente con la mera revocación de la quiebra para que el instante deviniera automáticamente obligado al pago de los daños derivados del tal declaración –a pesar de haberse reputado finalmente como infundada–, sino que se precisaba la acreditación del dolo o la negligencia cualificada (“injusticia manifiesta”) en la conducta del acreedor, así como la prueba de la relación de causalidad. En la práctica, este sistema de atribución de responsabilidad por culpa determinó el fracaso de la inmensa mayoría de las reclamaciones planteadas⁵⁹⁰.

El criterio restrictivo aplicado por la jurisprudencia se hizo especialmente patente en relación a la indemnización por los daños morales derivados de una declaración infundada de quiebra. Es paradigmática a este respecto la STS de 19 de febrero de 2002⁵⁹¹ que, sin negar en abstracto su posible existencia y la correlativa obligación de resarcirlos, aboga por un criterio altamente restrictivo.

En efecto, esa resolución, casando la sentencia de instancia, deja sin efecto la condena a su pago, exigiendo un estándar probatorio difícilmente compatible con la naturaleza de este tipo de daños:

“Se sustenta el motivo en una falta de prueba del daño moral por el que se impone condena indemnizatoria en la sentencia recurrida y es cierto que ésta, manteniendo la denegación indemnizatoria por falta de prueba que se hizo en la primera instancia respecto a perjuicios de índole patrimonial,

⁵⁸⁹ STS de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002\4144; MP: José Vázquez Sandes).

⁵⁹⁰ Y ello a pesar de los graves daños patrimoniales que se derivaban de una declaración de quiebra posteriormente revocada, ya que, como apuntó PRIETO-CASTRO CASTILLO, “en nuestro Derecho el auto declarativo (de la quiebra) es análogo al auto por el cual se despacha la ejecución singular del artículo 1440 LEC, tanto en sus requisitos previos como en su contenido y consecuencias ejecutivas”, “Naturaleza jurídica del concurso y de la quiebra”, *Revista de Derecho Procesal*, 1945, Tomo XI, p. 63. En relación a la impugnación abusiva de un convenio en el seno de una suspensión de pagos, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a) n° 338/2006, de 29 de junio (JUR 2009\176484; MP: Luis Garrido Esplá). Esta resolución desestima la reclamación de los daños a pesar de calificar como antijurídica de la conducta de los impugnantes (que representaban solo el 0.2% del pasivo), al no entender acreditada su existencia, ni el nexo causal. Con dicha impugnación –carente por completo de fundamento–, esos acreedores buscaban forzar al deudor para que abonara sus créditos “con quiebra del principio *par conditio creditorum*”. También se ha detectado la interposición abusiva de recursos contra los autos de homologación de los acuerdos de refinanciación, ya que “[c]on esta estrategia se puede bloquear, además, el acceso del deudor a una nueva homologación, dado que es preciso que transcurra un año desde la anterior (lo cual no parece posible hasta que se haya dictado sentencia firme) [...] otro de los efectos que pueden buscarse es la demora en la aplicación de los efectos del acuerdo de refinanciación (por ejemplo, la aplicación del nuevo calendario de amortizaciones). Cfr. Carlos DE CÁRDENAS SMITH, “Presente y futuro de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Diario La Ley*, n° 8896, 9 de enero de 2017, p. 12 (versión digital).

⁵⁹¹ RJ 2002\4144; MP: José Ramón Vázquez Sandes.

empieza por establecer y partir de una suposición –«fácil es entender que para todo comerciante ha de derivarse un perjuicio de la situación atravesada al ser decretado su estado legal de quiebra»–, señala que al momento de instarse la quiebra «ciertamente en esas fechas la situación del negocio de éstos (de los aquí actores) fuese de sobreseimiento general de sus obligaciones», habiendo igualmente anticipado que la quiebra no estuvo incorrectamente declarada y destacado la inexistencia entonces de actividad comercial de los demandantes, la insolvencia de su negocio y el sostenimiento de la declaración de quiebra durante nueve meses y, por fin, en un rechazo de todo lo negativo, deriva a concluir «sin que todo ello constituya óbice a la necesaria afirmación de que los ahora actores sufrieron un evidente perjuicio de índole moral al decretarse la quiebra y sostenerse tal situación durante al menos nueve meses», en un automatismo que contradice, en este su último discurrir, sus propias aseveraciones anteriores hasta concluir en una cuantificación indemnizatoria mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil con invocación de la «equidad» que, por los razonamientos que precedentemente emplea, con sólo la cita del vocablo, parece obtenerse de la pluralidad de pleitos sostenidos por otros motivos entre las mismas partes hasta relacionarlos con la declaración de quiebra dentro de cuyos exclusivos límites ha de decidirse este procedimiento que nos ocupa, sin rebasarlos como se hace, prescindiendo de lo prevenido en el artículo 3.2 del Código Civil y de lo establecido en las sentencias de 3 de febrero y 18 de julio de 1986 y 16 de octubre de 1990 siendo, como es, elemento ponderador en la interpretación de la norma, no libre y discrecional, sino relativa y legalista, que no puede suplir ninguna falta de prueba y, ante esas carencias de prueba y contradicciones, el motivo de recurso ha de prosperar”.

Este criterio sumamente exigente en cuanto a la acreditación de los presupuestos necesarios para la estimación de la acción de daños también fue seguido por la denominada jurisprudencia menor, de la que es exponente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, nº 76/2003, de 14 de octubre⁵⁹², que igualmente rechaza la indemnización por los presuntos daños morales irrogados argumentando que “tampoco se han acreditado los supuestos perjuicios morales derivados del arresto, que dice haber sufrido en presencia de sus hijos (lo que tampoco se ha acreditado), siendo así que el daño moral debe ser igualmente acreditado, sin que pueda presumirse su existencia, y sin que este Tribunal deba

⁵⁹² JUR 2004\87291; MP: Ramón Fernando Rodríguez Jackson.

suplir la falta absoluta de actividad probatoria que se ha patentizado a lo largo de todo el procedimiento⁵⁹³”.

2.- En segundo lugar, debe hacerse alusión al vigente art. 20.1 *in fine* de la Ley Concursal, que señala que, “[e]n caso de desestimación de la solicitud de concurso [necesario], una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor y por los trámites de los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa”.

En relación a este precepto debe hacerse constar que, separándose de sus precedentes legislativos, se instaura un régimen de responsabilidad objetiva en los supuestos de desestimación de la solicitud de concurso instada por un acreedor. Se prescinde de la exigencia de concurrencia de culpa o dolo en la solicitud del acreedor, que en la legislación anterior era demandada de forma muy acusada, como ya hemos visto⁵⁹⁴.

Precisamente, el contraste entre la dicción del art. 20.1 LC y la de sus antecedentes históricos –que aludían expresa y rotundamente al “dolo, falsedad o injusticia manifiesta” del acreedor instante del proceso concursal- nos lleva a considerar que el legislador ha optado resueltamente por un cambio de criterio en la atribución de la responsabilidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal –como ya se ha indicado-, la responsabilidad civil derivada de la utilización espuria del proceso concursal por parte de los acreedores estaba sujeta a un régimen de responsabilidad por culpa similar, en términos generales, al resto de supuestos de litigación abusiva. La LC rompe con esa equiparación.

⁵⁹³ Compárese este criterio restrictivo con, por ejemplo, el empleado por la STS núm. 366/2010 de 15 junio (RJ 2010\5151; MP: Juan Antonio Xiol Ríos): “Considerado, pues, por la sentencia recurrida implícitamente como existente el daño que la sentencia de primera instancia declara probado; descrito éste como una serie de acontecimientos que suponen un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y demostrado igualmente que este daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada, que la sentencia recurrida considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 CC, que obliga al deudor a responder de los daños morales causados”. Yendo más allá, la STS de 19 abril 2007 (RJ 2007\2071; MP: Encarnación Roca Trías) sostiene que “...los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino que lo que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción.”

⁵⁹⁴ En sentido contrario a la interpretación que aquí defendemos, Faustino CORDÓN MORENO, basándose en la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, sostiene que sigue siendo preciso, para el nacimiento de la obligación de indemnizar *ex. art. 20 LC*, que el promotor del concurso actúe igualmente con “malicia, falsedad o injusticia manifiesta”. *Proceso Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 84.

El cambio operado por la LC parece obedecer al grave quebranto patrimonial que la solicitud de concurso necesario puede ocasionar al deudor. En efecto, la mera solicitud de admisión a trámite del concurso por un acreedor puede provocar, mientras el incidente de oposición se dilucida, un apreciable daño para la imagen del deudor en el mercado, y ello al margen de los perjuicios causados de forma específica por las medidas cautelares previas que puedan adoptarse al amparo del art. 17. LC. La puesta en cuestión de su solvencia puede provocar, como consecuencia de la estigmatización del deudor, perjuicios fáciles de imaginar⁵⁹⁵ (es dudoso que un tercero se avenga a contratar con una persona, física o jurídica, contra la que pende una posible declaración de concurso, los terceros ya obligados pueden demorar el cumplimiento de sus prestaciones a la espera de lo que suceda en el incidente, etc.).

La experiencia demuestra que este tipo de solicitudes, aunque sean infundadas, generan una distorsión en el mercado, constituyendo un caso típico de “profecía auto-cumplida⁵⁹⁶”: la simple puesta en tela de juicio de la solvencia de un comerciante⁵⁹⁷ puede acabar provocando, a la postre, una situación de insolvencia que, paradójicamente, no existía –o no con tal intensidad- cuando esa solicitud se formuló⁵⁹⁸.

De otro lado, la amenaza de la solicitud del concurso es también un arma del acreedor que pretende que su crédito le sea satisfecho sin tener que esperar a que, si el deudor no lo hace voluntariamente, se dicte la resolución judicial correspondiente que le condene al pago⁵⁹⁹. De este modo, esta solicitud puede, utilizada de forma indebida, convertirse en un instrumento coactivo para forzar al deudor a dar prevalencia al crédito de aquel acreedor que amenace con

⁵⁹⁵ Cfr. Pablo ARRAIZA JIMÉNEZ, *Practicum concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, VVAA, 2015, p. 149.

⁵⁹⁶ Sobre la *self-fulfilling prophecy* en el ámbito concursal, *vid. The law and practice of restructuring in the UK and US* (ed. Cris MALLON y Shai WAISMAN), Oxford University Press, VVAA, Oxford, 2011, p. 134.

⁵⁹⁷ Siendo cierto que la solicitud de concurso puede promoverse frente a personas, físicas y jurídicas, que no sean comerciantes (art. 1.1 LC), es innegable que la inmensa mayoría de los concursos voluntarios que se declaran son de empresarios.

⁵⁹⁸ Piénsese, por ejemplo, la hipótesis de un litigante abusivo que formula una solicitud infundada de concurso necesario contra un competidor, con el fin de aprovecharse en el mercado de ese daño reputacional provocado artificialmente por él mismo.

⁵⁹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012\10415, MP: Ignacio Sancho Gargallo) confirma la rescisión de un pago realizado a un acreedor que interesó el concurso necesario de la sociedad deudora (solicitud de la que desistió al serle abonado su crédito por la concursada), en el seno del posterior concurso voluntario de la entidad, por entender que perjudicó a la masa activa.

promover un proceso concursal.⁶⁰⁰ Lo que pone en evidencia que nos encontramos ante un –potencial- supuesto prototípico de litigación abusiva: el uso instrumental de un proceso con una finalidad distinta al fin para el que institucionalmente fue creado.

En sentido inverso, debe hacerse notar que el Tribunal Supremo ha alertado también de la posibilidad de que se intenten dejar sin efecto solicitudes legítimas de concurso necesario formuladas por un acreedor –o impedir que éste intervenga en el proceso concursal- bajo la argucia de formular la sociedad afectada una querrela contra el acreedor, poniendo en duda así la existencia real de su crédito. Es decir, se provocaría una situación de prejudicialidad penal artificial que provocaría que el crédito fuera contingente por “litigioso”. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 548/2016, de 20 septiembre⁶⁰¹, expone ese peligro con claridad:

“Existe un riesgo de que al amparo de esta doctrina se abuse de denuncias o querrelas penales infundadas, que persigan dilatar el reconocimiento efectivo de un crédito por su cuantía. Sobre todo para impedir la participación del titular de este crédito en la aprobación del convenio. De ahí que la mera apertura de unas diligencias penales relacionadas con el crédito no sea suficiente para considerar litigioso el crédito”.

En esa misma sentencia, el Alto Tribunal, para evitar un uso abusivo de la prejudicialidad penal en este ámbito –y muy especialmente, que se prive a un acreedor con un crédito relevante de pronunciarse sobre la aprobación de un eventual convenio-, recuerda que “[e]s necesario que la administración concursal y, en su caso, el juez del concurso que conozca del incidente de reconocimiento de crédito, aprecien que las diligencias penales entrañan una clara y seria controversia sobre la realidad y existencia del crédito”.

Ante la trascendencia patrimonial que para el deudor tiene la mera solicitud de declaración de concurso, la LC ha optado –acertadamente, a nuestro juicio- por fijar un régimen de responsabilidad objetivo similar al instaurado por la LEC 1/2000 al regular las consecuencias del alzamiento de las medidas cautelares⁶⁰².

⁶⁰⁰ Cfr. Héctor Hugo CÁRDENAS, “El abuso del Derecho en las demandas de quiebra”, en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ob. cit., pp. 369-381.

⁶⁰¹ JUR 2016\204921; MP: Ignacio Sancho Gargallo.

⁶⁰² La similitud de las consecuencias derivadas de la adopción de determinadas medidas cautelares y de la declaración de quiebra –y la conveniencia de igualar las consecuencias de su uso indebido por parte del acreedor- había sido ya advertida por la doctrina desde antiguo. Cfr. José Antonio RAMÍREZ LÓPEZ, *La Quiebra*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 792-795, así como la bibliografía allí citada.

Aun cuando, como ya se ha dicho, es cierto que la solicitud de forma indebida del concurso necesario presenta las características típicas del abuso del proceso – en este caso, obviamente, del procedimiento concursal-, el elevado riesgo de daños irreparables –o de difícil resarcimiento o cuantificación- inherente, específicamente, a la solicitud del concurso de acreedores forzoso de un tercero, aconseja darle un tratamiento normativo diferenciado, y aplicarle el régimen de responsabilidad que mejor se ajusta a su potencial aptitud de producir daños patrimoniales muy acusados: la objetiva o por riesgo.

Nótense, adicionalmente, las dificultades de prueba que existirán a la hora de acreditar, por ejemplo, por qué determinado negocio dejó de celebrarse al estar pendiente la decisión sobre la solicitud de concurso promovida por un acreedor⁶⁰³. Dificultades probatorias empíricamente acreditadas, pues no ha sido posible localizar, en los repertorios de jurisprudencia, ni una sola sentencia que reconozca y condene al pago de tales daños de entre todas las escasas resoluciones judiciales que han resuelto reclamaciones judiciales al amparo del art. 885 del Código de Comercio⁶⁰⁴.

Finalmente, no creo que deba descartarse tampoco que, además del sustento puramente indemnizatorio, la responsabilidad automática establecida por el art. 20. 1 LC tenga una finalidad parcialmente punitiva, en orden a prevenir –dados los intereses en juego- un uso descuidado u oportunista de la facultad de instar judicialmente el concurso de un deudor.

Pero el cambio no se reduce al criterio de responsabilidad, sino que también afecta a sus presupuestos procesales (anteriormente era necesario que el concurso o quiebra se hubiera llegado a declarar, lo que no exige la Ley Concursal) y al procedimiento para la determinación y cuantificación de los daños⁶⁰⁵.

En efecto, con arreglo a la normativa anterior (arts. 885 del Código de Comercio de 1885 y 1169 LEC 1881) el nacimiento de la responsabilidad se anudaba a la existencia de una previa declaración judicial de quiebra, que después era

⁶⁰³ Ahora bien, conviene hacer notar que estableciendo un régimen de responsabilidad objetiva no se facilita la acreditación por el perjudicado del importe de los daños sufridos, que deberá probar igualmente, sea cual sea el criterio de asignación de responsabilidad (objetiva o subjetiva). Pero al menos se le permite concentrarse en probar ese extremo, relevándosele de la necesidad de tener que acreditar adicionalmente el elemento culpabilístico en la conducta del solicitante del concurso.

⁶⁰⁴ La única resolución judicial favorable a indemnizar al quebrado de la que hemos tenido conocimiento es la Sentencia de la Sección 4ª de la AP de Murcia de 2 de julio de 1996, que fue casada por la posterior STS 78/2002, de 19 de febrero (RJ 2002\4144; MP: José Ramón Vázquez Sandes), que ya ha sido analizada.

⁶⁰⁵ Juan GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la Ley Concursal*, VVAA, Bosch, Barcelona, 2004, p. 204.

revocada, exigiéndose “malicia, falsedad o injusticia manifiesta” por parte del acreedor que promovía indebidamente el proceso concursal. Ahora, el art. 20.1 LC contempla la atribución de responsabilidad al acreedor *por la mera solicitud* de concurso necesario que es rechazada por el órgano judicial.

Lamentablemente, nada prevé la LC para el supuesto de que el Auto declarando el concurso necesario sea revocado en apelación. En este caso, los daños serán, de suyo, mucho mayores que los previstos en el art. 20.1, pues la interposición del recurso –salvo que el juez excepcionalmente así lo acordare– no tiene efectos suspensivos (art. 20.2 LC). Ante esta laguna legal, creo apropiado aplicar, por analogía, el régimen indemnizatorio previsto para los supuestos de rechazo de la solicitud de concurso instado por un acreedor. En sentido contrario, podría alegarse que, en estos casos, la existencia de una inicial resolución judicial favorable avalaría de alguna forma la pretensión del acreedor. No obstante, entiendo que, al tratarse, en esencia, de un caso de responsabilidad objetiva o por riesgo, este extremo deviene irrelevante⁶⁰⁶.

En lo relativo al procedimiento de reclamación de los daños, con anterioridad a la Ley Concursal debían ser reclamados por medio del juicio ordinario de mayor cuantía, dentro de los autos de la quiebra, mientras que con arreglo al art. 20.1 LC el cauce procesal es el procedimiento regulado por los arts. 712 y ss. LEC. De forma poco congruente con el principio de rogación que informa nuestro ordenamiento procesal civil, el art. 20.1 LC dispone que una vez determinados los daños y perjuicios irrogados, “se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa”. Lo que parece imponer al Juez de lo Mercantil⁶⁰⁷, de oficio, que vele por el efectivo resarcimiento del perjudicado⁶⁰⁸.

Para acabar, debemos mencionar el art. 17.3 LC que, en relación a las medidas cautelares que el acreedor puede instar antes de la declaración de concurso,

⁶⁰⁶ En el peor de los casos, si no entendiera admisible colmar esta laguna mediante la aplicación analógica del art 20.1 LC -tal y como proponemos-, el perjudicado podría al menos reclamar los daños causados con base en los arts. 1902 y 7.2 CC, si bien, lógicamente, acreditando la concurrencia de los presupuestos necesarios para activar la responsabilidad por culpa o dolo y/o abuso de derecho.

⁶⁰⁷ O al juez de primera instancia cuando se trate de solicitudes de concurso de personas naturales no empresarias, según se desprende art. 85 LOPJ tras la modificación operada por la Ley 7/2015, de 21 de julio.

⁶⁰⁸ Este llamativo apartamiento del principio de justicia rogada no está, a mi juicio, justificado. No creo que exista un “interés público” en disuadir a los acreedores de presentar solicitudes infundadas de concurso de tal magnitud que aconseje quebrar el principio de rogación. Desde luego, este tipo de solicitudes infundadas no son habituales en la praxis forense. Al igual que corresponderá al deudor perjudicado instar la cuantificación de los daños a través del cauce previsto en el art. 712 LEC y siguientes, debería ser éste quien instara su ejecución forzosa, para el caso de que el acreedor no abonara voluntariamente el montante de la indemnización.

dispone que “[e]l juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada”. Sin embargo, la LC tampoco contiene precepto alguno que regule la exacción de los daños y perjuicios derivados de las medidas cautelares alzadas -ni el criterio de imposición de responsabilidad-, de forma que entiendo aplicable, supletoriamente, lo previsto con carácter general para las medidas cautelares en la LEC (régimen de responsabilidad objetiva).

CAPÍTULO IV. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL ABUSO DEL PROCESO.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ABUSO DEL PROCESO. 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN. LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR. 3. SISTEMAS PREVENTIVOS VS. SISTEMAS REACCIONALES. 4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 5. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL PROCESO CIVIL. 6. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL PROCESO Y SU EVENTUAL COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 7. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD. 7.1. El principio de proporcionalidad. 7.1.1. Aplicación del juicio de adecuación. 7.1.2. Aplicación del juicio de necesidad. 7.1.3. Aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. 7.2. El principio de razonabilidad. 8. LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA. 8.1. ¿Existe en nuestro Derecho Privado la obligación general de no dañar a terceros? 8.2. La prohibición del abuso del Derecho: su rango normativo. 8.3. El rango constitucional del Derecho de daños. 9. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD. 10. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ABUSO DEL PROCESO

El llamado “derecho a la jurisdicción”, calificado por el Tribunal Constitucional como la primera faceta “en orden lógico y cronológico”⁶⁰⁹ dentro de la esfera de los derechos procesales deducibles en la cláusula general del derecho a la tutela judicial efectiva⁶¹⁰ del art. 24.1 CE 1978, ha sido denominado en ocasiones por el Tribunal Constitucional como derecho de “acceso al proceso”⁶¹¹, derecho “de acción” o “a la acción”⁶¹² o “derecho de acceso a la justicia”.⁶¹³

⁶⁰⁹ STC 115/1984, de 3 de diciembre (RTC 1984/115; MP: Gloria Begué Cantón).

⁶¹⁰ Para un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las seis facetas/derechos en que se concreta la cláusula general del artículo 24.1 CE (acceso a la jurisdicción, acceso al recurso, interdicción de la indefensión, resolución fundada en Derecho – con su trilogía: motivación, razonabilidad y no error patente–, intangibilidad de resoluciones judiciales firmes y derecho a la ejecución) cfr. Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, “Crónica sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)” en *La Reforma Constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Cuadernos y Debates nº 198, CEPC, Madrid, 2009, pp. 287-428.

⁶¹¹ STC 46/1982, de 11 de julio (RTC 1982/46; MP: Plácido Fernández Vargas).

⁶¹² STC 22/1985, de 15 de febrero (RTC 1985/22; MP: Francisco Rubio Llorente).

⁶¹³ STC 90/1983, de 7 de noviembre (RTC 1983/90; MP: Rafael Gómez-Ferrer Morant).

Como señala CABAÑAS GARCÍA⁶¹⁴, su reconocimiento tuvo lugar ya en la primera Sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 1/1981, de 26 de enero, dato que revela su importancia y esencialidad; esencialidad también otorgada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos al derecho de acceso a los tribunales, desarrollado por la Corte de Estrasburgo con base en el artículo 6.1 del Convenio a partir de la Sentencia del asunto *Golder contra el Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975⁶¹⁵. Por su parte, el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que “[t]oda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”.

En una primera aproximación, debe hacerse notar que bajo el enunciado de “derecho de acceso a la jurisdicción” el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo protegida no solamente la garantía del ciudadano de poder dirigirse a un órgano judicial (esto es, “tener acceso”, en sentido estricto, a los órganos jurisdiccionales mediante la formulación de peticiones de tutela). Para el TC también está integrado en ese derecho que “el acceso” lleve aparejado la tramitación del proceso en todas sus fases y que, al final del mismo, se dicte por el órgano judicial una decisión de fondo resolutoria de la controversia planteada.

Aunque en sus inicios el TC, de forma puntual, llegó a distinguir estos dos momentos (acceso en sentido estricto; y tramitación y decisión sobre el fondo de la pretensión) como vertientes distintas dentro del derecho a la tutela judicial efectiva⁶¹⁶, con posterioridad ha venido entendiendo de una manera pacífica que, al hablar del derecho de acceso consagrado en el artículo 24.1 CE, se está haciendo referencia conjunta e inescindible a ambas garantías⁶¹⁷. Tesis, por lo demás, mayoritaria entre la doctrina procesalista⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, “El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 16, 2013, p. 3.

⁶¹⁵ TEDH 1975\1.

⁶¹⁶ Cfr. STC 26/1983, de 13 de abril (RTC 1983\26; MP: Francisco Rubio Llorente).

⁶¹⁷ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, “El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 5.

⁶¹⁸ Cfr. Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 418; Faustino CORDÓN MORENO, “El derecho a obtener la tutela judicial efectiva” en *Derechos Procesales Fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 3; José GARBERÍ LLOBREGAT, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Barcelona, 2008. En contra, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que sigue abogando por la distinción entre ambas vertientes. “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, mayo-agosto 2000, pp. 22-25.

La redacción del art. 24.1 CE, que parece garantizar no solo el derecho de acceder al juez sino también la *efectividad* de la tutela dispensada por éste, no fue producto de una voluntad deliberada del legislador constituyente de fortalecer su eficacia práctica, sino, al parecer, de un simple intento de mejorar su dicción⁶¹⁹. No obstante lo anterior, por obra del Tribunal Constitucional –de la misma forma que ocurrió en otros países de nuestro entorno–, se interpretaron las reglas que dimanaban de tal derecho “de forma tan exhaustiva que ampliaron sustancialmente y desarrollaron el significado original de las mismas”, hasta el punto de que “el derecho de acción fue redefinido en términos de efectividad y trato equitativo.”⁶²⁰

La interpretación del art. 6.1 del CEDH por parte del TEDH también ha jugado un papel importante a la hora de concluir que la exigencia de *efectividad*, referida a la tutela judicial, tiene en nuestro ordenamiento procesal un valor *normativo*⁶²¹.

Es sabido que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de los denominados de configuración legal, si bien no debe dejar de señalarse que su contenido ha sido en buena medida concretado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de forma que no es excesivo calificarlo como un derecho de “configuración jurisprudencial”. Esta tipología de derechos fundamentales tiene como característica que, dado que es preciso ese desarrollo legal para su ejercicio, la vulneración de las normas que los desarrollan supone conculcaciones del derecho fundamental mismo.⁶²²

Si la Ley es el instrumento fundamental tanto para la definición del derecho como para regular su ejercicio, el TC no se ha limitado a interpretar de conformidad con la Constitución Española la legalidad procesal, sino que en una actividad innovadora importante –que ha ido decreciendo con el tiempo, y muy especialmente tras la “objetivación” del recurso de amparo llevada a cabo por la reforma de la LOTC de 2007– ha interpretado el art. 24.1 CE dotándole de unos

⁶¹⁹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: Derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980; Ignacio BORRAJO INIESTA, “¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva es fundamental?”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, VVAA, Vol. II, Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, El Justicia de Aragón, Caja Inmaculada, Ibercaja y Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2008.

⁶²⁰ Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil* (trad. Maximiliano Aramburu Calle), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 33.

⁶²¹ Alicia GONZÁLEZ ALONSO, *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*, Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral inédita (dir. Juan José Solozábal Echevarría), marzo de 2012, p. 148.

⁶²² Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, mayo-agosto, 2000, p. 21.

contenidos que, *prima facie*, no se deducían necesariamente de la lectura del precepto⁶²³.

Dado que estamos examinando el abuso del proceso, considerado en su integridad, como hecho susceptible de provocar un daño ilegítimo a un tercero, debemos analizar el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, que es, en definitiva, el derecho ejercitado de forma abusiva. Y calibrar en qué medida la imposición al litigante abusivo de la obligación de indemnizar los daños causados (y, adicionalmente, de abonar la multa que puede serle impuesta *ex art.* 247.3 LEC) puede considerarse una restricción de dicho derecho fundamental. Si la respuesta fuera afirmativa, el siguiente paso debería ser verificar si este diseño legislativo satisface las exigencias de proporcionalidad y racionalidad que, como veremos, demanda el Tribunal Constitucional.

Esta aproximación no es puramente teórica, dado que es habitual que la jurisprudencia, a la hora de abogar por una interpretación restrictiva de esa obligación de indemnizar al perjudicado por la litigación abusiva, aluda al riesgo de que el derecho a la tutela judicial de la contraparte pudiera verse afectado. A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 905/2007, de 23 de julio⁶²⁴, precisa que “la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado, para no coartar el ejercicio de acciones [...] el proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que no siempre ha de producir el éxito de la acción, [y] no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio”.

Como punto de partida, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional ha advertido repetidamente que los derechos fundamentales no son “absolutos” – incluyendo habitualmente la observación “salvo el derecho a no sufrir tortura⁶²⁵”, y desde muy pronto afirmó que los derechos fundamentales podían ser objeto de determinadas limitaciones, más allá de las específicamente mencionadas en la Constitución⁶²⁶.

⁶²³ Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, p. 23.

⁶²⁴ RJ 2007\5147; MP: Encarnación Roca Trías.

⁶²⁵ Por ejemplo, en la STC 151/1997, de 29 septiembre (RTC 1997\151; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

⁶²⁶ Existe un debate doctrinal sobre si es posible la limitación de los derechos fundamentales en aras de fines públicos legítimos no garantizados por la CE, lo que ha sido admitido de forma más o menos explícita por el TC en algunas de sus resoluciones (por ejemplo, en la STC 83\1984, de 24 de julio, RTC 1984\83; MP: Francisco Rubio Llorente). Para un examen de esta discusión, *vid.*

En el ámbito específico del derecho a la tutela judicial efectiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995, de 28 de septiembre⁶²⁷, proclamó que “también ha declarado [el Tribunal Constitucional] reiteradamente que el artículo 24.1 CE no reconoce un derecho incondicional o absoluto a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por las vías procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal”. Este carácter no absoluto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción ha sido reconocido también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 6.1 del Convenio Europeo sobre la Protección de Derechos y Libertades Fundamentales en, entre otras, la Sentencia del TEDH del caso *Golder c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975⁶²⁸.

Dicho de otra forma, la efectividad del derecho de acceso a la tutela judicial presupone también el cumplimiento de una serie de “presupuestos procesales” por parte de su titular. Entre ellos, destaca la necesidad de acudir al tipo de procedimiento adecuado para recabar la concreta tutela interesada. Corresponde al litigante la carga de seleccionar de forma diligente el procedimiento idóneo conforme a la regulación prevista por el legislador. El Tribunal Constitucional ha venido afirmando de manera pacífica que no existe un derecho incondicionado a que la pretensión deducida se ventile por el proceso que el justiciable prefiera, sino únicamente dentro de los márgenes concedidos por el legislador para su tutela (STC 41/1986, de 2 de abril⁶²⁹).

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN. LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR

A la hora de enjuiciar la eventual afectación que pudiera provocar el sistema diseñado por el legislador (hacer responsable al litigante abusivo de los daños procesales causados⁶³⁰), será necesario partir de los cánones empleados por el Tribunal Constitucional.

Robert ALEXY –autor de una de las caracterizaciones más influyentes en la doctrina del TC español- califica los derechos fundamentales como *mandatos de optimización*, en el sentido de que su reconocimiento obliga a los poderes públicos

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal”, *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, nº 74, 2005, pp. 12-24. En contra de esta posibilidad –tesis de la que discrepo-, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, ob. cit., p. 80.

⁶²⁷ RTC 1995\140; MP: Julio Diego González Campos.

⁶²⁸ TEDH 1975\1.

⁶²⁹ RTC 41\1986; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁶³⁰ Y, eventualmente, imponerle una sanción pecuniaria por contravenir la buena fe procesal (art. 247.3 LEC).

a maximizar su vigencia dentro de las constricciones que impone la necesidad de tener en cuenta la existencia de otros mandatos de optimización –representados por los otros derechos fundamentales- u otras reglas opuestas.⁶³¹ Este planteamiento parte de la premisa de que los derechos fundamentales son *principios* y no *reglas*; y, como *principios*, pueden cumplirse en grados diversos y la medida en que se cumplan dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que tiene que tomarse la decisión⁶³². Y una de las claves del planteamiento de ALEXY es la tesis de la vinculación necesaria entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de *proporcionalidad*: “El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella⁶³³”.

⁶³¹ En la doctrina española, esta conceptualización de los derechos fundamentales es adoptada por Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit. Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MORENO han sostenido que no todos los principios, sino solo una especie dentro de ellos (las denominadas “directrices”) deberían verse como mandatos de optimización, si bien su postura final, a efectos prácticos, resulta similar a la de ALEXY. Cfr. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁶³² *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986) (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.), pp. 81-99. Junto a ALEXY, pueden incluirse dentro del movimiento denominado –a veces, de forma peyorativa- “neo-constitucionalista” (por contraposición al positivismo clásico característico del Estado liberal de Derecho), los nombres de FERRAJOLI, DWORKIN o NINO. Aun con matizaciones, todo ellos tienen en común su oposición al positivismo normativista (de autores como KELSEN o HART), abogando por el nuevo paradigma del constitucionalismo, en el que el Derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la Constitución. Es imposible resumir con un mínimo de rigor las divergencias –y puntos en común- entre los autores antes citados, por lo que remito al lector interesado a Manuel ATIENZA, *Las razones del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

⁶³³ Ob. cit., p. 111. Si bien este autor ha refinado progresivamente su formulación de la teoría de la argumentación específica en la que consiste el principio de proporcionalidad, a los efectos de lo que a continuación se dirá la exposición esquemática reseñada es suficiente para comprender la estrecha vinculación entre *proporcionalidad* y *derechos fundamentales* en la jurisprudencia del TC, así como el origen intelectual de este planteamiento. De entre las críticas formuladas contra la aplicación del principio de proporcionalidad –en la formulación de ALEXY- como solución al problema que plantea la colisión de derechos, quizá la más conocida sea la de Jürgen HABERMAS, para quien las ponderaciones jurídicas se realizan “bien arbitrariamente o de forma irreflexiva según estándares y escalas al uso [...], pues faltan criterios racionales para ello”. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, (trad. Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 2010, p. 332. Si para ALEXY el razonamiento jurídico, aunque goza de una cierta autonomía, no está desgajado del razonamiento práctico (“a un Tribunal no le pedimos sólo soluciones formalmente conformes a la Ley; también le pedimos soluciones materialmente razonables”), para HABERMAS las teorías argumentativas del Derecho, bajo el manto aparente de la objetividad de sus planteamientos, conducen a resolver los problemas jurídicos en virtud de criterios puramente subjetivos. En España, uno de los primeros críticos de la obra de ALEXY fue Ignacio DE OTTO PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución* (con Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Madrid, Civitas, 1988, pp. 95 y ss.

Esta conceptualización de los derechos fundamentales como mandatos de optimización no parece ajena al denominado “efecto de irradiación de los derechos fundamentales” acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán,⁶³⁴ cuando afirma que, cuando varias interpretaciones son posibles, “merece preferencia la que mejor se corresponda con una decisión valorativa de la Constitución⁶³⁵”. A este respecto, nuestro TC ha señalado que “[l]a Constitución [...] y muy particularmente los derechos fundamentales, inspiran y alientan todo nuestro ordenamiento, hasta sus últimas o más modestas manifestaciones⁶³⁶”.

La jurisprudencia constitucional española acude a los criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad* para enjuiciar las normas que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales y, en especial, al derecho a la tutela judicial efectiva.⁶³⁷ El Tribunal Constitucional ha incorporado y hecho suya la jurisprudencia de los tribunales supranacionales europeos y, en relación con el principio de proporcionalidad, ha tomado como propio el llamado “test alemán.”⁶³⁸

Este *test alemán* consta de los tres consabidos estadios (controles sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto). Como se ha dicho por ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, “[l]o peculiar del juicio de proporcionalidad es el punto de vista desde el que se procede al examen de la controversia una vez se ha fijado el contexto, las circunstancias del caso:

⁶³⁴ Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y canon reforzado de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, VVAA, Universidad de Cantabria, 2009, p. 645.

⁶³⁵ MERCADER UGUINA, ob. cit. p. 645.

⁶³⁶ STC 77/2002, de 8 abril (RTC 2002\77; MP: Guillermo Jiménez Sánchez).

⁶³⁷ Véanse, por ejemplo, la STC 169/1993, de 27 de mayo (RTC 1993\169; MP: Luis López Guerra), sobre los límites legales a la embargabilidad de los bienes del ejecutado, o la STC 107/1992, de 1 de julio (RTC 1992\107; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), sobre el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros.

⁶³⁸ Encarnación ROCA TRÍAS y María Ángeles AHUMADA RUIZ, “*Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*”, Ponencia española (inédita) presentada en la reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España celebrada en Roma, octubre de 2013, p. 4. De hecho, como se desprende de esta ponencia, el TC, aunque sin enunciarlo de forma explícita, desde los años 90 del siglo pasado viene incorporando a su jurisprudencia algunas de las aportaciones teóricas de Robert ALEXI. Vid., Ángel J. GÓMEZ MONTORO y Fernando SIMÓN YARDA, “La influencia del Derecho extranjero en el Derecho público español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 106, 2016, pp. 91-96. La influencia en el TC español –sobre todo en sus inicios– de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán y de la doctrina constitucionalista germana es muy evidente. Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, “La recepción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 79-89.

partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada, lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su “proporcionalidad”, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados⁶³⁹.

La referencia a las exigencias de *razonabilidad* y *proporcionalidad* que se demandan de las normas y de la actuación de los poderes públicos -incluidos los tribunales de justicia-, está presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde sus inicios, si bien la alusión a la “proporcionalidad razonable” aparece enunciada explícitamente por primera vez en la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1985⁶⁴⁰. Estas exigencias –razonabilidad y proporcionalidad– apelan a la necesidad de justificación suficiente para cualquier norma o resolución judicial que, al imponer restricciones o cargas, o al causar algún perjuicio, resultara sospechosa de haber incurrido en arbitrariedad o exceso y consecuentemente, en inconstitucionalidad. De alguna forma, se daba por sentado que en el Estado de Derecho constitucional no encontraban cabida normas, medidas o actuaciones del poder público irrazonables o desproporcionadas, por más que, a diferencia de lo que ocurre en otras Constituciones más recientes⁶⁴¹, en la española no se contenía referencia alguna a los indicados principios de razonabilidad y de proporcionalidad⁶⁴².

⁶³⁹ Encarnación ROCA TRÍAS y María Ángeles AHUMADA RUIZ, ob. cit., p. 3.

⁶⁴⁰ RTC 1985\178; MP: Jerónimo Arozamena Sierra.

⁶⁴¹ Cfr., por ejemplo, el art. 36 de la Constitución de Sudáfrica (1996). No obstante, debe hacerse constar la creciente importancia de este principio en nuestro ordenamiento jurídico, que aparece enunciado en el art. 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, de la siguiente forma: “Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos”.

⁶⁴² El principio de proporcionalidad sí está reconocido expresamente en el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (lo que es indicativo del papel central que le asigna la actual dogmática constitucional): “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

En relación al principio de *proporcionalidad*, debe hacerse especial mención a la STC nº 55/1996⁶⁴³, que precisó que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos⁶⁴⁴”.

En cuanto al juicio de *razonabilidad*, éste gira en torno al examen de la relación medio-fin desde el punto de vista de la justificación, que es el canon habitualmente utilizado cuando se denuncia la arbitrariedad o el exceso en la discrecionalidad, tanto en relación a las actuaciones de la administración y de los jueces, como en el caso del legislador. Por lo que se refiere a este último caso – que es el que ahora nos interesa-, el juicio de razonabilidad se ejerce por el Tribunal Constitucional, en relación al legislador, desde el canon de la máxima deferencia, de forma que la carga de la prueba sobre la irracionalidad recae siempre sobre quien impugna la ley, sin que el legislador democrático tenga el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en el ejercicio de su libertad de configuración, tal y como proclamó la STC 49/2008⁶⁴⁵.

Establecido ya el marco conceptual en que nos movemos, procederemos a examinar, en primera instancia, si la imposición al abutente de la obligación civil de resarcir los daños y perjuicios causados constituye o no una verdadera restricción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3. SISTEMAS PREVENTIVOS VS. SISTEMAS REACCIONALES

Como ya se ha descrito con anterioridad, el ordenamiento jurídico español establece un sistema predominantemente *reaccional* contra las conductas procesalmente abusivas cuando se trata del exceso en el derecho a litigar – entendido como abuso del proceso en su integridad-, en contraposición con el régimen *preventivo* aplicado a las actuaciones intraprocesales que participan de esa misma naturaleza (art. 247.2 LEC). Como antes se indicó, a nuestro juicio los artículos 247.2 LEC y 11.2 LOPJ hacen referencia, en puridad, a las actuaciones intraprocesales, no debiendo ser aplicados a la pretensión principal que es objeto

⁶⁴³ RTC 1996\55; Carles Viver Pi-Sunyer.

⁶⁴⁴ Con la excepción del principio de proporcionalidad de la pena –que el propio Tribunal Constitucional, aunque de manera ambigua, ha integrado dentro del contenido esencial del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE –, en el resto de casos la mera desproporción no es en sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión de un derecho o bien constitucional claramente identificado. Encarnación ROCA TRÍAS y María Ángeles AHUMADA RUIZ, ob. cit., p. 11.

⁶⁴⁵ RTC 2008\49; MP: Pablo Pérez Tremps. Ahora bien, la motivación de la STC 140/2016, sobre las tasas judiciales, no parece respetar este canon tan deferente con el legislador en varios de sus pasajes.

del proceso civil. En la medida en que está afectado el contenido medular del derecho a la tutela judicial efectiva, debe abogarse por una interpretación restrictiva de estos preceptos y, consecuentemente, sostenerse la imposibilidad del Juez de rechazar *in limine* las demandas sobre la base de su apariencia abusiva. En coherencia con ello, la LEC no establece como causa de inadmisibilidad de la demanda ese presunto carácter abusivo⁶⁴⁶.

Esta regulación es razonable, puesto que en ese primer estadio procesal el órgano judicial ni siquiera cuenta con la actividad alegatoria y probatoria suficiente de las partes que le faculte para llegar a una conclusión fundada⁶⁴⁷. Por ello, la normativa procesal no permite al órgano judicial adoptar una medida tan drástica (inadmisión a trámite de la demanda), aun cuando indiciariamente aprecie un ánimo abusivo en la acción ejercitada por el demandante⁶⁴⁸. Con arreglo al art. 403.1 LEC, “[l]as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”, de lo que se infieren, tanto el

⁶⁴⁶ Con arreglo a nuestro Derecho procesal, por muy inverosímil que sea el relato fáctico de la demanda, ésta debe ser admitida a trámite. En otras jurisdicciones, como la de EEUU, la demanda debe cumplir el doble requisito de “estar basada en hechos” y “ser plausible”. Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007). Esta resolución supuso un cambio radical en el derecho procesal norteamericano, ya que dejó sin efecto una jurisprudencia anterior mucho menos rigurosa, en virtud de la cual, bajo las reglas federales del proceso civil, “a complaint should not be dismissed for failure to state a claim unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief”. *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45-46 (1957). Dos años después, una nueva Sentencia del TS de EEUU, *Ashcroft v. Iqba*, 556 U.S. 662 (2009), aclaró que la nueva doctrina – inicialmente fijada en relación al Derecho de la competencia- era aplicable “a todas las acciones civiles”.

⁶⁴⁷ Tampoco el art. 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital permite, a mi juicio, que la presunta abusividad de la impugnación de acuerdos sociales pueda dirimirse como una cuestión incidental de previo pronunciamiento, al no constar expresamente mencionada en el catálogo legal cerrado de motivos de impugnación que permiten acudir a esta vía.

⁶⁴⁸ Con excepción de las demandas sobre determinación o impugnación de la filiación que, con arreglo al art. 767.1 LEC, y por la trascendencia de los intereses en juego, exigen “un principio de prueba de los hechos en que se funde”. Pero como la jurisprudencia se ha encargado de precisar, más que ante una exigencia probatoria *ab initio*, estamos ante un *requisito de procedibilidad* que debe ser objeto de una interpretación flexible, bastando “con que se presente o muestre [...] con la demanda (no necesariamente en escrito aparte), o sea en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda”. STS 56/2006, de 3 de febrero (RJ 2006\621; MP: Francisco Marín Castán). Ahora bien, como matiza la STS 738/2004, de 12 de julio (RJ 2004\4666; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), la norma “establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas, filtro que no impide admitir aquellas demandas en que haya un principio de prueba, que puede constituirse por la declaración aunque sea unilateral y no sujeta a contradicción por efectuarse extrajudicialmente, de dos personas aptas para atestiguar”. Otra excepción es la exigencia legal de un principio de prueba documental en las demandas de tercería de dominio (art. 595.3 LEC), que se justifica con el fin de evitar demandas infundadas que solo busquen paralizar la ejecución, dado que su mera admisión determina la suspensión del proceso de ejecución respecto del bien de que se trate. Otro tanto cabe decir de la tercería de mejor derecho (art. 615.2 LEC).

carácter de *numerus clausus* de las causas de inadmisión, como la exigencia de una tipificación legal concreta -en la propia LEC- de los motivos que pueden fundamentar esa decisión⁶⁴⁹.

En caso de duda, el Derecho español “entiende preferible el riesgo de admitir una actuación, a pesar del peligro de que sea abusiva o fraudulenta, sometiéndola a un ulterior control de legalidad, que impedirle preventivamente sobre una apariencia de carácter abusivo o fraudulento que pueda no ajustarse a la realidad⁶⁵⁰”. Por tal razón, y por afectar al contenido nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva -como a continuación veremos-, debe descartarse la posibilidad de inadmitir a trámite una demanda fundamentando tal decisión en un uso abusivo del derecho a litigar por parte del actor⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ La misma LEC, en la regulación de la audiencia previa, evidencia que tan solo en aquellos supuestos en los que la demanda adolezca de tan graves defectos que la hagan ininteligible, podrá ser rechazada sin entrar a examinar el fondo del asunto. En efecto, el art. 424.2 LEC dispone que “[e]n caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito *si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones* del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvenición, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones”. *Cursiva añadida*.

⁶⁵⁰ Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, ob. cit., p. 350.

⁶⁵¹ Cfr. en el mismo sentido, Elisabet CERRATO GURI, “El derecho a acceder a los tribunales en el proceso civil: concepto, contenido y límites”, *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*, VVAA (dir. Joan Picó i Junoy), Bosch, Barcelona, 2013, p. 114. Aunque algún pronunciamiento judicial aislado, en casos extremos, haya inadmitido a trámite demandas formuladas con ánimo manifiestamente abusivo. Es el caso de la Auto de 7 febrero 2006 de la Sala del art. 61 LOPJ del TS (RJ 2007\6444; MP: Fernando Ledesma Bartret), que inadmitió una demanda de responsabilidad civil formulada contra varios magistrados del TS, argumentando lo que sigue: “Adoptamos tal resolución de inadmisión teniendo presente nuestra jurisprudencia sobre el sentido del art. 11.2 de la LOPJ contenida, entre otras, en la STS núm. 942/1998, dictada el 17 de octubre de 1998 por la Sala 1^a del Tribunal Supremo, en la que dijimos que el citado artículo «establece la facultad de los Juzgados y Tribunales para rechazar, fundadamente, las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal; si bien como tiene declarado esta Sala con reiteración (sentencias de 31 de enero y 13 de octubre de 1992 y 31 de julio de 1996) la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor» [...] En rigor se pretende poner en marcha mediante tal demanda un proceso manifiestamente abusivo, que resultaría estéril a los efectos pretendidos y que por consiguiente debe ser inadmitido por su manifiesta carencia de fundamento...” En el mismo sentido, cabe citar también el Auto de la misma Sala de 20 enero 2010 (JUR 2010\67578; MP: Ángel Calderón Cerezo): “De otro lado, consta que idéntica pretensión referida a las mismas resoluciones judiciales, ya fue deducida por el Sr. Sergio según demanda de fecha 22.10.2007 que dio lugar al procedimiento nº 15/2007, el cual fue resuelto mediante Auto de esta Sala de fecha 09.07.2008 en que se declaró abusiva dicha demanda, en los términos de los arts. 11.2 LOPJ y 7.2 del Código Civil, acordándose el archivo de dichas actuaciones. Igual declaración procede hacer ahora respecto de la presente demanda, por la misma razón de pretender el actor la revaloración que en cuanto a la aplicación del derecho se hizo en las instancias jurisdiccionales ya superadas, a lo que se une el hecho llamativo consistente en que la demanda iniciadora del presente procedimiento no es otra cosa que reproducción por fotocopia de la anterior archivada en julio de 2008, conducta del actor que sin esfuerzo se

Pero nuestro ordenamiento jurídico es todavía más generoso con el derecho a la tutela del litigante abusivo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de la Unión Europea⁶⁵², una vez admitida a trámite la demanda, la acción ejercitada no será rechazada de plano en la sentencia como consecuencia de esa abusividad, sino que lo será en base a las razones fácticas o jurídicas de fondo que la hacen insostenible. Es decir, es el hecho de que la posición de la parte carezca de *iusta causa litigandi* lo que determina que su actuación sea abusiva, y no al revés.

En atención a lo expuesto, y para despejar las dudas que se derivan de una interpretación puramente gramatical del art. 247.2 LEC, sería conveniente su reforma en el siguiente sentido:

“2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Cuando la petición constituya la pretensión principal deducida en la demanda, o el fundamento de la oposición a la misma, la desestimación deberá producirse necesariamente en la sentencia o resolución que ponga fin al proceso⁶⁵³”.

Como hemos venido defendiendo, la desestimación de la demanda –o de la posición defensiva- abusiva no deberá fundarse en los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC, sino en su falta de buen derecho⁶⁵⁴. Pues como afirma la STC 238/2002⁶⁵⁵, cuando se trata del trámite de admisión de la demanda, la afectación del art. 24.1 CE presenta una “especial intensidad” por lo que, conforme a reiterada jurisprudencia del TC, debe aplicarse el principio *pro actione* en casos, como el presente, en los que está en juego el contenido, “acaso el más genuino”, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Cuestión distinta es que la apreciación del carácter abusivo del ejercicio del derecho a litigar por parte del mismo órgano judicial que ha de resolver sobre la acción ejercitada pueda entrañar la declaración de temeridad (art. 394.3 LEC) a

incardina en el concepto de fraude procesal, que abunda en la calificación de abuso manifiesto de derecho con los mismos efectos en cuanto al rechazo "a limine" de la demanda así deducida (art. 11.2 LOPJ)”.

⁶⁵² Cfr. regla 3.4 de las *Civil Procedure Rules* vigentes en Inglaterra y Gales.

⁶⁵³ Dado que la LOPJ se aplica a todas las jurisdicciones y en algunas, como la penal, sí estaría justificada –bajo ciertos condicionantes- la inadmisión a trámite de una querrela abusiva, entendemos más oportuno no modificar su art. 11.2, optando por sugerir la reforma del art. 75.1 LRJS en el mismo sentido que el art. 247.2 LEC, así como por introducir un precepto similar en la LJCA (aun cuando, como es sabido, la LEC se aplique supletoriamente a estos procesos).

⁶⁵⁴ No debe confundirse este supuesto (abuso del proceso) con las demandas que ejerciten algún derecho sustantivo de forma abusiva, en cuyo caso la aplicación del art. 7.2 CC para desestimar la pretensión sí es, naturalmente, pertinente.

⁶⁵⁵ RTC 2002/ 238; MP: Guillermo Jiménez Sánchez.

efectos de la condena en costas, la imposición de una multa por haber incurrido en mala fe procesal (art. 247.3 LEC) o la obligación de resarcir los daños causados a la contraparte⁶⁵⁶.

4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Para verificar si esa imposición de responsabilidad civil *ex post* –y, en su caso, la imposición de una multa en virtud del art. 247.3 LEC- lesionan o no el derecho a la tutela judicial efectiva, deberemos identificar primero su contenido esencial que, con arreglo al art. 53 CE, constituye un límite infranqueable para el legislador⁶⁵⁷. A la hora de definir qué es lo que debe entenderse por el contenido esencial del derecho fundamental, resulta ineludible citar la temprana STC 11/1981⁶⁵⁸, de 8 de abril, cuando señala que “[c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”. En suma, el Tribunal Constitucional español ha establecido que “el límite del contenido esencial no se respeta por el legislador cuando la actuación normadora de éste deja irreconocible el derecho fundamental, esto es, lo desfigura, de modo que ya en su régimen no es incluíble en el *nomen* del mismo, o cuando, tras su regulación,

⁶⁵⁶ Sin que, a nuestro juicio, exista incompatibilidad alguna entre estas medidas a causa del *non bis in idem*. Por lo que se refiere a la relación entre la multa y la condena en costas, ésta última tiene –además de un innegable componente sancionador- otro claramente indemnizatorio (*vid.* STC nº 84/1991, de 22 de abril). Por tanto, el bien jurídico protegido es diverso: en un caso, la probidad en el proceso civil; en el otro, la indemnidad patrimonial del litigante perjudicado por la temeridad de la contraparte. De hecho, la LEC únicamente elimina el límite del tercio de la cuantía del proceso en caso de apreciarse temeridad en la conducta del litigante vencido, pero no modifica el régimen (objetivo) de imposición de las costas, salvo en el caso de estimación parcial de la demanda. De otro lado, debe hacerse notar que el importe de la multa irá a parar al Tesoro público, mientras que las costas se entregarán a la parte perjudicada por la temeridad. Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, núm. 129/2002, de 18 abril, (JUR 2002\166558; MP: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez). Tampoco existe incompatibilidad alguna en relación a la condena al pago de los daños procesales, pues estos no son cubiertos ni por el importe de la multa, ni por la condena en costas.

⁶⁵⁷ A grandes rasgos, puede decirse que existen dos corrientes doctrinales básicas en lo que se refiere a la relación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Para la concepción “absoluta”, el contenido esencial actúa como límite propio y distinto del principio de proporcionalidad. Por el contrario, la concepción “relativa” considera que el contenido esencial y el principio de proporcionalidad son, en esencia, lo mismo. Para una exposición detallada de las diferencias entre ambas posturas, *vid.* Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040. También, *vid.* NARANJO DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pp. 140-145.

⁶⁵⁸ RTC 1981\11; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

el derecho fundamental deja de ser capaz de proteger los intereses cuya tutela le compete⁶⁵⁹”.

Por lo que se refiere a los métodos aptos para delimitar qué es lo que constituye el contenido esencial, separándolo de lo accesorio, la propia STC 11/1981 identifica dos de ellos:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

⁶⁵⁹Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991, p. 102.

Ambos métodos, en palabras de la STC 11/1981, “no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

Pero, más allá de estas generalizaciones, lo que permite entender cuál es la configuración real del contenido esencial del derecho fundamental que analizamos es la caracterización que se deriva de la doctrina constitucional. Si ya es ardua la tarea de definir el contenido esencial de un derecho fundamental, con mayor razón lo será en un supuesto en el que sus contornos han sido fijados no ya tanto por el legislador –como corresponde, en principio, a los derechos de configuración legal– como por la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se comprende así por qué este derecho no ha permanecido inmutable en la jurisprudencia del TC (se puede decir de él que es un derecho “en construcción” permanente), sino que su configuración doctrinal ha ido evolucionando con el paso del tiempo, hasta el punto de que algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva fueron reconocidas por primera vez en la década de los 90 del siglo pasado.⁶⁶⁰

La consideración de este derecho como una construcción *in fieri* ha sido admitida explícitamente por el propio Tribunal Constitucional que, en su STC 108/1999⁶⁶¹, declaró que “como derecho de configuración legal, puede tener y, de hecho tiene, un contenido distinto en los distintos momentos históricos, al compás de los cambios en la legalidad que lo configura”.

A lo que debe unirse el hecho de que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, más que un derecho fundamental, “integra a su vez varios derechos fundamentales de contenido, grado de protección y vinculación a los poderes públicos de carácter heterogéneos⁶⁶²”.

Realizadas las consideraciones anteriores, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, más allá de algunas contradicciones puntuales en su *corpus* doctrinal⁶⁶³, nos permite identificar los siguientes elementos definitorios de su contenido esencial⁶⁶⁴:

⁶⁶⁰ Alicia GONZÁLEZ ALONSO, ob. cit., p. 150.

⁶⁶¹ RTC 108/1999; MP: Vicente Conde Martín de Hijas.

⁶⁶² GONZÁLEZ ALONSO, ob. cit., p. 149.

⁶⁶³ Por ejemplo, la STC 159/1990.

⁶⁶⁴ Sigo en este punto el excelente esquema expositivo de Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, ob. cit. pp. 6-27.

a) El derecho de acceso del artículo 24.1 CE lo es solo por la actividad desarrollada por juzgados y tribunales en ejercicio de la potestad del artículo 117.3 CE, incluida la jurisdicción voluntaria⁶⁶⁵ y la conciliación pre-procesal ante órganos judiciales⁶⁶⁶.

b) Este derecho fundamental se proyecta sobre los procesos regulados en primera o única instancia jurisdiccional, dado que la impugnación de las resoluciones recaídas en ellas se regirá, a su vez, por el derecho de acceso a los recursos; perspectiva propia del artículo 24.1 CE, pero sujeta a un canon de enjuiciamiento distinto del derecho de acceso a la jurisdicción desde la escisión consumada por la STC 37/1995.⁶⁶⁷ Lo anterior no significa que el derecho a la jurisdicción solo pueda vulnerarse en la primera o en la única instancia, ya que también podrá serlo en sede de recurso si la decisión judicial niega *ex novo* el derecho de la parte a una sentencia sobre el fondo del asunto⁶⁶⁸.

c) El derecho a la tutela judicial se satisface con una respuesta de fondo a las pretensiones deducidas, prescindiendo de su sentido estimatorio o desestimatorio⁶⁶⁹. Como subraya DE LA OLIVA, este entendimiento se acerca en un plano dogmático a la llamada teoría “abstracta” de la acción⁶⁷⁰, si bien no en la acepción más pura de ésta (derecho a cualquier tipo de decisión⁶⁷¹). Como ha precisado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, la respuesta judicial no tiene por qué ser favorable para la parte que ejercita el derecho⁶⁷².

⁶⁶⁵ STC 124/2002, de 20 de mayo.

⁶⁶⁶ STC 155/2011, de 17 de octubre.

⁶⁶⁷ Con la excepción del derecho al recurso del condenado penalmente, para el que sigue rigiendo el canon del principio *pro actione*.

⁶⁶⁸ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 9.

⁶⁶⁹ STC 9/1981, de 31 de marzo; MP: Rafael Gómez-Ferrer Morant.

⁶⁷⁰ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 135.

⁶⁷¹ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 10.

⁶⁷² STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981/9; MP: Rafael Gómez-Ferrer Morant). El derecho a la tutela judicial efectiva diseñado por la jurisprudencia constitucional no debe entenderse como un mero derecho formal, al modo de los defensores de la llamada *procedural justice*, para los cuales el sistema debe limitarse a garantizar que las partes puedan alegar y defenderse en igualdad de condiciones, siendo indiferente el contenido de la resolución que ponga fin a la controversia. Creo que, de forma injusta, se ha atribuido por algunos autores (cfr. GONZÁLEZ ALONSO, ob. cit., p. 149) a John RAWLS la paternidad de este entendimiento puramente formal del proceso. Interesa precisar, siendo rigurosos, que, en su *Teoría de la Justicia*, RAWLS no se está refiriendo al proceso judicial cuando habla de “justicia” o de “equidad”, sino a una idealización abstracta de un *contrato social imaginario*. Quizá la confusión derive de que las menciones a la *procedural justice* (tanto a la *perfect procedural justice* como a la *pure procedural justice*) se hayan incorporado en algunas traducciones españolas de esa obra como “justicia procesal”, cuando el equivalente más preciso, dado el contexto, sería “justicia procedimental”. Y es que se trata de teorizaciones sobre procedimientos hipotéticos –no judiciales, sino de discusión pública o política– para alcanzar una

d) Se trata de un derecho subjetivo público cuyo ejercicio comporta un “poder jurídico” del litigante que, como tal, ha de estar dotado de cauces para exigir su cumplimiento -en lo que aquí importa-, dentro de cada proceso (alegaciones, recursos, etc.).

e) Como ya hemos señalado, nos encontramos ante un derecho de configuración legal, lo que implica que, aunque se deriva de manera directa del artículo 24.1 CE, sus condiciones de ejercicio vienen reguladas en las normas procesales, gozando el legislador de un cierto margen de libertad en su determinación. De ello se sigue que este derecho puede ser limitado por razones de seguridad jurídica y de protección de los derechos de terceros debidamente ponderados y susceptibles de someterse al test de proporcionalidad ante el órgano judicial.

f) El derecho a la tutela judicial efectiva se predica de la protección de todos los derechos subjetivos e intereses legítimos reconocidos por el ordenamiento, sin excepción alguna. La ausencia de expresión limitativa alguna en el propio tenor literal del artículo 24.1 CE lleva a entender que su consecuencia inmediata es el necesario reconocimiento de la juricidad de toda relación material y la improcedencia de crear “zonas de inmunidad⁶⁷³”, salvo en los supuestos excepcionales que la propia Constitución Española admite⁶⁷⁴.

g) El Tribunal Constitucional también ha precisado que, cuando concurre algún impedimento de orden procesal, el derecho de acceso a la justicia también se cumple o se satisface con una solución de inadmisión o archivo; pero -y esto es lo decisivo-, esa resolución de inadmisión debe estar siempre *motivada*. Por tanto, en caso de inadmisión fundada no puede entenderse conculcado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el juez deje imprejuizado el fondo del asunto⁶⁷⁵, pues en tal situación faltan las condiciones para su pleno ejercicio, esto es, “para que el derecho fundamental complete su

solución equitativa y coherente con el concepto de justicia que se defiende por RAWLS. Que en algunos pasajes el autor utilice como ejemplos para explicar los conceptos que maneja los procedimientos judiciales (penales) no permite -a mi juicio- realizar este tipo de extrapolaciones. De hecho, cuando RAWLS alude a la “*pure procedural justice*”, en contraste con la “*imperfect procedural justice*” propia del proceso penal, no pone como ejemplo el proceso civil, sino los juegos de azar. *A Theory of Justice*, 1ª ed., Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1971, p. 75. Para una introducción en castellano a los diferentes conceptos de justicia en la obra de RAWLS, *vid.* Félix OVEJERO LUCAS, *El compromiso del creador*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014, pp. 173-175. Una brillante puesta al día de su obra puede leerse en Amartya SEN, *The Idea of Justice*, Penguin, Londres, 2009.

⁶⁷³ STC 39/1983, de 16 de mayo; MP: Angel Latorre Segura.

⁶⁷⁴ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, *ob. cit.* p. 12.

⁶⁷⁵ Vicente GIMENO SENDRA, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 527.

ciclo natural (la composición judicial del conflicto) y produzca todos los efectos propios de una decisión de fondo⁶⁷⁶”.

h) Finalmente, dentro del derecho fundamental de acceso a la justicia civil se encuentra también el reconocimiento del principio *pro actione*, que obliga –dicho sea en términos generales y con las matizaciones que a continuación se exponen– a los órganos judiciales a verificar si la selección que efectúan de la norma aplicable es la única posible, y si la restricción de acceso en ese supuesto particular deviene el único efecto jurídico admisible (principio de proporcionalidad).

Es preciso reseñar que la conceptualización de este principio ha sufrido una evolución notable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Inicialmente el Alto Tribunal exigió a los jueces la aplicación del principio hermenéutico *pro actione*, entendido de forma que “una decisión de inadmisión será constitucionalmente legítima cuando se apoye en la concurrencia de una causa a la que una norma legal anude tal efecto y se aprecie por el juez en aplicación razonada de una norma, *que en todo caso habrá de interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio de la acción*” (SSTC 11 y 37/1982, 65 y 68/1983, 43/1984, 43/1985 y 19/1986, citadas en la 146/1986⁶⁷⁷, de 17 de diciembre). [Cursiva añadida]

La doctrina constitucional de la exigencia de la “interpretación más favorable” fue sustituida progresivamente por otra mucho más deferente⁶⁷⁸, contenida, entre otras muchas, en la STC 220/1993⁶⁷⁹ –que cita a su vez doctrina contenida en sentencias dictadas en los primeros años de funcionamiento del TC, como las SSTC 117/1987 y 49/1989—. En esta resolución se proclama, tras destacar la relevancia en abstracto del derecho de acceso a la jurisdicción, que éste también “entraña el deber para el ciudadano de cumplir con los presupuestos procesales legalmente establecidos, pues el derecho a obtener la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto e incondicionado, sino un derecho de configuración legal que se satisface no sólo cuando el juez inadmite una acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal (...). A lo que cabe agregar, según doctrina también reiterada, que no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que ha de darse a la legalidad ordinaria (...)

⁶⁷⁶ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, ob. cit. p. 12.

⁶⁷⁷ STC 146/1986; MP: Eugenio Díaz Eimil.

⁶⁷⁸ Alicia GONZÁLEZ ALONSO, *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*, cit., p. 166. Como recoge esta autora, en algunas Sentencias, como la STC 159/1990, la fundamentación jurídica se basaba en ambos cánones de control: el de la interpretación más favorable y el de la mera razonabilidad.

⁶⁷⁹ STC 220/1993; MP: Julio Diego González Campos.

pues es ésta función que se atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente [...] (SSTC 117/1987 y 49/1989, entre otras muchas)”.

Se observa aquí con nitidez que el TC no exigía ya a los órganos judiciales que interpreten las normas procesales en el sentido más favorable para el derecho a la acción, sino que aplica un canon mucho más laxo, consistente en la mera comprobación de que la resolución judicial está razonada en Derecho y no es “arbitraria”. Esta última caracterización –un tanto rebajada– del principio *pro actione* fue la que acabó por imponerse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el aval de una parte importante de la doctrina⁶⁸⁰.

Ahora bien, con un importante matiz: junto con el canon de la “razonabilidad en Derecho” se introdujo adicionalmente por el TC el de la “necesaria relación de proporcionalidad” entre el defecto procesal apreciado y las consecuencias que se derivarían de decretar en el caso concreto la inadmisión o el archivo. El Tribunal Constitucional ha precisado que primero habrá de verificarse que el efecto de inadmisión está legalmente previsto para esa situación, pues de no ser así la vulneración del art. 24.1 CE sería evidente, sin necesidad de emplear el segundo canon⁶⁸¹. Tan solo en el supuesto de resultar procedente la decisión en abstracto, se aplicará el principio de proporcionalidad de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso controvertido⁶⁸².

Como apunta GONZÁLEZ ALONSO, “[e]n la actualidad, el TC sigue apelando a la vigencia del principio *pro actione*, pero no exige que el juez tenga que elegir la interpretación más favorable para la eficacia del derecho fundamental, sino que es suficiente que la decisión judicial que cierra el paso a la jurisdicción esté razonada, basada en una causa legal y sea proporcionada⁶⁸³”. En palabras del propio Tribunal, “el principio *pro actione* no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al TC a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los órganos judiciales” pues lo que “en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento– que por su rigorismo, su formalismo excesivo o por cualquier

⁶⁸⁰ *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, de Ignacio BORRAJO INIESTA, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Civitas, Madrid, 1995; Miguel AMORES CONRADI, “Constitución Española y proceso civil internacional. Un balance”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia, Madrid, 2005, pp. 1194 -1985.

⁶⁸¹ STC 165/2011, de 3 de noviembre.

⁶⁸² Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, ob. cit. p. 18.

⁶⁸³ Ob. cit. p. 168.

otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que se sacrifican interpretación de las normas procesales acorde con la Constitución y realizada siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental⁶⁸⁴.

En la Sentencia STC 159/1990⁶⁸⁵, tras sostener que tanto la interpretación del recurrente en amparo (afirmando que el vicio en el que había incurrido era subsanable) como la sostenida por el órgano judicial (en sentido opuesto) eran plausibles a partir de lo dispuesto en las disposiciones aplicables, concluye el TC de la siguiente forma:

“Así centrado el tema hay que señalar que la naturaleza subsanable o no de la falta (...) es una cuestión controvertida tanto doctrinal como procesalmente. Argumentos en favor de las dos tesis existen; los recurrentes esgrimen múltiples razones para justificar su posición favorable a la posición de subsanar argumentos no desdeñables y que, en todo caso, podrían justificar una interpretación en ese sentido. Ahora bien, esa posibilidad, en principio más acomodada a la eficacia de los derechos fundamentales consagrados por el art. 24.1 de la Constitución, no supone automáticamente la falta de regularidad de la interpretación contraria que, aunque más restrictiva, no resulta por ello ni irrazonable ni opuesta al derecho a la tutela judicial efectiva (...), ya que la decisión de inadmisión se encuentra motivada desde el punto de vista legal mediante la aplicación de una norma que aunque pudiera calificarse de rigurosa, no resulta arbitraria o irrazonable”.

Por tanto, ha acabado por imponerse un canon intermedio entre el primigenio (interpretación más favorable para la efectividad del derecho a la acción) y el subsiguiente (mero control de razonabilidad en Derecho y no arbitrariedad).

Como se ha apuntado con acierto, el control que aplica en la actualidad el TC plantea un problema en relación a su determinación concreta, “ya que es difícil concluir cuáles son los criterios y elementos que deben utilizarse para llevar a cabo el test de proporcionalidad y que éste no se confunda con un simple test de corrección jurídica o de razonabilidad o, al contrario, de máxima eficacia de los derechos fundamentales⁶⁸⁶”.

⁶⁸⁴ STC núm. 23/2011, de 14 marzo (RTC 2011\23; MP: Javier Delgado Barrio).

⁶⁸⁵ RTC 1990\159; MP: Luis López Guerra.

⁶⁸⁶ Alicia GONZÁLEZ ALONSO, *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*, ob. cit. p. 169. Sobre la evolución de la jurisprudencia del TC en relación al principio *pro actione*, *vid.*, Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre algunas facetas

5. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL PROCESO CIVIL

Dado que la respuesta que el ordenamiento procesal español ofrece frente al abuso del proceso civil es fundamentalmente indemnizatoria –y puede dar lugar también, adicionalmente, a la imposición de una sanción igualmente pecuniaria– conviene analizar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los cinco principales puntos de fricción entre el derecho del acceso a la jurisdicción y la imposición de cargas u obligaciones económicas generadas por la incoación de un proceso civil. Estos cinco puntos de fricción han dado lugar a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a los efectos económicos del proceso y la eventual afectación del derecho de acceso a la justicia civil, lo que nos permitirá extraer unas conclusiones valiosas en orden a verificar la admisibilidad –desde el prisma de ese derecho fundamental–, de la exigencia de la reparación civil por los daños procesales causados y, en su caso, de la imposición de una sanción pecuniaria *ex* artículo 247.3 LEC.

Los cinco supuestos identificados por la doctrina constitucional son los siguientes:

A) Impuestos

En relación a esta cuestión, debe ser citada, en primer lugar, la STC 141/1988⁶⁸⁷, de 11 de julio, que declaró inconstitucional por vulneración del derecho de acceso a la justicia la utilización del término “*tribunal*” incluida en el artículo 57.1 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Ese precepto impedía que pudieran surtir efectos probatorios en juicio aquellos documentos sujetos al pago del citado impuesto que no hubieran sido satisfechos. Sin perjuicio de que la indicada STC utiliza varios argumentos para declarar la inconstitucionalidad de ese precepto, interesa destacar que se declaró vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el entendimiento de que el alcance de este derecho no puede condicionarse por factores extra-jurisdiccionales, como era el caso de la liquidación del tributo que aquí se analizaba. Para el TC, se producía un efecto de “*quiebra evidente entre el mundo sustantivo y procesal*”. La STC 141/1988⁶⁸⁸, a pesar de reconocer la licitud del fin buscado por el legislador con la introducción de esta exigencia -

del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, mayo-agosto, 2000, pp. 26-31.

⁶⁸⁷ STC 141/1988; MP: Gloria Begué Cantón.

⁶⁸⁸ En relación a esta STC –y a un precepto de la Ley Hipotecaria (el actual art. 319 LH) que plantea un problema similar al declarado inconstitucional–, *vid.* Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 313 de la Ley Hipotecaria” *Diario La Ley*, Volumen 7º, 2001.

incentivar el cumplimiento de las obligaciones fiscales-, sostiene que es desproporcionada la consecuencia anudada a la falta de abono del impuesto.

La otra resolución del Tribunal Constitucional relevante a los efectos que nos ocupan es la STC 133/2004, de 22 de julio⁶⁸⁹, que sí consideró compatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva la privación de eficacia ejecutiva de la letra de cambio extendida en un efecto timbrado de cuantía inferior a la escala legal.⁶⁹⁰ El TC sostiene que nos encontramos, exclusivamente, ante la limitación de las formas de tutela disponibles para el acreedor, ya que si bien el justiciable no podría acudir al proceso ejecutivo o al cambiario, no suponía la pérdida de su derecho a la tutela judicial, que seguía abierta a través del proceso declarativo en el que tal documento podría presentarse como prueba⁶⁹¹.

B) Tasas judiciales

El artículo 35, apartado 7, párrafo segundo, de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, “de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, reimplantó la exigencia del pago de una tasa por ejercer la potestad jurisdiccional; figura que había desaparecido por medio de la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, “de supresión de las tasas judiciales”.

Pese al inicial carácter limitado de esta reintroducción -en cuanto a los sujetos pasivos y a su importe máximo-, una posterior reforma generalizó la exigencia de las tasas⁶⁹² si bien, en esa misma legislatura, una nueva reforma introdujo diversas modificaciones en su regulación y excluyó a las personas físicas como sujetos pasivos de la misma⁶⁹³.

Al margen de las vicisitudes de la regulación normativa de esta figura, interesa resaltar que en el año 2004 se promovió una cuestión de inconstitucionalidad en relación a la posible quiebra del derecho de acceso a la jurisdicción que suponía la exigencia de la tasa judicial. Esta cuestión fue resuelta por la STC 20/2012, de 16 de febrero⁶⁹⁴, en la que el Pleno del TC declaró expresamente, desde la perspectiva del derecho de acceso, la constitucionalidad de la figura de la tasa judicial en la jurisdicción civil. Efectivamente, la STC 20/2012 parte de la premisa de que la exigencia de la tasa responde a un fin legítimo como es “financiar el

⁶⁸⁹ RTC 2004/133; MP: Manuel Aragón Reyes.

⁶⁹⁰ Artículo 37.1 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

⁶⁹¹ Cfr. Jesús Ángel SÁNCHEZ VEIGA, “Timbre, letras de cambio y tutela judicial efectiva”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 17, 2004.

⁶⁹² Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

⁶⁹³ Artículo 11 del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

⁶⁹⁴ RTC 2012\20, MP: Eugeni Gay Montalvo.

servicio público de la administración de justicia con cargos a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos”. Ahora bien, el ámbito de discrecionalidad reconocido por parte del TC al legislador para acordar que el proceso sea o no gratuito para el justiciable no es ilimitada. Para que sea acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es preciso, según el propio Tribunal, que no se menoscabe el núcleo esencial del derecho a la justicia gratuita derivado del artículo 119 CE; y, en segundo lugar, que la cuantía de la tasa sea asumible por el sujeto gravado, en virtud de su capacidad económica⁶⁹⁵. Por decirlo con las palabras empleadas por el Tribunal Constitucional:

“Esta conclusión general solo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden la práctica de acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables, atendiendo a los criterios de la jurisprudencia expuesto en el fundamento jurídico séptimo”.

Se refiere ese fundamento jurídico séptimo de la STC 20/2012 a los principios *pro actione* y de proporcionalidad. La postura del Tribunal Constitucional es, por lo demás, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Según la Corte de Estrasburgo,⁶⁹⁶ del art. 6.1 del CEDH no puede extraerse un derecho incondicionado a la gratuidad del proceso. Para el TEDH, las tasas judiciales contribuyen al logro de dos fines legítimos: la financiación del sistema judicial y la reducción del número de litigios injustificados. Ahora bien, esta restricción puede resultar desproporcionada si la cuantía de la tasa resulta excesiva, habida cuenta de circunstancias tales como la capacidad del litigante para satisfacerla, las posibilidades de modular su cuantía y su pago en atención a las circunstancias del caso, la fase del procedimiento en la que el mismo se exige, la naturaleza del pleito y la razonabilidad de las pretensiones sostenidas por el sujeto pasivo.

Interesa también hacer notar que no es indiferente que el abono de la tasa deba realizarse por adelantado, habiendo apuntado la STC 20/2012 a una posible reconsideración futura de este requisito (el pago por anticipado de la tasa) con

⁶⁹⁵ Para Juan Antonio XIOL RIOS, “la tasa como figura retributiva en la que se diluye el principio de capacidad económica como criterio de reparto de la carga, no es el instrumento más idóneo para la financiación de los servicios esenciales del Estado, por su falta de equidad y por su limitado efecto redistributivo”. “El papel de los Tribunales Constitucionales en la actual crisis económica”, ponencia inédita presentada en el Encuentro entre los Tribunales Constitucionales de España y Alemania (Madrid, 17 a 19 de septiembre de 2014).

⁶⁹⁶ Por ejemplo, la STEDH de 29 de mayo de 2012, *Julin c. Estonia*⁶⁹⁶; JUR 2012\179450.

base en la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-279-09 *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft*⁶⁹⁷):

“60 Corresponde a este respecto al juez nacional comprobar si los requisitos para la concesión de la asistencia jurídica gratuita constituyen una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar a la propia esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

61 Al realizar esta apreciación, el juez nacional puede tomar en consideración el objeto del litigio, la existencia de posibilidades razonables de que el demandante salga vencedor del proceso, la importancia que para éste tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y del procedimiento aplicables, así como la capacidad del demandante de defender eficazmente su causa. *Para valorar la proporcionalidad, el juez nacional puede también tener en cuenta el importe de las costas de procedimiento que deben abonarse por anticipado y si éstas pueden representar o no un obstáculo insuperable al acceso a la justicia*”. [Énfasis añadido]

Finalmente, es reseñable que la STC 20/2012 rechaza expresamente que la consecuencia legalmente prevista para el caso de no acreditación del pago de la tasa -consistente en no dar curso a la demanda-, sea un “efecto desproporcionado⁶⁹⁸”.

En su posterior -e importante- Sentencia 140/2016 de 21 de julio,⁶⁹⁹ el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional varios incisos del art. 7, apartado 1, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ TJUE 2010\413; MP: A. Rosas.

⁶⁹⁸ Pronunciamiento que, por lo demás, era previsible, a la luz de la jurisprudencia del TEDH antes citada y del hecho de que la tasas judiciales sean aplicadas en la inmensa mayoría de los países de la Unión Europea.

⁶⁹⁹ RTC 140/2016; MP: Santiago Martínez-Vares García.

⁷⁰⁰ En concreto, el Tribunal anula los incisos del art. 7.1 de la ley que prevén las siguientes cuotas fijas: 1) la de 200 euros para interponer el recurso contencioso-administrativo abreviado y la de 350 euros para interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario; 2) la de 800 euros para promover recurso de apelación y de 1.200 euros para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en el orden civil; 3) la de 800 euros para el recurso de apelación y 1.200 euros para el recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, en el orden contencioso-administrativo; 4) así como también la nulidad de la tasa de 500 euros para el recurso de suplicación y 750 para el de casación en cualquiera de sus modalidades, ambos del orden social. También ha sido declarado inconstitucional el art. 7.2, que imponía una cuota variable cuya cuantía sería la que resultara de aplicar al valor económico del litigio el tipo de gravamen que

El Tribunal Constitucional reitera en la STC 140/2016 que el establecimiento de tasas para el ejercicio de acciones judiciales en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social no vulnera, en sí mismo, el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); no incumple el mandato de sometimiento de la Administración al control judicial (art. 106 CE) ni tampoco el principio de gratuidad de la Justicia (art. 119. CE). El legislador, señala el TC, tiene libertad para regular los requisitos del acceso gratuito a la Justicia, siempre y cuando garantice el ejercicio de este derecho a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Ahora bien, el TC considera que la cuantía de determinadas tasas (tanto la cuota fija como la variable) resultan desproporcionadas y pueden producir un efecto disuasorio en los ciudadanos a la hora de acudir a los tribunales de justicia en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal analiza los dos requisitos que, a su juicio, deben concurrir en las normas que, como la impugnada, limitan un derecho fundamental: la legitimidad de los fines perseguidos⁷⁰¹ y la proporcionalidad de la medida legislativa. Los fines perseguidos por la ley recurrida, afirma la STC 141/2016, son *constitucionalmente legítimos*. Así ocurre con el primero de ellos, que es evitar las “situaciones de abuso” que generan aquellos litigantes que no buscan verdaderamente la tutela de los tribunales, sino ventajas mediante la dilación de los procedimientos; y también con el segundo, que es la financiación mixta de la Justicia⁷⁰². Respecto a este último, su legitimidad se debe a que el hecho imponible gravado por la tasa no es el servicio público de la Justicia (entendido como dotación de medios materiales y personales), sino el “ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

Sin embargo –siempre según la STC 141/2016–, la legitimidad de esta segunda finalidad no puede suponer la implantación de unas tasas excesivas que imposibiliten el acceso a la tutela judicial.

correspondiera, según la siguiente escala: de 0 a 1.000.000€, 0,5%; el resto, un tipo porcentual del 0,25. Máximo variable: 10.000€.

⁷⁰¹ De la lectura de la jurisprudencia constitucional no se desprende con claridad si el requisito de “razonabilidad” exigido por otras Sentencia del TC en su tarea de verificación de la constitucionalidad de las leyes se entendería subsumido, cuando se trate de normas que limiten derechos fundamentales, dentro del requisito la legitimidad de los fines perseguidos. Así parece entenderlo la STC 141/2016.

⁷⁰² Entiéndese por tal que los costes del sistema judicial sean sufragados, tanto por el conjunto de la sociedad por medio de los impuestos abonados por los contribuyentes, como por los usuarios de la administración de Justicia mediante el pago de la tasa correspondiente.

Según la doctrina constitucional ya expuesta con anterioridad, para que una medida legislativa se considere proporcionada, debe cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En este caso, el Tribunal de Garantías juzga que la medida no es idónea para conseguir la finalidad de acabar con los recursos abusivos. De hecho, al tratarse de un sistema de tasas en el que todos los sujetos pasivos (personas jurídicas) pagan lo mismo, su objetivo de prevenir o disuadir de la interposición de recursos abusivos “se diluye para todo aquel que dispone de medios económicos suficientes”; y, sin embargo, “perjudica (...) al justiciable que ejercita correctamente su derecho a recurrir”, que se ve obligado a pagar una tasa con la que se pretende erradicar un comportamiento que le es ajeno. La imposibilidad de establecer un control previo sobre los recursos “no puede justificar la imposición indiscriminada de esa tasa, bajo el sustento de un propósito disuasorio frente a una patología a fin de cuentas minoritaria”.

Además, el TC hace hincapié en que nuestro ordenamiento ya preveía un instrumento disuasorio, como es el depósito para recurrir. La STC 141/2016 concluye que la imposición de la tasa no es idónea, porque no cumple con su teórica finalidad y porque no existen razones objetivas que justifiquen la imposición de una nueva medida disuasoria por una supuesta falta de eficacia de los depósitos. Por el contrario, el Tribunal Constitucional sostiene que la imposición de la tasa sí es una medida idónea para la consecución del segundo fin, el de la financiación mixta de la justicia. Y también que es necesaria, pues no existía, ni la alegaban los recurrentes, una alternativa a la tasa para conseguir la finalidad de “fijar una corresponsabilidad económica por parte de todo aquel que genera la actividad procesal cuya realización produce un coste para el Estado”.

El último requisito que analiza el Tribunal es el de la proporcionalidad en sentido estricto. En el caso de la cuota fija exigida para iniciar un proceso en el orden contencioso administrativo (la demanda no contenía pretensión alguna en relación al orden civil, lo que impidió al Tribunal pronunciarse al respecto⁷⁰³), la Sentencia advierte que en el acceso a esta jurisdicción no solo está en juego el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino también la “efectividad” de los mandatos de los arts. 103.1 y 106.1 CE con los que se asegura el sometimiento de las Administraciones Públicas al control judicial de su actividad. El efecto disuasorio de dichas tasas no quedaba anulado ni por el límite establecido (no podía superar el 50% la sanción económica recurrida) ni por la reducción del importe de la sanción en caso de pago voluntario. Además, el TC

⁷⁰³ Si bien la propia STC 141/2016 deja constancia de que están pendientes varias cuestiones de inconstitucionalidad que, en el futuro, podrían permitir al TC pronunciarse al respecto.

recuerda que los procesos del orden contencioso administrativo no se agotan en los recursos contra las multas. El Tribunal advierte, finalmente, de lo gravoso que resulta para el justiciable sumar, al pago de la tasa, los honorarios de abogado y procurador. Por todo ello, concluye que la tasa fija de 200 euros para la interposición de un recurso contencioso-administrativo abreviado y la de 350 euros para el ordinario resultaban desproporcionadas y era contrarias al derecho de acceso a la jurisdicción.

En cuanto a las tasas exigidas para la interposición de los recursos, el TC considera que la justificación contenida en la memoria económica de la ley es insuficiente, pues se limita a señalar que es legítimo fijarlas en cuantías superiores a las de la primera instancia y que su recaudación no es suficiente para cubrir los costes generados por la segunda instancia. A este respecto, la sentencia afirma, por un lado, que “el objetivo de la financiación mixta de la Justicia no puede traer consigo el sacrificio de un derecho fundamental”; y, por otro, que la cuantía de las tasas para recurrir resoluciones judiciales “no atiende a la realidad económica de una mayoría significativa de sus destinatarios, a los cuales resulta excesiva”, afirmación esta última que el Tribunal realiza sobre la base de datos estadísticos oficiales. En consecuencia, esas tasas vulneraban el derecho protegido por el art. 24.1 CE al poder disuadir de la interposición del recurso. Respecto a la cuota variable (segunda cantidad que se exigía al justiciable en función de un determinado porcentaje sobre el valor económico del litigio), el Pleno del TC considera que “eleva innecesariamente la carga económica” sobre el recurrente, sin que el legislador especifique a qué criterio responde su exigencia. Por ello, resultaba inconstitucional al infringir “el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y al recurso⁷⁰⁴”.

Al margen de lo anterior, interesa destacar que la indicada STC 141/2016 realiza varias afirmaciones, aunque sea *obiter dicta*, de las que se desprende la constitucionalidad del régimen legal vigente para prevenir el abuso del proceso.

En efecto, además, de calificar como un fin constitucionalmente legítimo para el legislador la sanción del “ejercicio abusivo, temerario o de mala fe del propio derecho de acceso a la justicia”, alude expresamente a la admisibilidad de la “imposición de multas por temeridad u otras semejantes”. Más adelante, el TC da por bueno que “las leyes establezcan consecuencias jurídicas para quien abuso de su derecho de acceso, a la jurisdicción o al recurso, por mala fe o temeridad,

⁷⁰⁴ Una dura -y elaborada- crítica de la doctrina de esta STC puede leerse en Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio”, *Revista para el análisis del Derecho Indret* 1/2017.

en términos de posible condena en costas por esta causa o través de la imposición de una multa del art. 247 LEC”.

C) Fianzas y consignaciones

Atendiendo al fin legítimo de protección de los derechos de los terceros, el Tribunal Constitucional ha proclamado explícitamente la constitucionalidad, tanto de la exigencia legal de una fianza para la ejecución de las medidas cautelares (STC 202/1987⁷⁰⁵), como de la exigencia de caución al demandado para oponerse a la acción de tutela sumaria de los derechos reales inscritos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Si bien exigiendo, en este último caso, que los jueces realicen una ponderación adecuada a la capacidad económica del solicitante, en orden a fijar su cuantía (STC 45/2002⁷⁰⁶).

La STC 5/1993⁷⁰⁷, de 14 de enero, ha precisado que no cabe aplicar a la caución, de forma analógica, la exención del depósito para recurrir que prevé la Ley 1/1996, como prestación integrada en el contenido del beneficio de justicia gratuita.

Dentro de las cargas económicas asociadas a la iniciación de un proceso civil cabe hacer una referencia al recargo legal del 20% de intereses de demora contra las aseguradoras que no consignen la cantidad reclamada a los tres meses siguientes a la fecha del siniestro, que impone el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Interesa reseñar que el Tribunal Supremo ha declarado que la *ratio iuris* del precepto es, precisamente, evitar un uso abusivo del proceso civil: “la razón del mandato legal radica no sólo en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización, sino también en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación⁷⁰⁸”. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de manifestar que no estima disuasorio ni restrictivo para el derecho fundamental de acceso a la justicia civil su imposición, bajo la argumentación de que la entidad aseguradora siempre podrá evitar su devengo si consigna los intereses dentro del plazo legalmente señalado. Así, en la STC 5/1993, de 14 de enero, puede leerse que

“El precepto cuestionado establece simplemente un interés especial de demora y por tanto el riesgo de ver aumentada la indemnización si finalmente el asegurador es condenado, pero no ningún pago o anticipo previo que condicione el acceso a la jurisdicción ni tampoco el

⁷⁰⁵ RTC 202/1987; MP: Carlos de la Vega Benayas.

⁷⁰⁶ RTC 45/2002; MP: Elisa Pérez Vera.

⁷⁰⁷ RTC 5/1993; MP: José Gabaldón López.

⁷⁰⁸ STS nº 499/2015, de 11 de septiembre (JUR 2015\215746; MP: José Antonio Seijas Quintana).

cumplimiento de un requisito formal de carácter procesal que actúe al efecto como presupuesto o carga. No impide por tanto aquel precepto formalmente el acceso al proceso ni actúa materialmente como obstáculo o carga previa que lo impida, sino sólo como una consecuencia gravosa de la resistencia o demora en indemnizar. Lo cual comporta sustancialmente un efecto de equilibrio entre la situación del perjudicado y la del asegurador en relación con el acceso de uno y otro a la tutela judicial. Así, el efecto disuasorio que podría atribuirse al recargo no puede estimarse como desproporcionado con el fin, en favor de las víctimas del siniestro, de dificultar el retraso en el resarcimiento del daño sufrido. De hecho, y puesto que por efecto de la propia Ley el perjudicado habrá de reclamar en juicio civil del responsable o su asegurador la indemnización si no le ha sido voluntariamente satisfecha, el incremento de la indemnización si no se consignó actúa como una especie de contrapartida del perjuicio que para aquél significan la necesidad de litigar y la demora, y por tanto cobra el citado efecto de equilibrio respecto de la posición, en su caso, de demandado, que el asegurador tendrá en el proceso si no indemniza o consigna en un plazo razonable. No cabe, por otra parte, calificar como irrazonable o desproporcionado en la actualidad y por relación a otros tipos de interés-sanción el que la norma señala ni tampoco como un mecanismo impeditivo del ejercicio del derecho de defensa en juicio que tiene el asegurador, desde el punto de vista de su relevancia en cuanto al art. 24.1 de la Constitución”.

Y si no hay objeción alguna desde el punto de vista constitucional con un tipo de interés legal moratorio tan elevado, con mayor razón aún son perfectamente admisibles, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, los intereses procesales del art. 576.1 LEC. En este caso, es evidente que, junto con una finalidad indemnizatoria, la condena a abonar los intereses legales incrementados en dos puntos -tratándose, lógicamente, de condenas dinerarias-concorre un fin disuasorio, que trata de desincentivar los recursos devolutivos infundados o dilatorios. Por tanto, *es razonable conceptuar también a los intereses*

*procesales como un instrumento normativo específico contra el abuso del derecho a litigar*⁷⁰⁹. Lo expresa con rotundidad la STC 206/1993, de 22 de junio⁷¹⁰:

“[E]n puridad, y utilizando otro instrumental terminológico más apropiado, podría mejor hablarse de medidas de fomento de la ejecución de Sentencias con un signo negativo y un contenido económico, que han sido utilizadas por el legislador más de una vez, como habrá ocasión de comprobar, con el fin de poner coto a la masificación de asuntos en los órganos judiciales por un uso abusivo del proceso, desviándolo de su fin institucional, para prolongar situaciones cuya ilicitud se ha comprobado ya judicialmente, con el correlativo beneficio económico del deudor moroso y el simétrico empobrecimiento del acreedor que ha ganado el pleito. Se trataría, pues, desalentar el abuso del derecho a la tutela judicial”.

Finalmente, es preciso recordar que es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la exigencia de consignación del precio de venta como requisito de admisibilidad del ejercicio de la acción de retracto arrendaticio es una opción legítima de política legislativa que, considerada en sí misma, no conculca el orden constitucional. Como señaló la STC 12/1992, de 27 de enero⁷¹¹, la finalidad de una norma procesal de este tipo –como era el caso del art. 1618.2 LEC 1881, precepto que condicionaba el curso de las demandas de retracto al cumplimiento del requisito de consignación o afianzamiento del precio– es la de “garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae Sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el art. 1518 del Código Civil”. Para el TC, resultaba “manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse una limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial”.

Con esta premisa, bajo la vigencia del referido art. 1618.2 LEC 1881, el Tribunal Constitucional se limitó a revisar el juicio de proporcionalidad efectuado por los órganos del Poder Judicial en aplicación de dicho requisito procesal, otorgando

⁷⁰⁹ Como puntualiza agudamente M^a Teresa PADURA BALLESTEROS, esta función preventiva del abuso del derecho a litigar debe tenerse en cuenta, si bien “no puede encontrarse en ella el fin último de los intereses procesales porque, al igual que sucedía con la evitación del recurso dilatorio, desde esta nueva perspectiva quedarían sin explicación aquellos supuestos en los que, iniciado el proceso y concluso mediante sentencia de condena, el deudor queda libre de pago de intereses si cumple inmediatamente la sentencia, a pesar de haber *obligado* o forzado al acreedor a incoar un proceso judicial (lo cual también es un abuso de la tutela judicial efectiva en el sentido en que lo entiende el Tribunal Constitucional: masificación de asuntos, uso del proceso desviado de su fin institucional. Uso abusivo del proceso por parte del deudor, que lo provoca con el fin de alargar la situación de incumplimiento)” [Énfasis del original], *Los intereses procesales por demora*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 76-77.

⁷¹⁰ RTC 1993\206; MP: Rafael de Mendizábal Allende.

⁷¹¹ RTC 1992/12; MP: Eugenio Díaz Eimil.

su amparo a quienes habían sido víctimas de una interpretación “excesivamente onerosa o desproporcionada respecto de la finalidad de garantía” inspiradora del mismo. En el ejercicio de esa labor, el TC consideró contrarias al art. 24.1 CE, por excesivamente formalistas, varias decisiones de inadmisión que habían rechazado la consignación realizada a través de cheque conformado (STC 12/1992, de 27 de enero), mediante fianza o aval bancario (SSTC 145/1998⁷¹², de 30 de junio y 189/2000⁷¹³, de 10 de julio) o fuera del estricto plazo de caducidad previsto en la referida norma cuando la extemporaneidad era exclusivamente achacable a una mala praxis del propio órgano judicial (STC 327/2005, de 12 de diciembre⁷¹⁴).

Una vez derogado el art. 1618.2 LEC 1881, el Tribunal Constitucional se vio en la necesidad de examinar decisiones de inadmisión de demandas de retracto arrendaticio adoptadas con arreglo a la nueva norma procesal aplicable, el art. 266.3 LEC 1/2000; innovación legislativa que obligó a ampliar la perspectiva de análisis del TC, pues la carga de consignar sólo podía servir de restricción legítima al acceso a los tribunales si seguía estando prevista en la legislación procesal en vigor. De no ser así, una decisión de inadmisión por falta de consignación, adoptada sin cobertura legal expresa por un órgano judicial, por muy legítimos o ponderados que fueran los fines perseguidos por el mismo, debía reputarse lesiva del derecho de acceso al proceso reconocido en el art. 24.1 CE, pues, como ha señalado insistentemente el TC, una decisión de inadmisión sólo es compatible con dicho derecho fundamental si “es consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia” (STC 39/2015, de 2 de marzo⁷¹⁵, FJ 4).

D) Condena en costas

El Tribunal Constitucional ha aplicado a los procesos civiles su doctrina favorable a entender admisible cualquiera de los dos sistemas legales clásicos de imposición de costas: el objetivo o de vencimiento; y el subjetivo por temeridad o mala fe de la parte (STC 134/1990⁷¹⁶). Todo ello, sin perjuicio del control sobre la motivación y razonabilidad que procede hacer respecto a la resolución judicial que aplique en cada caso la normativa reguladora de las costas. La STC 134/1990 afirma que “[e]ste Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la eventual vulneración del derecho que consagra el art. 24.1 de la Constitución

⁷¹² RTC 1998/145; MP: Pablo García Manzano.

⁷¹³ RTC 2000/189; MP: María Emilia Casas Baamonde.

⁷¹⁴ RTC 2005/307; MP: Vicente Conde Martín de Hijas.

⁷¹⁵ RTC 2015/39; MP: Ricardo Enríquez Sancho.

⁷¹⁶ RTC 134/1990; MP: Vicente Gimeno-Sendra.

como consecuencia de un determinado pronunciamiento judicial en el que se decida su imposición, y a tal doctrina ha de hacerse referencia inicialmente en el análisis de la cuestión actualmente planteada. Como criterio general, se ha señalado al respecto que ninguno de los dos sistemas en que se estructura la imposición de costas en nuestro ordenamiento jurídico procesal, esto es, el objetivo o del vencimiento y el subjetivo o de la temeridad, afectan a la tutela judicial efectiva, pues la decisión sobre su imposición pertenece, en general, al campo de la mera legalidad ordinaria y corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios en el ejercicio de su función [por todas, SSTC núms. 131/1986, de 29 de octubre y 147/1989, de 21 de septiembre.]”

No obstante, interesa mencionar una hipótesis de lesión del derecho de acceso a la jurisdicción derivada de la condena en costas, como fue la contemplada por la propia STC 134/1990. En el caso analizado por el TC, se impusieron a la parte apelada -que había visto estimada su demanda en la primera instancia-, la condena en costas por temeridad tanto de la primera como de la segunda instancia, lo que dio lugar a la estimación del recurso de amparo. En esencia, se razonó por el TC que, al haber recaído la imposición de las costas de la alzada sobre quien no había dado pie al recurso de apelación, la resolución judicial recurrida en amparo había incurrido en arbitrariedad, por entender que la interpretación del órgano judicial constituía “el medio para disuadir o dificultar el acceso a los Tribunales”.

Debe hacerse una referencia final a la STC 147/1989, 21 de septiembre⁷¹⁷, cuya doctrina es de especial relevancia para el análisis que estamos realizando. Frente a la alegación de los recurrentes en amparo, en el sentido de que la imposición de costas -dado lo elevado de su cuantía- producida en un pleito precedente les imposibilitaría -por carecer de medios económicos- para acometer las numerosas acciones legales que tenían pensado plantear de forma inmediata, el TC respondió lo que sigue:

“La posibilidad de esta imposición constituye un riesgo común que todo potencial litigante debe valorar y asumir antes de instar la actividad procesal de los Jueces y Tribunales, *sopesando, con el adecuado asesoramiento profesional, las posibilidades de éxito de las acciones judiciales que se propongan ejercitar absteniéndose de promover las que, en buena técnica jurídica y según normales criterios de experiencia forense, se manifiesten temerarias, de mala fe o totalmente infundadas [...]* ni siquiera en el supuesto de que sea previsible que el condenado en costas proyecta continuar una intensa actividad litigiosa posterior, cuyos gastos sobrepasarán sus medios económicos, pues la insuficiencia de éstos, de llegar a hacerse realidad, *no le impide demandar a los Jueces y Tribunales, en cada caso concreto que así lo estime procedente, la tutela*

⁷¹⁷ RTC 1989\147; MP: José Luis de los Mozos y de los Mozos.

de sus derechos e intereses, ya que, en efectividad de esta tutela, la ley arbitra el remedio de la justicia gratuita, disponible para todo aquel que, en los términos que la propia ley establece, carezca de solvencia económica para afrontar los gastos que se deriven de los procesos o recursos que se interpongan”.
[Cursiva añadida]

E) Multas

La única vez que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la posible interferencia de la imposición de multas por parte del órgano judicial -al haber incurrido el litigante en temeridad o mala fe procesal- con el derecho a la tutela judicial efectiva fue en la STC 41/1984, de 21 de marzo.⁷¹⁸ Entre otras cuestiones, se discutía si la imposición a los litigantes por parte de la resolución judicial objeto del recurso de amparo, con base en el art. 94 de la Ley de Procedimiento Laboral⁷¹⁹ entonces vigente, de sendas sanciones de 10.000 pesetas, al reputarse temeraria su conducta procesal, conculcaba el art. 24.1 CE. El TC estimó el recurso de amparo por la falta de motivación de las razones que justificaban la imposición de la multa, *pero sin cuestionar la constitucionalidad de ese precepto*. Debemos recordar que, en caso de reputar el Tribunal inconstitucional ese precepto, habría planteado la denominada “auto-cuestión” de inconstitucionalidad. Con arreglo al art. 55.2 LOTC, “[e]n el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”.

Por tanto, esta STC validó implícitamente el diseño institucional que, en la jurisdicción laboral, pretendía desincentivar conductas procesales abusivas mediante la imposición de multas dinerarias a la parte. Por ello, no hay razón alguna para pensar que este mismo criterio no sería aplicable al art. 247.3 LEC.

Es también relevante a este respecto la STC 131/1986, de 29 de octubre.⁷²⁰ Se trata de una de las pocas ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de la facultad conferida por el art. 95.3 LOTC, que dispone que “[e]l Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o abuso de derecho, una sanción pecuniaria de 600 a 3000

⁷¹⁸ RTC 1984\41; MP: Manuel Díez de Velasco Vallejo.

⁷¹⁹ “Si el Magistrado estimase que alguno de los litigantes obró con mala fe o temeridad notoria podrá en la sentencia imponerle una multa de 1.000 a 15.000 pesetas, que se hará efectiva en metálico y a la que se dará el destino propio de las multas de carácter social”.

⁷²⁰ RTC 1986/131; MP: Eugenio Díez Eimil.

euros⁷²¹”. En esta STC, en primer lugar, y frente a la alegación del recurrente de que la imposición de costas –fundada en la temeridad- había coartado su derecho a la tutela judicial efectiva, se afirma por el TC que la apreciación de temeridad o mala fe litigiosas a efectos de la imposición de las costas procesales es una cuestión de legalidad ordinaria, que compete, en exclusiva, a la jurisdicción ordinaria. A continuación, el Tribunal Constitucional impone al demandante en amparo una sanción adicional por haber litigado en la jurisdicción constitucional contraviniendo las reglas de la buena fe procesal:

“El trámite de alegaciones del art. 52.1 de la LOTC, respecto al demandante, tiene por objeto que, a la vista de las actuaciones judiciales previas, exponga al Tribunal las razones que motivan su recurso de amparo, aportando al proceso sus fundamentos jurídicos no explicitados en la demanda o, en otro caso, reitere, amplíe o profundice los ya contenidos en la misma, normalmente, de manera muy escueta o simplemente esbozada. Utilizar dicho escrito de alegaciones para, en manifiesta contradicción con su finalidad, llegar a abandonar las pretensiones ejercitadas en la demanda y sustituirlas por otra que altera sustancial y radicalmente los términos iniciales en que se planteó la *litis*, constituye conducta incongruente y poco respetuosa con las normas de ordenación procesal, que merece ser calificada de temeraria a los efectos de aplicación de lo previsto en el art. 95.2 y 3 de la Ley citada”.

En definitiva, la propia LOTC contempla la posibilidad de sancionar con una multa pecuniaria a quien abusa del proceso de amparo constitucional. Si bien es cierto que, en rigor, no puede trazarse en paralelismo sin matices entre el acceso a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional –el primero es más importante y, por ello, se encuentra especialmente reforzado al ser la garantía más primaria para la tutela de los derechos subjetivos-, esta jurisprudencia constitucional constituye un argumento más –se le atribuya el peso que se quiera- a favor de considerar que es admisible, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, una medida similar en la jurisdicción ordinaria.

⁷²¹ El TC ha hecho un uso puramente testimonial de esta facultad. Entre los pocos supuestos en que se impuso una multa al amparo del art. 95.3 LOPJ, cabe citar la STC 211/1991 de 11 noviembre (RTC 1991\211; MP: Álvaro Rodríguez Bereijo), si bien no se motivaron de forma específica las razones por la que se concluyó que el demandante en amparo actuó de forma abusiva.

6. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL ABUSO DEL PROCESO CIVIL Y SU EVENTUAL COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Aplicando los dos métodos de identificación del contenido esencial de los derechos fundamentales señalados por la STC 11/1981, así como el cuerpo de doctrina del TC delimitando el contenido nuclear del art. 24.1 CE se aprecia, sin excesivas dificultades, que la responsabilidad civil por el abuso procesal sustentada por los artículos 7.2 y 1902 CC, así como la eventual imposición de una multa *ex art.* 247.3 LEC, no interfieren en modo alguno con el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En efecto, para que tal contenido nuclear se entendiera afectado haría falta que, como consecuencia de la regulación legal, el litigante quedara privado de aquellas facultades o posibilidades que hacen reconocible el derecho a la tutela judicial. Y es patente que ello no es así, puesto que el litigante abusivo puede ejercitar en su plenitud el derecho de acceso a la jurisdicción, incluso aunque lo haga de forma antijurídica. Además, y aunque su pretensión procesal sea abusiva, el ordenamiento le concede el derecho a que el órgano judicial dicte resolución *sobre el fondo de la cuestión debatida*, sin que le baste al juez la invocación de los artículos 247.2 LEC y 11.2 LOPJ para repeler la acción (o la oposición a la misma).

Por lo que se refiere al segundo método de delimitación, la regulación prevista en los arts. 7.2 y 1902 CC, así como en el art. 247.3 LEC, no condiciona el interés jurídico protegido por el art. 24 CE. El litigante sigue ostentando, en toda su intensidad, el derecho de acceso a la jurisdicción –que es el “interés” medular que se quiere proteger–, sin que, al igual que ocurre con la condena en costas, pueda considerarse en principio restrictivo para tal derecho la obligación de indemnizar *ex post* los daños provocados o el pago de una multa que no podrá exceder de un importe equivalente al tercio de la cuantía del proceso, no debiendo superar en todo caso los 6000 euros.

Consecuentemente, hacer responsable al litigante abusivo de los daños provocados por su actuación ilícita –y, de forma excepcional, imponerle una multa por contravenir la buena fe procesal– difícilmente puede concebirse como una medida restrictiva, no ya del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de sus contornos⁷²². La apelación constante al art. 24 CE que se realiza por la jurisprudencia cuando se juzga la inexistencia de *iusta causa*

⁷²² Y ratifica lo que decimos la ya comentada Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 abril 2016 (JUR 2016\86632; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel) y, muy especialmente, el voto parcialmente disidente a la misma de la magistrada Roca Trías.

litigandi como presupuesto de la acción de daños parece más una fórmula retórica que un problema genuino de conflicto de derechos fundamentales enfrentados.

En atención a las anteriores consideraciones, la imposición de la responsabilidad civil por los daños procesales causados, además de responder a un fin legítimo (tal y como reconoce abiertamente la STC 141/2016), no constituye ningún obstáculo insalvable para el acceso a la justicia civil. En este punto, interesa destacar muy especialmente el aspecto cronológico, al que también alude la indicada STC 141\2012: a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la tasa judicial o los depósitos para recurrir, *el abutente habrá podido acceder a la tutela judicial sin obstáculo previo alguno*.

Y por lo que se refiere a la más improbable imposición de una multa por contrariar, por su posición jurídica -ya sea como actor o como demandado-, la buena fe procesal, el propio artículo 247.3 LEC recoge en su enunciado de forma explícita la necesaria aplicación del “principio de proporcionalidad “a la hora de graduar la multa que, además, tiene una limitación máxima de 6000 €, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

En efecto, como señala el propio artículo 247.3 LEC, para determinar la cuantía de la multa el Tribunal “deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte hubieren podido causar”.

En definitiva, además de un límite absoluto (un importe que no exceda del tercio de la cuantía del litigio, con un tope de 6000 euros) se impone otro derivado de la aplicación del principio de proporcionalidad que obliga, dentro de esa horquilla -de 180 a 6000 euros-, a ponderar las circunstancias fácticas del caso concreto, así como los perjuicios irrogados o que se pretendían provocar con esa conducta procesal abusiva. Por tanto, es difícil pensar, en la práctica, en un supuesto en el que, en atención a las circunstancias concretas del caso, pudiera llegarse a la conclusión de que la cuantía de la multa fuera tan desproporcionada que vulnerara el derecho a la tutela judicial efectiva del litigador abusivo.⁷²³

Pero es que esta argumentación tampoco sería satisfactoria, en la medida en que ese litigante abusivo, si careciera de medios económicos para ejercer acciones judiciales en el futuro como consecuencia del pago de la indemnización y/o multa impuestas, podría acudir al beneficio de la justicia gratuita para encauzar sus reclamaciones judiciales subsiguientes, tal y como razonó en relación a la

⁷²³ La STC 141/2016, aunque sea *obiter dictum*, no ve tacha de inconstitucionalidad en el art. 247 LEC.

condena en costas la STC 147/1989⁷²⁴. Desde el punto de vista de la “disuasión” con respecto a futuras acciones judiciales, debemos tomar en consideración adicionalmente que no se impone la sanción a un justiciable cualquiera, sino a quien ha realizado previamente un uso torcido del proceso.

Debe hacerse constar que, en último término, se trata de una decisión que entra dentro de la libertad de configuración del legislador ordinario, como lo acredita la admisión, en otros ordenamientos de la Unión Europea, de regulaciones mucho más severas con el abutente. Esto es, a nuestro juicio sería admisible, desde el punto de vista constitucional, la implementación por el legislador español de medidas más restrictivas para el derecho a litigar de quien abusa del proceso.

En relación a esta cuestión, merece ser destacada la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos⁷²⁵ en el caso *H. contra el Reino Unido*, de 2 de diciembre de 1985, que declaró que una orden denegando el permiso a un litigante para comenzar un procedimiento, con base en una previa orden emitida contra él bajo la escocesa *Vexatious Actions Act* de 1898, no vulneraba el artículo 6.1 del CEDH, argumentando que “la orden de litigación vejatoria de 16 de diciembre de 1982 no limitó completamente el derecho de acceso a los tribunales del demandante, sino que sujetó a una autorización de un magistrado de la judicatura escocesa cualquier acción judicial que deseara iniciar. La Comisión considera que una revisión de esa naturaleza no es equivalente a una denegación del contenido esencial del derecho de acceso a un tribunal; de hecho, una cierta regulación del acceso a los tribunales es necesaria en el propio interés de la administración de Justicia y debe, por tanto, ser considerada como una finalidad legítima”. Una norma parecida rige en Inglaterra y Gales (artículo 42 de la *Senior Courts Act* de 1981 y regla 3 c) de las *Civil Procedure Rules*⁷²⁶) y, fuera de la Unión Europea, en otros países que pertenecen a la familia del *Common Law*⁷²⁷.

⁷²⁴ Y, dicho sea de paso, en el seno del expediente de asistencia jurídica gratuita, de hecho, sí que se analizaría la sostenibilidad de la pretensión. Cfr. art. 32 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁷²⁵ Desde 1954 y hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los quejantes no podían tener acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que debían acudir a la Comisión, que establecía si el caso estaba suficientemente fundado como para ser analizado por la Corte. El Protocolo 11, cuya vigencia se inició el 31 de octubre de 1998, abolió la Comisión, y permitió que los individuos pudieran acudir al TEDH directamente.

⁷²⁶ En Inglaterra y Gales estas medidas preventivas contra los litigantes querulantes fueron inicialmente de creación jurisprudencial, como la “civil restraint order” y la “extended civil restraint order”. Para un análisis de sus antecedentes históricos y características, *vid.* Sentencia de 25 de julio de 2003 de la *Court of Appeal (Civil Division)*, *Bhamjee v. Forsdick*, [2003] EWCA Civ 1113.

⁷²⁷ En EEUU, la jurisprudencia entiende posible la adopción excepcional de este tipo de restricción al amparo de la *All Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651 (a). Para un examen de los requisitos necesarios

Los razonamientos empleados por la CEDH en el caso *H. contra el Reino Unido* permiten concluir que los Estados que han suscrito el Convenio gozan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de implementar los instrumentos que consideren más adecuados para garantizar el buen funcionamiento del sistema judicial frente a abusos o usos indebidos de la tutela judicial. Hasta el punto de considerarse admisible una restricción tan intensa como la supeditación del ejercicio de acciones judiciales futuras a la previa autorización judicial.

Analizando una regulación procesal que guarda más similitudes con la española, interesa recordar también que la imposición de multas por el legislador francés para castigar el abuso del proceso civil fue expresamente validada por la Comisión Europea de Derechos Humanos que, en su decisión de 2 de julio de 1991 (asunto *Les Travaux du Midi v. France*), no juzgó la misma contraria al art. 6 CEDH, utilizando la siguiente argumentación:

“[L]a normativa impugnada es la previsión de que, en el supuesto de una apelación que sea considerada vejatoria, se autoriza al tribunal administrativo a imponer al apelante que ve desestimado su recurso una multa que no excederá de 10000 francos. Este es un sistema similar a otros que están en vigor en otros Estados contratantes. Su propósito es disuadir a los litigantes abusivos, así como asegurar la correcta administración de Justicia y evitar el aumento de la carga de trabajo de los tribunales, lo que conduciría a una demora en la tramitación de los procesos. Además, *la decisión quizá habría sido diferente si la cuantía de la multa impuesta hubiera sido tan elevada como para constituir un impedimento real que restringiera el acceso a los tribunales, como sería el caso de la cautio judicatum solvi*”. [Énfasis añadido]

Se constata que, para la CEDH, la admisibilidad de este tipo de sanciones procesales era una *cuestión de grado, pero no de principio*. Por ello, en la medida en que se respetara el principio de proporcionalidad en la cuantía de la multa, ninguna objeción existiría desde la perspectiva del art. 6.1 CEDH. Además, la referencia que realiza esta decisión, como contraposición, a la figura de la “*cautio judicatum solvi*,⁷²⁸” en la que la caución se prestaba por adelantado, evidencia la

para la adopción de una orden judicial de este tipo, *vid.* la Sentencia del Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito de 31 de agosto de 2007, *Molski v. Evergreen Dynasty Corp.*, 2007, U.S. App.

⁷²⁸ La antigua exigencia, recogida en numerosos ordenamientos, de una garantía a prestar por el extranjero que litigaba en un país foráneo. En relación a esta figura, cfr. Mariano AGUILAR BENITEZ DE LUGO, “La *cautio judicatum solvi* a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 1993 en el caso Hubbard/Hamburger”, *Boletín informativo del Ministerio de Justicia e Interior*, 1993, pp. 5310-5322.

importancia decisiva que, desde el punto de vista de acceso a la tutela, tiene el hecho de que la carga económica sea impuesta al litigante *ex ante* o *ex post*.

7. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

7.1. *El principio de proporcionalidad*

Ya hemos justificado las razones por las que, a nuestro modo de ver, no existe una interferencia genuina entre el derecho a la tutela judicial efectiva del litigante abusivo y el sistema de resarcimiento de daños acuñado por la jurisprudencia con base en los arts. 7.2 y 1902 CC, así como por la eventual imposición de una multa por contravenir la buena fe procesal (art. 247.3 LEC).

Aun así, y con el ánimo de agotar nuestra exposición, comprobaremos que la imposición de responsabilidad civil por la utilización espuria del proceso civil – así como, en casos excepcionales en que se aprecie que ese uso desviado del derecho de acceso a los tribunales tiene una entidad suficiente como para justificar la imposición de una sanción *ex art. 247.3 LEC*-, incluso para el improbable supuesto de que se considerara una medida restrictiva para el derecho a la tutela judicial efectiva, superaría con facilidad el control de proporcionalidad. Este canon, como ya se ha dicho, está integrado, a su vez, por el examen de su idoneidad (relación medio-fin); de la necesidad de la medida (inexistencia de una alternativa menos gravosa); y del control de proporcionalidad en sentido estricto, atendiendo a sus consecuencias (se hace una valoración de los intereses afectados -y en conflicto-, para comprobar si las ventajas superan o al menos compensan los inconvenientes⁷²⁹). Este juicio de proporcionalidad ha sido explicitado, entre otras, por la STC 39/2016, de 3 de marzo⁷³⁰:

⁷²⁹ En la doctrina procesalista española, Nicolás GONZÁLEZ-CUERLLAR SERRANO ha examinado el principio de proporcionalidad con especial detenimiento. Cfr. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990; y “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pp. 191-215.

⁷³⁰RTC 2016\39; MP: Encarnación Roca Trías. Como demuestran los dos votos particulares a esta sentencia, la correcta aplicación del juicio de proporcionalidad no está exenta de dificultades. Ahora bien, frente a lo que apuntan sus detractores (como HABERMAS), creo que, con todas sus limitaciones, permite pronunciarse *racionalmente* sobre si una medida restrictiva de derechos fundamentales es o no constitucionalmente aceptable. Al margen de serle de aplicación a dicho juicio los criterios de la lógica formal, también lo son los principios de universalidad, consistencia y coherencia, de forma que, con independencia de la discrepancia sobre su resultado ante un determinado caso, permiten verificar intersubjetivamente los pasos que llevan al juzgador a optar por una u otra solución. La ponderación no es ninguna pócima mágica, pero siempre será mejor que dar palos de ciego, y buena prueba de ello es que sea utilizada habitualmente por el TEDH o el TJUE. No es causal que otros tribunales extranjeros, ajenos en principio a la influencia de las teorías de la argumentación jurídica de origen alemán, hagan igualmente aplicación de juicio de proporcionalidad. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 19 de mayo de 2016, *PJS v. News Group Newspapers Ltd* [2016] UKSC 26, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU de 27 de junio de 2016, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*. Para un análisis de la técnica

“En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”

Al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho “prestacional” –en oposición a los denominados *derechos de libertad* (STC 107/1992⁷³¹)- en todas sus vertientes, está conformado por normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio. De este modo, al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador puede establecer límites al pleno acceso a esa tutela judicial, siempre que los mismos sean razonables y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir aquél en el marco de la Constitución.

7.1.1. Aplicación del juicio de adecuación

El enjuiciamiento constitucional de la regulación ha de comenzar, conforme a lo ya visto, por el juicio de adecuación de la norma, estos es, por comprobar si las medidas restrictivas –en este caso, para el derecho a la tutela judicial efectiva- son útiles para el fin pretendido. Resultarían inconstitucionales, por inadecuadas, aquellas medidas restrictivas que “atendiendo a la experiencia [...] no pueden lograr razonablemente y desde una perspectiva *ex ante* el objetivo pretendido y, especialmente, cuando la medida perjudica al interés o valor cuya realización se alega (*vid.* STC 109/2003, de 5 de junio; STCE 17 de julio de 2008).⁷³²” Ahora bien,

del “balancing” -empleada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU- y sus concomitancias con el juicio de proporcionalidad, cfr. Moshe COHEN-ELIYA y Iddo PORAT “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 263-268 y Gonzalo CANDIA FALCÓN, “Ponderación y Constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016, pp. 41-74.

⁷³¹ RTC 1992\107; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

⁷³² Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO AGUILA-REAL, “Artículo 38”, en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, VVAA (coord: María Emilia Casas

también debe tenerse presente a la hora de efectuar el juicio de adecuación (también denominado por la doctrina en ocasiones como principio de idoneidad o de utilidad⁷³³) que la presunción de constitucionalidad solo permite declarar inconstitucionales las restricciones normativas de las que de forma plausible pueda concluirse que son *inidóneas* para lograr los objetivos pretendidos. El respeto debido al legislador impide que los tribunales puedan calificar como inadecuadas determinadas medidas restrictivas por el hecho de que, a su juicio, el Estado no haya logrado probar plenamente que la medida permite lograr la satisfacción del interés general.⁷³⁴

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en el examen del juicio de adecuación, basta con que el medio elegido sirva parcialmente a la realización de la meta perseguida, sin que sea exigible su plena consecución⁷³⁵.

Proyectando lo anteriormente expuesto sobre las medidas actualmente en vigor para reprimir el abuso del proceso, se advierte que la respuesta legislativa vigente –hacer responsable al litigante abusivo de las consecuencias del uso espurio del derecho a litigar⁷³⁶– es apta para conseguir los objetivos propuestos (que el perjudicado quede indemne de los daños procesales ilícitos⁷³⁷ y que se desincentive el ejercicio desviado del derecho a la tutela judicial).

Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 996. También Nicolás GONZÁLEZ-CUERLLAR SERRANO sostiene que es un “criterio empírico”, “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., p. 199. A mi juicio, así será en la generalidad de los casos, pero tampoco es impensable que determinada medida, por novedosa, carezca de ese fundamento empírico previo. En cuyo caso, la decisión sobre el cumplimiento del juicio de adecuación tendrá, a la fuerza, un componente más valorativo que fáctico.

⁷³³ NARANJO DE LA CRUZ, ob. cit., p. 103.

⁷³⁴ PAZ-AREZ RODRÍGUEZ *et al*, ob. cit., p. 997

⁷³⁵ NARANJO DE LA CRUZ, ob. cit., p. 103. También Nicolás GONZÁLEZ-CUERLLAR SERRANO, “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., pp. 200-205. Este autor entiende, además, que para superar el juicio de idoneidad, la medida debe ser cualitativa y cuantitativamente adecuada. Esto es, debe ser apta en abstracto por su naturaleza para alcanzar el fin adecuado y, además, aplicada al caso concreto, la medida debe ser idónea para la consecución de la finalidad buscada. Ob. cit., p. 201.

⁷³⁶ Tanto desde el punto de vista de la responsabilidad civil, como, excepcionalmente, imponiéndole una multa por el eventual ejercicio de una acción –o por la oposición a la misma– de forma contraria a la buena fe procesal.

⁷³⁷ Recordemos que la STC 181/1990, de 15 de noviembre, señaló que las limitaciones de los derechos fundamentales no solo derivan de las expresamente recogidas en la Constitución, sino que también puede estar justificadas en la protección de “otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”. En el caso de la litigación abusiva, esos derechos constitucionales a preservar serían el derecho a la integridad moral (art. 15 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE) del perjudicado por el abuso del proceso (los daños morales y patrimoniales, respectivamente). Pero como ya se ha indicado con anterioridad, empieza a abrirse paso en la doctrina la posibilidad de que el legislador limite el ejercicio de determinados derechos

De igual forma, la aplicación de forma excepcional de la sanción prevista en el art. 247.3 LEC a quien abusó del proceso globalmente considerado también es un medio idóneo para prevenir un uso desviado del derecho a litigar.

7.1.2. Aplicación del juicio de necesidad

Como ya se ha apuntado, debe juzgarse como innecesaria cualquier medida para la que existan opciones alternativas menos restrictivas a disposición del Estado que permitan alcanzar el mismo fin pretendido por el legislador. La doctrina constitucionalista ha indicado que este juicio aborda la relación medio-fin desde un punto de vista comparativo, en un ejercicio en el que concluyen elementos propios de un análisis empírico, con otros de carácter puramente valorativo.⁷³⁸

Desde la doctrina procesalista, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO propone descomponer a su vez este juicio, a su vez, en tres “condiciones” de aplicación: “a) idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa; b) cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja, y c) existencia de la infraestructura necesaria para la aplicación⁷³⁹”.

Para aplicar este juicio –a veces también denominado de “subsidiariedad”–, debemos retener que las normas previstas por el legislador español para reprimir el abuso del proceso contienen medidas puramente *reaccionales*, por definición las menos lesivas para la consecución de esos propósitos. El resto de posibles remedios legales anteriormente examinados, vigentes en otros ordenamientos (inadmisión *in limine* de la demanda, sujeción del derecho a litigar a una autorización judicial previa, etc.) afectan, por su carácter preventivo, en mucha mayor medida el derecho a la tutela judicial efectiva que la simple imposición del deber de indemnizar, *a posteriori*, los daños causados y, en su caso, hacer frente a una sanción pecuniaria *ex art.* 247. 3 LEC.

Las medidas adoptadas por el legislador español no coartan *ex ante* el ejercicio del derecho a la tutela judicial, sino que buscan desincentivar el abuso del proceso imponiendo una obligación indemnizatoria –y una posible sanción– *ex post*. De hecho, hasta tal punto es así que tampoco se limita el derecho del

fundamentales en atención a fines carentes de rango constitucional. Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, “La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal”, p. 19 y la bibliografía citada en la nota al pie nº 49. La STC 141/2016, ya examinada en detalle, alude a la necesidad de que fin pretendido por el legislador sea “constitucionalmente legítimo”, que es un canon distinto –y más deferente– que la exigencia de que la limitación de derechos fundamentales tengo por objeto proteger otros de igual rango.

⁷³⁸ NARANJO DE LA CRUZ, ob. cit., p. 104.

⁷³⁹ Nicolás GONZÁLEZ-CUERLLAR SERRANO, “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., p. 207.

abuyente a obtener una resolución sobre el fondo del asunto, pues, conforme a lo ya expuesto, en nuestro entendimiento no cabe inadmitir a trámite una demanda sobre la base de su presunta abusividad.

7.1.3. Aplicación del juicio de principio de proporcionalidad en sentido estricto

Debe justificarse ahora que la medida no es desproporcionada en sentido estricto, esto es, que no supone un sacrificio excesivo para el derecho a la tutela judicial efectiva del afectado, en relación con el beneficio que se obtiene para la mejor consecución del interés general que se pretende proteger con la medida restrictiva. La desproporción puede derivarse también, no ya directamente de la medida considerada en abstracto, sino de las eventuales consecuencias desproporcionadas derivadas de su aplicación práctica⁷⁴⁰.

La aplicación de este juicio implica la determinación de la importancia relativa que poseen los derechos y bienes constitucionales implicados en la medida de que se trate, con el objeto de concluir si la relación establecida por ésta entre ambos se ajusta, o no, a dicha importancia⁷⁴¹.

Teniendo en cuenta los valores en conflicto, la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación permite concluir que los remedios legales vigentes en la actualidad contra el abuso del proceso se antojan como la técnica legislativa más prudente, siendo los beneficios del sistema (restaurar los daños causados al perjudicado y desincentivar el uso espurio del proceso civil⁷⁴²), claramente superiores a sus desventajas (la eventual inhibición de los litigantes no abusivos a la hora de defender su postura ante los tribunales, por temor a tener que responder de los daños causados⁷⁴³). De igual forma, la

⁷⁴⁰ Como supo ver Wilhelm DEGENER, la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto permite la ponderación de determinados valores para imponer restricciones a los derechos fundamentales, dado que una aplicación demasiado flexible del juicio de idoneidad puede llevar a considerar aceptables medidas cuya aptitud sea exageradamente parcial para la consecución de los fines pretendidos, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pp. 104-105.

⁷⁴¹ Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, ob. cit., p. 198.

⁷⁴² En nuestro Derecho de daños, en principio, la responsabilidad no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, sin perjuicio de que una y otra puedan desempeñar un papel secundario. REGLERO CAMPOS, ob. cit., p. 64. Ahora bien, como se ha señalado por varios autores, "muchas veces, las cantidades que los Tribunales deciden fijar para resarcir a las víctimas por daños morales sufridos esconden en realidad una sanción a los causantes". Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 156, 2012, pp. 76-77. En el mismo sentido, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, ob. cit., p. 324; y Fernando GÓMEZ POMAR, "El sudor de la frente y el daño moral", *Revista para el análisis del Derecho, InDret* 1/2005, p. 8.

⁷⁴³ Es lo que en el Derecho angloamericano se conoce como "*chilling effect*" (efecto disuasorio). Cfr. Joseph S. FABER, "City of Long Beach v. Bozek: An Absolute Right to Sue the Government", *California Law Review*, nº 71, 1983, p. 1261.

posibilidad -remota, como hemos justificado- de que le sea impuesta adicionalmente una multa de conformidad con el art. 247.3 LEC tampoco resulta excesiva, máxime teniendo en cuenta la relativamente baja cuantía de la sanción potencialmente aplicable.

Y es que la condición de proporcionalidad se sustancia, en definitiva, como una evaluación comparativa entre fines: una medida es proporcionada sólo cuando el fin perseguido con la restricción del derecho es más valioso constitucionalmente que el fin sacrificado. Cuanto más intensa sea esa restricción, mayor tendrá que ser el valor del interés a proteger⁷⁴⁴.

El uso abusivo del proceso civil genera además lo que se conoce, en el campo de la economía, como una "externalidad negativa"⁷⁴⁵. Se produce una externalidad de este tipo cuando la acción de un agente reduce el bienestar de otras personas, sin que soporte el coste de la reducción. En el caso de la litigación abusiva, esta externalidad no la sufre solo la contraparte procesal, sino también los contribuyentes, que son a fin de cuentas los que han de financiar el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Frente a este coste, la decisión de entablar un pleito -que en abstracto es susceptible de generar externalidades positivas⁷⁴⁶-, cuando éste obedece a motivos fraudulentos o carece de *iusta causa litigandi*, no reporta beneficio social alguno. De lo que se sigue que la obligación legal de indemnizar por los daños procesales causados de forma abusiva es una medida estrictamente proporcionada con base en un puro análisis de coste-beneficio. Sus beneficios (individuales y sociales) son muy superiores a sus costes, pues, además de

⁷⁴⁴ Como se ha hecho notar, "la ponderación o juicio de proporcionalidad se lleva a cabo mediante un ejercicio complejo de deliberación en el que se sopesan pros y contras o, si se prefiere, mediante un análisis coste-beneficio de una determinada medida que, a falta de evidencia empírica y de una métrica cardinal que permita cuantificar costes y beneficios, se realiza mediante una estimación cualitativa y ordinal"., Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO AGUILA-REAL, "Artículo 38", en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, VVAA (coord: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 981.

⁷⁴⁵ El concepto de externalidad también ha sido objeto de estudio, en el ámbito jurídico, por la denominada escuela del *análisis económico del Derecho*. Para un estudio detallado del concepto, cfr. Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "La economía política como jurisprudencia racional", *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1981, pp. 619-647.

⁷⁴⁶ Steven SHAVELL, "The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system", *Journal of Legal Studies*, nº 26, 1997, pp. 575-612. Se produce una externalidad positiva cuando la acción de un agente incrementa el bienestar de otras personas, sin que aquél pueda obtener una recompensa por ello. Sería el caso, por ejemplo, del litigante que, a través de su pleito, logra la fijación de una nueva regla jurisprudencial que reduce la inseguridad jurídica, incentivando comportamientos lícitos -y valiosos- para la comunidad.

permitir el resarcimiento del daño a costa de quien lo provoca⁷⁴⁷, es una medida que desincentiva el uso espurio del proceso, desalentando las posiciones procesales temerarias sin mermar el derecho de acceso a los tribunales⁷⁴⁸. No existe, por tanto, ningún sacrificio desproporcionado del derecho a la tutela judicial en perjuicio de quien abusa del proceso.

7.2. El principio de razonabilidad

Este principio –aplicado al legislador–, en manifiesta contraposición del principio de proporcionalidad, ha despertado un escaso interés en la doctrina constitucionalista⁷⁴⁹. Tampoco el Tribunal Constitucional ha desarrollado de forma nítida unos criterios que pudieran servir de guía para su aplicación, ya que utiliza este principio, habitualmente, en relación con el de igualdad (solo se considera inconstitucional una desigualdad no razonable o discriminatoria). La mayor parte de las veces es un principio que recibe un tratamiento puramente tautológico. Para CARRASCO PERERA, “juicio de razonabilidad y juicio de constitucionalidad coinciden, tanto en su contenido (solo lo razonable es constitucional) como en su límite (dentro del marco de la razonabilidad todas las soluciones son constitucionalmente validas, porque todas son objetivamente no arbitrarias⁷⁵⁰)”.

La noción de “razonabilidad”, por lo demás, plantea el característico problema de los conceptos jurídicos indeterminados. Como apunta MERCADER UGUINA, la afirmación de lo que es *razonable* en derecho es una noción de contenido variable que se compone tanto de un sentido histórico y social (pues lo considerado como racional depende de circunstancias históricas y espaciales) como de un sentido

⁷⁴⁷ Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, cuando la indemnización es igual al daño ocasionado, los agentes tenderán a adoptar un nivel de cuidado socialmente óptimo, lo que permite alinear los intereses privados de los agentes con los de la sociedad en su conjunto. DOMÉNECH PASCUAL, “Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones”, ob. cit., p. 74. *Vid.* también a este respecto, el trabajo seminal de Steven SHAVELL, “The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system”, *Journal of Legal Studies*, nº 26, 1997. No sobraría añadir que no concedemos a esa perspectiva (la del *Law&Economics*) un valor normativo –es decir, que deba optarse siempre por la solución legislativa más eficiente desde un punto de vista puramente economicista–, pero sí creemos que es un valioso instrumento analítico.

⁷⁴⁸ De hecho, la facultad de imponer en los casos, verdaderamente excepcionales, en los que la línea de defensa de uno de los litigantes en el proceso se considere abusiva, una sanción pecuniaria, permitirá a la Administración, al menos en parte, recuperar los recursos públicos innecesariamente asignados a la resolución de esa controversia judicial del justiciable que ha provocado este gasto. Quedaría así mitigado –aunque fuera parcialmente– el daño causado a la colectividad.

⁷⁴⁹ Una afortunada excepción es el trabajo de Ángel CARRASCO PERERA, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984, pp. 39-106.

⁷⁵⁰ Ob. cit., p. 53.

lógico (lo que se entienda como razonable depende del ámbito al que se aplique este concepto⁷⁵¹).

El juicio de razonabilidad es más flexible que el de optimización, en la medida en que dentro de la órbita de la razonabilidad cabrán decisiones legislativas que el TC puede considerar inoportunas o indeseables. El principio de razonabilidad actúa, desde esta perspectiva, como un elemento delimitador entre lo justificable y lo no justificable⁷⁵². Y hablamos de justificación “formal”, por así decirlo, en la medida en que, según la doctrina del TC, se respetará el principio de razonabilidad si la medida legislativa enjuiciada contiene su propia justificación y ésta es formalmente coherente⁷⁵³.

En refuerzo de la deferencia al legislador, el Tribunal Constitucional ha especificado asimismo que, a la hora de examinar la razonabilidad de la norma, deben tomarse en cuenta los supuestos “normales” de aplicación y no los casos singulares y excepcionales, que podrían poner de manifiesto algún exceso en el alcance de la regulación:

“Lo que debe enjuiciarse en cada caso es la objetividad y razonabilidad del criterio de diferenciación empleado. Y, como dijimos, entre otras en la STC 70/1991, “el juicio de razonabilidad sobre la adecuación entre el criterio de diferenciación adoptado por la norma y el fin de ésta ha de hacerse tomando en cuenta el caso normal, es decir, el que se da en la gran generalidad de los supuestos tanto reales como normativos [...] y no ... tomando únicamente en consideración la excepción a la regla”. Desde la perspectiva de la igualdad añadimos que la generalidad de la norma, y por ello el distanciamiento en relación a casos particulares concretos, puede ser una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad, por ello el juicio de igualdad debe hacerse teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para la distinción, y no casos particulares individualizados. La razonabilidad y proporcionalidad de la norma ha de apreciarse en relación con los casos ordinarios y más frecuentes, y no respecto de los casos particulares”. (STC 16/1994⁷⁵⁴)

A la vista de lo expuesto, tampoco desde el punto de vista de la razonabilidad – el otro canon empleado por el TC para enjuiciar las normas que afectan a los derechos fundamentales- cabe hacer reproche alguno a la regulación de las

⁷⁵¹ Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2008, pp.127- 145.

⁷⁵² Ángel CARRASCO PERERA, ob. cit., p. 54.

⁷⁵³ No es posible aquí extenderme más sobre este principio, a menudo aplicado por el Tribunal Constitucional de forma confusa o subordinándolo al principio de proporcionalidad.

⁷⁵⁴ RTC 1994\16; MP: Carles Viver Pi-Sunyer.

consecuencias legales (meramente patrimoniales) de la litigación abusiva⁷⁵⁵. Ya hemos justificado que el Tribunal Constitucional emplea un canon de deferencia, en lo que a la razonabilidad se refiere, muy acusado, proclamando que el “análisis ha de centrarse en verificar si [la norma] carece de toda explicación racional” (STC 111/2013⁷⁵⁶). Aplicando ese canon al objeto de nuestra investigación, es perfectamente racional⁷⁵⁷ un sistema en el que, respetando al máximo el derecho de acceso a la jurisdicción del abutente, obligue a éste a indemnizar *ex post* los daños causados a terceros por su ilícita actuación procesal, así como a abonar, en su caso, una multa por interferir en el buen funcionamiento de la administración de justicia a través de una posición procesal contraria a la buena fe.

No existe atisbo alguno de arbitrariedad o de incoherencia lógico-formal en la construcción normativa objeto de examen. Algo que, dicho sea de paso, también podría decirse de otras regulaciones más severas vigentes en otros ordenamientos de nuestro entorno.

8. LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA

8.1. *¿Existe en nuestro Derecho Privado la obligación general de no dañar a terceros?*

Tradicionalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido exigiendo la concurrencia de la *antijuricidad* para poder calificar un acto u omisión como fuente de responsabilidad.⁷⁵⁸ De forma resumida, puede decirse que esa

⁷⁵⁵ En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha añadido que, cuando se trata de una ley que resulte limitadora de un derecho fundamental, es preciso –además de respetarse el principio de proporcionalidad– que se cumpla el requisito adicional de que la norma persiga “una finalidad constitucionalmente legítima” (Cfr. STC 141/2016). Lo que no está claro es si para el TC la concurrencia de esta finalidad constitucionalmente legítima supone implícitamente la razonabilidad de la norma. En nuestro caso, como la propia STC 141/2016 afirma con rotundidad, la represión y prevención del abuso del proceso se consideran objetivos del legislador constitucionalmente legítimos.

⁷⁵⁶ RTC 2013\111; MP: Pascual Sala Sánchez.

⁷⁵⁷ La definición de “racionalidad” en el marco del Derecho Constitucional –y más específicamente, a la hora de calificar la actuación del legislador ordinario– no deja de acarrear los mismos problemas que el resto de conceptos jurídicos indeterminados. Valdrá con hacer notar que, para el TC, “razonamiento válido” es una abreviatura de “razonamiento *formalmente* válido”. Para que se conceptúe como irracional, hará falta que el razonamiento jurídico sea objetivamente ininteligible para “cualquier observador”. *Vid.* STC 222/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003/222; MP: Francisco Javier Delgado Barrio).

⁷⁵⁸ *Vid.*, por ejemplo, la STS núm. 99/1993 de 11 febrero (RJ 1993\1459; MP: Teófilo Ortega Torres): “la antijuricidad no penal se funda en la violación del principio de «alterum non laedere...”. Si bien es cierto que, en consonancia con la posición mayoritaria de la doctrina civilista, este tipo de pronunciamientos judiciales son cada vez menos frecuentes, también lo es que la Sala Primera del TS, desde comienzos de este siglo, elude entrar de lleno en este debate doctrinal y, por extensión, fijar una posición definitiva al respecto.

jurisprudencia, para justificar la exigencia de *antijuricidad*, alude a la infracción de una hipotética norma primaria muy general –el principio *alterum non laedere*– del que sería manifestación la norma –secundaria– del artículo 1902 del Código Civil. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina encuentra esta justificación insatisfactoria, en la medida en que el artículo 1902 del Código Civil, precisamente por estar dotado de un contenido tan genérico, no expresa ninguna tipicidad que pudiera servir como regla básica sobre responsabilidad del Derecho español⁷⁵⁹.

De acuerdo con el criterio mayoritario, en nuestro Derecho la responsabilidad se asienta sobre una fórmula abstracta (artículo 1902 Código Civil), tanto en lo relativo al daño resarcible, como al desvalor de la conducta. No existe, por tanto, ninguna norma con rango de ley que, en el ámbito del Derecho Privado, establezca la obligación general de no dañar a terceros⁷⁶⁰. Se ha señalado que la existencia de una regla que impusiera el deber de no dañar a nadie sería contraria a los sistemas económicos fundados en la competencia, que permiten y hasta fomentan actividades estadísticamente perjudiciales para los intereses ajenos⁷⁶¹.

En palabras de REGLERO CAMPOS, “[e]n el orden civil, en materia de daños, la antijuridicidad es sustituida por la imputabilidad, y se exige siempre el resultado. Acaecido el daño, se obliga a su reparación a un determinado sujeto, en virtud de un determinado título de imputación (la culpa, el riesgo, el sacrificio, en ocasiones el mero hecho de que se encuentre en determinada situación, aunque

⁷⁵⁹ Sin ánimo exhaustivo, cfr. Luis DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 287; Pablo SALVADOR CODERCH, “Recensión a “Derecho de Daños” de Luis Díez-Picazo”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 1/2000, p. 11; y Luis Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 60.

⁷⁶⁰ Se trataría, usando la terminología del análisis económico del Derecho, de una “liability rule”, en contraposición con las denominadas “property rules”. Cfr. Guido CALABRESI y Douglas A. MELAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, nº 6, 1972, pp. 1089-1128. Un determinado derecho estará protegido por una regla de responsabilidad cuando, si un tercero interfiere en él, la norma jurídica requiere sólo al tercero que pague una cantidad de dinero consistente en el valor del derecho afectado por la intromisión (en forma de indemnización de daños y perjuicios). Si se trata de una “property rule”, la interferencia del tercero requiere del consentimiento del propietario, que puede impedir esa interferencia (si ésta no se ha producido todavía) mediante una orden de prohibición o cesación y puede ejercitar, contra ese tercero, la acción reivindicatoria.

⁷⁶¹ La referencia clásica es Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al artículo 1902 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, p. 1995. Por ello, quienes defienden la necesidad de la concurrencia del elemento de la antijuridicidad en la imputación del daño vienen a concluir que la conducta antijurídica lo constituye la violación de la norma secundaria, esto es, el principio genérico *alterum non laedere*, lo que equivaldría a confundir la antijuridicidad con el daño.

no quede acreditada su participación en el hecho dañoso, ni directa ni indirecta.⁷⁶²⁾”

En coherencia con lo expuesto, no es antijuridicidad la violación genérica del *neminem laedere*, porque ello presupone el daño. O por decirlo con otras palabras, puede calificarse como antijurídica toda transgresión de una norma secundaria, lo que puede dar lugar a la imputación del resultado, pero esto no es un presupuesto necesario para ello, en la medida en que la responsabilidad puede surgir incluso del ejercicio de una actividad lícita o de un hecho que no viole norma alguna. Pero existen casos en los que la antijuridicidad funciona como un *criterio autónomo de imputación*, siendo precisamente uno de los más significados el que proviene de situaciones de abuso del propio derecho⁷⁶³.

8.2. La prohibición del abuso del Derecho: su rango normativo

En efecto, sí existe una norma (art. 7.2 CC) que expresamente proscribe el uso abusivo de los derechos y reconoce además la obligación de indemnizar al perjudicado. Situados ya en campo del abuso del Derecho, existe incluso en nuestro ordenamiento una prohibición expresa del mismo de rango supra-legal, como es la contenida en el artículo 17 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que, bajo la rúbrica de la “prohibición del abuso de derecho”, establece:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

En términos muy similares se pronuncia el art. 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁷⁶⁴

⁷⁶² Ob. cit., p. 60.

⁷⁶³ Luis Fernando REGLERO CAMPOS, ob. cit., p. 63; MARTÍN BERNAL, ob. cit., p. 246.

⁷⁶⁴ “Prohibición del abuso de derecho. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”. El TJUE también se ha referido a esta figura: “Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los justiciables no pueden prevalerse de manera fraudulenta o abusiva de las normas jurídicas del Derecho de la Unión y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de dicho Derecho”. STJUE de 21 de julio de 2011, caso *Tural Oguz contra Secretary of State for the Home Department* (TJCE 2011\229). CARRASCO PERERA ha advertido agudamente que tanto el art. 17 CEDH como el art. 54 de la CDFUE, “bajo la

De acuerdo con la remisión prevista en el artículo 10.2 CE, estas normas deben ser utilizadas como criterio interpretativo sobre el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en la propia Constitución Española⁷⁶⁵.

Por tanto, es plausible sostener que la proscripción del abuso de derecho, incluido el procesal, no tiene exclusivamente un rango legal en virtud del artículo 7.2 del Código Civil, sino un sustento de superior rango normativo en virtud del art. 17 CEDH⁷⁶⁶.

Al no contener la Constitución Española mención alguna al abuso de derecho como límite de los derechos en ella reconocidos, algún autor ha defendido la imposibilidad de la aplicación de esta figura a los derechos fundamentales⁷⁶⁷. Se ha argumentado que la CE ya contempla diversos límites a los derechos en ella contenidos, así como advertido del peligro que para la seguridad jurídica supone el carácter impreciso inherente a la figura del abuso del Derecho aplicado a la fijación de los límites admisibles del ejercicio de los derechos constitucionales⁷⁶⁸.

A mi juicio, esta posición adolece del mismo lastre formalista que la de los autores que, a comienzos del siglo XX, negaban la posibilidad en abstracto de la figura del abuso del Derecho. No creo que existan razones dogmáticas para excluir que, en el ámbito particular de los derechos fundamentales, no se den las mismas *razones de principio* que en el resto del ordenamiento jurídico justifican la necesidad de acudir a la figura de la prohibición del abuso del Derecho, como mecanismo de “autocorrección”. Dicho de otra forma, no creo que,

denominación “prohibición de abuso de derecho” contiene[n] una regla material de contenido normativo: lo que se condena –llámese abuso de derecho o no- es la pretensión de ampararse en alguno de los derechos fundamentales reconocidos con objeto de desarrollar una actividad que tiene por objeto la “destrucción” de los derechos y libertades reconocidas en la propia norma de cobertura”. *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, cit., p. 75.

⁷⁶⁵ Para María Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ, [e]l convenio, consecuentemente, reconoce la posibilidad de aplicar la figura del abuso del Derecho a los derechos fundamentales”, “El abuso de derecho: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución Española”, cit., p. 832.

⁷⁶⁶ En el mismo sentido, LOZANO-HIGUERO PINTO, “La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales”, cit., p. 64.

⁷⁶⁷ Vid. a este respecto, María Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 839. Se muestra radicalmente contrario a la aplicación de la figura del abuso del Derecho a los derechos fundamentales Antoni ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983, con una argumentación que me parece poco convincente: “Por lo tanto, el abuso de los derechos fundamentales, con la característica de la teoría general, es jurídica y políticamente imposible, innecesario y contrario a la esencia y naturaleza que define estos derechos, y su reconocimiento viola la finalidad y las garantías que tiene que reunir todo límite para no convertirse en limitación”. Ob. cit., p. 220.

⁷⁶⁸ Javier MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, p.157.

estructuralmente, un uso abusivo de un derecho subjetivo de rango meramente legal difiera del ejercicio de un derecho fundamental en contradicción con las razones que justificaron su reconocimiento constitucional.

De otro lado, no puede ignorarse el contenido de los arts. 17 CEDH y 54 CDFUE a la hora de fijar los límites al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna, máxime cuando la propia CE atribuye a estos instrumentos un valor interpretativo explícito. De otro lado, es importante hacer notar que el abuso del Derecho aparece regulado en el título preliminar del Código Civil, habiendo admitido el TC su eficacia general en todo el ordenamiento jurídico español⁷⁶⁹.

La propia jurisprudencia del TC, al señalar que los derechos fundamentales no son absolutos y que están sujetos a determinadas limitaciones más allá de las específicamente mencionadas en la Constitución, está reconociendo implícitamente que puede existir un ejercicio desviado de tales derechos, lo que reconduce el problema al terreno de la figura del abuso del Derecho, pues esa es la calificación jurídica que merece, por definición, el uso desviado de un derecho subjetivo.

Creo que, además, es relevante hacer alusión a dos concretas sentencias del Tribunal Constitucional. La STC 11/1981, de 8 de abril, que se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 7.2 del Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo 17/1977, de 4 de marzo, que califica como abusivas determinadas modalidades de huelga, como las de celo o reglamento, las realizadas en servicios estratégicos y las rotatorias. El TC consideró que dicho precepto era conforme con la Constitución siempre que se entendiese como una presunción *iuris tantum* de ejercicio abusivo de ese derecho (constitucional), admitiendo, en consecuencia, prueba en contrario.⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ Algunos autores –a mi modo de ver, de forma forzada– han defendido que la interdicción del abuso del Derecho era un principio “inscrito” en el art. 9 CE. Cfr. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos Fundamentales*, Universidad de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1986, pp. 593-611; MARTÍN BERNAL, ob. cit., p. 106.

⁷⁷⁰ María Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ, ob. cit. p. 840. Ahora bien, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 69/2016, de 14 abril (RTC 2016\69; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), parece dar a entender que cuando se producen daños a terceros como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental (en este caso, a la huelga), procede la condena a su indemnización pues en tal caso no se estaría, en puridad, ante el ejercicio de un derecho fundamental, sino un “acto ajeno” al mismo. Esta fundamentación jurídica me parece errada (es el regreso por la puerta de atrás del “falso problema” de PLANIOL), y creo que acierta el voto parcialmente disidente de ROCA TRIAS cuando refuta –sin bien con alguna afirmación contradictoria– esa aporía.

El otro pronunciamiento del Alto Tribunal que interesa traer a colación es la STC 41/1984, de 21 de marzo⁷⁷¹, anteriormente mencionada. El TC estimó el recurso de amparo por la falta de motivación de las razones que justificaban la imposición de la multa, *pero sin cuestionar la constitucionalidad de ese precepto* y afirmando que la *ratio* del precepto era, precisamente, sancionar el abuso del derecho a la tutela judicial efectiva:

“La multa que viene a sancionar el abuso en el ejercicio del derecho a la tutela, como sanción que es, ha de estar motivada. [...] Tal falta de motivación, en las muy específicas y concretas circunstancias en que las sanciones se produjeron, conduce a estimarlas como vulneradoras del derecho a la tutela obligando al otorgamiento del amparo”.

Por último, es significativo que, en el ámbito procesal, tanto el art. 247.2 LEC como el art. 11.2 LOPJ permitan rechazar “peticiones e incidentes” abusivos, que constituyen una expresión –aunque sea desviada– del ejercicio a la tutela judicial efectiva. Es más, debemos recordar que el art. 95.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que “[e]l Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o *abuso de derecho*, una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros”. Si se contempla normativamente la posibilidad de sancionar a quien abusa de su derecho “constitucional” [art. 162 b) CE] a acudir al TC en busca de una reparación para una alegada vulneración de un derecho fundamental, no parece lógico que se niegue la posibilidad de que el resto de derechos reconocidos en la CE, aunque no sean “fundamentales”, no puedan ejercitarse de forma abusiva.

Situados en otro plano distinto, interesa reseñar que se ha intentado por algunos autores otorgar también un carácter supralegal a la exigencia de la buena fe procesal (que, como ya hemos visto, no es concepto idéntico al de abuso del proceso) acudiendo, por ejemplo, al derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte (Sentencia del Tribunal Supremo nº 425/2013, de 1 de julio⁷⁷²), del derecho a la defensa, del derecho a la igualdad (de armas procesales), o incluso

⁷⁷¹ RTC 1984\41; MP: Manuel Díez de Velasco Vallejo.

⁷⁷² RJ 2013\5526; MP: Francisco Marín Castán. En sentido contrario, la STC 108/1985 (RTC 1995\108; MP: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera) rechaza la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al entender que no existió conducta alguna reprochable al órgano judicial, para añadir atinadamente que “[d]e existir el supuesto comportamiento fraudulento, que este Tribunal no enjuicia por corresponder su determinación exclusivamente a la jurisdicción ordinaria (artículo 117.3 CE), los recurrentes disponían para remediar el perjuicio sufrido, como se indicaba en la sentencia de instancia, de la oportuna acción de responsabilidad contra la acreedora hipotecaria por su conducta dolosa, o culpable en el ocultamiento al Juzgado del domicilio de los demandantes del amparo”.

el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁷⁷³. Sin perjuicio de que algunas manifestaciones concretas del abuso del derecho a litigar puedan provocar la lesión de alguno de los derechos fundamentales reseñados (en especial, el denominado “proceso aparente”), lo cierto es que en la generalidad de los casos el ejercicio de una acción –o la oposición a la misma– sin *iusta causa litigandi* no atentará contra los mismos. El perjudicado podrá obtener una respuesta judicial frente a esa acción infundada (derecho a la tutela judicial); podrá defenderse debidamente de la pretensión abusiva (derecho de defensa); contará con parejos instrumentos de defensa (derecho a la igualdad de armas procesales); y, en principio, obtendrá una resolución judicial en un plazo de tiempo razonable (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁷⁷⁴). Como ya se ha indicado, la posición del litigante abusivo –ya sea actor o demandado– será más o menos temeraria o carente de fundamento, pero ello no tiene por qué afectar necesariamente al lapso temporal preciso para que se ponga fin al proceso.

8.3. El rango constitucional del Derecho de daños

Una vez identificado el rango normativo de la proscripción del abuso del proceso, procederemos a realizar un análisis similar centrado ahora en el derecho indemnizatorio del perjudicado por la litigación abusiva.

Es cierto que el derecho indemnizatorio del perjudicado por el abuso de Derecho se recoge expresamente, con carácter general, en el art. 7.2 CC. En lo que al abuso del proceso se refiere, esos perjuicios serán, bien de carácter patrimonial, o bien un daño moral, como ya se ha justificado.

Por lo que se refiere a los daños morales provocados por la litigación abusiva cabe inferir, sin mucha dificultad, que se estaría conculcando el derecho fundamental a la integridad física y moral del perjudicado (artículo 15 CE). En relación a esta cuestión, hay que traer a colación una STC célebre, precisamente, por reconocer la dimensión constitucional del derecho a la reparación de daños. En efecto, la STC 181/2000⁷⁷⁵, de 29 de junio, proclamó que el artículo 15 CE “es un precepto relevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela por

⁷⁷³ Joan PICÓ I JUNOY, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de la ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, VVAA, 2006, pp. 17-39.

⁷⁷⁴ Salvo, claro está, que nos encontremos ante un recurso interpuesto, específicamente, para evitar la ejecución forzosa de la sentencia, en aquellos casos en que la LEC no permita la ejecución provisional de la sentencia o la someta a condiciones muy gravosas.

⁷⁷⁵ RTC 2000\181; MP: Pablo García Manzano. Para un análisis de esta STC y de la posterior evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, *vid.* Juan Antonio XIOL RÍOS, “El ocaso de la jurisprudencia constitucional sobre valoración del daño corporal”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 50, 2014, pp. 9-30.

medio de la institución de la responsabilidad civil de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza”.

De lo anterior se infiere que los llamados daños “psicofísicos” -entre los que cabe incluir los daños morales-, suponen una lesión a los derechos fundamentales del artículo 15 CE⁷⁷⁶.

En lo relativo a los daños patrimoniales, se ha apuntado con acierto que, si bien no constituyen una lesión al derecho a la integridad física o moral, sí lo son al derecho de propiedad proclamado por el artículo 33 CE⁷⁷⁷. La anteriormente mencionada STC 181/2000, en una curiosa finta, eludió mencionar este precepto constitucional cuando aludió a la pérdida de ingresos provenientes de una lesión corporal -se juzgaba la constitucionalidad del Anexo al Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor-, por lo que a la hora de declarar inconstitucional los factores de corrección por pérdida de ingresos en ciertos casos, acudió por vez primera a la idea del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y a la tutela judicial y no, como parecía más intuitivamente correcto, al artículo 33 CE⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ A partir de la STC 181/2000, puede atribuirse un fundamento constitucional al reconocimiento de ambos principios, el de la responsabilidad subjetiva y el de la íntegra reparación del daño, y a la relación entre ellos, puesto que esta sentencia, que, pronunciada en el ámbito del Derecho de la circulación, tiene sin duda un alcance más extenso, considera como una exigencia del derecho la tutela judicial efectiva y del principio de no-arbitrariedad reconocer la obligación que tiene quien causa un daño interviniendo "culpa relevante", de resarcir los daños patrimoniales que se hayan acreditado ante el juez. Cfr. Juan Antonio XIOL RÍOS, ponencia dictada el 28 de mayo de 2009 en el Colegio Notarial de Madrid bajo el título "La responsabilidad civil de los profesionales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, 2009, pp. 561-584. La utilización del adjetivo "relevante" por el TC fue objeto de fundadas críticas doctrinales (por todos, REGLERO CAMPOS, ob. cit., pp. 129-130), pues no parece responder, en verdad, a una nueva caracterización de los tipos de culpa o negligencia, por lo que su introducción solo añadía confusión. De hecho, el TC no desarrolló ulteriormente construcción dogmática alguna sobre el concepto de "culpa relevante", que abandonó de inmediato. Aparentemente, lo que la STC 181/2000 sostiene es que sería inconstitucional una norma que negara el resarcimiento integral a quien padece unos daños como consecuencia de una actuación negligente de un tercero, lo que no ocurriría en los supuestos de responsabilidad objetiva.

⁷⁷⁷ Luis Fernando REGLERO CAMPOS, ob. cit., p. 103. Con arreglo al art. 33.3 CE, "[n]adie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

⁷⁷⁸ Esta STC incurre en una ostensible contradicción cuando señala que "en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (artículo 15 CE) con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el artículo 15 impone al legislador se refiere estrictamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que puedan impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes", para después, aludiendo a la pérdida de ingresos a causa de un accidente en el que concurra culpa del conductor, sostener que "el

Por lo que se refiere a los daños patrimoniales ocasionados por el abutente, los derechos del perjudicado potencialmente afectados (por el daño moral y patrimonial causado) están igualmente recogidos en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH, que dispone que «[t]oda persona física o moral tiene derecho a que se respeten sus bienes». Por su parte, en lo que se refiere al eventual daño moral provocado por el abuso del derecho a litigar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado de forma reiterada que el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) incluye en su seno el derecho a la integridad física y moral.⁷⁷⁹ Idéntica protección se otorga por los artículos 3.1 (derecho a la integridad de la persona) y 17 (derecho a la propiedad) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Una vez identificado el rango constitucional del derecho a la reparación de daños, nos referiremos brevemente al alcance cuantitativo del mismo. Como recoge REGLERO CAMPOS⁷⁸⁰, TOULEMON y MOORE afirmaron de forma gráfica que había que reparar “el daño, todo el daño y nada más que el daño⁷⁸¹”. Es un lugar común afirmar que en nuestro ordenamiento rige el denominado *principio de indemnidad*. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo nº 58/2006⁷⁸², de 10

presupuesto obligado de partida viene constituido por el hecho de que los bienes lesionados por el acto antijurídico son del máximo rango constitucional (*ex art.15 CE*)”.

⁷⁷⁹ Cfr. Sentencia del TEDH en el caso *A. contra Croacia*, de 14 octubre 2010 (JUR 2010\342533): “As regards respect for private life, the Court has previously held, in various contexts, that the concept of private life includes a person’s physical and psychological integrity. Under Article 8 States have a duty to protect the physical and moral integrity of an individual from other persons”.

⁷⁸⁰ Ob. cit., p. 394.

⁷⁸¹ Que la función de la responsabilidad civil sea primordialmente reparadora, no obsta para que tenga un efecto secundario de prevención general. Por decirlo con las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2010\654; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), “[t]odo sistema de responsabilidad civil tendente a la finalidad de reparar los daños causados ilícitamente tiene una vertiente preventiva necesaria para garantizar el principio de eficacia en que se funda toda institución jurídica. Esta vertiente se manifiesta en muchos aspectos, entre los que cabe destacar los criterios de imputación fijados legal y jurisprudencialmente. Sin embargo, el resarcimiento tiene por finalidad revertir el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (SSTS 6 de octubre de 1982 y 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. Se reparan, pues, los daños efectivamente sufridos y no se reconocen en nuestro Derecho los llamados daños punitivos ni la reparación actúa como una pena privada o sanción civil, como reclama la parte recurrente”. Más recientemente, el voto particular parcialmente disidente de la magistrada ROCA TRÍAS a Sentencia del TC 69/2016, de 14 de abril (RTC 2016\69; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel) precisa que “[t]odavía más: cabe recordar que las normas penales cumplen una función preventiva-punitiva, es decir, previenen y sancionan conductas reprochables tipificadas legalmente. Las normas civiles de responsabilidad, sin embargo, poseen exclusivamente una finalidad indemnizatoria de los daños producidos a los derechos fundamentales de los individuos y por ello se reparan daños personales y patrimoniales”.

⁷⁸² RJ 2006\674; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

de febrero, “el principio de total indemnidad [...] preside el instituto de la responsabilidad civil [que] está regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil⁷⁸³”.

Por decirlo con las palabras de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1987⁷⁸⁴, dada “la inexistencia en nuestro Derecho positivo de principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios”, existe un “vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos 1.106 y 1.902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, [incluye] sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma⁷⁸⁵”.

Por lo que se refiere a los perjuicios patrimoniales, el daño se restaura mediante un equivalente dinerario con el que alcanzar, aunque sea de forma aproximada, una compensación si no perfecta, al menos *simétrica*, en el sentido de que el perjudicado obtenga la indemnización que alcance el umbral de la indiferencia entre la situación a la que llega una vez indemnizado el daño padecido y el existente antes de sufrirlo⁷⁸⁶. En el caso de los daños morales, aun cuando la función reparadora sea esencialmente la misma, la inexistencia de un mercado de bienes y servicios que pueda servir de parámetro obliga a acudir a una

⁷⁸³ No faltan resoluciones que, yendo un paso más allá, afirman –a nuestro modo de ver, de forma errada– que el “principio de indemnidad [está] presente en el art. 33.3 CE”, STS, Sala 3ª, 18 de marzo de 1989 (RJ 1989\2105; MP: Ángel Rodríguez García).

⁷⁸⁴ RJ 1987\2706; MP: Cecilio Serena Velloso.

⁷⁸⁵ A pesar de su frecuente invocación por la jurisprudencia, es difícil encontrar sentencias que procedan a la efectiva aplicación del principio de indemnidad como un verdadero principio general del Derecho, en su sentido técnico-jurídico. Así, no existen apenas pronunciamientos del Tribunal Supremo (ni de la Sala Primera, ni de la Tercera) que estimen recursos de casación por haberse vulnerado el mismo en la instancia. Entre esos casos excepcionales, merece destacarse la STS, Sala Tercera, de 23 marzo 2010 (RJ 2010\4468; MP: Octavio Juan Herrera Pina), que sí estima el motivo de casación fundado en la violación de ese principio: “...de manera que no puede decirse que la indemnización señalada en la sentencia recurrida cumpla con las exigencias del principio de reparación integral en los términos que indica la jurisprudencia que se acaba de citar, al no tomarse en consideración perjuicios acreditados en el proceso por la interesada, a los que no se hace ninguna referencia valorativa en la instancia”.

⁷⁸⁶ Mariano MEDINA CRESPO, “La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 40, 2011, p. 31. Como excepción, debe hacerse mención al art. 9.3 *in fine* de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando señala que “[l]a indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. En este caso, la indemnización, al fijarse con base en parámetros como la difusión o audiencia de la lesión, parece responder a fines que exceden de los puramente resarcitorios, pudiendo apreciarse una cierta finalidad sancionadora o punitiva en su cuantificación.

valoración puramente convencional, por lo que se ha apuntado con acierto que se trata de una compensación “asimétrica.”⁷⁸⁷

9. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Finalmente, no es ocioso concluir este análisis con el examen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la denominada “garantía de indemnidad”. Con arreglo a dicha garantía, el derecho a la tutela judicial efectiva no solo se satisface mediante la respuesta judicial correspondiente, sino también a través de esa garantía, que protege al litigante de eventuales consecuencias perjudiciales en el ámbito de sus relaciones públicas o privadas como consecuencia, precisamente, del ejercicio de esa acción judicial. Esta garantía de indemnidad empezó a gestarse en las SSTC 7/1993⁷⁸⁸ y 14/1993⁷⁸⁹.

La Sentencia del TC 144/2005, de 6 de junio⁷⁹⁰, enuncia su contenido:

“Por tal razón, hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE no solo se satisface mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo la anterior doctrina, STC 55/2004, de 19 de abril y 87/2004, de 10 de mayo)”.

Sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de esta garantía casi exclusivamente en el ámbito laboral, como prohibición del menoscabo o represalias en la esfera jurídica de quien acude a los tribunales en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, también es cierto que el TC ha definido a la misma como una garantía *general*; esto es, como una manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de libertad de acceso a juzgados y tribunales, con fundamento en el artículo 24.1 CE, en principio aplicable a todas las jurisdicciones⁷⁹¹. De hecho, la STC 198\2001, de 4 de octubre,⁷⁹² aborda un supuesto en que la represalia traía causa de actuaciones

⁷⁸⁷ MEDINA CRESPO, ob. cit., p. 31. Todo ello sin perjuicio de que, en algunas ocasiones las indemnizaciones por daños morales se fijan por los tribunales -aunque nunca se diga de forma explícita- con una intención sancionadora encubierta. Quizá la crítica más acerada a esta forma de proceder la formuló Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008

⁷⁸⁸ RTC 1993\7; MP: Fernando García-Mon y González Regueral.

⁷⁸⁹ RTC 1993\14; MP: Fernando García-Mon y González Regueral.

⁷⁹⁰ RTC 2005\144; MP Pablo Pérez Tremps.

⁷⁹¹ La anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 595/2009 de 5 de octubre, se dictó, por ejemplo, en el marco del ejercicio del derecho de asociación.

⁷⁹² RTC 2001\198; MP: Fernando Garrido Falla.

distintas de la reclamación de derechos propiamente laborales, de lo que cabe inferir que “la doctrina sobre la indemnidad [...] opera con independencia del orden jurisdiccional y del tipo de tutela solicitada judicialmente, irradiándose a toda manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y no solo a la reclamación de derechos laborales ante los órganos de la jurisdicción social⁷⁹³”.

La Sala Primera del TS, en su Sentencia 123/2015, de 4 de marzo⁷⁹⁴, si bien desestima el motivo del recurso de casación fundamentado en la presunta vulneración de esa garantía “por la imposición de costas por haber ejercitado su derecho a la tutela judicial efectiva frente a la sentencia del Juzgado” al no haberse hecho valer en el recurso extraordinario por infracción procesal –que era la vía adecuada, por estar denunciándose una vulneración del art. 24 CE-, reconoce, *obiter dictum*, su aplicabilidad a la jurisdicción civil:

“También se ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva implica lo que se ha denominado una "garantía de indemnidad", esto es, la ilicitud de las medidas de represalia, públicas o privadas, que puedan adoptarse contra quien ejercita una acción judicial o actuaciones preparatorias de la misma, pues de tal ejercicio no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”.

La pregunta que podría formularse a la luz de la jurisprudencia transcrita es obvia: ¿vulnera esta peculiar garantía la imposición de la responsabilidad civil por los daños causados como consecuencia de una previa litigación abusiva? A fin de cuentas, la esfera patrimonial del litigante abusivo (especialmente si el abutente es un trabajador que pleitea en la jurisdicción civil contra su empleador) se verá afectada por esa obligación de resarcir al perjudicado los daños procesales. Lo mismo cabría plantearse ante la imposición de una multa en virtud del art. 247.3 LEC por una posición procesal abusiva –y no por una mera actuación intra-procesal maliciosa- que contraviene además las reglas de la buena fe procesal, lo que, como hemos visto, el Tribunal Supremo viene haciendo cada vez con más frecuencia.

La respuesta es negativa. Debe precisarse que la aplicación de la garantía de indemnidad se excluye en aquellos supuestos en que los hechos motivadores de la consecuencia lesiva sean legítimos o, aun carentes de esa justificación, sean ajenos al ejercicio a la tutela judicial efectiva del actor; esto es, que no sean una “represalia” por el ejercicio de tal derecho fundamental. La Sentencia del

⁷⁹³ Faustino CAVAS MARTÍNEZ, “La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 5, 2006, pp. 85-100.

⁷⁹⁴ JUR 2015\77924; MP: Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 595/2009 de 5 de octubre⁷⁹⁵ así lo precisó, argumentando que “[l]a operatividad de la garantía de indemnidad se excluye cuando los hechos motivadores de la decisión lesiva son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales”. Más específicamente, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 62/2010, de 18 de octubre⁷⁹⁶, declaró que “el ejercicio de acciones judiciales por parte del empleador no puede considerarse que, por sí mismo, vulnere la garantía de indemnidad del trabajador, en cuanto que no supone sino el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido también al empleador⁷⁹⁷ ...”

En el caso que nos ocupa, parece difícil discutir que, si se reputa legítima la decisión del legislador de imponer las costas procesales a quien fue vencido en el pleito civil -incluso aunque no ejercitara de forma abusiva su derecho a litigar-, con mayor razón se deberá entender apropiada la imposición al causante del daño de la obligación de indemnizar al resto de perjuicios provocados por una acción judicial abusiva. Por tanto, esta afectación de la esfera patrimonial del litigante abusivo es perfectamente legítima, como lo es la condena en costas incluso cuando la conducta de la parte no es temeraria. De hecho, en la jurisdicción social se contempla la imposición de las costas al trabajador si ve desestimados los recursos de suplicación y de casación por él interpuestos, en el caso de que haya obrado con mala fe, temeridad o ánimo dilatorio (con la posibilidad adicional de imponer una multa por mala fe procesal); sin que tal previsión legal -que indudablemente afecta negativamente a la esfera patrimonial del empleado- se considere atentatoria contra la garantía de indemnidad (art. 235.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social).

La *ratio* de la exigencia de indemnizar por los daños procesales causados es la misma, por lo que, incluso siendo el litigante abusivo un trabajador que pleitea en la jurisdicción civil contra su empresario, cabe concluir que la obligación de resarcir esos daños cae fuera de la órbita de protección de la garantía de indemnidad. No hay ningún margen para que pueda ejercerse una represalia, sino que existe un daño ilegítimo que debe ser reparado por quien lo ha provocado.

⁷⁹⁵ RJ 2009\4602; MP: Jesús Corbal Fernández.

⁷⁹⁶ RTC 2010\62; MP: Guillermo Jiménez Sánchez.

⁷⁹⁷ Para un análisis detallado de esta STC, *vid.* Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Eficacia de cosa juzgada material de la resolución sobre admisibilidad de un medio de prueba. Licitud y eficacia de los pactos sobre prueba”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 151, julio-septiembre 2011, pp. 805-815.

10. CONCLUSIONES

1ª.- Es frecuente en la jurisprudencia ordinaria la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva como punto de fricción con la obligación del litigante que abusa del proceso de resarcir al perjudicado los daños procesales ocasionados. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta el momento explícitamente sobre esta cuestión (con la excepción antes vista de la STC 184/41, en relación a las multas por temeridad o mala fe procesal), si bien sí lo ha hecho sobre otras consecuencias económicas del proceso civil. El examen de esta doctrina permite concluir que la regulación actualmente vigente en nuestro Derecho procesal civil para reprimir el abuso del proceso civil es perfectamente admisible desde el punto de vista constitucional.

2ª.- Del análisis de la jurisprudencia constitucional también puede afirmarse que, aplicando los criterios manejados por el TC en relación a otras obligaciones económicas derivadas del proceso civil, la imposición de la obligación de resarcir los daños procesales -y, en los casos excepcionales, de hacer frente a una multa dineraria-, entra dentro de las facultades del legislador de cara a la consecución de dos fines perfectamente legítimos: el buen funcionamiento de la administración de justicia -desincentivando la utilización espuria del proceso civil- y el resarcimiento de los daños causados ilegítimamente a terceros.

3ª.- El ordenamiento procesal español opta decididamente por aplicar medidas reaccionales o represivas, en contraposición con las preventivas. De ello se deduce que la afectación del contenido esencial del derecho a la tutela judicial no llega a producirse, dado que se permite al litigante el ejercicio abusivo de su derecho de acceso a los tribunales e incluso la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto.

Por tanto, no se opone ningún obstáculo *in limine* sino que, por el contrario, se regulan las consecuencias indemnizatorias -y sancionadoras- derivadas, *ex post*, de un uso desviado del proceso.

4ª.- La opción del legislador español, enunciada en los artículos 7.2 y 1902 CC y 247.3 LEC, es proporcionada y razonable, que son los dos cánones aplicados por el Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar la configuración general del derecho a la tutela judicial efectiva efectuada por el legislador. Los fines queridos por el legislador -y los medios aplicados para su consecución- son perfectamente racionales y, además, respetan el principio de proporcionalidad, hasta el punto de que el propio artículo 247.3 LEC incorpora ese principio a su enunciado y obliga al órgano judicial a tenerlo en cuenta a la hora de la fijación de la cuantía de la multa, que adicionalmente se encuentra limitada en el propio precepto por umbrales relativos (un tercio de la cuantía del proceso) y absolutos (6000 euros).

5ª.- Del examen de las decisiones de la Comisión Europea de Derecho Humanos dictadas de conformidad con los esquemas de aplicación del CEDH se deduce que, desde la perspectiva del artículo 6.1 del Convenio, medidas mucho más severas que las contempladas en el ordenamiento procesal español para reprimir el abuso del proceso se han entendido respetuosas con el derecho a la tutela judicial. Cabe suponer que, de haber tenido oportunidad para ello, el TEDH se hubiera pronunciado en idéntico sentido.

6ª.- Si bien se ha discutido doctrinalmente la aplicabilidad de la figura del abuso del Derecho en el ámbito de los derechos constitucionales, la inclusión explícita de su prohibición en el artículo 17 del CEDH, así como su aceptación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permiten afirmar su aplicabilidad también en este ámbito. De hecho, existen diversos preceptos de nuestro ordenamiento -incluido el procesal y el constitucional-, en los que el legislador ha configurado el ejercicio de derechos fundamentales incluyendo cláusulas de interdicción del abuso del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que el TC los haya juzgado contrarios al art. 24.1 CE.

7ª.- Por lo que se refiere a los derechos afectados por la litigación abusiva, con independencia de los perjuicios económicos provocados al sistema judicial -por la asignación indebida de recursos de la administración-, se trata fundamentalmente de los denominados daños procesales ocasionados a los terceros perjudicados. Es posible concluir que los derechos afectados por el abuso del proceso tienen rango constitucional, en la medida en que la integridad física y moral del perjudicado están protegidas por el artículo 15 CE, mientras que, en lo que se refiere a los daños patrimoniales irrogados, los derechos del perjudicado estarían protegidos por el artículo 33 CE.

8ª.- La denominada “garantía de indemnidad”, concebida por el Tribunal Constitucional como una manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva (en principio aplicable a todas las jurisdicciones, a pesar de tener su origen -y ámbito de aplicación natural- en el orden laboral), no se ve afectada por la obligación de resarcir al perjudicado por los daños procesales irrogados, y tampoco por el hecho de tener que hacer frente, en su caso, a una multa económica *ex* artículo 247.3 LEC. Y ello en la medida en que la efectividad de esta garantía se excluye cuando los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun cuando no constará su legitimación en sentido estricto, se mostraran como razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; esto es, cuando no constituyeran una genuina represalia por el ejercicio del derecho a la tutela judicial.

CAPÍTULO V. EL ABUSO DEL PROCESO CIVIL EN OTROS ORDENAMIENTOS

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. DERECHO CONTINENTAL. 1.1 Derecho italiano. 1.2. Derecho francés. 1.3. Derecho portugués 1.4. Derecho alemán. 2. HISPANOAMÉRICA. 2.1. Argentina. 2.2. Perú 2.3. Código Procesal Modelo para Iberoamérica. 3. LOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*. 3.1 Derecho inglés. 3.1.1 Introducción. 3.1.2. Remedios. 3.2. Derecho norteamericano. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. Remedios. 4. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL EXAMEN DEL DERECHO COMPARADO.

INTRODUCCIÓN

La patología del abuso del proceso no es una dolencia que aqueje exclusivamente a la praxis judicial española, sino que, en mayor o menor medida, es un fenómeno consustancial a todo ordenamiento jurídico. Quizá lo que distingue al Derecho español de la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno es la falta de regulación normativa expresa de las consecuencias derivadas del abuso del derecho a litigar.⁷⁹⁸ Como ya se ha analizado, no existe en nuestro Derecho procesal civil una norma que, con carácter general, imponga al litigante abusivo la obligación de resarcir al perjudicado por los daños procesales derivados del abuso del proceso. Se trata, por tanto, de una construcción eminentemente jurisprudencial, que ha buscado su sustento positivo en la interdicción genérica del abuso del Derecho proclamada por el art. 7.2 CC, así como, en la mayoría de los casos, en el precepto que regula de forma genérica la responsabilidad extracontractual. Ello, paradójicamente, nos aleja de la regulación de los países más cercanos, y nos sitúa en una posición dogmática más parecida a la de los países regidos por el *Common Law*, señaladamente a la de Inglaterra y Gales⁷⁹⁹.

Por tal razón, prestaremos una atención especial al tratamiento de las consecuencias indemnizatorias civiles derivadas del abuso del proceso en el Derecho inglés.

⁷⁹⁸ Con la excepción ya señalada del art. 247.3 LEC.

⁷⁹⁹ Como es sabido, dentro del Reino Unido, Escocia tiene un sistema judicial propio –y unas normas procesales y sustantivas (encuadrables en el *Civil Law*) también distintas– de las del resto de países que forman Gran Bretaña. En general, cuando nos refiramos al Derecho inglés deberá entenderse también el aplicable en Gales, pero no así en Irlanda del Norte, que goza también de un sistema judicial propio.

Debe hacerse constar además que, en el ámbito de la Unión Europea, la regulación del proceso civil en cada Estado miembro tiene un carácter marcadamente *nacional* –y de ahí sus importantes diferencias⁸⁰⁰–.

Haciendo nuestras las palabras que Lord STEYN escribía en la Sentencia del caso *McFarlane*⁸⁰¹, estimamos que la disciplina del Derecho comparado no debe dedicarse a hacer “encuestas” sobre soluciones adoptadas en los diferentes países en relación a una misma cuestión jurídica. Su valor, diferente e inestimable, consiste en su capacidad de afinar nuestras perspectivas ante una balanza en la que se asientan las distintas consideraciones en liza.

Dicho de otra forma, una aproximación superficial al Derecho comparado podría llevarnos a entender que, aplicando el “teorema del jurado⁸⁰²” de CONDORCET, si una pluralidad de Derechos nacionales establecen la misma regla, ésta será probablemente la más correcta y, por tanto, será conveniente incorporarla a un ordenamiento. Como se ha señalado por SUNSTEIN y POSNER, “[w]hen states are deciding on appropriate policies, it is at least reasonable to assume that each is, or most are, likely to do better than random, which is an adequate basis for analyzing the question in terms of the Jury Theorem. At least at first glance, the point applies to constitutional law no less than to statutory and common law⁸⁰³”.

Ahora bien, fácilmente se advierte que hay un problema con este argumento: si los Estados “toman prestadas” las reglas de otros ordenamientos jurídicos, entonces la decisión de promulgarlas no es una “decisión independiente” de cada uno de ellos y, por tanto, no hay garantía de que se aplique correctamente el teorema del jurado de CONDORCET.⁸⁰⁴ Por ello, se impone un análisis prudente (y

⁸⁰⁰ Las iniciativas tendentes a la armonización del Derecho procesal civil en Europa son muy incipientes todavía, sin perjuicio de lo cual es innegable la influencia que en las legislaciones procesales nacionales están teniendo las sentencias del TJUE, dictadas, sobre todo, resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas en casos en los son parte consumidores. Lo que no es óbice para que el TJUE proclame “la autonomía procesal de que disponen los Estados miembros”. Cfr., entre otras muchas, la Sentencia de 5 noviembre 2014, Caso *Sophie Mukarubega* contra *Saint-Denis* (TJCE 2014\431; MP: A. Rosas). En cuanto a esas iniciativas armonizadoras, puede mencionarse el denominado Grupo *Storme*, que llegó a formular un conjunto de reglas comunes para el procedimiento civil europeo. Cfr. Cornelis VAN RHEE, *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia Antwerpen, Oxford, 2005, pp. 3-23.

⁸⁰¹ *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board* [2000] 2AC 59.

⁸⁰² El teorema, enunciado en su forma más simple, sostiene que si cada miembro de un grupo, individualmente considerado, tiene una probabilidad de más de un 50% de obtener la respuesta correcta a un problema con dos (o más) posibles respuestas, entonces la probabilidad agregada de que un veredicto por mayoría acierte se acrecienta a medida que el tamaño del grupo “decisor” aumenta.

⁸⁰³ “The Law of other States”, 59 *Stanford Law Review*, n° 131, 2006, p.142.

⁸⁰⁴ De hecho, es frecuente que los Estados incorporen reglas que están ya en vigor en otros Estados y que recurran al Derecho comparado en mayor medida si carecen de la información o de juristas capacitados para diseñar autónomamente este tipo de reglamentaciones. Por tanto, hay un riesgo

cualitativo, más que cuantitativo) de las regulaciones extranjeras tendentes a prevenir y, en su caso, reprimir, el abuso del proceso civil⁸⁰⁵.

A fin de no hacer tedioso –e inabarcable– este experimento de contraste, haremos referencias a las regulaciones que nos parecen más representativas o más interesantes desde el punto de vista de la presente memoria de investigación.

1. DERECHO CONTINENTAL

1.1. *El Derecho italiano*

La ausencia de una conceptualización concreta del abuso del proceso en el ordenamiento italiano ha sido una constante histórica. El primer *Codice de procedura civile* (promulgado en 1865) es deudor de un esquema en el que los derechos subjetivos pueden ser ejercitados incondicionalmente, sin restricción alguna. En coherencia con esta caracterización, el procedimiento es concebido esencialmente como un arma para ejecutar las facultades virtualmente ilimitadas del titular de derechos sustantivos⁸⁰⁶.

El vigente Código Procesal Civil (c.p.c.), que data de 1942 –al igual que el Código Civil italiano– sigue sin ofrecer una definición concreta de abuso del proceso, lo que no es extraño en la medida en que éste tampoco contiene una referencia explícita a la figura del abuso del Derecho, si bien una parte de la doctrina italiana –con poca fortuna– ha intentado derivar del ambiguo contenido del art. 833 CC la existencia de un principio general que abone su interdicción en todo el

de que se produzca, siguiendo el léxico de SUNSTEIN y POSNER, una “cascada de información”; esto es, la posibilidad de que un legislador nacional tome una decisión de forma secuencial, deduciendo la información necesaria para adoptarla tras haberse limitado a contemplar la actuación de otros Estados, renunciando a realizar una investigación propia para decidir qué tipo de regla es la adecuada. Cfr., “The Law of other States”, cit., pp.160-164.

⁸⁰⁵ El uso del “teorema de jurado” de CONDORCET en el ámbito del Derecho comparado ha sido desarrollado desde hace años por la doctrina norteamericana, especialmente la constitucionalista. Cfr. el muy citado “The Law of other States”, cit., pp. 131-180. Más recientemente, *vid.* SHAI DOTHAN, “The optimal use of Comparative Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 43, n° 1, 2014. En este último caso, se aboga por el uso del denominado “consenso emergente”, como forma de evitar las “cascadas de información”. Se trata de un concepto formulado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH utiliza este consenso para decidir si una determinada conducta de un Estado debe considerarse o no una infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Corte de Estrasburgo examina si los Derechos de los Estados miembro se la han “prohibido” a sí mismos. Si la prohibición está extendida en los distintos Derechos nacionales de forma mayoritaria, el TEDH considera que hay un “consenso emergente” sobre el carácter infractor de esa conducta del Estado y, por tanto, la considera contraria al CEDH.

⁸⁰⁶ Angelo DONDI, “Abuse of Procedural Rights: Report for Italy and France”, en *Abuse of Procedural Rights Comparative Standards of Procedural Fairness* (ed. Michele TARUFFO), The Hague, Kluwer, 1999, p. 111.

ordenamiento jurídico.⁸⁰⁷ De hecho, la jurisprudencia italiana de finales del siglo pasado parecía seguir anclada en el concepto arcaico de los “actos de emulación”⁸⁰⁸, de forma que exigía la concurrencia del *animus nocendi* para entender ilegítimo el ejercicio de derechos subjetivos.⁸⁰⁹

Aun careciendo de una regulación explícita sobre el abuso del proceso⁸¹⁰, el c.p.c. sí que contiene determinadas normas aisladas relacionadas con esta patología (por ejemplo, en los artículos 88, 92 y 96), exigiendo formalmente a las partes y a sus abogados una actuación en el proceso civil acorde con las reglas de la lealtad y la probidad. No obstante, las conductas desleales de estos profesionales rara vez son sancionadas en la práctica, de forma que esa interdicción es casi simbólica.⁸¹¹

Es especialmente destacable la modificación legislativa operada por la Ley n° 69/2009, en virtud de la cual se introdujo un apartado tercero al artículo 96 c.p.c., que bajo la rúbrica de “responsabilità aggravata” pasó a tener el siguiente tenor literal:

“Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell’altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d’ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l’inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l’esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l’attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell’articolo 91, il giudice, anche d’ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”.

⁸⁰⁷ “Abuse of Procedural Rights: Report for Italy and France”, ob. cit. p., 113. Este precepto, en rigor, se refiere tan solo al derecho de propiedad: “Atti d'emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”.

⁸⁰⁸ “Abuse of Procedural Rights: Report for Italy and France”, ob. cit. p., 114.

⁸⁰⁹ Vid. Conclusiones del Abogado General Giuseppe TESAURO presentadas el 4 de febrero de 1998, caso C-367/96, *Kefalas y otros*.

⁸¹⁰ Giovanni VERDE, “L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)”, *Rivista di diritto processuale*, Vol. 70, n° 4-5, 2015, pp. 1085-1089. Este autor estudia la posibilidad de acudir al concepto de “interés legítimo” del art. 100 c.p.c. en el contexto del abuso del proceso: “Art. 100. (Interesse ad agire) Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse”.

⁸¹¹ Michele TARUFFO, *Páginas de justicia civil*, cit., p. 309.

Esta norma contiene y desarrolla –tras la reforma de 2009- la llamada “responsabilidad procesal agravada”⁸¹², que permite al juez, de oficio, la imposición al litigante abusivo, además del pago de las costas, de una indemnización a favor de la contraparte fijada discrecionalmente.⁸¹³

El párrafo primero del art. 96 c.p.c. fija los criterios generales aplicables a todos los escenarios de “responsabilidad procesal agravada”, mientras que en el párrafo segundo se contiene una referencia a supuestos puntuales de *lite temeraria* –como las medidas cautelares infundadas- especialmente gravosos, pero sin que se altere el régimen de responsabilidad por culpa. El párrafo tercero, de interpretación dudosa (“In ogni caso...”), parece complementar a los anteriores, estableciendo la posibilidad del juez de imponer –en este caso de oficio-, una indemnización a modo de sanción punitiva⁸¹⁴.

En realidad, lo que ha hecho el legislador italiano ha sido generalizar la imposición de esta pena privada a todas las instancias del proceso civil, cuando antes el art. 385.4 c.p.c. establecía un mecanismo similar –si bien estableciendo una limitación cuantitativa del importe de los daños punitivos- exclusivamente para el recurso de casación⁸¹⁵.

⁸¹² Francesco Donato BUSNELLI y Elena D’ALESSANDRO, “L’enigmatico ultimo comma dell’art 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva”, *Danno e responsabilità*, n° 6, 2012, pp. 585-596. La expresión “responsabilidad procesal agravada” es atribuible a CARNELUTTI. *Vid.*, Paolo COMOGLIO, “Articolo 96”, en *Commentario del Codice di Procedura Civile* (con Claudio CONSOLO, Bruno SASSANI, y Romano VACCARELLA), I, UTET giuridica, Turín, 2012, p. 1259. Agradezco a la Pfr^a. Dr^a. Bárbara Sánchez López su ayuda bibliográfica en la elaboración de este epígrafe.

⁸¹³ Los remedios que contempla la legislación procesal italiana son puramente indemnizatorios. Para Giovanni VERDE, “Di conseguenza, quando il nostro giudice utilizza lo strumento dell’abuso del processo per dichiarare nullo, inammissibile o improduttivo d’effetti l’atto processuale, conforme allo schema legale, ma diretto ad evitare o a procrastinare la decisione, paradossalmente compie un abuso, giacché supera la barriera della legge per attingere al valore del cd. giusto processo, che è tale se è di ragionevole durata [...] In tutti questi casi, che potrebbero essere considerati come ipotesi tipiche di condotta processuale abusiva, il legislatore non colpisce l’atto, ma il comportamento e la sanzione non è la invalidità (o la irricevibilità o l’inammissibilità) dell’atto, ma il pagamento di una somma pecuniaria. Il legislatore saggiamente ha compreso che non possono essere posti divieti all’agire o al difendersi in giudizio, perché diversamente si rischia di compromettere la garanzia di cui all’art. 24 Cost. ed ha ritenuto che il principio di buona fede o di correttezza nel processo riguarda il comportamento della parte (e del difensore), così che soltanto quest’ultimo può essere sanzionato. Tutto ciò ho detto e ridetto più volte, ma la mia debole voce non ha ricevuto ascolto, anche perché discorda dal prevalente sentire”. “Abuso del proceso e giurisdizione”, *Diritto Processuale Amministrativo*, n° 3, 2015, pp. 1138-1151.

⁸¹⁴ Paolo COMOGLIO, “Articolo 96”, en *Commentario del Codice di Procedura Civile* (con Claudio CONSOLO, Bruno SASSANI, y Romano VACCARELLA), I, UTET giuridica, Turín, 2012, pp. 1262-1264. En efecto, no está claro cómo se relaciona la indemnización prevista en el párrafo 3° con la prevista en los dos párrafos precedentes

⁸¹⁵ Cfr. Claudia SCARPANTONI, *ob. cit.*, pp. 90-111.

Tradicionalmente, la responsabilidad por daños procesales era considerada como un supuesto específico de responsabilidad extracontractual, sometido a los requisitos generales previstos en el art. 2043 de Código Civil italiano. La importante modificación legislativa de 2009 vino precedida de una evolución de la jurisprudencia italiana en relación a los daños civiles derivados de la denominada “lite temeraria”. Para la Corte de Casación italiana, en principio eran únicamente indemnizables los daños patrimoniales provocados por el abuso del proceso, en concordancia con su inicial interpretación restrictiva del derecho del perjudicado a ver resarcidos los daños morales en cualquier área de la responsabilidad civil⁸¹⁶. Progresivamente la doctrina jurisprudencial se fue mostrando más favorable a su acogimiento -en especial a partir de la célebre sentencia “San Martino⁸¹⁷” (2008)-. De igual forma, la Corte de Casación ha proclamado, en este contexto, que el instituto de la responsabilidad civil tiene una función “en parte sancionadora [...], en parte inspirada en el principio que veda el enriquecimiento injusto⁸¹⁸”

Son precisamente las contrastadas dificultades de los perjudicados por el abuso del proceso para acreditar el daño sufrido las que, a decir de la doctrina italiana⁸¹⁹, movieron al legislador italiano a introducir el párrafo 3º del art. 96 c.p.c., que permite que el órgano judicial pueda -de oficio- condenar a quien litiga de forma abusiva, ya sea con ánimo doloso o temerario, al pago al perjudicado de una suma determinada “equitativamente” por el tribunal. Interesa resaltar que la Corte de Casación italiana no tardó en precisar que se trata de “una verdadera y propia pena pecuniaria, que no depende de la petición de parte ni de la prueba del daño⁸²⁰”.

Esta denominada responsabilidad procesal agravada, en su actual configuración, presenta rasgos que la emparentan con los daños punitivos norteamericanos, en la medida en que permite al juez fijar una indemnización por los denominados daños procesales (ya sean patrimoniales o morales), distintos de las costas, a su prudente arbitrio, en atención a las circunstancias concurrentes y desligándolo de la acreditación del daño efectivo por parte del perjudicado. La reforma legislativa de 2009, indudablemente destinada a desincentivar el abuso del proceso civil, puede explicarse también de forma plausible por la situación de

⁸¹⁶ No debe olvidarse que, con arreglo al art. 2059 del Código Civil italiano, “[i]l danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”. Precepto cuya constitucionalidad fue expresamente validada por la Corte Constitucional en su Sentencia n° 184/1986, de 30 de junio.

⁸¹⁷ Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, n° 26972/2008, de 11 de noviembre.

⁸¹⁸ Sentencia de la Corte de Casación n° 8730/2011, de 15 de abril.

⁸¹⁹ Francesco Donato BUSNELLI y Elena D’ALESSANDRO, ob. cit., p. 594.

⁸²⁰ Sentencia de la Corte de Casación n° 17902/2010, de 30 de julio.

práctico colapso de la justicia italiana en aquellas fechas⁸²¹, que precisamente ha provocado la aparición de fenómenos patológicos como el denominado “torpedo italiano” antes referido (*cfr. infra* II.2.5).

La condena procesal agravada del artículo 96.3 c.p.c. no solo procede en los supuestos de ejercicio de una acción civil –u oposición a la misma– dolosa, sino también, literalmente, cuando concurre “culpa grave”, lo que sin duda supone un avance con respecto a la tradicional exigencia del *animus nocendi* por la doctrina civilista italiana, muy influenciada por el concepto medieval de los actos de emulación⁸²².

La introducción de esta responsabilidad agravada ha sido acogida de forma dispar por la doctrina procesalista italiana⁸²³. La falta de concreción en la propia norma de los criterios que debe utilizar el juez a la hora de fijar el monto de esa indemnización ha provocado las críticas más recurrentes⁸²⁴. Se arguye que se concede un arbitrio excesivo al juez al no fijarse siquiera un límite cuantitativo⁸²⁵.

Para otro autorizado sector de la doctrina, el nuevo artículo 96.3 c.p.c. consagra la tendencia del legislador italiano a abdicar de sus propias competencias, invitando a los jueces a interpretar subjetivamente los “valores del sistema”

⁸²¹ Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil* (trad. Maximiliano Aramburo Calle), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 211. Para una panorámica actualizada de la configuración del abuso del proceso en la doctrina y en la jurisprudencia italianas, *cfr.* Giuliano SCARSELLI, “Sull c.d. abuso del processo”, ponencia de 23 septiembre de 2011, impartida en Urbino con ocasión del XXVIII Congreso nacional de la Asociación italiana para el estudio del proceso civil. Accesible en: <http://www.studiolegalescarselli.com/>

⁸²² La imposición de la responsabilidad agravada solo procede en casos de íntegra desestimación de la pretensión (actora o defensiva). *Cfr.* Paolo COMOGLIO, “Articolo 96”, en *Commentario del Codice di Procedura Civile* (con Claudio CONSOLO, Bruno SASSANI, y Romano VACCARELLA), I, UTET giuridica, Turín, 2012, p. 1278. Dado que se exige la concurrencia del elemento intencional, no es posible la imposición de la indemnización del art. 96 c.p.c. al condenado rebelde.

⁸²³ Muy crítico se muestra, por ejemplo, Giuliano SCARSELLI, “Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l’uso”, *Foro italiano*, 2010, I, p. 2237. Puede consultarse también, MARZO, G. DE, “Le spese giudiziali e le riparazioni nel proceso civile”, *Foro it.*, 2009, V, p. 397; Maria Francesca GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè, Milán, 2012; y la amplia bibliografía citada en los ya mencionados trabajos de BUSNELLI, D’ALESSANDRO y COMOGLIO.

⁸²⁴ Un resumen de las críticas vertidas por la doctrina procesalista italiana puede encontrarse en Michele TARUFFO, “Abuso del processo”, en *L’abuso del diritto*, VVAA, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, pp. 201-215.

⁸²⁵ BUSNELLI y D’ALESSANDRO, *ob. cit.*, p. 593. Se decantan por conceptuar esa indemnización como una sanción civil, Chiara GRAZIOSI, “Alcune notazioni sulla riforma del 2009”, en *Giurisprudenza di Merito*, 2010, p. 1341 y BALENA, G., “La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 8 giugno)” n° 69, 2009. En sentido contrario, MENCHINI, “Artt. 96- Responsabilità aggravata”, en *La riforma della giustizia civile*, VVAA, UTET giuridica, Turín, 2009, p. 28. Sosteniendo que su función es muy similar a la de los daños punitivos, Francesco FRADEANI, “Note sulla «lite temeraria attenuata» ex art. 96, comma 3, cpc”, en *Giurisprudenza Italiana*, n° 47, 2011.

jurídico –nunca bien definidos- a la hora de reprimir conductas supuestamente abusivas de los litigantes.⁸²⁶

La Corte de Casación tampoco ha fijado por el momento unos criterios delimitadores claros, afirmando en su Sentencia de 30 de noviembre de 2012 que el apartado 3º del art. 96 c.p.c. “no contiene ningún límite cuantitativo (ni máximo, ni mínimo) [...] pero impone al juez aplicar un criterio equitativo [...] siempre con el límite de la razonabilidad⁸²⁷”.

En cuanto a la competencia objetiva y funcional, está fuera de toda duda que corresponde al juez que conoce del proceso –y dentro de esa misma *litis*-, sin que sea posible reclamar los daños procesales a través de un procedimiento declarativo ulterior⁸²⁸.

1.2. El Derecho francés

En este caso, aunque en dirección contraria al caso italiano, también es evidente la influencia que en la regulación de la litigación abusiva ha tenido la evolución del concepto sustantivo del abuso de derecho.

Debemos recordar nuevamente que la admisión de la figura del abuso del Derecho en Francia se debió en buena parte a los juristas y tribunales franceses, pues el *Code* Napoleónico no incluyó entre sus disposiciones ninguna norma general que corrigiera las disfunciones provocadas por el uso anormal de un derecho subjetivo, en la medida en que el Código Civil de 1804 se distinguía, precisamente, por su formalismo legal y por diseñar una concepción absolutista de los derechos, en especial del de propiedad.

⁸²⁶ En ese sentido, Michele TARUFFO advierte del peligro existente en la concesión al juez de una discrecionalidad tan amplia a la hora de fijar la indemnización por la *lite temeraria*, poniendo en duda que determinados principios (señaladamente, los de economía procesal o de la eficiencia del proceso), dada su vaguedad intrínseca, puedan servir de guía al órgano judicial a la hora de fijar el montante de la “pena privada” prevista por la norma. “Abuso del processo”, ob. cit., p. 214.

⁸²⁷ Ello ha provocado el dictado de pronunciamientos muy dispares. Algunos tribunales, como los de Verona, han creado su propio protocolo, fijando un mínimo –un cuarto del importe de las costas- y un máximo –el duplo de las costas- (accesible en: <http://www.osservatorigiustiziacivile.it/link/VeronaProtocollo9196e614Bis30Giu2010.PDF>), mientras que otros, como el *Tribunale Ordinario di Milano* en su Sentencia de 11 de enero de 2012 (caso “Rizzoli”), han fijado indemnizaciones millonarias atendiendo a la entidad del “beneficio injusto” obtenido por la parte que litiga de forma abusiva. Para COMOGLIO, el juez, a la hora de fijar la indemnización del art. 96, apartado 3º, c.p.c., debe tener en cuenta “la gravedad” de la conducta del litigante abusivo. Ob. cit., p. 1279.

⁸²⁸ Sentencia de la Corte de Casación de 6 de agosto de 2010, núm. 18344. En contra de esta postura se pronuncia Paolo COMOGLIO, para quien tan solo razones de economía procesal justifican la habitual atribución en exclusiva de la competencia para fijar los daños al juez que conoce de la *lite temeraria*. Ob. cit., pp. 1268-1269.

Durante el primer tercio del siglo XX este concepto se desarrolló de forma destacada en el terreno del Derecho civil, encontrando su elaboración más acabada en la célebre formulación de JOSERAND⁸²⁹. Este autor no dudó en calificar a los procesos judiciales como “arsenales ricos en armas jurídicas” especialmente proclives para la ejecución material del abuso de los derechos sustantivos. La progresiva recepción de esta figura en el ámbito del Derecho Civil francés durante el siglo pasado tuvo su lógica repercusión en la normativa procesal, promulgándose varias normas tendentes a reprimir los abusos en el ejercicio del derecho a litigar.

De este solapamiento entre el Derecho procesal y el sustantivo es ejemplo el vigente Código Procesal Civil Francés⁸³⁰ -que data de 1975-, y que prevé, en cada una de las instancias y en el recurso de casación, la posibilidad de imponer una multa a quien instrumentaliza el proceso civil (o los recursos) de manera “dilatoria o abusiva”, sin perjuicio del derecho a reclamar los perjuicios y daños causados por esa conducta⁸³¹. Así lo dispone con carácter general el artículo 32.1 CPC⁸³², mientras que los artículos 559 y 581 reproducen ese esquema normativo en el caso del ejercicio dilatorio o abusivo de los recursos, señalando que será el propio tribunal que ha conocido del recurso quien fijará, en su caso, la indemnización que corresponda⁸³³. En el supuesto particular del recurso de casación, el artículo 628 establece la posibilidad de que el órgano judicial imponga una sanción con el mismo límite cuantitativo y deja igualmente

⁸²⁹ *De l'abus des droits*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1905.

⁸³⁰ El *Code de procédure civile* (CPC) -que a decir de la doctrina francesa de la época intentó instaurar un procedimiento civil a medio camino entre los modelos adversarial e inquisitivo- vino precedido de numerosos Decretos gubernamentales, principal fuente de Derecho procesal civil en Francia desde 1958, dado que la conocida como Constitución del General De Gaulle de 28 de septiembre de 1958 transfirió del Parlamento al Poder Ejecutivo, entre otras muchas facultades, la de regular el proceso civil. Cornelis Hendrik VAN RHEE, “Evolución del Derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, nº 2, 2011, p. 26.

⁸³¹ El importe de la multa se entrega al Tesoro Público, y no a la parte contraria, pues se considera que la litigación abusiva no solo daña a la contraparte, sino también al interés general, en la medida en que consume inútilmente los recursos de la administración de Justicia. Cfr. Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, 3ª ed., Lextenso éditions, Issy-les Moulineaux, 2014, p. 337.

⁸³² “Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”.

⁸³³ La imposición de multas por el legislador francés para castigar el abuso del proceso fue validada por la Comisión Europea de Derechos Humanos que, en su decisión de 2 de julio de 1991 (asunto *Les Travaux du Midi v. France*), no juzgó la misma contraria al art. 6 CEDH. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado francés (decisión de 9 de noviembre de 2007, referida a una multa impuesta a un litigante en la jurisdicción contencioso-administrativa). *Vid.* Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, ob. cit., p. 338.

expedita la vía para exigir daños y perjuicios por parte del perjudicado, si bien limitando a 3000 euros el importe máximo de la indemnización.⁸³⁴

Los artículos 118, 123, 550 y 560 del Código Procesal Civil Francés establecen la obligación de indemnizar al perjudicado por determinadas actuaciones dilatorias intraprocesales de la contraparte, pero sin disponer en este caso la imposición de multa de forma simultánea.⁸³⁵

Por lo que se refiere a los requisitos para que prospere la reclamación de daños provocados por la litigación abusiva es preciso destacar que, en paralelo con la evolución doctrinal de la figura del abuso del Derecho, si bien inicialmente se entendía exigible en todo caso el ánimo de dañar por parte del abutente, la Corte de Casación francesa⁸³⁶ declaró desde mediados de los años 80 del siglo pasado que no era preciso probar necesariamente una actuación maliciosa, bastando con que el derecho de acceso al proceso fuera ejercitado contraviniendo su función social⁸³⁷. También se ha declarado que abusa del proceso quien lo inicia no para interesar seriamente la tutela judicial sino, por ejemplo, para presionar ilegítimamente a un deudor⁸³⁸ o incluso cuando la acción ejercitada sea fruto, literalmente, de una “neurosis” de quien promueve el proceso.⁸³⁹ La Sentencia de la *Cour d’appel* de París de 12 de septiembre de 2002⁸⁴⁰, fundándose en el “deber procesal de lealtad y de buena fe”, condenó a un litigante a pagar los daños y perjuicios provocados a la contraparte por la interposición de un recurso abusivo, dado que aquél había impugnado inicialmente la competencia de la jurisdicción

⁸³⁴ En efecto, con arreglo al artículo 628 CPC, la indemnización a favor del perjudicado por la interposición abusiva del recurso de casación no podrá exceder de los 3000 €, mientras que el artículo 581 señala, para el resto de recursos, idéntico límite en cuanto a la multa, pero sin que limite el montante de la indemnización.

⁸³⁵ Para un análisis de estos preceptos, cfr. Georges WIEDERKEHR, “*La notion d'action en justice d'après l'art. 30 du nouv. Code de procédure civile*”, Mélanges Hébraud, Université Toulouse, Toulouse, 1981, p. 949; y también Guy COURTIEU, “*Droit à réparation, Abus de droit. Notion*”, *Juris-classeur. Responsabilité civile, article 1382 à 1386*, Fas. 131-1, n° 3, 1997, p. 14. Por lo que se refiere a las conductas abusivas en los procedimientos arbitrales residenciados en Francia, cfr. Yves DERAIS y Stephan ADELL, “*Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés*”, *Spain Arbitration Review*, n° 11, 2011, pp. 25-40.

⁸³⁶ Sentencia de 10 de enero de 1985 (Civ. 2ª). En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de la misma Corte de 11 de septiembre de 2008 (Civ. 2ª). Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación sobre el elemento intencional en el abuso del proceso, cfr. Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS y Frédérique FERRAND, *Procédure civile*, 32ª ed., Dalloz, París, 2014, p. 120.

⁸³⁷ Yves ABRIL, *Responsabilité des avocats: civile, disciplinaire, pénale*, Dalloz, París, 2015, pp. 21-41.

⁸³⁸ Sentencias del *Tribunal de commerce* de 12 de enero y 22 de abril de 1976.

⁸³⁹ Sentencia de la Corte de Casación francesa (Civ. 3ª) de 12 de febrero de 1980.

⁸⁴⁰ Decisión de la *Cour d’appel* de París, Primera Sala civil, 12 de septiembre de 2002, en *Revue de l’arbitrage*, 2003, p. 173, nota de M.E.BOURSIER.

estatal a favor de la arbitral, para luego cuestionar esta última mediante la presentación de un recurso de anulación contra el laudo dictado, alegando la inexistencia de cláusula arbitral.

Más recientemente, la Sentencia de la Corte de Casación de 1 de junio de 2011⁸⁴¹, aun reconociendo el carácter excepcional de esta acción, recuerda –de la manera sobria y lacónica que caracteriza sus pronunciamientos– que sigue siendo conveniente sancionar a quien promueve un proceso de forma tal que revele “un acto de malicia o mala fe o cuando menos un error grosero equiparable al dolo”.

No obstante, un examen de la más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación evidencia que es frecuente la anulación de los pronunciamientos de los tribunales de instancia que condenan al pago de los daños causados por el abuso del proceso –o de los recursos⁸⁴²-. Dado que las sentencias de la *Cour de Cassation* resuelven los recursos de casación con una motivación extraordinariamente sucinta, no existe una elaboración doctrinal sofisticada sobre los criterios aplicables con carácter general para apreciar que una acción, una defensa, o un recurso, son abusivos con arreglo al derecho procesal civil francés. La Corte efectúa un análisis caso por caso de esa cuestionada abusividad, sin remisión explícita a sus propios precedentes. Pero sí es posible afirmar que, a día de hoy, impera en la Corte de Casación un criterio muy restrictivo para imponer la condena al pago de los daños causados por una litigación supuestamente abusiva⁸⁴³. La existencia del más mínimo resquicio de “fundamento” en la acción, línea de defensa o recurso suele servir para casar las sentencias de instancia, mucho más proclives a efectuar este tipo de condenas. De hecho, se ha llegado a considerar, por ejemplo, que el dato de que se dictara sentencia favorable en

⁸⁴¹ (Civ. 2^a).

⁸⁴² Cfr. Sentencias de la *Cour de Cassation* de 27 de enero de 2015 (Civ, 3^a), 26 de noviembre de 2013 (Civ, 3^a) o 10 de julio de 2012 (Civ, 3^a). En esta última resolución, por ejemplo, puede leerse lo que sigue: “Alors qu'en se bornant à énoncer, au soutien de sa décision sur le caractère abusif de l'appel, que le jugement de première instance aurait été « très motivé » ce qui aurait rendu abusif l'appel sans élément nouveau, la Cour d'appel, saisie de critiques à tout le moins sérieuses tirées de l'inopposabilité de la cession de créance faute de signification à chacun des coïndivisaires, et de la nullité de l'inscription d'hypothèque portant non sur la quote-part de droits indivis mais sur le bien successoral dans son ensemble, n'a pas légalement caractérisé l'abus des exposants dans l'exercice de leur droit à interjeter appel, privant sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du Code civil”. Para una panorámica actualizada de la jurisprudencia de la Corte de Casación sobre el abuso del proceso, *vid.* Loïc CADIET, *Code de Procédure Civile*, LexisNexis, París, 2016, pp. 61-64, que contiene también una abundante cita de estudios doctrinales sobre esta materia.

⁸⁴³ Loïc CADIET, Jacques NORMAND y Emmanuel JEULAND, *Droit Judiciaire Privé*, LexisNexis, París, 2013, p. 345.

primera instancia para el litigante –aunque luego sea revocada en ulteriores instancias- impide considerar abusiva su conducta procesal.⁸⁴⁴

Finalmente, debe hacerse mención a la existencia de una disposición legal específica destinada a sancionar el abuso del proceso de impugnación de determinados acuerdos de comunidades de propietarios⁸⁴⁵, así como de la sanción prevista en el art. 51 de la Ley nº 91-647, de 10 de julio de 1991, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 2010-1657, de 29 de diciembre de 2010.

Con arreglo a esta última previsión legal, el demandante que goza de asistencia jurídica gratuita puede ser privado de la misma cuando se declare judicialmente que ha actuado en el proceso de manera abusiva o dilatoria. Esta modificación legislativa tiene su origen en la voluntad declarada de luchar contra los litigantes querulantes.⁸⁴⁶

1.3. Derecho portugués

El nuevo Código del Proceso Civil portugués fue aprobado mediante la Ley 41/2013. Dicha norma –siguiendo la estela de la ley procesal precedente- establece explícitamente la condena del litigante abusivo al pago de una multa y a indemnizar a la parte contraria por los daños sufridos. En efecto, el art. 542 describe una serie de supuestos concretos de abuso del proceso (demanda u oposición a la misma sin un fundamento real, faltar a la verdad en la exposición de los hechos relevantes para la resolución del proceso, haber incumplido gravemente el deber de cooperar con el tribunal, etc.), si bien también contiene una cláusula abierta para sancionar cualquier forma de litigación abusiva (utilización del proceso para obtener un “objetivo ilegal”⁸⁴⁷). El artículo siguiente

⁸⁴⁴ Sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de septiembre de 2003 (Civ. 1re).

⁸⁴⁵ Loïc CADIET, Jacques NORMAND y Emmanuel JEULAND, *Droit Judiciaire Privé*, LexisNexis, París, 2013, p. 347. Se trata del art. 42 *in fine* de la Ley nº 65-557, de 10 de julio de 1965: “Le montant de l'amende civile dont est redevable, en application de l'article 32-1 du code de procédure civile, celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive est de 150 euros à 3000 euros lorsque cette action a pour objet de contester une décision d'une assemblée générale concernant les travaux mentionnés au n de l'article 25”.

⁸⁴⁶ En 2008, un informe del Ministerio de Justicia francés ya advertía de las disfunciones creadas en el sistema judicial por este tipo de litigantes “patológicos” y sugería esa modificación legal, así como la creación de un registro donde se hicieran constar todos los procedimientos iniciados, en cualquier jurisdicción, por una misma persona. Loïc CADIET, Jacques NORMAND, y Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, París, 2010, p. 87.

⁸⁴⁷ El art. 542 reza así: “Responsabilidade no caso de má -fé – Noção de má -fé 1 – Tendo litigado de má -fé, a parte é condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2 – Diz -se litigante de má -fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

se refiere al alcance de la indemnización, que abarcará los daños derivados, directa o indirectamente, de la actuación abusiva de la contraparte.⁸⁴⁸

Debe resaltarse de esta regulación la minuciosa descripción de la tipología de abusos del proceso que contempla el *Código de Processo Civil* portugués, así como el elevado nivel de probidad que se exige a las partes –ya sean actores o demandados- y a sus abogados. De igual forma, conviene precisar que, para el Derecho Procesal portugués, “mala fe” no es sinónimo de dolo civil, incluyendo en su seno también la “negligencia grave”.

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en España, Italia o Francia, se exige a las partes un “deber de veracidad” para con el tribunal.

1.4. Derecho alemán

Si bien durante buena parte del siglo XIX el modelo liberal del *Code* napoleónico presidió los ordenamientos procesales europeos, otorgando un poder casi omnímodo a las partes –con la correlativa limitación del poder de los jueces para ordenar el proceso civil y evitar dilaciones y abusos-, la *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 constituyó un hito legislativo de signo contrario, siendo el reflejo de una nueva concepción del proceso civil.⁸⁴⁹ De acuerdo con esta nueva perspectiva –que influyó decisivamente en el Derecho procesal alemán-, el proceso civil debía servir también a los intereses públicos (*Wohlfahrtsfunktion*) y contemplarse igualmente desde una óptica “económica”: el procedimiento no debería ser un vehículo para retrasar el pago de lo debido o para obtener dinero a un tipo de interés bajo.⁸⁵⁰ El Código procesal austríaco también otorgaba al juez determinadas facultades, ejercitables de oficio, que rompían con el esquema liberal del Código francés, y establecía por primera vez el llamado “*Wahrheitspflicht*” o “deber de veracidad” de las partes ante el juez.

3 – Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má -fé”.

⁸⁴⁸ Artículo 543: “^o Conteúdo da indemnização 1 – A indemnização pode consistir: a) No reembolso das despesas a que a má -fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários ou técnicos; b) No reembolso dessas despesas e na satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má -fé. 2 – O juiz opta pela indemnização que julgue mais adequada à conduta do litigante de má -fé, fixando -a sempre em quantia certa. 3 – Se não houver elementos para se fixar logo na sentença a importância da indemnização, são ouvidas as partes e fixa -se depois, com prudente arbítrio, o que parecer razoável, podendo reduzir -se aos justos limites as verbas de despesas e de honorários apresentadas pela parte. 4 – Os honorários são pagos diretamente ao mandatário, salvo se a parte mostrar que o seu patrono já está embolsado”.

⁸⁴⁹ Cornelis Hendrik VAN RHEE, “Evolución del Derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, nº 2, 2011, p. 21.

⁸⁵⁰ Cornelis Hendrik VAN RHEE, ob. cit., p. 22.

El actual Código Procesal Civil Alemán -conocido por su abreviatura, ZPO (*Zivilprozessordnung*)- no contiene ningún precepto que sancione el abuso del proceso con carácter general, si bien sí existe una previsión específica en relación a la ejecución judicial en el apartado 765a ZPO.⁸⁵¹ Sin embargo, se reconoce expresamente el principio de buena fe procesal y la obligación de veracidad de las partes ante el tribunal (§ 138 (1) ZPO⁸⁵²).

Históricamente, la prohibición de los abusos procesales se entendía sustentada por la prohibición del abuso del Derecho contemplada en el § 226 del Código Civil alemán. Durante las primeras décadas del siglo XX, la aplicabilidad directa de este principio general al proceso civil fue cuestionada por la opinión doctrinal dominante, que abogaba por separar de forma estricta la normativa sustantiva de la adjetiva. De este posicionamiento son muestra las célebres palabras pronunciadas por el profesor GOLDSCHIMDT en 1925, en el sentido de que todo comportamiento procesal “está libre de moralidad⁸⁵³”.

Esta perspectiva cambió poco después. La introducción del principio de buena fe procesal mediante una reforma legislativa aprobada en 1933 (ya bajo el régimen nacional-socialista) ha sido interpretada por una parte significativa de la doctrina como una proyección del autoritarismo en el ámbito de la litigación civil, en detrimento de una visión más liberal del proceso en el que los derechos de las partes sean preponderantes⁸⁵⁴. Como consecuencia de esa amarga experiencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina procesalista posterior a la segunda guerra mundial se han mostrado cautelosas a la hora de aplicar el concepto de buena fe en el ámbito procesal⁸⁵⁵. En términos generales, se detecta en la

⁸⁵¹ Burkhard HESS, “Abuse of procedure in Germany and Austria” en *Abuse of Procedural Rights Comparative Standards of Procedural Fairness*, (ed. Michele TARUFFO), The Hague, Kluwer, 1999, p. 151.

⁸⁵² Burkhard HESS y Othmar JAUERNIG, *Manuel de Derecho procesal civil* (trad. Eduardo Roig Molés), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 177-179.

⁸⁵³ James GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Neudruck Aalen, Berlín, 1925, p. 292. Ya hay, afortunadamente, traducción al español. Cfr. “El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal” en *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, t. III, (trad. Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso), Marcial Pons, Madrid, 2015.

⁸⁵⁴ En España esta postura ha sido defendida de forma especialmente vehemente por Juan MONTERO AROCA, que hace la misma apreciación en relación al Código de Procedimiento Civil italiano de 1940. “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”, *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit., pp. 251-317. No obstante, no me parecen menores los reparos que, con base en los antecedentes pre-legislativos alemanes, opone PICÓ I JUNOY (“El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, cit.) En el mismo sentido, cfr., Michele TARUFFO, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* Año LX-2006, pp. 451-482.

⁸⁵⁵ Para una exposición de la evolución del proceso civil alemán, cfr. Peter GOTTWALD, “Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective”, en *Civil Justice in Crisis*

dogmática procesal civil alemana un progresivo desplazamiento de los principios generales del Derecho como bases informadoras del derecho adjetivo, que están siendo sustituidos por las garantías procesales constitucionalizadas.⁸⁵⁶

No obstante, el ejercicio de acciones con un propósito irrelevante desde el punto de vista jurídico o las actuaciones procesales que tengan como finalidad exclusiva frustrar la tutela judicial de la parte contraria sí se han rechazado por la jurisprudencia, pero acudiendo a categorías jurídicas diferentes a las de los países de su entorno. Efectivamente, los tribunales alemanes rechazan este tipo de pretensiones abusivas esgrimiendo la “falta de interés legítimo” para obtener la protección legal interesada⁸⁵⁷. La existencia de tal legitimidad es un requisito no escrito del Derecho procesal civil alemán para dar curso a una demanda judicial⁸⁵⁸. Se han rechazado también demandas por los tribunales alemanes, invocando igualmente la falta de interés legítimo del actor, en supuestos en los que, por ejemplo, se ha intentado utilizar el procedimiento para propagar una ideología anticonstitucional⁸⁵⁹ o en el caso de los llamados “*Scheinprozesse*”, en los que el propósito del demandante no es resolver una disputa realmente existente, sino obtener una opinión jurídica por parte del tribunal sobre determinada cuestión.⁸⁶⁰ Sobre la base de esa misma argumentación se han rechazado las acciones judiciales ejercitadas con la finalidad de frustrar o entorpecer otros procesos (*prozesswidriger Zweck*).

Sin embargo, la posibilidad de rechazar *in limine litis* demandas abusivas argumentando la falta de interés legítimo del actor ha sido discutida por la doctrina alemana⁸⁶¹, en la medida en que la exigencia de esta condición otorga al tribunal un peligroso poder discrecional para rechazar de plano –quizá prematuramente– determinadas pretensiones, lo que puede lesionar los derechos privados cuya tutela se pretende por el actor e infringir correlativamente el

VVAA (ed. Adrian Zuckerman), *Oxford University Press, Oxford*, 1999, pp. 226 y ss. Sobre las relaciones entre nacionalsocialismo y proceso civil *vid.* Peter BÖHM, “Processo civile e ideologia nello stato nacionalsocialista”, *Rivista trimestrale de diritto y procedura civile*, 2004, pp. 623-648.

⁸⁵⁶ Burkhard HESS, “Abuse of procedure in Germany and Austria”, *ob. cit.*, p. 155.

⁸⁵⁷ Burkhard HESS y Othmar JAUERNIG, *Manuel de Derecho procesal civil*, *cit.*, p. 207.

⁸⁵⁸ “Abuse of procedure in Germany and Austria”, *ob. cit.*, p. 157.

⁸⁵⁹ *Vid.* LG Stuttgart, NJW 1994, 1007.

⁸⁶⁰ Burkhard HESS, “Abuse of procedure in Germany and Austria”, *ob. cit.*, p. 158. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 1206\1993, de 14 de diciembre (RJ 1993\ 9886; MP: José Almagro Nosete) declaró, en esa misma línea, que “los órganos de la jurisdicción, lo mismo que no resuelven sobre cuestiones académicas o disputas doctrinales tampoco están instituidos para imponer condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que por muy legítimos que sean, escapan de la órbita de lo jurídico, razón última que impide utilizar a los tribunales, en su apoyo”.

⁸⁶¹ Gottfried BAUMGÄRTEL, “Treu und Glauben im Zivilprozeß”, ZJP 86, 1973, p. 370.

derecho de la parte a acceder a los tribunales, garantizado constitucionalmente⁸⁶². Por tal razón, se viene haciendo un uso cauteloso por los tribunales germanos de la doctrina del “interés legítimo” para inadmitir de plano las demandas que se reputan *prima facie* abusivas. En general, se considera que la imposición de costas a la parte perdedora del procedimiento -con arreglo al artículo 91 ZPO- constituye una medida legislativa suficiente para desalentar la litigación abusiva.⁸⁶³

Adicionalmente, se contempla en el art. 34 del *Gerichtskostengesetz* (Ley de las costas procesales) la imposición de forma excepcional, a quien litiga de forma abusiva, de los costes que para el tribunal haya supuesto la tramitación del proceso⁸⁶⁴.

⁸⁶² Art. 103 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. A modo de ejemplo, se produjo en la doctrina germana un encendido debate sobre la corrección de la solución adoptada por la sentencia dictada por un Tribunal de Distrito de Stuttgart (NJW 1990, 1054). Un acreedor presentó una demanda ante ese tribunal en reclamación de 41 peniques, a pesar del pago previo del deudor de 294 marcos (de una deuda total de 294 marcos y 41 peniques). El tribunal rechazó la demanda sobre la base de la carencia del demandante de “interés legítimo” para ejercitar la acción razonando -de forma muy cuestionable- que, con arreglo a determinados estudios económicos, el coste medio de un proceso judicial en Alemania ascendía en aquella época a 1050 marcos. El *pendant* español es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1206\1993, de 14 de diciembre (RJ 1993\ 9886; MP: José Almagro Nosete), que rechazó una condena al pago de 6 pesetas (una por demandante) en concepto de daño moral, esgrimiendo “la falta de causa o interés jurídicamente relevante del asunto litigioso, que no puede consistir en la reclamación de seis pesetas de indemnización, por mucha satisfacción moral que tal condena produzca, pues tal satisfacción ya se consigue con el reconocimiento del derecho, según los términos de «generosidad» de la renuncia a la indemnización que pudiera corresponder, a salvo la susodicha peseta por heredero”. En la misma línea discursiva que el Tribunal de Distrito de Stuttgart, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Barcelona de 26 de enero de 2015 (AC 2015\378; MP: Raquel Alastruey Gracia) -ya analizado con anterioridad- impone una sanción a la entidad actora por haber reclamada judicialmente (sin acudir previamente a la mediación) una cantidad notoriamente inferior al coste estimado de un proceso verbal en España. Manifiesto nuevamente mi discrepancia con esta postura, no solo por no ser obligatorio acudir a la mediación en nuestro ordenamiento procesal civil, sino porque la referencia al coste que para el erario público tiene la tramitación de un proceso no me parece un elemento decisivo para denegar la tutela judicial e incluso sancionar al demandante. Algo rechina en esa visión tan crudamente economicista de la justicia. De otro lado, compete al legislador, en su caso, establecer la mediación obligatoria para reclamaciones de tan escaso importe. Más desafortunado aún fue el Auto del Tribunal Constitucional núm. 248/1994 de 19 septiembre (RTC 1994\248) que, en aplicación *sui generis* de la máxima *de minimis non curat praetor*, inadmitió un recurso de amparo ante la escasa trascendencia cuantitativa (7710 ptas.) del asunto.

⁸⁶³ Wenner PFENNIGSTORF, “The European experience with attorney fee shifting”, 47, *Law and Contemporary Problems*, 1984, pp. 37-124. En el mismo sentido, Burkhard HESS, “Abuse of procedure in Germany and Austria”, ob. cit., p. 157.

⁸⁶⁴ Burkhard HESS, “Abuse of procedure in Germany and Austria”, ob. cit., p. 176.

Para finalizar, debe hacerse constar que el resarcimiento de los daños provocados por la litigación abusiva se considera una pretensión de carácter puramente sustantivo, ajena al Derecho procesal.⁸⁶⁵

2. HISPANOAMÉRICA

Por lo que se refiere a Hispanoamérica, merece la pena hacer una breve referencia a los siguientes ordenamientos jurídicos:

2.1. Argentina

La doctrina del abuso del Derecho alcanzó rango constitucional con el artículo 35 de la Constitución de 1949, vinculándose tal figura a la producción de “perjuicios a la comunidad” y a la utilización indebida de los derechos con el reprochable objetivo de consolidar “la explotación del hombre por el hombre⁸⁶⁶”.

Tras el golpe de Estado de 1955 se derogó la Constitución de 1949, recobrando vigencia el régimen del Código de Vélez Sársfield, lo que produjo una nueva discusión doctrinal sobre si el abuso de derecho era o no una figura aceptada en el ordenamiento jurídico argentino. Debate zanjado por la Corte Suprema en su Sentencia de 18 de abril de 1956, que declaró que “la teoría del abuso del Derecho tiene vigencia en nuestro derecho positivo con prescindencia del precepto constitucional que lo consagraba.⁸⁶⁷”

Con posterioridad, la reforma operada en 1968 por la Ley 17.711 otorgó una nueva redacción al artículo 1071 del Código Civil, que incorporó expresamente tal figura⁸⁶⁸. La doctrina procesalista argentina entendió de forma mayoritaria que el abuso del proceso constituía una especie del género del abuso del Derecho⁸⁶⁹, concluyéndose que, por efecto del artículo 1071 del Código Civil, el juez debía negar protección a quien pretendiera la tutela judicial abusiva, siendo además el litigante abusivo responsable de los daños y perjuicios irrogados, que

⁸⁶⁵ Burkhard HESS y Othmar JAUERNIG, *Manuel de Derecho procesal civil*, cit., p. 540.

⁸⁶⁶ El tenor literal del artículo 35 era el siguiente: “Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de estos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”.

⁸⁶⁷ Sentencia citada por Juan Alberto RAMBALDO, “El abuso procesal”, en *Abuso procesal*, cit., p. 221.

⁸⁶⁸ “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

⁸⁶⁹ Cfr. *Abuso procesal* (dirs. Jorge W. Pereyano; coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; también, Roberto O. BERIZONCE, “El principio general del abuso del Derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.*, número extraordinario, 2015, pp. 29-39.

eran exigibles con base en la responsabilidad civil extracontractual. La Ley n° 26.994, aprobó el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigor el 1 de enero de 2016. En este cuerpo normativo se regula de forma más detallada el abuso del Derecho, especificándose sus efectos.⁸⁷⁰

En la línea con el desarrollo de esta figura en el Derecho sustantivo, el legislador argentino también ha incorporado a su ordenamiento la proscripción del abuso del proceso, mediante la imposición de severas medidas correctivas⁸⁷¹. Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina establece en su artículo 45, tras la modificación de 2001, lo siguiente:

“Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de \$ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria.

Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso”.

Se constata que, con arreglo al vigente Derecho Procesal civil argentino, la respuesta frente a quien inicia un procedimiento (o se opone al mismo) de manera temeraria o maliciosa es la imposición, además del pago de las costas, de una pena civil –desligada de los daños efectivamente causados por la litigación abusiva-, con una limitación legal en cuanto a su cuantía, y cuyo importe será entregado a la contraparte⁸⁷². De igual forma, se otorga un protagonismo especial al abogado, que puede ser sancionado, solidariamente junto a su cliente o en solitario, al pago de la multa fijada por el tribunal.

⁸⁷⁰ El artículo 10 *in fine* dispone lo que sigue: “La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

⁸⁷¹ Cfr. Roberto O. BERIZONCE, “El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.*, número extraordinario, 2015, pp. 29-39.

⁸⁷² Una parte de la doctrina procesalista argentina aboga, además, por inadmitir *in limine* las demandas o los recursos abusivos. *Vid.* Jorge W. PERYANO, “El abuso procesal recursivo o situación del recurso *ad infinitum*”, *Ius et Veritas*, n° 33, 2006, pp. 195-197.

2.2. Perú

Por su parte, el artículo 110 del Código Procesal Civil Peruano (1993) establece que “[l]as partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal”.

Y con arreglo al artículo 112 se considerará que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

- “1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso;
- “7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación””.

De la normativa peruana son destacables dos aspectos. En primer lugar, el alto estándar de probidad exigido a las partes –y a sus abogados– que intervienen en el proceso civil, sin que la obligación de respetar la buena fe procesal, hasta extremos que superan en mucho, por ejemplo, a la LEC española (*vid.*, la obligación de veracidad que se exige a las partes), se juzgue lesiva para el derecho de defensa. En segundo lugar, el énfasis se pone –como en la legislación argentina– en la falta de *iusta causa litigandi*, de modo que es suficiente su ausencia para dar lugar a la responsabilidad por los daños causados, así como a la imposición de una multa⁸⁷³.

2.3. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

Finalmente, interesa referirse al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, proyecto de armonización procesal internacional que fue aprobado en 1988, y en cuya elaboración intervinieron numerosos procesalistas sudamericanos, españoles e italianos. En su artículo 5 dice lo siguiente:

⁸⁷³ Para un análisis muy completo del estado de la cuestión en Perú, *vid.* Jorge Isaac MANRIQUE TORRES, “Temeridad y malicia procesales al banquillo: crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse”, *Revista Jus Navigandi*, n° 2825, 2011.

“Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria”.

En relación al tema que nos ocupa, el artículo 71, bajo la rúbrica “daños y perjuicios”, dispone que “[c]uando la mala fe o la temeridad resulten plenamente acreditadas, la parte podrá ser condenada además, a los daños y perjuicios, sea en el mismo proceso o en otro posterior. Y en caso de que su abogado o apoderado resulte también culpable, podrá ser condenada solidariamente con la parte. Ello sin perjuicio de las reclamaciones que la parte pueda efectuar por daños y perjuicios que haya debido pagar por culpa del abogado o apoderado”.

Es una nueva muestra de la tendencia creciente de responsabilizar al abogado de los daños procesales derivados de la litigación abusiva, así como de la atribución al órgano judicial de la obligación de impedir de oficio el abuso del proceso.

3. LOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*

3.1. *El Derecho inglés*

3.1.1. Introducción

Con carácter preliminar, es preciso realizar una serie de precisiones sobre las características idiosincráticas del Derecho inglés, en buena medida extrapolables al resto de ordenamientos jurídicos regidos por el *Common Law*⁸⁷⁴. El Derecho anglosajón carece, en muchos ámbitos, de una “forma verbal fija” contenida en un texto legal. Es decir, no es un Derecho procedente en su totalidad del Parlamento, como ocurre en los sistemas jurídicos del Derecho continental, sino que toma en muchos casos como referencia decisiones previas (los *precedentes*) de los tribunales dictadas en casos análogos. Por tal razón se ha dicho que se trata, principalmente, de un derecho consuetudinario; pero las costumbres no provienen, como ocurre en el *Civil Law*, de la práctica popular, sino de los jueces⁸⁷⁵. Es por ello que en buena parte se trata de un Derecho jurisprudencial

⁸⁷⁴ El *Common Law* se denomina así (“Derecho común”) porque nace históricamente como un Derecho que, ajeno a las reglas jurídicas particulares aplicadas en cada rincón de Inglaterra hasta ese momento, tiene como misión ofrecer las mismas respuestas legales en todo el Reino. FRANCIS FUKUYAMA, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011, p. 258.

⁸⁷⁵ Técnicamente, los jueces y tribunales de la *Common Law* se encuentran vinculados por sus propios precedentes y por los emitidos por los órganos judiciales jerárquicamente superiores, salvo, claro está, el Tribunal Supremo (y el *Privy Council* en el ámbito de su competencia). *Vid.*, Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ y Roberto MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, Granada, Comares, 2014, pp. 5-8. En su conocida *Practice Statement* de 1996, la *House of Lords* precisó que,

que, según se ha dicho, “no está expuesto a la estrechez de miras del normativismo.”⁸⁷⁶ No obstante, es preciso hacer notar que, en el terreno procesal, existe una tendencia creciente a regular normativamente el proceso, constituyendo la aprobación de las *Civil Procedure Rules* en 1998⁸⁷⁷ un importante punto de inflexión.

Lo anterior es especialmente relevante en el caso que nos ocupa, puesto que la acción de resarcimiento por los daños procesales derivados de la litigación civil abusiva no se encuentra, en Inglaterra y Gales, regulada en ninguna norma en sentido estricto, sino que es fruto del desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales británicos. Debe resaltarse, además, que las categorías dogmáticas a las que acude la jurisprudencia inglesa para justificar el nacimiento de esta responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho continental, no nacen de la figura del abuso del Derecho. La técnica del “*distinguishing*” ha permitido históricamente a los jueces del *Common Law* interpretar con flexibilidad sus precedentes y descartar su aplicación cuando las circunstancias del caso concreto evidenciaran el ejercicio de un derecho de forma contradictoria a los principios que fundamentaron su reconocimiento previo. De lo que se sigue que, al no verse compelidos a reconocer el ejercicio de derechos formalmente válidos cuando las circunstancias concretas del caso lo desaconsejaran, no han tenido que recurrir a la figura del abuso del Derecho para rechazar resultados materialmente injustos⁸⁷⁸.

aunque en términos generales las sentencias anteriores de la *House* le eran vinculantes, podría apartarse de sus propios precedentes cuando lo considerara oportuno. La Sentencia del Tribunal Supremo del caso *Willers v Joyce & Another* [2016] UKSC 44 recoge de forma minuciosa las “reglas de vinculación” de los precedentes para los órganos judiciales de Inglaterra y Gales, en función del tribunal que los dictó. Otros autores han puesto en duda la existencia de diferencias reales, en lo que a la vinculación se refiere, entre la jurisprudencia continental y la doctrina del *stare decisis*. Cfr. Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, cit., pp. 562-563. En cualquier caso, cada vez es más frecuente en las sentencias la cita y análisis de resoluciones que no constituyen precedentes en sentido propio, incluso provenientes de otros países regidos por el *Common Law*. Vid. Natalia DEL BARRIO RODRÍGUEZ, “Cosmopolitismo jurídico: Hacia un nuevo Derecho Comparado”, *Actualidad Civil*, n° 3, 2015, pp. 94-105.

⁸⁷⁶ Carl SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 59.

⁸⁷⁷ De acuerdo con la *Civil Procedure Act* de 1997, el Comité de Normas Procesales Civiles (“*Civil Procedure Rules Committee*”) está facultado para crear normas reguladoras de la práctica del proceso vinculantes para los tribunales civiles. La principal regulación normativa creada por el citado Comité son las Reglas de Procedimiento Civil de 1998 (“*Civil Procedure Rules*”), reguladoras del proceso civil en Inglaterra y Gales, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999. Esta normativa asumió gran parte de las conclusiones –y propuestas de reforma del proceso civil– del muy relevante informe de Lord Wolf, *Master of Rolls* en aquel momento.

⁸⁷⁸ No obstante lo cual, John FLEMING, uno de los tratadistas más influyentes del *Common Law*, indica que el *tort* derivado del abuso del proceso es “probablemente, la más clara ilustración en nuestro Derecho de lo que los civilistas [continentales] llaman un “abuso de derecho”. *The law of torts*, The Law Book Company, Sydney, 9ª ed., 1998, p. 623.

Como ya se apuntó anteriormente, la relativización de la *ratio decidendi* (“*holding*”) de los precedentes jurisprudenciales con el transcurso del tiempo también ha permitido a los jueces ingleses aplicar de forma flexible las reglas fijadas por la jurisprudencia anterior, evitando que condujeran a resultados manifiestamente abusivos.⁸⁷⁹ La jurisprudencia del *Common Law*, aunque busque en los denominados “*controlling precedents*” –precedentes de aplicación que deciden cómo debe resolverse el nuevo asunto litigioso- una fuente autoritativa de legitimación (en el sentido de SUMMERS⁸⁸⁰), no por ello deja de evolucionar de forma constante.

Finalmente, es muy plausible que la falta de desarrollo de la figura del abuso del Derecho responda igualmente a la acendrada aversión de los juristas británicos por los principios generales y los conceptos abstractos⁸⁸¹. El suyo es un Derecho construido “caso por caso” (*case-law*). Por tal razón, y a diferencia de la Europa continental, en el Reino Unido no se vivió un proceso codificador durante el siglo XIX, hasta el punto de que a día de hoy ni siquiera puede hablarse de que exista algo parecido a un Código Procesal en sentido estricto, ya sea civil o penal, pues las *Civil Procedure Rules* y las *Criminal Procedure Rules*, a pesar de ser una suerte de compilaciones normativas, no son leyes –en sentido propio- aprobadas por el Parlamento⁸⁸².

3.1.2. Remedios

En el Derecho inglés podemos distinguir cinco grandes tipos de remedios contra la litigación abusiva:

A) El “*strike out*”

⁸⁷⁹ Por tal razón, no es inusual que, en vez de proceder a su derogación formal, los tribunales ingleses transformen las genuinas “razones de decidir” de sus precedentes en meras afirmaciones *obiter dicta* –y al revés-, con el fin de aparentar que su decisión no supone un “*overruling*”, sino una re-interpretación del precedente a la luz de las circunstancias concretas del caso que juzgan.

⁸⁸⁰ Robert S. SUMMERS, “The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, *Cornell Law Review*, nº 63, 1978, pp. 724-725.

⁸⁸¹ Michael TAGGART, *Private property and abuse of rights in Victorian England*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 156. De hecho, incluso el concepto afín de buena fe no es aceptado en el ámbito del Derecho contractual. La postura clásica del jurista inglés al respecto la expresó Lord Ackner: “[e]l concepto de buena fe es inherentemente contradictorio con la posición de las partes adversarias-contrarias cuando se encuentran negociando. Cada parte en una negociación tiene derecho a perseguir su propio interés, mientras evite hacer falsas interpretaciones. Un deber de negociar de buena fe es tan inútil en la práctica como inherentemente inconsistente con la posición de las partes negociadoras”. *Walford v. Miles*, 1992, 2 A.C., 128-138.

⁸⁸² No obstante lo cual debe señalarse que con las *Civil Procedure Rules* el proceso inglés se ha acercado como nunca antes a los modelos continentales. Neil ANDREWS, “The New English Civil Procedure rules”, en *European Traditions in Civil Procedure*, VVAA, (editor, C. H. Van Rhee), Intersentia Antwerpen, Oxford, 2005, pp. 161-184.

Una demanda judicial abusiva puede excepcionalmente ser rechazada de forma preventiva por los tribunales (*strike out*), sin necesidad de tramitar todo el procedimiento⁸⁸³. Esa misma medida puede adoptarse igualmente frente a una oposición abusiva a la demanda⁸⁸⁴. La regla 3 A) de las *Civil Procedure Rules* vigentes en Inglaterra y Gales (1998), que trae causa de los precedentes jurisprudenciales que permitían esta inadmisión *in limine litis*, consagra normativamente esa posibilidad:

“1.2 The rules give the court two distinct powers which may be used to achieve this. Rule 3.4 enables the court to strike out the whole or part of a statement of case which discloses no reasonable grounds for bringing or defending a claim (rule 3.4(2)(a)), or which is an abuse of the process of the court or otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings (rule 3.4(2)(b)) Rule 24.2 enables the court to give summary judgment against a claimant or defendant where that party has no real prospect of succeeding on his claim or defence. Both those powers may be exercised on an application by a party or on the court’s own initiative”.

La jurisprudencia ha señalado de forma reiterada que esta facultad debe ser utilizada con suma cautela por los tribunales, por lo que su uso es ciertamente inusual.⁸⁸⁵ Entre los casos más relevantes debe citarse la Sentencia de la *House of Lords* en el caso *Hunter*⁸⁸⁶. Esta resolución sostuvo que debían inadmitirse las demandas civiles cuando lo que se buscaba con el nuevo procedimiento incoado era cuestionar indirectamente el fallo de un proceso previo⁸⁸⁷. Para rechazar este tipo de acciones, la *House of Lords* desarrolló la doctrina del denominado “ataque colateral” (*collateral attack*), rechazando la posibilidad de plantear este tipo de acciones civiles bajo la argumentación de que constituía un caso paradigmático de abuso del proceso. Interesa reseñar que, en *Hunter*, se entendió innecesario acudir a la doctrina del “*issue estoppel*”⁸⁸⁸, al ser manifiesto que la demanda civil

⁸⁸³ Por lo que se refiere a las condiciones –que deben ser verdaderamente excepcionales– y requisitos de este *strike out*, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 27 de junio de 2012, *Fairclough Homes Limited v. Summers*, [2012] UKSC 26. Para un análisis de esta cuestión en castellano puede consultarse la monografía de Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ y Roberto MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, Granada, Comares, 2014, pp. 122-125.

⁸⁸⁴ Un caso en el que se examina esta posibilidad es la Sentencia de la *High Court of Justice (Commercial Court)* de 7 de febrero de 2014, *OMV Petrom SA v. Glencore International AG*.

⁸⁸⁵ Neil ANDREWS, “Abuse of Process in English Civil Litigation”, en *Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of Procedural Fairness*, (ed. Michele Taruffo), The Hague, Kluwer, 1999, p. 81.

⁸⁸⁶ *Hunter -v- Chief Constable of West Midlands* [1982] A.C. 529.

⁸⁸⁷ En *Hunter*, el actor reclamaba una indemnización por los daños presuntamente causados por la Policía en el momento de su detención, cuando esta cuestión había sido objeto de un *voir dire* (un “juicio dentro del juicio”) que duró ocho días, en el seno del proceso penal tramitado años antes.

⁸⁸⁸ No debe confundirse esta doctrina con la de la *res judicata*, vinculadas ambas a nuestro concepto de cosa juzgada material. Con arreglo a la *res judicata*, las partes no puede reproducir el

tenía por objeto sembrar dudas sobre la condena penal a cadena perpetua del demandante.

Otro tipo característico de abuso del proceso rechazado tradicionalmente por la jurisprudencia inglesa fueron las demandas de reclamación de daños civiles formuladas contra abogados por sus antiguos defendidos –fundadas en la supuesta negligencia en su actuación profesional-, cuando en realidad su finalidad era volver a reproducir la cuestión de fondo decidida en el primer proceso.⁸⁸⁹

Por lo demás, la carga de la cumplida justificación de la abusividad de una demanda o de su oposición a la misma recae, como es obvio, sobre quien alega la existencia de abuso del proceso, que debe acreditar que concurre de forma manifiesta un ejercicio ilegítimo del derecho de defensa. Los tribunales ingleses aplican en estos casos el denominado “*exacting test*” (test exigente) –es decir, un estándar cualificado- para verificar si existe o no la alegada *unfairness* o deslealtad procesal⁸⁹⁰.

B) Las “*wasted costs orders*”

Uno de los elementos que han influido para que en Gran Bretaña el abuso del proceso sea un fenómeno relativamente infrecuente es el papel institucional asignado a los abogados de las partes. Al contrario que, por ejemplo, en los países latinos, se exige un elevado estándar ético para los profesionales de la abogacía⁸⁹¹.

objeto de un litigio que ya ha sido resuelto por sentencia firme. La *issue estoppel* veda la posibilidad de iniciar un nuevo proceso sobre una cuestión fáctica o jurídica que, sin ser el objeto principal del primer proceso, sí fue objeto de un pronunciamiento específico en la sentencia por consistir en un antecedente lógico para que los tribunales pudieran decidir el caso precedente.

⁸⁸⁹ En *Saif Ali v Sydney Mitchell & Co* 1980 AC 198, la *House of Lords* calificó este tipo de acciones como abusivas y rechazó de plano la posibilidad de demandar por negligencia profesional a los *barristers*, aduciendo la “inmunidad” que históricamente se les había reconocido frente a cualquier reclamación basada en su actuación ante los tribunales. Eso sí, *Saif* restringió esa protección a las actuaciones estrictamente procesales. Esta inmunidad fue formalmente reconocida en *Rondel v. Worsely* [1969] 1 AC 191 y abandonada en el año 1999 en virtud de una Sentencia de la *Court of Appeal* (*Arthur Hall v Simmons* [1999] 3 WLR 873, [16]), confirmada posteriormente por la *House of Lords* (*Arthur Hall v Simmons* [2002] 1 AC 615, 680). *Vid.* sobre esta cuestión, Matthew DYSON, “Respuestas del Derecho civil a las sentencias penales en Inglaterra y España”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 3/2015.

⁸⁹⁰ Sentencia del *Privy Council* de 23 de julio de 2009, *Caylon v. Michailaidis* [2009] UKPC 34.

⁸⁹¹ Se prohíbe que los *solicitors* y/o *barristers*, en el ejercicio de sus funciones, engañen o induzcan a error al tribunal (O.5.1. *SRA Code of Conduct* 2011 y parte 2 “*The Code of Conduct*”, apartado C del *Bar Standards Board Handbook*). Por poner un ejemplo ilustrativo, los abogados ingleses están obligados a citar ante el tribunal *todos* los precedentes aplicables al caso debatido, incluso cuando fueran contrarios a su postura. Cfr. *Arthur Hall v Simmons* [2002] 1 AC 615, 680.

De un lado, las denominadas “*wasted costs orders*” permiten el tribunal imponer personalmente al abogado⁸⁹² que actuó de forma impropia el pago de todas o parte de las costas procesales, así como condenarle a no percibir los honorarios de su cliente⁸⁹³, lo que constituye un potente incentivo para que la ética profesional sea respetada⁸⁹⁴. Y ello, lógicamente, sin perjuicio de que el tribunal, a la hora de fijar el alcance de la condena en costas impuestas al perdedor del pleito civil, tenga en cuenta también su conducta procesal⁸⁹⁵. La doctrina viene abogando por una aplicación más contundente de estas normas por parte de los tribunales a los litigantes abusivos⁸⁹⁶.

Adicionalmente, las contravenciones del *Código de Conducta para abogados de Inglaterra y Gales* son castigadas con singular severidad y presteza⁸⁹⁷.

⁸⁹² Esta posibilidad fue inicialmente cuestionada por la *Law Society* y el *Bar Council*, alegándose que ponía en cuestión la inmunidad profesional de los abogados antes enunciada, siendo rechazada esta tesis por la Sentencia *Ridehalgh v Horsefield* [1994] EWCA Civ 40, de la *Court of Appeal*.

⁸⁹³ Cfr. Regla 46.8 de las *Civil Procedure Rules*. Vid., Neil ANDREWS, “Abuse of Process in English Civil Litigation”, ob. cit. p., 84.

⁸⁹⁴ En efecto, conforme a la *Senior Courts Act* de 1981, s. 51: “(6) In any proceedings mentioned in subsection (1), the court may disallow, or (as the case may be) order the legal or other representative concerned to meet, the whole of any wasted costs or such part of them as may be determined in accordance with rules of court.(7)In subsection (6), “wasted costs” means any costs incurred by a party – (a)as a result of any improper, unreasonable or negligent act or omission on the part of any legal or other representative or any employee of such a representative; or(b)which, in the light of any such act or omission occurring after they were incurred, the court considers it is unreasonable to expect that party to pay”.

⁸⁹⁵ Regla 44 de las *Civil Procedure Rules*: “(4) In deciding what order (if any) to make about costs, the court will have regard to all the circumstances, including –

(a) the conduct of all the parties;

(b) whether a party has succeeded on part of its case, even if that party has not been wholly successful; and

(c) any admissible offer to settle made by a party which is drawn to the court’s attention, and which is not an offer to which costs consequences under Part 36 apply.

(5) The conduct of the parties includes –

(a) conduct before, as well as during, the proceedings and in particular the extent to which the parties followed the Practice Direction – Pre-Action Conduct or any relevant pre-action protocol;

(b) whether it was reasonable for a party to raise, pursue or contest a particular allegation or issue;

(c) the manner in which a party has pursued or defended its case or a particular allegation or issue; and

(d) whether a claimant who has succeeded in the claim, in whole or in part, exaggerated its claim”.

⁸⁹⁶ Neil ANDREWS, *On Civil Processes*, v.I, Intersentia, Cambridge, 2013, pp-205.206.

⁸⁹⁷ Sirvan como ejemplo la pluralidad de sanciones impuestas a un *barrister* por haber sugerido en su informe final al jurado que su cliente podría haber sido víctima de un delito “provocado”; que el juez podría estar “sesgado” a favor de la acusación; o por haber incluido en sus conclusiones orales determinadas apreciaciones sobre algunos testigos, sin haberles preguntado previamente en el juicio sobre esos extremos. *Bar Standards Board v. Lawrence McNulty*, de 29 de julio de 2014. Los detalles de

C) Las “*anti-suit injunctions*”

El demandado puede solicitar de los tribunales una orden conminatoria (*anti-suit injunction*) por la que se prohíba al demandante comenzar o proseguir un procedimiento judicial en un tribunal extranjero⁸⁹⁸, con amenaza de sanción penal por *contempt of court*⁸⁹⁹.

Los tribunales podrán emitir una *anti-suit injunction* con arreglo a lo dispuesto en la Sección 37 (1) de la *Senior Courts Act* de 1981 y el *High Court* podrá conceder una orden conminatoria (ya sea interlocutoria o final⁹⁰⁰) siempre que el Tribunal lo considere “justo y conveniente” y no se haya solicitado extemporáneamente. Esta medida es un remedio característico del derecho angloamericano contra el abuso del proceso, en este caso, extranjero⁹⁰¹.

Es preciso aclarar que el tribunal no concederá una medida de este tipo en todas aquellas situaciones en las que lo considere “justo y conveniente”, sino que deberá atender a los requisitos fijados en su mayor parte por la jurisprudencia. En general, los tribunales ingleses han adoptado un criterio restrictivo a la hora de adoptar esta medida⁹⁰². La concesión de una *anti-suit injunction* es puramente discrecional, por lo que el tribunal deberá tomar en consideración las particularidades del caso concreto, debiendo ser resaltado que estas órdenes pueden ser modificadas o anuladas cuando se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias que justificaron inicialmente la concesión de esta medida.

lo ocurrido en el juicio pueden consultarse en la Sentencia de la *Court of Appeal* del caso *Regina v Farooqi and others* [2013] EWCA Crim 1649. Estas sanciones disciplinarias serían impensables en muchos países de la Europa continental –sin ir más lejos, en España–, pues se entendería conculcado el libre ejercicio del derecho de defensa.

⁸⁹⁸ DE PRADA RODRÍGUEZ y MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, ob. cit., p. 41.

⁸⁹⁹ Para un análisis de este tipo de medidas y de su compatibilidad con la normativa procesal europea, *vid.* Alicia BERNARDO SAN JOSÉ y Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ, “Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2011”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, VVAA, Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp.44-46. Sobre las *anti-suit injunctions*, puede consultarse en castellano Marta REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Colección De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2000.

⁹⁰⁰ Como precisa Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “no toda *injunction* es una medida provisional o cautelar [...] porque [...] en algunos casos son genuinas condenas de dar, hacer o no hacer, es decir, porque son genuinas sentencias sobre el fondo”, “Medidas cautelares (art. 31 RB)”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, VVAA, Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 322.

⁹⁰¹ También se contempla esta figura en el ámbito arbitral (*vid.* Section 41 (5) de la *English Arbitration Act*), si bien se limita esta posibilidad a los tribunales arbitrales residenciados en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (Section 2 (1) de la citada EAA).

⁹⁰² *Turner v. Grovit and others*, HL, [2002] ICR 94, *House of Lords*.

La gran mayoría de estos requisitos han sido fijados por los precedentes jurisprudenciales y no se encuentran recogidos en norma alguna⁹⁰³:

(i) La concesión de una *anti-suit-injunction* queda restringida en aquellos casos en los que el Tribunal sea competente *in personam* para enjuiciar la disputa, siempre que se solicite en aras de la justicia e Inglaterra sea el foro natural en el que enjuiciar la acción⁹⁰⁴.

(ii) Este tipo de órdenes no van dirigidas al tribunal extranjero sino al litigante, a quien se prohíbe continuar o comenzar el procedimiento en el extranjero⁹⁰⁵.

(iii) Para adoptar esta medida es preciso que la incoación del procedimiento en el país extranjero sea “unconscionable in the eye of the English Court⁹⁰⁶”.

(iv) A la hora de conceder esta medida, y ponderando los intereses en conflicto, la jurisprudencia también ha aclarado que es preciso partir del necesario respeto por el sistema judicial de los Estados extranjeros; esta deferencia judicial es la denominada “comity⁹⁰⁷”.

(v) La jurisdicción inglesa se considerará el foro natural siempre y cuando tenga suficiente interés en -o en conexión con- el asunto en cuestión. Un ejemplo paradigmático son las *anti-suit injunctions* destinadas a dotar de efectividad a las cláusulas de sumisión expresa a favor del fuero inglés no respetadas por un litigante⁹⁰⁸.

⁹⁰³ Sigo aquí, de forma resumida, el esquema expositivo de DE PRADA RODRÍGUEZ y MUÑOZ ROJO, ob. cit. pp. 41-45. Aunque de origen inglés, el instituto de la *anti-suit injunction* ha tenido una acogida esporádica en Francia. La Sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de noviembre de 2002, *Banque Worms c. Époux Brachot et autres*, en el contexto de una situación de insolvencia, otorgó una *anti-suit* contra el acreedor que pretendía el embargo de un bien inmueble del deudor, radicado en España. Otra resolución favorable a su acogida es la Sentencia del *Tribunal de Commerce* de Marsella de 13 de enero de 2006.

⁹⁰⁴ El precedente de referencia en esta materia es la Sentencia del *Privy Council* en el caso *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] *Privy Council* AC 871.

⁹⁰⁵ *Turner v. Grovit and others*, HL, [2002] ICR 94, *House of Lords*.

⁹⁰⁶ Quizá la traducción más adecuada en este contexto de “unconscionable” sea “inadmisible”. Como señaló la *House of Lords* en *Turner v. Grovit*, “the point being made by the use of the word (unconscionable) is that the remedy is a personal remedy for the wrongful conduct of an individual. It is essentially a 'fault' based remedial concept. Other phrases have from time to time been used to describe the criticism of the relevant person's conduct, for example, "vexatious" and "oppressive", but these are not to be taken as limiting definitions; it derives from "the basic principle of justice" (per Lord Goff, *SNI Aérospatiale v Lee*, at 893). Sometimes, as in the present case, the phrase "abuse of process" (borrowed from another context) is used to express the same general ideas but with particular reference to the effect of the unconscionable conduct upon pending English proceedings”.

⁹⁰⁷ *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] AC 119.

⁹⁰⁸ *Donohue c. Armco Inc* [2001] UKHL 64.

Ahora bien, como se encargó de precisar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su conocida Sentencia del asunto *Turner c. Grovit*,⁹⁰⁹ los tribunales ingleses no pueden dictar este tipo de órdenes si la persona a la que está dirigida la misma estuviera litigando (o tuviera la intención de hacerlo) en otro Estado miembro de la Unión Europea, aun cuando existan sospechas fundadas de una utilización abusiva del proceso civil. Así, en la indicada Sentencia puede leerse lo que sigue:

“La Convención debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se dicte una orden mediante la que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte del procedimiento en curso ante él iniciar y proseguir un procedimiento judicial ante un órgano judicial de otro Estado contratante, *aun cuando dicha parte actúe de mala fe o con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso*”. [Énfasis añadido]

Este mismo criterio opera en relación a la sumisión a arbitraje a una Corte arbitral domiciliada en Inglaterra y Gales; es decir, no es posible utilizar una *anti-suit injunction* para hacer valer la eficacia excluyente de un convenio arbitral. El Tribunal Europeo de Justicia, en el asunto *West Tankers*⁹¹⁰, precisó que, en los casos en que el objeto del litigio estuviera comprendido en el ámbito de aplicación del antiguo Reglamento 44/2001, una *anti-suit injunction* basada en la existencia de un convenio arbitral era incompatible con dicho Reglamento⁹¹¹, bajo la siguiente argumentación:

“A este respecto, como indica la Abogado General en los puntos 53 y 54 de sus conclusiones, debe considerarse que si por objeto del litigio, es decir, por la naturaleza de los derechos que deben salvaguardarse en un procedimiento, como una demanda de indemnización de daños y perjuicios, ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001, *una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez, está igualmente comprendida en ámbito de aplicación de dicho Reglamento*. [...] No observa el principio general que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Bruselas según la que, cada órgano jurisdiccional ante el que se presente una demanda determina, por sí solo,

⁹⁰⁹ *Gregory Paul Turner contra Changepoint SA y otros*. Sentencia de 27 abril 2004 (TJUE 2004\98; MP: Peter JANN).

⁹¹⁰ Caso *Allianz SpA y otros contra West Tankers Inc.* Sentencia de 10 febrero 2009 (TJUE 2009\22; MP: J. KLUCKA).

⁹¹¹ Para una visión crítica con esta posición del TJUE, *vid.* Marta REQUEJO ISIDRO, “Sobre la anti-suit injunction y la cláusula arbitral en el espacio europeo de justicia. Observaciones para la cuestión prejudicial en el as. C-165/07, *The Front Comor*”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I, nº 2, 2008, pp. 403-433 y también, de esa misma autora, “*West Tankers: otra vez no a las antisuits injunctions*”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2, nº 2, 2009, pp. 429-438.

en virtud de las normas que le son aplicables, si es competente para resolver el litigio que le somete”. [Énfasis añadido]

Como el propio TJUE se encargó de recordar, este tipo de medidas se oponen al principio de confianza mutua entre los Estados miembros sobre el que se sustenta el sistema de competencia del Reglamento⁹¹². Sin embargo, esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha cercenado completamente la posibilidad de que los tribunales ingleses adopten esta medida, que podrá ser acordada frente a quien litigue en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, o en aquellas ocasiones en las que el litigio se encuentre fuera del ámbito de aplicación del Reglamento UE n° 1215/2012.

Pero el TJUE ha matizado posteriormente, en el caso «*Gazprom*» OAO contra *Lietuvos Respublika*⁹¹³, que una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001⁹¹⁴. En *Gazprom*, el TJUE establece que el Reglamento 44/2001 solo resultaba de aplicación en el caso de conflictos de competencia entre órganos jurisdiccionales de Estados Miembros, tal y como se desprende del artículo 1 (2) (d) del Reglamento 44/2001, que excluye expresamente el arbitraje de su ámbito de aplicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TJUE concluye que en este caso no opera el principio de confianza mutua en el que se basan los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, al provenir la decisión de un tribunal arbitral. Por tanto, el reconocimiento y la ejecución por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de un laudo arbitral que contenga una *anti-suit injunction* dependerán de la normativa aplicable en ese Estado miembro.⁹¹⁵

⁹¹² La doctrina arbitral ha apuntado algunas fórmulas para “superar” la doctrina *West Tankers* que no me parecen admisibles, pues suponen contravenir las disposiciones del Reglamento UE n° 1215/2012. Así, se ha barajado la posibilidad de continuar el proceso arbitral hasta el final – aunque se esté tramitando un proceso paralelo en la jurisdicción ordinaria incoado con anterioridad e ignorando, consecuentemente, la litispendencia o prejudicialidad existente–, con el fin de crear con el laudo dictado –y la posterior resolución favorable al mismo dictada por un órgano judicial al revisarlo– un título que fundamentara, ex art. 34.3 del Reglamento, un futuro rechazo a un eventual intento de ejecutar la sentencia judicial que se dictara en el proceso jurisdiccional paralelo. Fernando LANZÓN MARTÍNEZ, “*Anti Suit Injunction y Anti Arbitration Injunction en el arbitraje comercial internacional*”, *Spanish Arbitration Review*, n° 17, 2013, p. 90. Me parece más razonable la otra solución que esboza, en el sentido de reclamar los daños derivados del incumplimiento de la cláusula de sumisión a arbitraje.

⁹¹³ Sentencia de 13 mayo 2015, JUR 2015\128088; MP: M. Safjan.

⁹¹⁴ Para un análisis de esta STJUE, cfr., Carlos GONZÁLEZ-BUENO y Laura LOZANO, “*Anti-suit injunction: where does Gazprom leave us?*”, *Spanish Arbitration Review*, n° 24, 2015, pp. 91-105. También, cfr. Cecilia ROSENDE VILLAR, “*A vueltas con las anti-suit injunctions. Comentario de la sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, Asunto Gazprom*”, *Unión Europea Aranzadi*, n° 6, 2015, pp. 45-56.

⁹¹⁵ Estas mismas conclusiones se hubieran alcanzado si el Reglamento 1215/2012 hubiera sido el aplicable. El Considerando 12 del citado Reglamento establece lo siguiente: “El presente

Ahora bien, en el momento de escribir estas líneas, y tras el resultado contrario a la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea en el referéndum celebrado el 23 de junio de 2016 (el conocido popularmente como “Brexit”), es previsible que, tarde o temprano, la jurisprudencia del TJUE sobre las *anti-suit injunctions* inglesas quede en papel mojado. O quizá no.

Finalmente, debe hacerse notar que, como declaró expresamente en 2001 la Sentencia de la *Court of Appeal* del caso *Union Discount Co Ltd v Zoller*,⁹¹⁶ el hecho de que –en un supuesto en el que se había pactado en el contrato el sometimiento a los tribunales de Inglaterra– no se formule por el perjudicado una *anti-suit injunction*, sino que se opte por discutir (negándola) la competencia en el lugar donde se interpuso –indebidamente– la demanda (EEUU), no le impide posteriormente reclamar ante los tribunales ingleses los daños patrimoniales

Reglamento no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional”. La exclusión del arbitraje se mantiene en la redacción del art. 1.2 d) del Reglamento nº 1215/2012. El *nuevo Considerando 12* apunta, en su párrafo primero, que el Reglamento impide que un tribunal de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje, remita a las mismas al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento; o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional. En el párrafo segundo se indica que quedan excluidos del régimen de reconocimiento y ejecución los pronunciamientos judiciales, ya sea incidentales o con carácter principal, sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio arbitral. Y en el párrafo tercero se señala que el hecho de que un tribunal de un Estado miembro haya apreciado que un convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, “no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento”. No obstante, interesa reseñar que a continuación se precisa que “[e]sta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (‘el Convenio de Nueva York de 1958’), que prevalece sobre el presente Reglamento”. Por su parte, el artículo 73.2 dispone que el Reglamento “no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958”. Se trata de la denominada “regla de prioridad o precedencia” del Convenio de Nueva York (Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958). Cfr. Luis CAPIEL, “Novedades en el Reglamento Bruselas I refundido”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 40, 2015, p. 146. Esta regla supone que la existencia de un laudo reconocible según el Convenio de Nueva York impediría el reconocimiento conforme al Reglamento nº 1215/2012 de una sentencia de un Estado miembro inconciliable con el laudo. Ahora bien, debe matizarse que esta regla no otorga prevalencia al Convenio de Nueva York en el sentido de que los tribunales de los Estados miembros puedan reconocer laudos arbitrales inconciliables con una sentencia cronológicamente precedente de un tribunal de otro Estado miembro. Dado que de conformidad con el Reglamento las resoluciones judiciales de otros Estados miembros se asimilan a todos los efectos a las resoluciones judiciales internas, un laudo arbitral posterior en el tiempo no podría dejar sin efecto este reconocimiento.

⁹¹⁶ [2001] EWCA Civ 1755.

ocasionados por la defensa legal en aquel fuero (en el caso de que no le fueran reembolsados allí esos gastos una vez declarada la falta de competencia del tribunal, por no estar expresamente prevista en la normativa procesal aplicable).

D) La reclamación de los daños procesales.

La cuarta medida contra el uso desviado del proceso consiste en el ejercicio ante los tribunales de una acción de reclamación de los daños y perjuicios irrogados por una litigación civil abusiva precedente. En la medida en que el Derecho de daños anglosajón es un auténtico *work in progress*, sujeto a una evolución constante, será preciso analizar los precedentes jurisprudenciales más destacados, así como su desarrollo posterior por parte de los tribunales ingleses hasta llegar a nuestros días. Se trata, en suma, del remedio procesal inglés más parecido a la responsabilidad por daños procesales que ha construido la jurisprudencia española con base en los arts. 7.2 y 1902 CC.

1. Malicious prosecution.

La “*malicious prosecution*”⁹¹⁷ es un “*tort*”: es decir, un ilícito civil, distinto del incumplimiento contractual, más o menos asimilable a lo que sería un hecho susceptible de generar responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español⁹¹⁸. En cuanto a los requisitos exigidos para la estimación de esta acción, existe coincidencia en la doctrina y en la jurisprudencia británicas en el sentido de señalar los siguientes: (i) El inicio de un procedimiento –o la oposición al mismo–; (ii) que éste haya terminado favorablemente para quien luego ejercita la acción de reclamación de daños; (iii) La inexistencia de “reasonable and probable cause”⁹¹⁹; (iv) la existencia de un “propósito impropio” en el ejercicio de la primera acción⁹²⁰ (la denominada “malice”).

⁹¹⁷ Se ha señalado de forma recurrente que la denominación de este *tort* es engañosa, pues el término “*prosecution*” puede llevar a pensar –equivocadamente– que los daños han de ser provocados obligatoriamente por un abuso del proceso penal, y no del civil.

⁹¹⁸ John G. FLEMING (1919-1997), autor del que es generalmente considerado como el tratado del siglo pasado más influyente en la materia (*The Law of Torts*), define el *tort* como “an injury other than the breach of contract, which the law will redress with damages”. *The Law of Torts*, Sydney, The Law Book Company, 9.ª ed., 1998, p. 3. No existe algo parecido a una “ley de torts”, sino una miríada de *torts* individuales, conceptualmente desconectados entre sí. *Vid.* Arthur L. GOODHEART, “The foundation of Tortious Liability”, *The Modern Law Review*, Vol. 2, n.º 1, 1938, pp. 1 y ss.

⁹¹⁹ No hay una distinción real entre ambos adjetivos y su uso conjunto por algunas resoluciones judiciales inglesas obedece a la inercia de las redundancias propias de los viejos usos forenses británicos. *The Law of Torts*, *ob. cit.* p., 680. En la actualidad, es más habitual la utilización de la locución “probable cause”, que es la que también se utiliza en EEUU.

⁹²⁰ Interesa hacer notar que se entiende que concurre el requisito de “malice” no solo cuando el litigante abusivo esté subjetivamente convencido de la falta de fundamento de su reclamación judicial, sino cuando su propósito con el inicio del proceso civil –o su oposición al mismo– no sea obtener la tutela judicial formalmente demandada, sino otra finalidad distinta. *Vid.* *Crawford*

Interesa también hacer notar que este excurso comparatista tiene especial relevancia en lo que toca al Derecho inglés, porque en el *Common Law* las decisiones de los tribunales en la interpretación del alcance y desarrollo de los *torts* se fundan, en buena medida, en el método de ensayo-error, esto es, acudiendo al método empírico⁹²¹. Por tanto, se trata de un área del Derecho en constante evolución, y que toma en cuenta los precedentes para, a la luz de las consecuencias derivadas de su aplicación, y del eventual cambio de las circunstancias, proceder a su progresiva corrección o refinamiento.

Ahora bien, aun siendo técnicamente posible, los jueces del *Common Law* siempre preferirán considerar que sus decisiones obedecen a una evolución consecuente con los precedentes, y no a una rectificación explícita de la doctrina jurisprudencial anterior (*overruling*). Por utilizar la metáfora de DWORKIN⁹²², cada juez escribe un capítulo de una larga novela y, en ese ejercicio, está sujeto a la misma restricción que impone el género literario: que cada capítulo sea coherente con los que le preceden. La trama puede desarrollarse de otra manera e incluso tomar una dirección aparentemente insospechada, pero siempre ha de ser consistente con alguna huella o aviso previo. Por tal razón, como a continuación veremos, los jueces que aplican el Derecho angloamericano procuran siempre asentar sus decisiones –al menos formalmente– en resoluciones judiciales precedentes que, en muchas ocasiones, son objeto de interpretaciones y lecturas divergentes, cuando no diametralmente opuestas, por los miembros de un mismo tribunal.

En un principio, y de acuerdo con precedentes históricos, se entendía en el Derecho inglés que la acción de daños derivada de la litigación abusiva tan solo era aplicable en los supuestos del previo ejercicio indebido del proceso penal⁹²³.

Adjusters and others v Sagikor General Insurance (Cayman) Limited and another, [2013] UKPC 17 y también la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 20 de julio de 2016, *Willers v Joyce & Another*, [2016] UKSC 44. Nótese que la exigencia de este requisito separa al Derecho angloamericano del Derecho continental, en los que se admite generalmente la responsabilidad por el ejercicio de acciones culposas, pero no necesariamente dolosas.

⁹²¹ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, (trad. Marina Gascón), Trotta, Madrid, 2ª ed., 1995, p. 26.

⁹²² *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 229.

⁹²³ El *leading case* es *Savile v. Roberts* (1698). En palabras de Lord Holt, la *Court of King's Bench* proclamó lo siguiente: "[T]hree sorts of damages, any of which would be sufficient ground to support this action": (1) The damage to a man's fame, as if the matter whereof he is accused be scandalous. . . . (2) [Damages] done to the person; as where a man is put in danger to lose his life, or limb, or liberty, which has been always allowed a good foundation of such an action (3) [Damages] to a man's property, as where he is forced to expend his money in necessary charges, to acquit himself of the crime of which he is accused . . . ". Ahora bien, lo cierto es que en esta añeja sentencia el Tribunal no parecía excluir la litigación civil del concepto de "malicious prosecution", aun cuando no es una cuestión del todo clara. En aquella época no existía una recopilación oficial escrita de las resoluciones de la *Court of King's Bench*, de forma que su contenido ha sido

No se reconocía, por tanto, la existencia de *tort* cuando se trataba de un pleito civil, salvo en supuestos muy específicos en los que, de alguna manera, se hubiera ocasionado ese especial perjuicio para el patrimonio, la reputación o la libertad del afectado. El precedente más usualmente citado en ese sentido es la decisión de la *Court of Appeal* en el caso *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co v. Eyre*⁹²⁴ (1883). En esencia, el Tribunal sostuvo que, en la jurisdicción civil, tan solo en los supuestos de solicitudes infundadas de quiebra o liquidación cabría plantear una ulterior reclamación judicial por los daños causados. La *ratio decidendi* es que, para los parámetros de la época, tan solo en esos dos supuestos concretos se entendía dañada la reputación del demandado que, por aquel entonces, se entendía el “bien jurídico” a proteger por dicha acción. En 1915, la *Court of Appeal* en la sentencia del caso *Wiffen v Bailey and Romford Urban District Council*⁹²⁵ fue aún más explícita al indicar que:

“Así que la excepción de los procedimientos civiles, en la medida en que están excepcionados, depende, no de una diferencia esencial entre el procedimiento civil y el penal, sino del hecho de que en el procedimiento civil el veneno y el antídoto sean presentados simultáneamente. La publicidad del procedimiento se ve acompañada por la refutación de la acusación infundada, si es que fuera infundada, que ha sido realizada. Si no hay escándalo, no habrá riesgo de daño para la vida o la libertad; si no existe daño pecuniario, no existirá acción⁹²⁶”.

Utilizando un *dictum* que hizo fortuna en la jurisprudencia inglesa, la justificación del diferente trato asignado a la litigación abusiva civil y penal derivaría de que, en el primer caso, el veneno y el antídoto (“*the poison and the antidote*”) se presentaban –al menos en aquella época– simultáneamente: el conocimiento público de la existencia del proceso civil contra el demandado era simultáneo al de la resolución judicial que declaraba infundada la acción ejercitada por el actor. Por el contrario, en el segundo caso la opinión pública conocía usualmente la existencia del proceso penal (el veneno) desde su misma incoación, pudiendo dictarse la resolución absolutoria (el antídoto) mucho después.

perpetuado por medio de informes emitidos por juristas de la época que recogían su doctrina, en muchas ocasiones, de forma discordante.

⁹²⁴ 11 QBD 674.

⁹²⁵ CA 1915.

⁹²⁶ “So the exception of civil proceedings, so far as they are excepted, depends, not upon any essential difference between civil and criminal proceedings, but upon the fact that in civil proceedings the poison and the antidote are presented simultaneously. The publicity of the proceedings is accompanied by the refutation of the unfounded charge, if it be unfounded, which was made. If there be no scandal, if there be no danger of loss of life, limb, or liberty, if there be no pecuniary damage, the action will not lie”.

La jurisprudencia posterior al caso *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co v. Eyre* amplió a otros supuestos puntuales –siempre de forma excepcional- el *tort* basado en una “*malicious prosecution*” civil. El magistrado del Tribunal Supremo de Reino Unido Lord WILSON, en la Sentencia del *Judicial Committee of the Privy Council* del caso *Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*⁹²⁷, recopiló este elenco de supuestos.

Todos ellos tenían en común la causación de un daño especialmente *cualificado* para el patrimonio (o la libertad del perjudicado –cuando, en el pasado, una medida restrictiva para este derecho podía adoptarse en el marco de una reclamación civil-), más allá de los inherentes a todo proceso civil. En concreto, era el caso de las solicitudes de quiebra, del arresto para garantizar el pago de una deuda, de la petición de liquidación de una sociedad, de la retención de una embarcación o aeronave en determinados supuestos litigiosos, de la detención de un testigo para ser citado por el tribunal, de la medida de embargo preventivo de bienes en relación a un procedimiento arbitral de inminente iniciación, y de la autorización judicial de registro:

“The result of the effective prohibition by the comments in the Quartz Hill case of any general development in England and Wales of a tort of malicious prosecution of civil proceedings has been to confine the tort to a few disparate situations, linked only by the occurrence of prejudice to the victim at or close to the outset of the proceedings. They include: (a) a petition for bankruptcy: *Johnson v Emerson* (1871) LR 6 Ex 329; (b) a petition for winding-up: the Quartz Hill case itself; (c) a writ to arrest and detain a judgment debtor who had in effect already paid the debt: *Gilding v Eyre* (1861) 10 CB (NS) 592, 142 ER 584; (d) the procurement of a bench warrant to arrest and produce a person for failure to respond to a witness summons which had not been served on him: *Roy v Prior* [1971] AC 470; (e) a writ to arrest a ship in the course of a dispute about a contract for its sale: *The Walter D Wallet* [1893] P 202; (f) a writ to arrest an aircraft in the course of a dispute about an alleged lease of it: *Transpac Express Ltd v Malaysian Airlines* [2005] 3 NZLR 709; (g) an order for the attachment of the claimant's assets in advance of an arbitration: *The Nicholas M* [2008] EWHC 1615 (Comm), [2009] 1 All ER (Comm) 479; and (h) a search warrant: *Gibbs v Rea* [1998] AC 786”.

Como puede apreciarse, casi todos estos supuestos tenían en común la concurrencia de un cierto perjuicio específico –más allá de las molestias inherentes a ser parte en un proceso judicial civil-, ya fuera patrimonial o personal (daño al honor o la libertad), normalmente ocasionado por una medida cautelar o interlocutoria, lo que entroncaría con el “precio de la rapidez” en el

⁹²⁷ [2013] UKPC 17, de 13 de junio de 2013.

que, como vimos, se ha fundado por la procesalística italiana la objetivación del derecho al resarcimiento de los daños irrogados por la tutela cautelar.

Más recientemente, el punto de vista restrictivo se expuso por la *House of Lords* en la Sentencia del caso *Gregory v. Portsmouth City Council*⁹²⁸. Si bien en la disputa resuelta se reclamaban los daños provocados al ahora actor como consecuencia de un previo procedimiento disciplinario, Lord STEYN⁹²⁹, razonando la decisión unánime del tribunal contraria a la tesis del demandante, sostuvo, *obiter dictum*, lo siguiente:

“My Lords, it is not necessary for the disposal of the present appeal to express a view on the argument in favour of the extension of the tort to civil proceedings generally. It would, however, be unsatisfactory to leave this important issue in the air. I will, therefore, briefly state my conclusions on this aspect. There is a stronger case for an extension of the tort to civil legal proceeding than to disciplinary proceedings. Both criminal and civil legal proceedings are covered by the same immunity. And as I have explained with reference to the potential damage of publicity about a civil action alleging fraud, the traditional explanation namely that in the case of civil proceedings the poison and the antidote are presented simultaneously, is no longer plausible. Nevertheless, for essentially practical reasons I am not persuaded that the general extension of the tort to civil proceedings has been shown to be necessary if one takes into account the protection afforded by other related torts. I am tolerably confident that any manifest injustices arising from groundless and damaging civil proceedings are either already adequately protected under other torts or are capable of being addressed by any necessary and desirable extensions of other torts. Instead of embarking on a radical extension of the tort of malicious prosecution I would rely on the capacity

⁹²⁸ [2000] 1 AC 419.

⁹²⁹ La redacción de las sentencias del *Appellate Committee of House of Lords* (sustituido desde octubre de 2009 por el Tribunal Supremo del Reino Unido como cúspide de su sistema judicial) no era asignada formalmente a un ponente, sino que cada miembro del tribunal exponía su posición por medio de las correspondientes “opiniones” que integraban la decisión conjunta. La adopción de decisiones *seriatim* ha sido históricamente característica de los tribunales colegiados en el ámbito del *Common Law* y todavía hoy dictan así sus sentencias algunos de los más altos tribunales británicos. Destacadamente, su Tribunal Supremo, la *Court of Appeal* (Sección Civil) o el *Judicial Committee of the Privy Council*. Cfr. Tom BINGHAM, *The Rule of Law*, Londres, Penguin Books, 2011, pp. 42-46. Con arreglo a esta fórmula, la decisión del tribunal es la que resulta de la suma agregada de las decisiones individuales de los miembros que lo integran. De hecho, materialmente, no hay una opinión del tribunal, sino que cada uno de los jueces – sucesivamente, de ahí, *seriatim* – expresa su voto precedido de un «*speech*», su argumentación. Una mayoría clara en cuanto a la forma de decidir el caso o, incluso, la total coincidencia en cuanto al sentido de la decisión, no implican necesariamente el acuerdo en cuanto al «principio de derecho» que gobierna el caso. Cfr. María Ángeles AHUMADA RUIZ, “La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, 2000, p. 157.

of our tort law for pragmatic growth in response to true necessities demonstrated by experience”.

En definitiva, ya en *Gregory v. Portsmouth City Council* se aprecia que la *House of Lords* no entiende satisfactoria la tradicional exclusión de la litigación civil abusiva como fuente de responsabilidad extracontractual. Pero en la medida en que no era estrictamente necesario pronunciarse al respecto para resolver el caso y por razones de prudencia, prefiere no hacer una declaración explícita de carácter genérico sobre esta cuestión, apelando al carácter pragmático del *case-law*.

La resolución del *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC) de 13 de junio de 2013⁹³⁰ supuso un importante cambio de rumbo. Por una ajustada mayoría, este órgano judicial de la *Commonwealth*⁹³¹, compuesto por miembros del Tribunal Supremo del Reino Unido, proclamó que las razones históricas que, en su día, pudieron justificar la restricción de la acción civil de daños a la litigación abusiva criminal habían dejado de tener sentido y que, consecuentemente, había que reconocer abiertamente la posibilidad de reclamar esos daños también cuando se tratara de una litigación civil espuria⁹³². LORD WILSON, tras analizar

⁹³⁰ *Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17.

⁹³¹ Se trata de la última instancia judicial para algunas antiguas colonias del Reino Unido y sus territorios de ultramar. Ahora bien, su autoridad doctrinal dimana del hecho de que esté compuesto íntegramente por magistrados que pertenecen simultáneamente al Tribunal Supremo británico. Cfr. Terence INGMAN, *The English legal process*, 8ª ed., Blackstone Press Limited, Londres, 2000, pp. 95-99. En algún caso verdaderamente excepcional los magistrados del Tribunal Supremo han dictado una, sentencia, simultáneamente, como miembros de ese Tribunal y, a la vez, del *Judicial Committee of the Privy Council*, a fin de unificar criterios. Cfr. Sentencia de los casos *R v Jogee* y *Ruddock v. The Queen*, de 18 de febrero de 2016, [2016] UKSC 8. En cuanto al valor de su jurisprudencia para los jueces de Inglaterra y Gales, la segunda Sentencia de caso *Willers v Joyce & Another* [2016] UKSC 44, de 20 de julio, el Tribunal Supremo afirma que los tribunales ingleses deben concederle “gran peso y valor persuasivo” –dada su composición–, pero no carácter vinculante en sentido estricto, de forma que, de existir un precedente verdaderamente vinculante y aplicable al caso debatido, deben seguirlo, aunque contradiga una resolución más reciente del JCPC (*Judicial Committee of the Privy Council*). Para evitar estas disfunciones en el futuro, en *Willers v Joyce & Another* el Tribunal Supremo, por unanimidad, acuerda que el Presidente del JCPC –que lo es a la vez de la *Supreme Court*–, cuando se haya planteado ante el *Privy Council* un recurso sobre una cuestión jurídica que afecte al Derecho inglés y puede dar lugar al dictado de una sentencia que revoque una doctrina fijada en su día por la *House of Lords* o la *Supreme Court*, podrá convocar a los magistrados de esta última para dictar formalmente –y de forma simultánea– una sentencia que sí vincule directamente a todos los jueces ingleses. Se trata, en definitiva, en aras de la certeza y seguridad jurídica, de seguir la senda de lo que ocurrió con la Sentencia (simultánea) del Tribunal Supremo y del JCPC de los casos *R v Jogee* y *Ruddock v. The Queen*, de 18 de febrero de 2016, [2016] UKSC 8.

⁹³² La mayoría de los magistrados señalaron que, a su juicio, se había realizado anteriormente por los tribunales británicos una lectura equivocada de la *ratio decidendi* del caso *Quartz Hill*. Como vemos, existe una acusada tendencia en los jueces del *Common Law* a “reescribir” los precedentes para ajustarlos a sus conclusiones actuales –aunque tal lectura sea forzada–, más que a reconocerlos como abiertamente errados. En esencia, se argumentó por la mayoría que, en la

minuciosamente todos los precedentes y las razones a favor y en contra de ambas posturas, concluye que “[a] tort of malicious prosecution of civil proceedings should enable a claimant to recover damages for foreseeable economic loss beyond out-of-pocket expenses”.

Si bien este pronunciamiento no tenía una eficacia directa en concepto de precedente sobre el Tribunal Supremo del Reino Unido, lo cierto es que, en atención a la autoridad intelectual de los integrantes del *Judicial Committee*, sus resoluciones poseen una fuerza persuasiva muy relevante en el Derecho británico (la “fuerza gravitacional del precedente”, por utilizar la feliz expresión de DWORKIN.⁹³³) La interpretación expansiva de este *tort*, por lo demás, era ya defendida de forma mayoritaria por la doctrina anglosajona.⁹³⁴

actualidad, la iniciación de muchos procesos civiles recibía una amplia publicidad en los medios de comunicación, por lo que la famosa diferencia con el proceso penal (el lapso de tiempo entre el “veneno” y “el antídoto”) ya no existía. Tesis que sería luego ratificada -aunque por una ajustada mayoría- por el Tribunal Supremo del Reino Unido en la primera Sentencia del caso *Willers v Joyce & Another* [2016] UKSC 43. Resolución en la que tanto los magistrados de la mayoría como los de la minoría realizan un notable ejercicio de erudición, para alcanzar conclusiones opuestas sobre el sentido de unos mismos precedentes judiciales históricos.

⁹³³ Sirva como ejemplo que la inmediatamente posterior Sentencia de la *Court of Appeal* del caso *Lincoln Crawford v. Bronwen Jenkins*, de 24 de julio de 2014, [2014] EWCA Civ 135, aunque *obiter dicta*, se hace eco ya, citando el precedente de “*Crawford*”, de esa “newly recognised tort of maliciously bringing civil proceedings”. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la *High Court of Justice (Commercial Court)* en el caso *Energy Venture Partners v Malabu Oil and Gas Ltd*, [2014] EWHC 1390 (Comm). En sentido contrario, la Sentencia de ese mismo Tribunal (*Chancery Division*) en el caso *Willers v Gubay* [2015] EWHC 1315 (Ch) se muestra más prudente y afirma que, dada la ajustada mayoría de *Crawford Adjusters*, y el hecho de que el Tribunal Supremo esté conformado por doce magistrados -de los que solo cinco forman parte del *Privy Council*- no existía certeza de que la mayoría de los actuales componentes del más Alto Tribunal del Reino Unido se muestren conformes con la extensión del *tort*. Este pronunciamiento dio lugar al dictado por el Tribunal Supremo de la segunda sentencia del caso *Willers v Joyce & Another* [2016] UKSC 44. En esta resolución el Tribunal Supremo señaló que, sin perjuicio del deber de reconocer un gran valor persuasivo -pero no estrictamente vinculante- a las sentencias del JCPC cuando el juez o tribunal inglés se enfrentara a una cuestión jurídica sobre la que no existiera un precedente realmente vinculante, de existir éste -y ser contradictorio con la posición del JCPC-, debería seguirse la doctrina del primero en tanto en cuanto ese “controlling precedent” no fuera expresamente desautorizado por algún tribunal inglés con competencia para ello, sin que los jueces pudieran hacer elucubraciones sobre cuál sería la posición futura del Tribunal Supremo de tener que pronunciarse al respecto.

⁹³⁴ *Vid.* John FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney, The Law Book Company, 9ª ed., 1998, pp. 673-687. En otras jurisdicciones de *Common Law*, este paso ya se había dado. Así lo hizo, por ejemplo, el Tribunal Supremo del Estado de Victoria (Canadá), en la Sentencia del caso *Little v Law Institute of Victoria* (No 3) [1990] VR 257. Los magistrados KAYE y BEACH afirmaron que “cuando los perjuicios reclamados derivan de [daños a] la reputación del demandante, no existe ya justificación para confinar los remedios por abuso del proceso civil a las peticiones de quiebra y liquidación de sociedades”.

La cuestión llegó finalmente al Tribunal Supremo de Reino Unido, lo que dio lugar a la Sentencia de 20 de julio de 2016, *Willers v Joyce & Another*.⁹³⁵ Por una ajustada mayoría (5-4), la *Supreme Court* ratificó la doctrina del JCPC en *Sagicor*, tras realizar un nuevo análisis exhaustivo de los precedentes históricos⁹³⁶. Los argumentos empleados a favor y en contra del reconocimiento del *tort* por el ejercicio infundado de acciones civiles son similares a los recogidas, con mayor extensión, en *Sagicor*. Para la mayoría, los precedentes históricos no eran concluyentes en el sentido de negar la posibilidad de que la acción también pudiera nacer de una litigación civil infundada, apelando igualmente a razones pragmáticas, en la medida en que los daños irrogados en la actualidad al perjudicado pueden ser en la práctica mucho mayores que los que sufre quien es víctima de un proceso penal desviado.⁹³⁷

Lord TULSON sostuvo que, con independencia de cuál fuera la interpretación correcta de los precedentes analizados, la decisión del Tribunal Supremo no debería depender en última instancia de qué interpretación del Derecho inglés de hace siglos se reputara más acertada. La opinión mayoritaria fundamenta esencialmente el reconocimiento del *tort* por la litigación civil abusiva tanto en “razones de principio” como de *policy*. Recordando las palabras empleadas por HOLT CJ cerca de 300 años antes, el Tribunal Supremo parte de la base de que “si el daño ha sido ocasionado por una litigación maliciosa, es razonable y de justicia que [el perjudicado] debería ostentar una acción para reparar el daño”.

Lord TULSON, tras dejar constancia de que esa reflexión le parecía “obvia y persuasiva”, concluyó que la parecía “instintivamente injusto” que quien sufra daños provocados por el abuso del proceso civil no sea convenientemente resarcido; frente al razonamiento de que la condena en costas era un paliativo

⁹³⁵ [2016] UKSC 44.

⁹³⁶ A diferencia de lo que ocurre con el fuertemente ideologizado Tribunal Supremo de EEUU (*vid.* Richard A. POSNER, *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, pp. 269-324) se puede afirmar sin temor a equivocarse que los cambios que se produzcan en el futuro en la composición del Tribunal Supremo de Reino Unido no harán que éste modifique su postura si un caso similar vuelve a ser analizado, y ello con independencia del criterio personal de los nuevos magistrados. Es característico el respeto de la *Supreme Court* británica –y antes de la *House of Lords*– a sus propios precedentes –con independencia de si la decisión fue unánime o ajustada–, que solo deja sin efecto en casos muy excepcionales, cuando está fuera de toda duda que su decisión inicial fue errada. Como ha dicho recientemente el propio Tribunal Supremo de Reino Unido (*Willers v Joyce & Another* (No 2) [2016] UKSC 44), debido “a la importancia de la consistencia de la Derecho [...] la *Practive Statement* no debería ser invocada para modificar una decisión previa, simplemente, porque los futuros miembros del tribunal tengan una visión jurídica diferente: tiene que haber algo más”.

⁹³⁷ No debe olvidarse, además, que el uso espurio de la acción penal es muy improbable en Inglaterra y Gales, dado que el monopolio de su ejercicio lo tiene el *Crown Prosecution Service* y no los particulares. Cfr. Juan DAMIÁN MORENO, *La decisión de acusar: un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 41-49.

suficiente para el perjudicado por la litigación civil abusiva, LORD TOULSON no dudó en señalar que “el tribunal debería evitar ficciones, especialmente cuando el resultado es de una injusticia sustancial”.

Para los magistrados de la minoría, los precedentes analizados –correctamente interpretados- apuntaban en la línea contraria, manifestando que era paradójico que se reconociera este *tort* precisamente ahora, cuando los jueces cuentan con otros instrumentos –con los que no contaban en el pasado- para hacer frente al abuso del proceso civil: desde el *strike out* a las *wasted cost orders*.

Ahora bien, interesa precisar que LORD TOULSON, en su *leading opinion* aprobada por la mayoría de sus compañeros, tras reconocer la viabilidad del *tort* de *malicious prosecution* para quien haya sido demandado de forma infundada en la jurisdicción civil, matizó que de ese reconocimiento no se seguía necesariamente –a diferencia de lo que señaló el parecer mayoritario del JCPC en *Sagicor*- que una acción similar posibilitaría al actor que tuvo que hacer frente a una oposición infundada a su demanda, a hacer uso posteriormente de ese *tort*.⁹³⁸

También dejó constancia el Tribunal Supremo de que permitía al litigante perjudicado la reclamación –en el segundo proceso- de la diferencia entre el importe de las costas concedido por el tribunal que conoció del primer proceso y las efectivamente pagadas a sus abogados, en la medida en que en aquel el actor desistió de la demanda pocos días antes del juicio, de forma que el tribunal no pudo formarse una opinión fundada sobre la falta de fundamento de la reclamación. Pero dejó bien claro que, de haberse celebrado el juicio y dictado sentencia posteriormente, la imposición de las costas “*on a standard basis*” (en vez de conceder “*indemnity costs*”) no podría ser revisada judicialmente en un procedimiento posterior incoado al albur del *tort* de *civil malicious prosecution*, pues tal pretensión sería “objetable como abuso del proceso, porque constituiría un ataque colateral a la [previa] decisión del juez⁹³⁹”.

Finalmente, conviene destacar el énfasis que *Willers* pone en la necesidad de acreditar la “*malice*⁹⁴⁰” del litigante abusivo, en la medida que éste deberá “probar

⁹³⁸ En realidad, el Tribunal Supremo, con su característica prudencia (siguiendo la divisa “*one case at a time*”), evitó posicionarse al respecto –ni a favor, ni en contra-, dado que no era preciso para resolver el caso sometido a su consideración. Simplemente quiso hacer constar que la posición de quien es llevado infundadamente ante los tribunales por un tercero y de quién sufre la oposición infundada a una demanda interpuesta por él no es idéntica.

⁹³⁹ Postura compartida por Lord Mance en su opinión discrepante: “To allow a claim for their recovery in a separate action for malicious pursuit of the original action would in each of these cases run contrary to the general policy of the law regarding costs”.

⁹⁴⁰ Tanto en la *leading opinion* de Lord Toulson, como en la opinión concurrente de Lord Clarke, se equipara la conducta dolosa a la *crassa negligencia*. Entre los magistrados disidentes, Lord

que el demandado utilizó de forma desviada el proceso judicial deliberadamente". A juicio de la mayoría del Tribunal Supremo –y frente a los temores de la minoría de que el reconocimiento expreso de este *tort* en la jurisdicción civil incrementaría la litigiosidad-, “los requisitos combinados que el demandante debe probar, consistentes no solo en la ausencia de causa razonable y probable⁹⁴¹, sino también que el demandado no tuvieran razones de buena fe para iniciar el proceso, demuestran que el actor tiene una pesada carga a la que hacer frente”.

2. *Abuse of process*

Junto a este *tort*, existen en el derecho inglés otros dos íntimamente relacionados. El primero de ellos, denominado “abuso del proceso” (*abuse of process*) consiste no tanto en el inicio malicioso de un procedimiento –civil o penal- contra un tercero (de hecho, puede que formalmente la tutela judicial impetrada sea legítima), sino en su uso indebido para obtener un propósito esencialmente distinto (el denominado “*collateral purpose*”) de aquel para el que fue diseñado⁹⁴². Aun cuando se trata de una conducta usualmente atribuida a los demandantes, se entiende que este *tort* también puede consistir en una defensa procesal abusiva.

En este *tort* –muchas veces muy difícil de diferenciar en la práctica de la *malicious prosecution*-, el énfasis se pone en el denominado uso impropio del procedimiento⁹⁴³. Según alguna jurisprudencia –pues esta cuestión es discutida-, el *abuse of process* debe ir acompañado necesariamente de algún tipo de acto o amenaza distinta del procedimiento propiamente dicho, tendente igualmente a

Sumption opuso que era contrario a la esencia de cualquier *tort* exigir la concurrencia de “*malice*” en el agente causante del daño.

⁹⁴¹ Sin perjuicio de que la opinión de Lord Toulson afirme que las precisiones que realiza sobre la definición de falta de causa probable son *obiter dicta*, es interesante hacer notar que apuntan hacia una clara objetivación de ese requisito: “In order to have reasonable and probable cause, the defendant does not have to believe that the proceedings will succeed. It is enough that, on the material on which he acted, there was a proper case to lay before the court: *Glinski v McIver*, per Lord Denning at 758-759. (Compare and contrast a suit which is “utterly without ground of truth”, per Hobart CJ)”.

⁹⁴² La definición clásica del “*improper purpose*” –a veces también denominado “*collateral purpose*”- la ofrece la sentencia de la *High Court* australiana del caso *Varawa v. Howard Smith Co. Ltd* (1911): “[T]he term ‘abuse of process’ connotes that the process is employed for some purpose other than the attainment of the claim in the action. If the proceedings are merely a stalking-horse to coerce the defendant in some way entirely outside the ambit of the legal claim upon which the Court is asked to adjudicate, they are regarded as an abuse for this purpose ..”.

⁹⁴³ No serían exigibles ni la ausencia de “probable cause”, ni que el proceso hubiera terminado favorablemente para el ahora actor.

la consecución de ese propósito ajeno al proceso civil⁹⁴⁴. El paradigma del abuso del proceso es su instrumentalización como medio, más o menos explícito, de extorsión⁹⁴⁵. En palabras del juez BOSANQUET, “the process was enforced for an ulterior purpose: to obtain property by duress to which the Defendant had not right⁹⁴⁶”. No obstante, no se entiende cometido este *tort* cuando quien demanda tiene un interés legítimo y genuino en la tutela judicial interesada, a pesar de que tenga también otras motivaciones adicionales para litigar no estrictamente relacionadas con dicha tutela⁹⁴⁷.

El origen histórico de este *tort* se remonta a la decisión de la *Court of Common Pleas* en el caso *Grainger v. Hill*, que data de 1838⁹⁴⁸. Unos prestamistas, temerosos de que el valor del barco que garantizaba la devolución del préstamo concedido al deudor no fuera suficiente para responder de un eventual impago, le urgieron a devolver anticipadamente el dinero prestado, bajo la amenaza de acudir al procedimiento de “writ of *capias ad respondendum*” –que llevaría aparejado su inmediato arresto-, alegando la existencia de una deuda vencida –lo que no era cierto- e impagada. Al no acceder el deudor a sus pretensiones, los acreedores instaron el citado procedimiento –que por aquel entonces tenía un carácter administrativo-, interesando adicionalmente que por el *sheriff* local se requiriera el documento (*ship’s register*) que autorizaba al acreedor a utilizar la embarcación para sus fines comerciales⁹⁴⁹, para el supuesto de que el deudor no aportara inmediatamente una caución garantizando el pago de la deuda. En el proceso civil subsiguiente, en el que el deudor reclamaba los daños sufridos –y en que los acreedores alegaron la existencia de “probable cause” en su reclamación inicial, así como la falta de cumplimiento del requisito de terminación favorable del primer proceso-, TINDAL CJ resumió la opinión de la Corte y resaltó las diferencias entre la *malicious prosecution* y este nuevo *tort*:

"The second ground urged for a non-suit is, that there was no proof of the suit commenced by the defendants having been terminated. But the

⁹⁴⁴ *The Law of Torts*, ob. cit. p., 688. Para otra parte de la doctrina –y de la jurisprudencia-, la existencia de ese acto adicional de amenaza o extorsión, más que un requisito para la estimación de la acción, es una prueba habitual de la existencia del abuso del proceso.

⁹⁴⁵ En la Sentencia del caso *Land Securities Plc v Fladgate Fielder* [2009] EWCA Civ 1402, de la *Court of Appeal*, se hace un repaso de los orígenes históricos de este *tort*, así como de los requisitos para su estimación y el alcance de los daños indemnizables.

⁹⁴⁶ *Grainger v. Hill*.

⁹⁴⁷ *Land Securities Plc v Fladgate Fielder* [2009] EWCA Civ 1402.

⁹⁴⁸ 4 Bing NC 212.

⁹⁴⁹ El dueño del barco fue arrestado por el *sheriff*, tras pasar unas horas en el calabozo, “accedió” a la entrega del *ship’s register* y a la devolución anticipada del préstamo a sus acreedores, así como al pago de las costas. Posteriormente, reclamó judicialmente a sus acreedores el daño patrimonial sufrido por la forzosa inmovilización de su barco.

answer to this, and to the objection urged in arrest of judgment, namely the omission to allege want of reasonable and probable cause of the defendants' proceeding, is the same, that this is an action for abusing the process of the law, by applying it to extort property from the plaintiff, and not an action for malicious arrest or malicious prosecution, in order to support which action the termination of the previous proceeding must be proved, and the absence of reasonable and probable cause be alleged as well as proved. In the case of a malicious arrest, the sheriff at least is instructed to pursue the exigency of the writ: here the directions given, to compel the plaintiff to yield up the register, were no part of the duty enjoined by the writ... [The plaintiff's] complaint being that the process of the law has been abused to effect an object not within the scope of the process, it is immaterial whether the suit which that process commenced has been determined or not, or whether or not it was founded on reasonable and probable cause".

Siendo cierto que se ha proclamado reiteradamente su vigencia⁹⁵⁰, también lo es que las demandas fundadas en este *tort* son muy escasas; y más aún las acciones de esta naturaleza que son efectivamente estimadas⁹⁵¹. La Sentencia del *Judicial Committee of the Privy Council* del caso *Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*⁹⁵² también afirma que este *tort* –al igual que el de *malicious prosecution*- debe aplicarse con carácter general en todos los casos de litigación civil abusiva, y no solo en los casos tasados de daños procesales especialmente intensos para el perjudicado.⁹⁵³

3. *Maintenance and champerty*

Mencionaremos, para concluir, un último *tort* (*maintenance*, conocido en su forma agravada como *champerty*), que ha desaparecido en muchas jurisdicciones del *Common Law* (incluida la inglesa⁹⁵⁴) y que no constituye más que un residuo histórico en aquellas en las que formalmente persiste, ya que hace mucho que esta acción ha dejado de ser ejercitada ante los tribunales. En este caso, el acto ilícito consistiría en intermediar o costear la litigación entre terceros. En el pasado, la razón de ser de este *tort* era prevenir la recurrente intromisión en los pleitos entre particulares de los poderosos oficiales reales o de los miembros de la nobleza, que buscaban subvertir la justicia y ejercer una presión ilegítima sobre

⁹⁵⁰ Entre las resoluciones más recientes, cfr. *Land Securities Plc v Fladgate Fielder* [2009] EWCA Civ 1402, de la *Court of Appeal*.

⁹⁵¹ El otro precedente clásico de este *tort* es la Sentencia del caso *Gilding v Eyre* (1861) 10 CB (NS) 592, también dictada por la *Court of Common Pleas*.

⁹⁵² [2013] UKPC 17.

⁹⁵³ Criterio restrictivo que era el mayoritario hasta ese momento en la jurisprudencia. *Vid. Land Securities Plc v Fladgate Fielder* [2009] EWCA Civ 1402.

⁹⁵⁴ Criminal Law Act, 1967.

los litigantes más vulnerables⁹⁵⁵. El caso más característico consistía en la asistencia financiera para sostener los costes de un proceso o incluso, en su forma agravada, en la financiación del mismo a cambio de un porcentaje sobre el resultado del procedimiento (*champerty*). La progresiva liberalización de los pactos de honorarios entre clientes y abogados, así como la admisión de la financiación externa como consecuencia del desarrollo económico y la creciente sofisticación de las sociedades capitalistas –también en el ámbito de la litigación– han acabado por convertir en obsoletas tanto la *maintenance* como la *champerty*⁹⁵⁶, que a pesar de ello siguen figurando en los *casebooks*.

E) *Civil restraint orders*

Finalmente, existe otra medida –que es utilizada de forma muy excepcional contra litigantes querulantes–, consistente en someter el ejercicio de sus acciones ante los tribunales a una previa autorización judicial.⁹⁵⁷

3.2. Derecho norteamericano

3.2.1. Introducción

Al igual que ocurre con el Derecho inglés, tampoco en los Estados Unidos cristalizó históricamente la figura del abuso del Derecho⁹⁵⁸. Es un signo distintivo de la jurisprudencia norteamericana su aversión a la fijación de principios doctrinales genéricos, aplicables a todos los casos. Por el contrario, los jueces de EEUU tienden a acotar al máximo el alcance de sus pronunciamientos y a resolver los problemas jurídicos planteados caso por caso, sin necesidad de

⁹⁵⁵ *The Law of Torts*, cit., pp. 689-693. Como señala FLEMING, estas prácticas desaparecieron progresivamente bajo el reinado de la dinastía Tudor, y su persistencia en el Derecho moderno de algunos (pocos) países es puramente simbólica.

⁹⁵⁶ La Sentencia de la *Court of Appeals* en el caso *Arkin v Borchard lines ltd & ors* [2005] EWCA CIV 655, de 26 mayo de 2005, reconoció la plena admisibilidad de las “*third party litigation funding*”. De hecho, la financiación de litigios por terceros (entre ellos, fondos de inversión especializados en costear la litigación de personas que carezcan de medios para ello, a cambio de un porcentaje de lo que, en su caso, se obtenga) es ya un negocio floreciente en Reino Unido, donde esta práctica ha experimentado una expansión espectacular (un aumento del 743% de 2009 a 2015). *Vid.* “*Third Party Litigation Funding in the United Kingdom: a market analysis*”, accesible en: <http://www.justicenotprofit.co.uk/wp-content/uploads/2015/09/Final-TPLF-Paper.pdf>. En su informe sobre la reforma de las costas civiles de cara a evitar que supongan un impedimento para el acceso a la justicia, encargado por el Ministerio de Justicia, Lord Jackson abogó por la creación de un código de conducta para esa práctica. *Review of civil litigation costs final report*, 2009, accesible en: <http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>

⁹⁵⁷ Cfr. artículo 42 de la *Senior Courts Act* de 1981 y la regla 3 c) de las *Civil Procedure Rules*.

⁹⁵⁸ Por lo que se refiere al concepto de buena fe en el Derecho sustantivo –en especial, en materia de contratación–, existen diferencias apreciables con respecto al Derecho inglés. Cfr. Robert S. SUMMERS, “*Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*”, *Virginia Law Review*, nº 54, 1968, pp. 195-267. También *vid.* el § 205 de los “*Restatement (second) of contracts*”.

extender sus razonamientos a supuestos hipotéticos no sometidos en ese momento a su consideración. Las palabras de TOCQUEVILLE, escritas en la primera mitad del siglo XIX, siguen estando vigentes: “[l]a segunda característica del poder judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales⁹⁵⁹”.

En segundo lugar, debe precisarse que tanto el Derecho de daños⁹⁶⁰ como el procesal están regulados por el Derecho estatal y por las resoluciones de los tribunales estatales⁹⁶¹, lo que explica la disparidad de las soluciones adoptadas por los Estados de la Unión⁹⁶².

Sin perder de vista lo anterior, es posible reseñar algunas notas distintivas comunes. No existe, a diferencia de Inglaterra, un instrumento procesal similar al “*strike out*”⁹⁶³. Tampoco un desarrollo conceptual autónomo de la figura del

⁹⁵⁹ “Cuando un juez decide una cuestión particular, destruye un principio general por la certidumbre que tiene sobre él. Siendo cada una de las consecuencias de dichos principios abordadas de la misma forma, el principio se hace estéril y permanece en su círculo natural de acción. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener en cuenta un caso particular, sale de la esfera en la que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo. Se transforma en algo más importante todavía y más útil quizá que un magistrado, pero cesa de representar al poder judicial”. Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Tomo I, 4ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 155.

⁹⁶⁰ Fernando GÓMEZ POMAR y Juan José GANUZA FERNÁNDEZ, “A vueltas con las competencias normativas sobre Derecho privado”, *Revista para el análisis del Derecho*, *InDret*, 3/2106, p. 2.

⁹⁶¹ Jacob Paul GOLDSTEIN, “From the Exclusionary Rule to a Constitutional Tort for Malicious Prosecutions”, *Columbia Law Review*, Vol. 106, nº 3, 2006, pp. 643-678. Como declaró con carácter general el Tribunal Supremo de EEU en la Sentencia del caso *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), “[e]xcept in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State. And whether the law of the State shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a State, whether they be local in their nature or “general,” be they commercial law or a part of the law of torts”. Con todo, esta doctrina tan rotunda ha sido ligeramente matizada con el paso de los años, cfr. Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, y Arthur R. MILLER, *Civil procedure*, 4ª ed., Thomson West, St. Paul, 2005, pp. 237-247.

⁹⁶² Para un examen en castellano del complejo entramado jurídico que conforman el Derecho federal de EEUU y los Derechos estatales, *vid. La justicia civil en los Estados Unidos*, Geoffrey C. HAZARD, Jr. y Michele TARUFFO, (trad. Fernando Gascón Inchausti), Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 43-62; y, muy especialmente, Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La brecha procesal entre EEUU y Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016. Complejidad que no se le escapó a un observador tan sagaz como Alexis DE TOCQUEVILLE: “Lo que más trabajo le cuesta comprender a un extranjero en los Estados Unidos es la organización judicial”, *La democracia en América*, Tomo I, ob. cit., p. 154. Y que ya atisbó uno de los “padres fundadores”, Alexander HAMILTON, en los *Federalist Papers*. *El Federalista*, (trad. Gustavo Velasco) nº 82, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, Méjico, 1957, pp. 351-354.

⁹⁶³ Como ya se dijo, el Derecho procesal también es de creación estatal, si bien la mayoría de los Estados han reproducido, con variaciones, las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), por lo que los procesos civiles suelen tener una estructura básica similar. Para un examen de los rasgos

abuso del proceso. En general, el uso desviado del proceso se entiende englobado dentro del derecho al *due process of law*, de honda raigambre anglosajona, y consagrado constitucionalmente en el caso de EEUU⁹⁶⁴. En especial, las conductas procesales abusivas más manifiestas suelen darse en la actualidad en el marco del “*discovery*”⁹⁶⁵; instituto existente en varias jurisdicciones regidas por el *Common Law* pero que goza de una importancia cardinal en la litigación estadounidense.

En virtud del “*discovery*” las partes de un eventual futuro pleito civil están obligadas recíprocamente a facilitarse elementos probatorios e información –relevantes para la controversia- que estén en su poder. Los numerosos excesos (*discovery overuse*) producidos al amparo de estos requerimientos recíprocos de aportación anticipada de información y/o elementos probatorios –que pueden suponer la obligación de facilitar a la contraparte miles de documentos, con los costes administrativos y de defensa correspondientes, que no serán resarcidos en el futuro, sea cual sea el resultado del pleito- han llamado la atención de la doctrina norteamericana.⁹⁶⁶

También se ha detectado de manera señalada el abuso del proceso en EEUU en el ejercicio de las *class actions* en reclamación de daños irrogados a los accionistas (*securities*), sobre todo a partir de la reforma de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966. Como señala ORTELLS RAMOS, “la facilidad de presentar demandas, con tratamiento de *class actions*, en esta materia, merecedora de valoración positiva desde el punto de vista del tratamiento eficiente de litigios iguales y de oportunidad real de obtener compensación por cuantías reducidas, generó, al mismo tiempo, un elevado riesgo de abusos por parte de despachos de abogados que se especializaron en la defensa de esta clase de casos.⁹⁶⁷” En efecto, en muchas ocasiones estos pleitos eran un vehículo utilizado por determinados abogados para obtener un rédito desmesurado en su favor –y no tanto en el de los accionistas afectados-, llegando hasta el punto de incentivar conductas ilícitas

generales del proceso civil en EEUU, *vid.* Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur MILLER, *Civil procedure*, 4ª ed., Thomson West, St. Paul, 2005. Debe hacerse notar que las FRCP no son normas emanadas del poder legislativo, sino que se trata de unas reglas procesales aprobadas por la Corte Suprema de EEUU. *Vid.* Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 47.

⁹⁶⁴ *Vid.* las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución de EEUU.

⁹⁶⁵ En Inglaterra, esta figura –de alcance mucho más limitado que en EEUU- recibe, tras la entrada en vigor de las *Civil Procedure Rules*, la denominación de “*disclosure*”.

⁹⁶⁶ Cfr. Martin H. REDISH, “The Allocation of Discovery Costs and the Foundations of Modern Procedure”, *The American Illnes. Essays on the Rule of Law*, VVAA, New Haven-Londres, Yale University Press, 2013, pp. 201-210.

⁹⁶⁷ “Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 38, 2016, pp. 14-15.

dirigidas a crear artificialmente las condiciones para ejercitar una *class action*, y todo ello con la finalidad de forzar a las compañías demandadas a aceptar una transacción, normalmente proclives a ello para ahorrarse costes⁹⁶⁸.

La reacción frente a este uso desviado de las *class actions* en materia de *securities* fue la promulgación de la *Private Securities Litigation Reform Act* en 1995, destinada a neutralizar las demandas infundadas o dirigidas a forzar transacciones y también a reducir los costes de estos litigios.⁹⁶⁹

3.2.2. Remedios

a) La regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure* y el artículo 28 de la *U.S.C.* § 1927

Es preciso resaltar que, si bien no con la misma intensidad que en Inglaterra, el abuso del proceso suele vincularse en muchas ocasiones al comportamiento del abogado, más que al de la parte a la que asiste. Así, es de especial importancia la regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure*⁹⁷⁰. En su apartado b) dispone lo que sigue:

“(b) Representations to the Court. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper – whether by signing, filing, submitting, or later advocating it – an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances:

- (1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation;
- (2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law;

⁹⁶⁸ Jill. E. FISCH, "Class Action Reform: Lessons from Securities Litigation", *Arizona Law Review*, 1997, pp. 534-536: "This scenario, although challenged as inaccurate or atypical by many, conveyed two related concerns: the initiation of meritless claims and the distortion of settlements. The control of litigation decisions by class action lawyers rather than clients was identified as a factor contributing to both problems. Lawyers were accused of filing frivolous cases solely for their settlement value and for targeting defendants because of their financial resources rather than their culpability".

⁹⁶⁹ Manuel ORTELLS RAMOS, "Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia", cit., p. 16. Si bien es cierto que, por diversas razones, esta reforma legal no dio los frutos esperados. El intento de algunos abogados especializados en este tipo de demandas de plantear los casos ante las distintas jurisdicciones estatales –para escapar así de la aplicación de la *Private Securities Litigation Reform Act*- tuvo como consecuencia la aprobación en 1998 de la *Securities Litigation Uniform Standards Act*, que atribuyó la competencia para conocer de este tipo de reclamaciones a los tribunales federales.

⁹⁷⁰ Estas reglas, aprobadas originariamente por el Tribunal Supremo en 1937, han sido a su vez reproducidas –con algunas matizaciones en cada caso- por la legislación procesal civil de 37 de los Estados de la Unión.

(3) the factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and

(4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information”.

La infracción de estas normas deberá mover al tribunal a imponer sanciones de contenido pecuniario o de otro género al abogado, despacho de abogados y/o a la parte responsables, en función de la gravedad de su conducta⁹⁷¹.

Aun cuando se ha hecho hasta el momento un uso moderado de esta potestad sancionadora por parte de los tribunales norteamericanos⁹⁷², lo cierto es que la imposición de ese alto estándar de probidad obliga necesariamente a los abogados de EEUU a establecer un filtro y a negarse a interponer acciones judiciales especialmente temerarias o abusivas.⁹⁷³ En la misma línea, el artículo 28 de la U.S.C. § 1927 prevé la posibilidad excepcional de imponer *personalmente* al abogado el pago de las costas, honorarios de letrado y gastos en que incurra la parte contraria, en aquellos casos en los que inicie de forma “irrazonable y vejatoria” una miríada de procedimientos legales:

“Any attorney or other person admitted to conduct cases in any court of the United States or any Territory thereof who so multiplies the proceedings in any case unreasonably and vexatiously may be required by the court to satisfy personally the excess costs, expenses, and attorneys’ fees reasonably incurred because of such conduct”.

Lo cierto es que esta previsión legal se aplica con cierta asiduidad e que incluso alguno tribunales imponen la condena indemnizatoria a los litigantes querulantes que no actúan asistidos de letrado, sino representándose a sí mismos⁹⁷⁴. Pero el objetivo fundamental del artículo 28 de la U.S.C. § 1927 consiste en desincentivar que los letrados presenten demandas temerarias.

⁹⁷¹ Cfr. art. 11 c) de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁹⁷² David B. OWENS, “Civil rights foe or frivolous litigation enabler? An empirical study of Rule 11 Practice under the 1983 and 1993 versions”, *working paper*, junio, 2010. Accesible en: <http://ssrn.com/abstract=1622061>

⁹⁷³ Para hacernos una idea del estándar de comportamiento exigible, el voto particular discrepante del Justice ALITO a la Sentencia del Tribunal Supremo federal de EEUU de 27 de junio de 2016, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt* (579 U.S.) sugiere, por ejemplo, que un abogado que iniciara un litigio sobre una controversia ya zanjada por resolución judicial firme debería ser sancionado al amparo de regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁹⁷⁴ Kelsey WHITT, “The Split on Sanctioning Pro Se Litigants Under 28 U.S.C. § 1927: Choose Wisely When Picking a Side, Eighth Circuit”, *Missouri Law Review*, v. 73, 2008, pp. 1366-1383. También, cfr. Janet Eve JOSSELYN, “The Song of the Sirens -- Sanctioning Lawyers Under 28 U.S.C. 1927”, 31 *Boston College Law Review*, n° 477, 1990, pp. 477-500.

b) La sanción contra las apelaciones federales “frívolas”

Debe hacerse mención a la regla 38 de las *Federal Rules of Appellate Procedure* que, en su redacción actual, dice lo que sigue:

“Si la Corte de Apelaciones concluye que una apelación es frívola, podrá, tras una petición incidental en ese sentido o previo aviso de la Corte con una posibilidad razonable para que alegue [el apelante], conceder una indemnización de daños o las costas (o su duplo) al apelado⁹⁷⁵”.

Se trata de una norma que es exclusivamente aplicable exclusivamente a las apelaciones planteadas ante las Cortes de Apelación federales –y no ante las estatales- y que es considerada como el equivalente a la *regla 11^a* de las *Federal Rules of Civil Procedure* en la segunda instancia federal⁹⁷⁶. Entró en vigor en 1968 y, durante varias décadas, su aplicación por las *Court of Appeals* de los diferentes circuitos fue anecdótica. No debe olvidarse que el derecho de acceso a los tribunales, y en especial de los que carecen de medios económicos para litigar, se encuentra muy arraigado en la cultura jurídica estadounidense, por lo que los jueces han visto tradicionalmente en esta norma con recelo.

No obstante lo anterior, el crecimiento exponencial de las apelaciones federales en los últimos años ha movido a las Cortes de Apelaciones⁹⁷⁷ a realizar una relectura del *regla 38* y, en consonancia con ella, a imponer de forma más frecuente –aunque ciertamente inusual- al apelante “frívolo” la indemnización fijada en esa norma⁹⁷⁸. Ahora bien, las diferentes Cortes de Apelación (existen 13) carecen de un criterio interpretativo homogéneo e incluso dentro de cada una de ellas –aunque existen tendencias identificables en un sentido más o menos rigorista- es posible encontrar resoluciones encontradas en cuanto al grado de “frivolidad” exigible para imponer la indemnización⁹⁷⁹. En general, suelen ser más común su imposición cuando se trata de una apelación civil –en contraste

⁹⁷⁵ “If a court of appeals determines that an appeal is frivolous, it may, after a separately filed motion or notice from the court and reasonable opportunity to respond, award just damages and single or double costs to the appellee”.

⁹⁷⁶ De hecho, en algunos casos la imposición de las sanciones previstas en *regla 11^a* de las *Federal Rules of Civil Procedure* por el Juez de primera instancia federal (*District Court*) es considerada como un indicador de que el apelante era consciente, al recurrir la resolución, de la falta de fundamento objetivo de su posición. Cfr. la Sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de 18 de mayo de 1988, 846 F. 2d 1032 - *Webster v. Sowders*.

⁹⁷⁷ Meehan RASCH, “Not Taking Frivolity Lightly: Circuit Variance in Determining Frivolous Appeals Under Federal Rule of Appellate Procedure 38”, *Arkansas Law Review*, Vol. 62, n° 249, 2009, p. 263.

⁹⁷⁸ No obstante, aun creciente en los últimos tiempos, su aplicación es mucho menor que la de la “*rule 11*” por los jueces de Distrito. Meehan RASCH, ob. cit., p. 266.

⁹⁷⁹ Para una visión exhaustiva del estado de la cuestión, *vid.* Meehan RASCH, ob. cit., pp. 250-282.

con la penal- y cuando el apelante actúa asistido de letrado, y no representándose a sí mismo (“*pro se appellants*”).

Aun cuando existe una encendida polémica jurisprudencial al respecto, será mucho más probable que se castigue al apelante frívolo en la forma prevista en la regla 38 cuando se aprecie mala fe en su actuación, si bien prevalece, a la hora de definir cuándo determinada apelación es infundada, el criterio del denominado “*reasonable attorney test*”. En palabras de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito, consiste en determinar si “siguiendo un análisis reflexivo de la prueba y una cuidadosa búsqueda del Derecho aplicable, un abogado razonable habría concluido que la apelación es frívola⁹⁸⁰”. Se trata de un criterio objetivo, que deja al margen el elemento intencional del litigante para centrarse en el fundamento fáctico y/o jurídico de su recurso. Lógicamente, ese estándar no es aplicable a los denominados *pro se appellants*, a los cuáles la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito sugiere sancionar tan solo en el caso de que una “persona razonable” –sin especiales conocimientos jurídicos- hubiera podido apreciar que el acogimiento de la apelación era a todas luces imposible⁹⁸¹.

El ámbito en el que la fijación de la indemnización de la *regla 38* es más habitual es el tributario, pues como declaró la Corte de Apelaciones del *Eight Circuit* “filing of frivolous appeals from Tax Court decisions apparently is on the rise everywhere, and several courts of appeals, including this court, have resorted with increasing frequency [...] to awarding costs and damages under [Rule 38] in an attempt to stem these appeals⁹⁸²”.

Fuera de ese campo, los jueces federales son poco proclives en la práctica a aplicar la *regla 38*, entre otras razones porque implicaría que tuvieran que tramitar un incidente ante la propia Corte como paso previo para imponer cualquier tipo de indemnización, lo que, paradójicamente, les ocasionaría tener que dedicar más tiempo a un asunto que entienden que no lo merece.⁹⁸³

c) La sujeción del ejercicio de acciones a la autorización judicial

La legislación federal permite, al igual que en el Reino Unido, la adopción contra los litigantes querulantes o vejatorios de medidas restrictivas para el ejercicio de acciones. Así, con base en el apartado § 1651 (a) de la *All Writs Acts*⁹⁸⁴ y de forma

⁹⁸⁰ 383 F. 3d 106 - *Beam v. Bauer*, 2004.

⁹⁸¹ 795 F. 2d 33 - *Bacon v. American Federation of State County and Municipal Employees Council*, 1986.

⁹⁸² 752 F. 2d 1301 - *May v. Commissioner of Internal Revenue*, 1985.

⁹⁸³ Meehan RASCH, ob. cit., p. 281.

⁹⁸⁴ “The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law”.

muy excepcional, los tribunales federales han emitido este tipo de órdenes, que sujetan el ejercicio de acciones a una previa autorización judicial, si bien ante casos verdaderamente límite⁹⁸⁵. En cuanto a los requisitos necesarios para la adopción de las “pre-filing orders”, el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito, en su sentencia del caso *Molski v. Evergreen Dynasty Corporation*, de 31 de agosto de 2007⁹⁸⁶, los resumió de la siguiente forma: (i) es necesario otorgar derecho de audiencia al litigante antes de emitir una orden judicial de estas características en su contra; (ii) el juez de Distrito debe hacer acopio de la prueba de los abusos procesales, de manera que la razonabilidad de su orden pueda ser revisada en vía de recurso; (iii) el juez de Distrito debe haber realizado hallazgos sustantivos sobre la naturaleza frívola o vejatoria de esa litigación; (iv) la orden judicial debe estar convenientemente ajustada a los específicos vicios apreciados en la conducta del litigante abusivo.⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ Algunos Estados de la Unión –pocos, a día de hoy–, como Texas o California (*vid.* art. 391.7 del Código de Procedimiento Civil de California), permiten también a sus tribunales estatales acordar ese tipo de “pre-filing orders”.

⁹⁸⁶ En el caso examinado, el litigante afectado había iniciado cerca de 400 procesos civiles ante los jueces de distrito federales de California –fundamentalmente, reclamaciones de daños– contra los dueños de diversas tiendas, restaurantes, hoteles, etc., alegando haber sufridos daños menores y molestias como consecuencia de la supuesta vulneración por parte de los sucesivos demandados de la normativa federal protectora de los discapacitados. Interesa reproducir también algunas reflexiones generales de la sentencia sobre este tipo de órdenes: “The All Writs Act, 28 U.S.C. § 1651(a), provides district courts with the inherent power to enter pre-filing orders against vexatious litigants. *Weissman v. Quail Lodge Inc.*, 179 F.3d 1194, 1197 (9th Cir.1999). However, such pre-filing orders are an extreme remedy that should rarely be used. *De Long*, 912 F.2d at 1147. Courts should not enter pre-filing orders with undue haste because such sanctions can tread on a litigant's due process right of access to the courts. *Cromer v. Kraft Foods N. Am., Inc.*, 390 F.3d 812, 817 (4th Cir.2004); *Moy v. United States*, 906 F.2d 467, 470 (9th Cir.1990); see also *Logan v. Zimmerman Brush Co.*, 455 U.S. 422, 429, 102 S.Ct. 1148, 71 L.Ed.2d 265 (1982) (noting that the Supreme Court “traditionally has held that the Due Process Clauses protect civil litigants who seek recourse in the courts, either as defendants hoping to protect their property or as plaintiffs attempting to redress grievances”); 5A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 1336.3, at 698 (3d ed.2004). A court should enter a pre-filing order constraining a litigant's scope of actions in future cases only after a cautious review of the pertinent circumstances”.

⁹⁸⁷ “Nevertheless, “[f]lagrant abuse of the judicial process cannot be tolerated because it enables one person to preempt the use of judicial time that properly could be used to consider the meritorious claims of other litigants”. *De Long*, 912 F.2d at 1148; see *O'Loughlin v. Doe*, 920 F.2d 614, 618 (9th Cir.1990). Thus, in *De Long*, we outlined four factors for district courts to examine before entering pre-filing orders. First, the litigant must be given notice and a chance to be heard before the order is entered. *De Long*, 912 F.2d at 1147. Second, the district court must compile “an adequate record for review”. Third, the district court must make substantive findings about the frivolous or harassing nature of the plaintiff's litigation. Finally, the vexatious litigant order “must be narrowly tailored to closely fit the specific vice encountered”.

d) La acción civil indemnizatoria

Al margen del régimen sancionador de los abogados y de la posibilidad excepcional de someter el ejercicio de acciones a la previa autorización judicial (y de la posibilidad de imponer una sanción indemnizatoria a la parte que apela de forma infundada prevista en la normativa procesal federal), el remedio fundamental contra el abuso del proceso es la acción civil indemnizatoria.

El examen de los remedios legales a los que el perjudicado por la litigación civil abusiva puede acudir en Estados Unidos reviste especial interés en la medida en que, al no estar prevista con carácter general la condena en costas al perdedor del pleito civil, cabría esperar un mayor desarrollo del *tort* fundado en la litigación abusiva, pues no habría otra forma de que el justiciable perjudicado pudiera recuperar –aunque fuera parcialmente–, los gastos ocasionados por el proceso.

Por lo que se refiere a los *torts* reconocidos y aplicados en EEUU, existe una recopilación (“*Restatements of the Law*”) elaborada por *The American Law Institute* que recoge los precedentes de los que se derivan los ilícitos civiles susceptibles de ser indemnizados. Los *Restatements* son una suerte de fuente unificada y armónica, utilizados habitualmente por los tribunales norteamericanos a pesar de no ser “legislación” en sentido técnico, al no proceder del poder legislativo.

De esa recopilación, interesa reproducir, en primer lugar, el apartado §674⁹⁸⁸, que supedita el éxito del *tort* fundado en la litigación civil abusiva en la ausencia de “causa probable” de la contraparte en el proceso precedente, así como en la terminación del mismo de forma favorable para el perjudicado:

“One who takes an active part in the initiation, continuation or procurement of civil proceedings against another is subject to liability to the other for wrongful civil proceedings if (a) he acts without probable cause, and primarily for a purpose other than that of securing the proper adjudication of the claim in which the proceedings are based, and (b) except when they are *ex parte*, the proceedings have terminated in favor of the person against whom they are brought”.

De otro lado, el apartado §677 de esa misma recopilación añade un requisito adicional a los anteriores, al señalar que, en este caso, para ser estimada la acción, se exige además que, como consecuencia del uso desviado del proceso civil, el perjudicado sea arrestado o se vea privado de la posesión de un inmueble o de un bien mueble de su propiedad:

“One who by taking an active part in the initiation, continuation or procurement of civil proceedings against another causes him to be arrested or deprived of the possession of his land or chattels or other

⁹⁸⁸ *Restatement of the Law, Torts*, 2d, 1977.

things is subject to liability to him for the harm done thereby if (a) he acts without probable cause, and primarily for a purpose other than that of securing the proper adjudication of the claim on which the proceedings were based, and (b) except when they are ex parte, the proceedings have terminated in favor of the person against whom they are brought”.

Podría parecer que este apartado de los *Restatements* era innecesario por estar comprendido en el §674. Sin embargo, como el comentario incluido en la propia recopilación explica, el apartado §677 es una variante del *tort* diferente de la contemplada en el §674, dado que no existe unanimidad en los tribunales norteamericanos sobre los requisitos necesarios para la estimación de esta acción de daños.⁹⁸⁹

El *tort* recogido en el apartado §674 es a menudo denominado por los jueces norteamericanos y por la doctrina de aquel país como la “regla americana” (*American rule*) o la “*Restatement rule*”, mientras que el apartado §677 recibe habitualmente la denominación de la “regla inglesa” (*English rule*).

La *American rule* puede definirse de la siguiente manera:

“El demandante tiene derecho a reclamar si el demandado ha participado en la iniciación o continuación de un procedimiento civil, incluida una acción judicial declarativa o incluso un procedimiento administrativo cuasi judicial, sin causa probable y con una finalidad impropia, siempre y cuando el procedimiento haya terminado de forma favorable para el ahora demandante”.⁹⁹⁰

DOBBS *et al* explican que la “regla inglesa” exige, adicionalmente a los requisitos de existencia de un previo procedimiento iniciado sin causa probable y de su terminación de forma favorable para el ahora actor, que se le haya provocado a éste un daño especial (*special injury*). En los *Restatements* se define el *special injury* como aquel que provoca que el perjudicado “sea arrestado o privado de la posesión de sus tierras, bienes muebles u otras cosas⁹⁹¹”. Desde la doctrina, DOBBS *et al* precisan que el daño especial debe ser “algo más” que los gastos, la zozobra y el daño reputacional que, de ordinario, acompañan a toda persona involucrada en un proceso civil:

“Daño especial debe ser algo más que los gastos, la angustia y el daño reputacional que se sufre ordinariamente como resultado de la litigación

⁹⁸⁹ “This Section is a special application of §674 [...] It receives separate statement only because some courts that have been unwilling to accept the broader rule stated in §674 have applied the rule here stated”.

⁹⁹⁰ DOBBS, HAYDEN y BUBLICK, *The Law of Torts*, Thomson Reuters, West, Minneapolis, 2011, p. 408.

⁹⁹¹ “...caus[ing] him to be arrested or deprived of the possession of his land or chattels or other things”.

injusta. Además, la intromisión debe derivar directamente del propio proceso o de las resoluciones pre-judiciales del tribunal. La reclamación por litigación injusta se permite cuando el demandado ha iniciado repetidamente procedimientos injustificados. También se permite como consecuencia de un solo pleito, si se dicta en su seno una decisión judicial preliminar que afecte o suspenda los derechos del demandante sobre sus propiedades, ingresos, crédito, o conlleve la detención de la persona del demandante. Los procedimientos patológicos injustificados también dan lugar a una acción [de daños], al menos cuando determinan, de alguna u otra forma, la constricción del demandante para ser interrogado, mientras que los procedimientos de quiebra injustificados dan lugar a una acción [de daños] porque provocan que la propiedad del demandante pase a estar bajo el control del tribunal concursal.⁹⁹²

En cuanto a la jurisprudencia, el *New York Court of Appeals* (el órgano judicial superior de este Estado), en su Sentencia del caso *Engel v CBS Inc*⁹⁹³ explicó el origen del “*special injury requirement*” en estos términos:

“El requerimiento [de daño especial] tiene su génesis en Inglaterra, y las razones originales que lo justifican no predominan en este país. En Inglaterra, un demandado no necesita preocuparse por tener que hacer frente a unas costas de una defensa exitosa. La regla inglesa es que generalmente el perdedor debe pagar los honorarios del abogado del ganador. Por eso, un demandante inglés que inicia un pleito de forma frívola lo hace con el peligro de tener que pagar los gastos de litigación del adversario [...] tan solo era necesaria la acción por litigación maliciosa cuando un demandado inglés sufría algún daño especial [...] en otro caso, el demandado inglés realmente no sufría un daño repercutible⁹⁹⁴”.

En relación a la exigencia o no de este “daño especial”, a día de hoy los diversos Estados que integran la Unión se encuentran divididos prácticamente a partes iguales entre los que han adoptado la *regla inglesa* o la *americana*⁹⁹⁵. De hecho, la

⁹⁹² *The Law of Torts*, ob. cit., pp. 416-417

⁹⁹³ 711 N.E. 2d 626 (1999). Opinión del juez CIPARICK.

⁹⁹⁴ “The requirement had its genesis in England, and the original reasons for it do not predominate in this country. In England, a defendant need not worry about being saddled with the costs of a successful defense. The English rule is that generally the loser must pay the winner’s attorneys’ fees. Thus, an English plaintiff who brings a frivolous suit does so as the peril of paying his adversary’s litigation expenses [...] It was only where an English defendant endured some special injury that the action for malicious prosecution was needed [...] Otherwise, the English defendant really did not suffer redressable harm”.

⁹⁹⁵ Un minucioso repaso del estado de la cuestión en EEUU se recoge en la ya comentada Sentencia *Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17. Para comprobar cómo ha evolucionado la posición de los tribunales norteamericanos en las últimas décadas, compárese con la Sentencia del Tribunal Supremo de Michigan de 23 de noviembre de 1981, *Friedam v. Dozorc*, 412 Mich. 1 (1981). Según se puede leer en la opinión discrepante de Lord Neuberger en *Crawford*, en 1977 los tribunales de 27 Estados de la Unión aplicaban la regla *americana*, por 17 que aplicaban la *inglesa*, si bien desde entonces

diversidad es tal que incluso existen importantes matizaciones jurisprudenciales en cuanto a la aplicación de esas reglas en cada Estado, lo que hace imposible – por inabarcable– un examen de la regulación concreta en cada uno de los cincuenta que componen EEUU, que difiere en buena medida. Hasta el punto de que en algunos, como en Connecticut⁹⁹⁶, existen incluso *statutes*. Es decir, normas emanadas del poder legislativo estatal que regulan esta cuestión.

No obstante lo anterior, merece la pena detenerse en algunos pronunciamientos judiciales especialmente relevantes:

1.- Aquellos tribunales estatales que se inclinan por aplicar la *regla inglesa* aluden al supuesto efecto disuasorio (*chilling effect*) que tendría la admisión de la *regla americana* en los litigantes de buena fe. Debe hacerse notar que tal efecto disuasorio no ha sido empíricamente demostrado y no existe evidencia de que en aquellos Estados en los que rija la *regla americana* exista un uso excesivo de este *tort* ni que, correlativamente, se haya acreditado una inhibición por parte de los ciudadanos a la hora de ejercitar acciones civiles por el temor a ser a su vez demandados, en caso de no ser estimada su pretensión⁹⁹⁷.

2.- Por el contrario, los tribunales estatales que han abogado por aplicar la *regla americana* argumentan que la *regla inglesa* supone denegar el derecho de libre acceso a los tribunales de justicia⁹⁹⁸; derecho del que son titulares todos aquellos que han sufrido un daño como consecuencia de una litigación civil abusiva, a pesar de no concurrir el requisito del “special injury”. En definitiva, se entiende arbitraria una distinción basada en la mera entidad del daño.

muchos tribunales han variado su postura (bien por una evolución de su jurisprudencia o por decisión de legislador estatal).

⁹⁹⁶ Conn. Gen. Stat. (2013). El apartado §52-568 dispone lo siguiente: “Any person who commences and prosecutes any civil action or complaint against another, in his own name or the name of others, or asserts a defense to any civil action or complaint commenced and prosecuted by another (1) without probable cause, shall pay such other person double damages, or (2) without probable cause, and with a malicious intent unjustly to vex and trouble such other person, shall pay him treble damages”.

⁹⁹⁷ *Vid*, a este respecto, la opinión de Lord Kerr en la Sentencia del *Privy Council* del caso *Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, 2013] UKPC 17.

⁹⁹⁸ *Friedam v. Dozorc*, 412 Mich. 1 (1981).

3.- Se ha señalado, atinadamente, que de la *American rule* también se deriva la existencia del *tort* de defensa maliciosa (*malicious defense*⁹⁹⁹), que es definido por el Tribunal Supremo de New Hampshire¹⁰⁰⁰ de la siguiente manera:

“Cuando el demandado del procedimiento opone una defensa sin causa probable [...] con conocimiento [...] de su falta de fundamento [...] y primordialmente con una finalidad distinta que asegurar un resolución adecuada de la reclamación judicial¹⁰⁰¹”.

4.- En su Sentencia *DeVaney v Thriftway Mktg. Corp.*¹⁰⁰², el Tribunal Supremo de Nuevo México concluyó que el requisito de “*special injury*” debía ser abandonado y que, por tanto, la *American Rule* sería de aplicación en lo sucesivo en el mencionado Estado. Es una muestra de cómo el Derecho estatal –que también forma parte del *Common Law*- está en un proceso de constante evolución, por lo que el paso de una regla a otra en relación a este *tort* no es un caso aislado. Al introducir este cambio, el Tribunal concluyó que, a la luz de las sustanciales similitudes entre el *tort* de *malicious prosecution* y el de *abuse of process*, “no existe ya una razón de principio para caracterizar esas dos formas de mal uso del proceso como causas separadas para fundamentar una acción”, por lo que refundó esos dos *torts* en uno solo que pasó a denominar “*malicious abuse of process*”.

Posteriormente, en la Sentencia del caso *Durham v Guest*¹⁰⁰³, el Tribunal Supremo estatal modificó la doctrina *DeVaney* en ciertos aspectos, ampliando el alcance de la acción por “*malicious abuse of process*” que, en lo sucesivo, podría ser ejercitada por el demandado en relación a “cualquier uso impropio del proceso” por parte del actor.

5.- Principalmente por el miedo al efecto disuasorio que sobre los litigantes de buena fe podría ejercer la aplicación de la *regla americana*, el Tribunal Supremo de California, a pesar de adherirse a la misma, ha proclamado que no cabe el ejercicio de una acción con fundamento en ella cuando se trata de procedimientos de derecho de familia.¹⁰⁰⁴ Estaríamos ante una posición intermedia, que excluye

⁹⁹⁹ Lógicamente, el *tort* de defensa maliciosa no se ha enunciado explícitamente por los tribunales estatales que aplican la *English rule*, pues es difícil pensar en un supuesto en que la posición defensiva provoque que la contraparte “sea arrestada o privada de la posesión de sus tierras, bienes muebles u otras cosas”.

¹⁰⁰⁰ *Aranson v Schroeder*, 671 A.2d 1023 (1995).

¹⁰⁰¹ “where a defendant to proceedings raises a defence “without probable cause, ...with knowledge ... of the lack of merit ..., [and] primarily for a purpose other than that of securing the proper adjudication of the claim [...]”

¹⁰⁰² 953 P.2d 277 (1997).

¹⁰⁰³ 294 P.3d. 19 (2009).

¹⁰⁰⁴ *Bidna v Rosen* (1993) 23 Cal. Rptr. 2d 251.

la acción de daños por los abusos cometidos a través de este tipo de proceso en atención a las especiales características “emocionales” de estos pleitos, en los que la experiencia ha demostrado que las partes, en muchas ocasiones, no actúan – tampoco desde el punto de vista procesal- racionalmente.

6.- Algunos jueces han afirmado que, de adoptarse la *regla americana*, “no se pondría nunca fin a la litigación”, ya que “las partes podrían seguir demandándose la una a la otra indefinidamente”, por usar las palabras del Tribunal Supremo de Pennsylvania.¹⁰⁰⁵ Este argumento fue expresado gráficamente por el Tribunal Supremo de Michigan al acoger la *regla inglesa* en detrimento de la *americana*: “La cura para un exceso de litigación no es más litigación¹⁰⁰⁶”. La réplica de un miembro de Tribunal (COLEMAN) en el voto particular a esa misma sentencia es también elocuente: “La cuestión no es encontrar una cura para el exceso de litigación. La cuestión es si el daño causado por la litigación ilegítima es indemnizable”. Está por ver, además, la influencia que en los tribunales estatales que aplican actualmente la *regla inglesa* tendrán los pronunciamientos recientes anteriormente comentados del *Privy Council*¹⁰⁰⁷ y el Tribunal Supremo británico¹⁰⁰⁸, que de forma expresa afirman que la tradicional exigencia de un daño cualificado por los tribunales ingleses era errada, por ser fruto de una lectura equivocada de los precedentes del *Common Law*.

7.- Para muchos de los tribunales que optan por aplicar la *American Rule* resulta decisivo que, a diferencia de los demandados ingleses¹⁰⁰⁹, los norteamericanos no vean reembolsadas las costas judiciales, incluso cuando la acción ejercitada en su contra sea calificada abiertamente como maliciosa. Así lo manifestó, por ejemplo, el juez LOCKWOOD, del Tribunal Supremo de Arizona, en el caso *Ackerman v Kaufman*¹⁰¹⁰, al justificar su opción por la aplicación de la *American Rule*.

En sentido contrario, el juez MYERSCOUGH, de la Corte de Apelaciones de Illinois, rechazó abandonar la *English Rule* argumentando que el tribunal podría en todo caso imponer el pago de las costas procesales a modo de sanción, entendiendo que esa imposición excepcional de costas a los litigantes abusivos era un paliativo

¹⁰⁰⁵ Opinión de PAXSON CJ, *Norcross v Otis Bros & Co*, 25 A. 575 (1893).

¹⁰⁰⁶ *Friedman v. Dozorc*, 412 Mich. 1 (1981).

¹⁰⁰⁷ *Crawford Adjusters and others v Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17.

¹⁰⁰⁸ *Willers v Joyce & Another* [2016] UKSC 43, de 20 de julio.

¹⁰⁰⁹ Con las ya referidas matizaciones introducidas por las *Civil Procedure Rules* de 1998.

¹⁰¹⁰ 15 P.2d 966 (1932).

suficiente para compensar al perjudicado por los daños sufridos¹⁰¹¹. Ésta suele ser la argumentación más utilizada por los tribunales estatales que optan por exigir el “*special injury requirement*”¹⁰¹², si bien es incuestionable que esa condena, en la práctica, ni siquiera sirve para compensar realmente al perjudicado por los costes legales de su defensa –ya que suelen ser muy superiores- y deja sin indemnizar el resto de eventuales perjuicios, desde el daño moral a los restantes daños patrimoniales irrogados¹⁰¹³.

Recapitulando, de un examen de la jurisprudencia norteamericana cabe concluir que:

- (i) No existe un concepto doctrinal definido del abuso del proceso. Se suele vincular a una violación del derecho constitucional al *due process* del perjudicado.
- (ii) La exigencia a los abogados de un alto estándar de diligencia y probidad actúa como elemento disuasorio de las acciones –y defensas- judiciales más manifiestamente abusivas.
- (iii) En general, el Derecho norteamericano es más proclive a las medidas reactivas contra el abuso del proceso, que a las preventivas,¹⁰¹⁴ cambiando remedios procesales y sustantivos.
- (iv) Existe unanimidad en entender, en principio, indemnizables los daños provocados por la litigación civil abusiva, y así se recoge en los “Restatements of the Law”.
- (v) Existe una total disparidad de criterios entre los distintos Estados que conforman la Unión en cuanto a si el nacimiento de esa responsabilidad exige o

¹⁰¹¹ *Thomas v Hileman*, 775 N.E.2d 231 (2002): “...impose sanctions, which may include an order to pay the other party’s expenses incurred as a result of” a pleading which “harass[ed] or [caused] unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation”.

¹⁰¹² Edward BEIMFOHR, “Liability for malicious institution of a civil suit”, *Washington University Law Review*, n° 294, 1995, pp. 293-307.

¹⁰¹³ “Liability for malicious institution of a civil suit”, *ob. cit.*, p. 298. Además, la realidad es que la imposición de la condena en costas sigue siendo absolutamente excepcional en EEUU, incluso ante acciones judiciales manifiestamente infundadas, pues la regla de que cada parte debe hacer frente a sus propios gastos de defensa está muy arraigada en la cultura jurídica norteamericana, que ve en la misma un incentivo para que los litigantes con menos recursos tengan un libre acceso a los tribunales. Un caso en el que se discutió la imposición de costas a un litigante abusivo -que puede servir para calibrar el nivel de exigencia- es el resuelto por la sentencia de la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal en el caso *Monolithic Power Systems, Inc. v. O2 Micro International Ltd.*, No. 12-1221 (Fed. Cir. Aug. 13, 2013). De su lectura se desprende que, para que tal condena se imponga, es necesario que el tribunal aprecie una “overall vexatious litigation strategy and numerous instances of litigation misconduct”.

¹⁰¹⁴ Con excepción de las *pre-filing orders*, que las legislaciones de muchos Estados ni siquiera contemplan. Tanto los jueces federales, como los estatales de los Estados donde esta medida ha sido admitida, son refractarios a su imposición, que reservan para casos verdaderamente extremos.

no la concurrencia de un daño especialmente gravoso para el perjudicado. A día de hoy, no existe una tesis dominante o mayoritaria; y no es infrecuente que los más altos tribunales de un Estado modifiquen su criterio inicial en sentido contrario. En general, se aprecia que los tribunales de cada Estado realizan su propia ponderación particularizada de los intereses en juego –el derecho del perjudicado a ver resarcidos los daños contra el derecho de los ciudadanos a interesar la tutela judicial sin temor a ser posteriormente demandados por ello-, dando prevalencia a uno u otro en cada caso.

(vi) Si bien la inaplicación del principio de vencimiento objetivo en materia de costas procesales ha provocado en EEUU el temprano acogimiento del *tort* del Derecho inglés conocido como “*malicious prosecution*”, e incluso que en algunos Estados se haya acogido la *regla americana* –que supone ir un paso más allá de la tradicional interpretación que del indicado *tort* se hacía hasta ahora en Inglaterra y Gales-, también lo es que el temor a una espiral litigiosa entre las partes ha movido a otros tribunales estatales a exigir el requisito del “*special injury*”. Sin duda, a este temor no es ajeno el dato de que los Estados Unidos presenten una de las tasas de litigiosidad más altas del mundo.¹⁰¹⁵

(vii) No existe evidencia empírica alguna de que la adopción de la *regla americana* haya producido un incremento de la litigación –los requisitos para que una acción de resarcimiento de los daños procesales sea estimada siguen siendo muy exigentes- en aquellos Estados que la aplican, y tampoco de que haya disuadido a potenciales litigantes de buena fe de utilizar su derecho a acudir a los tribunales.

(viii) Los tribunales supremos de cada Estado pueden variar su posición tradicional –y de hecho lo hacen-, pasando a aplicar la *regla inglesa*, en vez de la *americana*, y viceversa. Para aquellos tribunales que abogan a día de hoy por aplicar la *English Rule* pueden tener especial influencia los pronunciamientos del *Privy Council* y de la *Supreme Court* del Reino Unido que –aunque por una exigua mayoría- expresamente desautorizan la interpretación clásica de los precedentes del *Common Law* en un sentido restrictivo. Y ello porque los tribunales americanos acuden con frecuencia a los pronunciamientos de otras jurisdicciones de *Common Law* –y muy especialmente a la inglesa- para fundar sus decisiones.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL EXAMEN DEL DERECHO COMPARADO

Tras analizar las distintas regulaciones, interesa poner de manifiesto algunos rasgos comunes –y algunas diferencias- que se deducen de nuestro excursus comparatista:

¹⁰¹⁵ J. Mark RAMSEYER y Eric B. RASMUSEN, “Are American more litigious? Some quantitative evidence”, en *The American Illnes. Essays on the Rule of Law*, Yale University Press, New Haven-Londres, 2013, pp. 69-99.

1.- En los dos sistemas jurídico-políticos que Max WEBER tipificara como legal-racionales¹⁰¹⁶ (el de *Civil Law* y el de *Common Law*) se observa una preocupación creciente por las perturbaciones que, para el buen funcionamiento del sistema judicial, supone el abuso del proceso. Por ello, se aprecia una tendencia acusada a sancionar con mayor dureza este tipo de comportamientos. Este “*Zeitgeist*” procesal no supone que estemos ante un radical “cambio de paradigma” –por utilizar la manida terminología de Thomas KHUN- sobre la función judicial en el seno del proceso civil, sino ante un fenómeno puntual de adaptación progresiva a las exigencias de una patología muy concreta. Por decirlo de otra forma, no se abandona el sistema eminentemente adversarial o dispositivo¹⁰¹⁷ para arrojarse de nuevo a los brazos del proceso inquisitivo, sino que se incrementan de forma excepcional los instrumentos con los que cuenta el juzgador exclusivamente para repeler un uso desviado de las facultades procesales.

Esta conciencia cada vez mayor de los perjuicios que para el propio sistema de la administración de Justicia supone esta patología se ha ido agudizando desde las últimas décadas del siglo pasado, y puede observarse, en mayor o menor medida, en todas las jurisdicciones. En consonancia con ello, se está dotando progresivamente a los tribunales de mayores facultades para hacer frente al uso espurio del proceso civil, desplazándose el centro de gravedad de los remedios contra la litigación abusiva desde el ámbito del Derecho sustantivo al procesal.

Esta tendencia generalizada no proviene de la extensión de una nueva concepción autoritaria del proceso civil¹⁰¹⁸; es más bien fruto de la percepción, por parte de las sociedades democráticas, de que dotar al órgano judicial de instrumentos efectivos para incentivar la buena fe procesal e impedir el abuso del proceso favorece intereses públicos que no son desdeñables. No supone, por

¹⁰¹⁶ Max WEBER, *Economía y sociedad* (trad. José Medina Echevarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora), Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2002, pp. 498-659. Si bien es cierto que esta tradicional clasificación de los ordenamientos jurídicos occidentales en dos “familias” viene perdiendo vigencia de forma progresiva desde la segunda mitad del siglo XX, me parece que sigue siendo todavía de utilidad.

¹⁰¹⁷ Soy consciente de que, en rigor procesal, los términos “adversarial” y “dispositivo” no son sinónimos, pero valga su contraposición al modelo inquisitivo como punto de partida para desarrollar estas conclusiones.

¹⁰¹⁸ Salvo quizá en el caso del art. 96 c.p.c. italiano tras la reforma de 2009, que al conceder tanta discrecionalidad al juez para la imposición de “daños punitivos” parece abrazar de forma consciente una concepción menos liberal del proceso civil. Así lo advierte con singular crudeza Michele TARUFFO, “Abuso del processo”, en *L'abuso del diritto*, VVAA, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, p. 215. A mi juicio, no es casual que haya sido precisamente el legislador italiano quien haya ido más lejos en este aspecto, en la medida en que el colapso de su sistema judicial –en muchos casos, debido a las muy acusadas dilaciones indebidas en la tramitación de los procesos civiles- abonaba el terreno para la toma de medidas muy drásticas, no siempre bien meditadas.

tanto, un abandono del principio de justicia rogada o una muestra de desdén hacia una concepción liberal del proceso¹⁰¹⁹.

De hecho, la atribución de facultades a los tribunales para prevenir y sancionar el abuso del proceso se está generalizando tanto en los ordenamientos procesales donde rige un sistema adversarial más o menos puro (como Estados Unidos), como en los más cercanos al modelo inquisitivo (como Francia¹⁰²⁰).

Más bien parece la interiorización por parte de los diferentes legisladores de que el abuso del proceso es un fenómeno pluriofensivo: junto con el daño concreto irrogado a la parte contraria en el proceso, el interés general se ve también dañado por este tipo de conductas (retrasos en la tramitación del resto de asuntos,

¹⁰¹⁹ Como ya se dijo, algunos autores han querido ver en el art. 247.3 LEC rasgos “social-autoritarios” (*vid.*, por ejemplo, Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO, “La buena fe procesal: consideración doctrinales y jurisdiccionales”, *ob. cit.*, p. 85). Pero más bien parece, como señala TARUFFO, que “los criterios de moralidad procesal, de buena fe, de lealtad, de corrección, de *due process*, se hacen cada vez más importantes y se extienden cada vez más a áreas de la administración de Justicia de países en los que no tenían relevancia hasta hace poco”. *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 333. Cfr. también, del mismo autor, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Año LX, 2006, pp. 451-482. Se hace difícil pensar que países con una tradición liberal fuera de toda duda –como Inglaterra o EEUU–, que reconocen el principio de buena fe procesal y sancionan con mayor rigor que en los países de *Civil Law* las conductas desviadas de los abogados y de las partes, hayan caído también en la tentación del “autoritarismo” procesal civil. Otro tanto cabe decir, por ejemplo, de Francia. De otro lado, en aquellos ordenamientos en los que se introdujeron condicionantes “éticos” en el proceso civil bajo regímenes autoritarios en la primera mitad del siglo XX (Italia o Alemania), las diversas reformas acometidas posteriormente –ya bajo un sistema democrático– no han eliminado estas referencias. Al contrario, en el caso particular de Italia, las sanciones contra la “lite temeraria” se han agravado. Por lo demás, creo que la experiencia histórica demuestra que es difícil hacer generalizaciones en lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos de los regímenes dictatoriales. Así, paradójicamente, no faltan ejemplos en que regímenes totalitarios han tratado de fundamentar su legitimación en el alma fuertemente positivista que inspiraba la Revolución Francesa, como hizo notar Tony JUDT en relación con los primeros años de la revolución rusa de 1917. Cfr. *Thinking the Twentieth Century* (con Timothy SNYDER), Penguin, Londres, 2012, pp. 75-106. Entre nosotros, una reflexión semejante sobre el ordenamiento jurídico del régimen franquista puede encontrarse en Juan Antonio XIOL RÍOS, “El futuro de nuestra Administración de Justicia”, *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, mayo, 2013. Nótese, por ejemplo, el juicio que le mereció a Niceto ÁLCALA-ZAMORA Y CASTILLO –en una líneas escritas desde el exilio mejicano– la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956: “Sería pues erróneo en absoluto tildar de totalitario el texto, a causa de las circunstancias en que se ha promulgado, y entrañaría grave error que el día de mañana fuese víctima de uno de los ciegos bandazos derogatorios a que tanto propende el temperamento político español, salvo, dicho está, las disposiciones de neto signo discriminatorio señaladas en esta reseña”. *Estudios procesales*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 487.

¹⁰²⁰ Como ha puesto de manifiesto Francisco RAMOS ROMEU, ambos modelos están convergiendo progresivamente. “Estudio empírico de algunos paradigmas procesales: la Iglesia, Damaska, y Chiovenda”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*, VVAA (dir. Joan Picó i Junoy), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 81-106. En el mismo sentido, Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La brecha procesal entre EEUU y Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 27-30

asignación innecesaria de recursos públicos a procesos utilizados para conseguir una finalidad espuria, etc.).

2. Un hecho que, a nuestro modo de ver, ha acentuado la creciente atribución al juez de instrumentos procesales para prevenir y reprimir el abuso del proceso, es el aumento exponencial de la litigación privada en las últimas décadas.

Por poner un ejemplo elocuente, la tasa de litigación civil por cada 100.000 habitantes en Estados Unidos ascendió de 22,3 en 1942 a 89,2 en 1982, mientras que las apelaciones a las Cortes de apelación federales aumentaron de 2,2 en 1970 a 12 en 1982¹⁰²¹. En Italia, la tasa de litigación civil era de 11,1 por cada 1.000 habitantes en 1955, pasando a ser de 23,2 en 2008¹⁰²². En Japón, solamente en el periodo que va desde 1986 a 2001, la tasa de litigación civil se incrementó en un 29%¹⁰²³.

En España, el Consejo General del Poder Judicial tan solo recaba los datos desde 1996¹⁰²⁴, por lo que la muestra no es tan significativa, pero baste señalar que durante el periodo 1996-2012 la tasa de litigación civil se incrementó en un 51,9%¹⁰²⁵.

Es bastante plausible inferir que existe una correlación entre este aumento exponencial de la litigación civil en las sociedades occidentales con la necesidad, ante la existencia de menos tiempo y medios que dedicar a cada asunto, de crear nuevos instrumentos tendentes a reprimir la litigación abusiva. Es en un contexto en el que los recursos públicos -por mucho que se aumente la dotación presupuestaria- son cada vez más escasos en términos relativos, cuando surge la necesidad de poner coto a la incoación de procedimientos cuya tramitación suponen para sistema judicial el empleo ineficiente de recursos públicos.

¹⁰²¹ Keynon D. BUNCH y Richard J. HARDY, "Re-Examination of Litigation Trends in the United States: Galanter Reconsidered", *Journal of Dispute Resolution*, n° 9, 1986, pp. 106-108.

¹⁰²² *Italy in figures, 1861-2011*, Istat, National Institute of Statistics, 2011, p. 12.

¹⁰²³ Tom GINSBURG and Gleen HOETKER, "The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation", *Journal of Legal Studies*, v. 35, 2006, p. 56.

¹⁰²⁴ Y, desde entonces, lo hace de forma manifiestamente mejorable. Cfr. Francisco Gutiérrez López, *Gasto público y funcionamiento de la Justicia en España entre 2014 y 2013*, cit., p. 33.

¹⁰²⁵ Santos PASTOR PRIETO, *Análisis económico de la Justicia y reforma judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 520. Es cierto que la evolución creciente de la tasa de litigiosidad civil se detuvo en 2009, hasta el punto de que en los años siguientes -posiblemente como consecuencia de la grave crisis económica padecida por España- decreció significativamente. Ahora bien, debe hacerse notar que desde el año 2014 la tendencia volvió a cambiar y la tasa de litigiosidad civil se incrementó, tanto en ese año, como en el 2015, sobre los ejercicios precedentes (de hecho, la tasa de litigación civil de 2015 fue ya similar a la de 2010). *La justicia dato a dato*, 2015. Consejo General del Poder Judicial.

Adicionalmente, no es descabellado inferir que la demora en la resolución de los procedimientos como consecuencia de la saturación del sistema judicial hará más probable que los litigantes, *ceteris paribus*, incurran en este tipo de estrategias espurias, dado que *la propia existencia de retrasos estructurales en la tramitación de los procedimientos constituye un incentivo para actuar de esa forma.*

A mi juicio, esta “explosión” litigadora, apreciable en todos los sistemas jurídicos occidentales desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, es un fenómeno clave para explicar por qué en prácticamente todos los ordenamientos se atisba una acusada tendencia a castigar con mayor dureza el abuso del proceso. Por ello, intuyo que esta tendencia no es fruto de una novedosa concepción doctrinal más “inquisitiva” del procedimiento, ni mucho menos de una pulsión autoritaria, sino de un razonable intento de evitar una asignación injustificada de medios del sistema de Justicia a casos que no lo merecen¹⁰²⁶.

3.- En algunos ordenamientos, la interdicción del abuso del proceso permite incluso de forma excepcional rechazar *in limine* la pretensión abusiva (Inglaterra), al margen de las responsabilidades civiles y sancionadoras que pudieran adicionalmente imponerse al abutente. Este tipo de medida legislativa -de largo la más drástica¹⁰²⁷- es infrecuente.

4.- En los ordenamientos regidos por el *Common Law*, es preciso distinguir a jurisdicciones como la de EEUU -donde de forma mayoritaria se aplica la regla de que cada parte tiene que hacer frente a las costas judiciales, con independencia del resultado del pleito-, de la de la mayoría de los países en los que tal regla no existe¹⁰²⁸. En el primer caso, precisamente el hecho de que el perjudicado por esa litigación abusiva no recuperara el importe de las costas judiciales a pesar de obtener una resolución favorable produjo que se desarrollara con mayor antelación y amplitud la acción judicial para el resarcimiento del daño (patrimonial y moral) provocado por quien se extralimita en el uso del derecho a obtener la tutela de los tribunales. A pesar de ello, el temor a un aumento de la litigiosidad -en un país gravemente aquejado de esta dolencia- ha llevado a

¹⁰²⁶ Como ha hecho notar Joan PICÓ I JUNOY, existe por ello un interés doctrinal creciente sobre esta materia en el procesalismo extranjero “El principio de la buena fe procesal”, *Justicia y Derecho*, 2009, p. 8. En el mismo sentido, vid. Michele TARUFFO, “Abuso del proceso”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, v. 6, n° 2, 2016, p. 7.

¹⁰²⁷ Junto con la posibilidad excepcional de sujetar el ejercicio de acciones judiciales del litigante vejatorio a la previa autorización judicial, que se contempla también en algunos países de la familia del *Common Law*.

¹⁰²⁸ Esta regla, resumida en el *dictum* “*costs follow the event*” ha sido matizada en Inglaterra y Gales por las vigentes *Civil Procedure Rules* (regla 44.2 (6)).

algunos Estados de la Unión a defender un criterio restrictivo (*English rule*) en cuanto al reconocimiento del derecho a reclamar los daños procesales.

En el segundo caso (por ejemplo, en Inglaterra y Gales), la constatación de que no era infrecuente el abuso del proceso civil ha movido a una reconsideración de la posición inicial de los tribunales –reacia a reconocer un derecho de resarcimiento con carácter general, dejando a salvo casos muy específicos- y a un progresivo alineamiento de la jurisprudencia de sus tribunales con la normativa y doctrina jurisprudencial del Derecho continental. Y ello con independencia de la posibilidad de los tribunales, en el Derecho procesal inglés, de rechazar excepcionalmente de plano una demanda –o una defensa- por reputarla abusiva.

Es decir, en el Reino Unido –en mayor medida, por ejemplo, que España- se combina el uso de medidas puramente procesales (el rechazo *in limine* de la demanda abusiva, las imposición al abogado de las *wasted costs orders*, *anti-suit injunctions*, etc.), con otras de Derecho civil sustantivo, como es la acción de resarcimiento de daños (el *tort* de *civil malicious prosecution*).

5.- Se observa también una tendencia creciente a imputar el abuso del proceso al abogado de la parte que, con arreglo a muchas legislaciones procesales, puede ser sancionado o condenado al pago de los daños causados de forma solidaria con su cliente, o incluso en solitario. El origen de esta atribución de responsabilidad hay que situarlo en el *Common Law*, para el que el problema del abuso del proceso civil es, fundamentalmente, una cuestión que afecta a los letrados intervinientes en la *litis*. No obstante, a día de hoy sigue siendo mucho más frecuente la adopción de medidas por los tribunales contra el abogado que abusa del proceso en el Derecho anglosajón que en el *Civil Law*, aunque, como en Italia¹⁰²⁹, existan ya normas que en teoría permitan actuar contra dichos profesionales.

La introducción progresiva de este régimen de atribución de responsabilidad personal del abogado –aun cuando conlleven el pago de una indemnización por daños a la contraparte- se realiza a través de normas estrictamente procesales y no sustantivas.

6.- En llamativo contraste con el caso español, los tribunales extranjeros –quizá con la excepción de Alemania- no parecen especialmente preocupados por que la imposición de esta responsabilidad civil pueda coartar el derecho fundamental de acceso a la tutela judicial. En efecto, la lectura de la jurisprudencia foránea evidencia que la discusión se produce en el terreno de la legalidad ordinaria, sin

¹⁰²⁹ Art. 88 c.p.c.: “Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”.

que la opción legislativa –o jurisprudencial, según los casos- por atribuir esa responsabilidad e, incluso, imponer daños punitivos a quien abusa del proceso suscite dudas sobre la constitucionalidad de este tipo de medidas o su admisibilidad bajo el prisma del art. 6 del CEDH. Varias resoluciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos avalan la conformidad con el indicado Convenio¹⁰³⁰ de diversas medidas legislativas todavía más severas adoptadas por algunos Estados miembros. De hecho, en países como EEUU, el *due process of law* –equivalente de forma aproximada en nuestro Derecho a la tutela judicial efectiva- suele invocarse por el perjudicado por el abuso del proceso, y no por el abutente cuando es sancionado o condenado a indemnizar a la contraparte.

7.- Como era de esperar, no hay unanimidad entre los distintos ordenamientos a la hora de establecer el cauce procesal más apropiado para reclamar estos daños. En algunos países, como Italia o Portugal, esta reclamación tiene lugar en el seno del mismo proceso que fue utilizado de forma espuria, mientras que en otros (como por ejemplo, en EEUU¹⁰³¹ o Inglaterra) el abuso del derecho a litigar hará que nazca una acción de resarcimiento que debe ser ejercitada en un procedimiento ulterior.

8.- La diferencia más sustancial entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law* es que en los primeros la acción de daños procesales provocados por el abuso del proceso civil no exige necesariamente la concurrencia de dolo, mientras que en los segundos sí (*malice*). No obstante, debe hacerse notar que la posibilidad de rechazar de plano una demanda o una posición abusiva en Inglaterra (*strike out*) no exige ese *animus nocendi*.

9.-Tampoco, como ya se ha adelantado, existe uniformidad en cuanto a las sanciones derivadas de esta ilegítima instrumentalización del proceso civil para fines distintos para los que fue creado. En unos casos, el abutente deberá hacer frente a una indemnización meramente reparadora de los daños causados, pudiendo inadmitirse a trámite demandas o contestaciones a la misma de carácter manifiestamente abusivo (Inglaterra y Gales). En otros, se fija una suerte de pena civil o daños punitivos (Italia o Argentina), cuyo importe, desligado de la cuantía del daño efectivamente causado, irá a parar a manos del perjudicado. Y, a medio camino, en otras jurisdicciones el abuso del proceso dará lugar a la

¹⁰³⁰ Cfr. Decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *H. contra el Reino Unido*, de 2 de diciembre de 1985, así como la de 2 de julio de 1991, asunto *Les Travaux du Midi v. France*. Como ya hemos visto, medidas más radicales contra quien abusa regularmente del proceso civil –como someter la interposición de nuevas demandas a una autorización judicial- han sido también consideradas conformes con el CEDH.

¹⁰³¹ Ya hemos visto como en EEUU la acción de daños convive con instrumentos estrictamente procesales destinados a combatir la litigación abusiva, y que incluyen incluso la fijación de indemnizaciones por parte del tribunal que aprecia el uso desviado del derecho a litigar.

condena a indemnizar los daños causados y a la imposición de una multa cuyo montante no se entregará al perjudicado, sino a la administración de Justicia (Portugal).

Se constata, consecuentemente, que no existe homogeneidad entre los remedios empleados en los distintos ordenamientos, optando algunos por medidas estrictamente procesales, otros por reparaciones de Derecho sustantivo y, cada vez en más casos, combinando ambos.

10.- El examen panorámico de las distintas soluciones legislativas y jurisprudenciales aplicadas en los países que se rigen por el *Common Law* y los que lo hacen por el Derecho continental permite constatar que, tal y como se ha señalado con acierto¹⁰³², ambos sistemas jurídicos están convergiendo progresivamente, ya que en los dos casos se ha modificado sensiblemente el papel del juez y del legislador: ha aumentado la legitimación del juez para “crear” Derecho privado en los países del *Civil Law* -a la vez que pierde protagonismo el legislador-; y, en sentido contrario, ha aumentado el ámbito de los sectores regulados por *statutes* de aplicación imperativa para los jueces en el Derecho angloamericano¹⁰³³. Sirva como ejemplo la positivización del *strike out* inglés en las *Civil Procedure Rules* de 1998¹⁰³⁴, anteriormente aplicado por los tribunales con base en los precedentes jurisprudenciales.

Otra prueba de esta convergencia es el proyecto de armonización internacional de las normas procesales civiles conocido como los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, de 2004, elaborados por el *American Law Institute*, en cooperación con *UNIDROIT*¹⁰³⁵. De entre los *Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure* destacaremos los apartados 1 y 2 del principio nº 11:

“11. Obligations of the Parties and Lawyers

11.1 The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties. 11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural

¹⁰³² Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Mercantil* nº 233, 1993, pp. 925-976.

¹⁰³³ Aunque conviene aclarar que el hecho de que una materia pase a ser regulada por una norma no implica necesariamente que los precedentes judiciales dejen de tener valor. Cfr. David A. STRAUSS, “Foreword: Does the Constitution mean what it says?”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, nº 1, noviembre, 2015, p. 23.

¹⁰³⁴ Aunque ya hemos indicado que no son técnicamente normas emanadas del Parlamento.

¹⁰³⁵ Para un análisis en castellano de los denominados Principios de Proceso Civil Transnacional (PPTC), *vid.* Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa*, cit., pp. 153-171.

abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence¹⁰³⁶.
[...]"

Es preciso hacer notar que, más que un proceso de "trasplante" de las regulaciones sobre el abuso del proceso civil entre los ordenamientos de *Common Law* y de Derecho continental, se constata una suerte de progresiva *hibridación* entre ambos sistemas.¹⁰³⁷ Esta hibridación produce que existan elementos comunes en la normativa de los distintos países (con independencia de su adscripción a una familia u otra del Derecho) que previene el uso abusivo del proceso civil. Y esta coincidencia no deriva de que se haya impuesto el modelo fijado por el *Common Law* o el *Civil Law* –cuando, además, como hemos visto, no existe ni mucho menos una fórmula uniforme para cada uno de esos sistemas–, sino de un proceso mucho más complejo de interrelación.

11.- De nuestra memoria de investigación se deduce, en línea con los recientes estudios más solventes en otras áreas jurídicas¹⁰³⁸, que tampoco en este ámbito la regulación del *Common Law* se muestra más eficiente que la del Derecho Continental.

La teoría de la supuesta mayor eficiencia del Derecho anglo-americano, dominante en la doctrina comparatista durante algún tiempo, fue formulada por primera vez de forma sistemática por el juez norteamericano Richard. A.

¹⁰³⁶ El principio nº 17 de este texto también es relevante, pues contempla las sanciones que el tribunal puede imponer a quien litiga de forma abusiva: "17. Sanctions 17.1 The court may impose sanctions on parties, lawyers, and third persons for failure or refusal to comply with obligations concerning the proceeding. 17.2 Sanctions should be reasonable and proportionate to the seriousness of the matter involved and the harm caused, and reflect the extent of participation and the degree to which the conduct was deliberate. 17.3 Among the sanctions that may be appropriate against parties are: drawing adverse inferences; dismissing claims, defenses, or allegations in whole or in part; rendering default judgment; staying the proceeding; and awarding costs in addition to those permitted under ordinary cost rules. Sanctions that may be appropriate against parties and nonparties include pecuniary sanctions, such as fines andastreintes. Among sanctions that may be appropriate against lawyers is an award of costs. 17.4 The law of the forum may also provide further sanctions including criminal liability for severe or aggravated misconduct by parties and nonparties, such as submitting perjured evidence or violent or threatening behavior".

¹⁰³⁷ El término es empleado por Fernando GASCÓN INCHAUSTI para referirse a la evolución de los sistemas de instrucción penal del Derecho comparado. "Características de los grandes sistemas de investigación de Derecho comparado", *Cuadernos Digitales de Formación* 4/2011, *Instrucción penal en el Derecho Comparado*, p.3.

¹⁰³⁸ Por ejemplo, Nuno GAROUPA y Carlos GÓMEZ LIGUERRE, "The Syndrome of the Efficiency of the Common Law", *Boston University International Law Journal*, Vol. 29, nº 2, 2011, pp. 321-334.

POSNER¹⁰³⁹, uno de los padres del análisis económico del Derecho¹⁰⁴⁰. Para él, existiría en el *Common Law* una lógica económica implícita que proveería a quienes actúan en el tráfico jurídico de los incentivos adecuados para actuar de la forma más eficiente, no solo en los “mercados explícitos”, sino en todos los contextos sociales (también en los denominados “mercados implícitos”, como podría ser el campo de la responsabilidad civil extracontractual¹⁰⁴¹). Las razones apuntadas para explicar este supuesto sesgo del *Common Law* en favor de la eficiencia económica son variadas¹⁰⁴², pero más bien parece que, lejos de poder realizarse generalizaciones en este terreno, determinadas instituciones jurídicas de cada uno de los dos sistemas son más eficientes que otras.

Proyectando este análisis coste-beneficio sobre el objeto de nuestra investigación, la aceptación más generalizada por el *Civil Law* de la obligación de indemnizar los daños procesales causados por el abuso del derecho a litigar, así como la falta de exigencia de un ánimo doloso para imponer la misma, promueven un comportamiento socialmente más beneficioso por parte de los litigantes, que se abstendrán de promover acciones infundadas –o de oponerse sin *iusta causa litigandi*– en mayor medida que sus equivalentes anglosajones.

Serán menos frecuentes el uso espurio del proceso civil o las alegaciones defensivas puramente oportunistas; se destinarán menos recursos públicos a tramitar procesos infundados –lo que permitirá además asignar dichos recursos, por definición, limitados, a las controversias jurídicas reales–; y las partes que actúen de buena fe tendrán que destinar menos recursos en defenderse de acciones judiciales temerarias.

Los litigantes del *Civil Law* tendrán incentivos para asegurarse, antes de interponer una demanda o de oponerse a la misma, de que han cumplido con el nivel de diligencia mínima que asegure el fundamento serio de su pretensión, so

¹⁰³⁹ *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2010. En la misma línea, Paul H. RUBIN, “Why is the Common Law Efficient?”, *Journal of Legal Studies* 6, 1977, pp. 51-63.

¹⁰⁴⁰ Parte de la extraordinaria influencia inicial del juez –y profesor de la facultad de Derecho de Chicago– Richard A. POSNER en la doctrina de EEUU se debe a que su trabajo pionero sobre esta materia (“A theory of Negligence”, 1 *Journal of Legal Studies*, nº 29, 1972) es una descomunal muestra de erudición y agudeza jurídica. En este artículo, el autor analizó *todas* las sentencias conocidas de los tribunales norteamericanos en el siglo XIX relativas a los *torts*. Para POSNER, cada una de esas decisiones judiciales analizadas se decantó por la regla que más favorecía la eficiencia económica.

¹⁰⁴¹ En el ámbito del Derecho procesal civil, se hace eco de la polémica doctrinal existente al respecto (supuesta mayor eficiencia de los ordenamientos del *Common Law*) Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 17-26.

¹⁰⁴² “The Syndrome of the Efficiency of the Common Law”, ob. cit., pp. 294-300. Vid. también Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 1/2013, pp. 13-20.

pena de tener que indemnizar a la contraparte por los daños procesales. De hecho, el cambio de orientación que parece estar produciéndose en Inglaterra pone en evidencia que la solución hasta ahora adoptada –limitación de la obligación de resarcir los daños procesales a supuestos excepcionales- no era acertada. Por lo demás, incluso desde posiciones doctrinales e ideológicas cercanas a la de POSNER se viene ya reconociendo la disfuncionalidad estructural del *statu quo* de la litigación civil en EEUU y, en particular, la referida a la responsabilidad civil extracontractual.¹⁰⁴³

¹⁰⁴³ Cfr. VVAA, *The American Illness. Essays on the Rule of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2013. En especial, *vid.* pp. 159-270. De hecho, incluso el propio Richard POSNER ya no se muestra tan complaciente con la presunta eficiencia del ordenamiento jurídico norteamericano. Cfr. Richard A. POSNER, "What Is Obviously Wrong with the Federal Judiciary, Yet Eminently Curable, Part I", 19 *GREEN BAG* 2D 187, 2016, pp. 187-268.

CAPÍTULO VI. EL ABUSO DEL PROCESO EN JURISDICCIONES DISTINTAS A LA CIVIL

SUMARIO: 1. EL ABUSO DEL PROCESO SOCIAL. 1.1. La regulación legal. 1.2. El diferente ámbito de aplicación de los artículos 75 y 97 LRJS. 1.3. Los criterios de imposición de las sanciones previstas en la LRJS. 1.4. ¿Cabe la inadmisión *a radice* de la demanda en razón de su abusividad? 1.5. La indemnización de daños prevista en el art. 75.3 LRJS. 1.6. Otras medidas incorporadas a la LRJS para prevenir el abuso del proceso social. 1.7. Conclusiones. 2. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL. 2.1. El principio de buena fe en el proceso penal. 2.2. Actuaciones abusivas de la acusación. 2.2.1. La querrela “coactiva”. 2.2.2. Las querellas “preparatorias” y las prospectivas. 2.2.3. La querrela “dilatatoria”. 2.2.4. La querrela “dilatatoria” y el proceso arbitral. 2.2.5. La acusación abusiva tendente a impedir el beneficio de la reducción de la pena para el encausado, por conformidad, en los *juicios rápidos*. 2.3. Los remedios contra el abuso del proceso penal. 2.4. Conclusiones. 3. EL ABUSO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 3.1. El objeto del proceso contencioso-administrativo y su influencia en su potencial uso abusivo. 3.2. El eventual ejercicio abusivo de la acción pública. 3.3. Los remedios contra el abuso del proceso contencioso-administrativo. 3.4. Conclusiones. 4. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA.

1. EL ABUSO DEL PROCESO SOCIAL

1.1. La regulación legal

Con arreglo al artículo 75.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, “los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada, las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso del derecho¹⁰⁴⁴. Asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma persigan un resultado contrario al previsto en la jurisdicción y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones”.

Por su parte, el apartado tercero de ese mismo artículo dispone que “si se produjera un daño evaluable económicamente, el perjudicado podrá reclamar la oportuna indemnización ante el Juzgado o Tribunal que estuviera conociendo o hubiera conocido el asunto principal”.

¹⁰⁴⁴ Se ha apuntado que, el hecho de que la LRJS no exija que el abuso del Derecho sea “manifiesto” (a diferencia de los arts. 247.2 LEC y 11.2 LOPJ) determina que “para el rechazo fundado del abuso del Derecho por parte de los tribunales de la jurisdicción social no se exigiría que el mismo fuera flagrante o saltara a la vista, sino sencillamente que incluyera todas las notas determinantes del concepto”. Antonio MARTÍN VALVERDE, ob. cit., pp. 198-199. Tesis que no me parece atendible desde el mismo momento en que un elemento *estructural* de la figura del abuso de derecho, con arreglo a la definición contenida en el art. 7.2 CC, es la extralimitación “manifiesta” de los límites normales del ejercicio de un derecho subjetivo.

En el apartado siguiente (75.4 LRJS) se consagra la obligación de las partes de actuar en el proceso con arreglo a las reglas de la buena fe¹⁰⁴⁵, indicándose que, de vulnerarse éstas, "así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 €, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio", regulándose a continuación el procedimiento de imposición de la multa y el régimen de recursos.

El artículo 97.3 LRJS dispone que la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obre con mala fe o temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites fijados en el apartado cuarto del artículo 75. También en este caso se prevé que la imposición de la multa puede ser acordada a instancia de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas o, de considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto del juicio, previa concesión a las partes de un término de dos días para hacer alegaciones escritas al respecto.

Estas reglas se contienen para el recurso de suplicación y para el de casación ordinario, respectivamente y con igual texto, en los arts. 204.2 y 217.2 LRJS ("la Sala podrá imponer dichas sanciones y medidas a los recurrentes de apreciarse temeridad o mala fe en la actuación de las partes o su representación procesal durante el recurso"). Y con respecto a todas las modalidades de estos recursos, en el art. 235.3 LRJS -incluido entre las "disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación"- se preceptúa que "[l]a Sala que resuelva el recurso de suplicación o casación o declare su inadmisibilidad podrá imponer a la parte recurrente que haya obrado con mala fe o temeridad la multa que señalan el apartado 4 del artículo 75 y el apartado 3 del artículo 97, así como cuando entienda que el recurso se interpuso con propósito dilatorio. Igualmente en tales casos, impondrá a dicho litigante, excepto cuando sea trabajador, funcionario, personal estatutario o beneficiario de la Seguridad Social, los honorarios de los abogados y, en su caso, de los graduados sociales colegiados actuantes en el recurso dentro de los límites fijados en el párrafo primero de este artículo.

¹⁰⁴⁵ Para un análisis del concepto de buena fe procesal en el ámbito laboral, *vid.* PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 245-247 y la completa bibliografía allí citada.

Cuando la Sala pretenda de oficio imponer las anteriores medidas, oirá previamente a las partes personadas en la forma que establezca”.

1.2. El diferente ámbito de aplicación de los artículos 75 y 97 LRJS

A nuestro juicio, la regulación prevista en el artículo 75 LRJS, aunque ubicada dentro del Título IV -bajo la rúbrica “los principios del proceso y los derechos procesales”- debe entenderse aplicable a las actuaciones abusivas intraprocesales, mientras que el artículo 97.3 se aplicaría a la pretensión objeto del procedimiento, ya sea desde la perspectiva del actor o del demandado. En efecto, si el régimen previsto en el artículo 75 fuera aplicable también en relación a la pretensión objeto de la demanda laboral –o a la posición defensiva contra la misma– el apartado tercero del artículo 97 sería por completo redundante.

Por ello cuando la LRJS en su artículo 75.1 faculta a los órganos judiciales para rechazar de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria, temerarias o que entrañan abuso del derecho, la referencia debe entenderse circunscrita a actuaciones intraprocesales puntuales, pero no a la pretensión principal objeto del procedimiento. Si bien es cierto que, separándose de la dicción del artículo 247.2 LEC -y retomando la locución del artículo 11.2 LOPJ-, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se refiere también a las “excepciones”, estimamos que se trata de una alusión impropia o atécnica a determinadas actuaciones intraprocesales “de oposición” del demandado; pero no a las excepciones opuestas a la *causa litigandi* principal.

Ahora bien, admitimos que la cuestión dista de ser clara. De lo único de lo que hay certeza es que ambos procedimientos sancionadores (tanto el previsto en el artículo 75.4, como el previsto en el artículo 97.3) son excluyentes. Así lo dispone el legislador en el último inciso del primero de estos preceptos cuando afirma: “De apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución del recurso de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas respectivas”.

Para una parte de la doctrina laboralista, la diferencia radica en que la multa prevista en el artículo 75.4 LJS estaría destinada a sancionar a los profesionales que intervienen en el proceso (especialmente a los abogados y graduados sociales), mientras que la del artículo 97.3 estaría destinada únicamente a las partes del proceso.¹⁰⁴⁶ Para otros autores, sin embargo, la distinción no estaría en el sujeto pasivo destinatario de la sanción –que serían tanto los litigantes propiamente dichos, como los profesionales que les asisten e incluso terceros intervinientes en el proceso laboral, como testigos o peritos-, sino en el *momento*

¹⁰⁴⁶Francisco Andrés VALLE MUÑOZ, “La reforma de la potestad sancionadora del órgano jurisdiccional social”, *Revista General del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social* nº 33, 2013, p. 94.

procesal en el que el juez impone la misma. Si fuera antes de la sentencia, se haría a través de la vía establecida por el artículo 75.4 LRJS. Mientras que si fuera en el mismo momento de dictar sentencia, sería por medio del artículo 97.3. LRSL¹⁰⁴⁷.

Dicho sea con todas las cautelas que impone una regulación legal tan enigmática, ninguna de esas dos tesis nos parece satisfactoria. Por lo que se refiere a la postura que entiende que la imposición de la multa con base en uno u otro artículo deriva de la pretensión del legislador de articular un régimen distinto para la parte propiamente dicha, y otro para los profesionales que intervienen en el proceso social, cabe indicar que, si bien es cierto que el artículo 75.4 LRJS dice que “todos” deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso de las reglas de la buena fe, el artículo 75 LRJS lleva como rúbrica “deberes procesales de *las partes*”. A lo anterior debe unirse el hecho de que los artículos 204.2, 217.2 y 235.3 LRJS, cuando prevén la posibilidad de interponer sanciones al apreciarse mala fe o temeridad en la interposición de los recursos devolutivos, especifica que las multas se impondrán a los “recurrentes¹⁰⁴⁸”; esto es, a los litigantes, sin referencia alguna a los profesionales que les han asistido en la interposición del recurso¹⁰⁴⁹. Carecería de lógica que pudiera sancionarse a los abogados, procuradores y graduados sociales colegiados por una actuación, en la primera instancia, contraria a la buena fe procesal –o constitutiva de fraude o abuso del Derecho-, y que no lo fuera en las instancias subsiguientes.

No solo este argumento sistemático –aplicado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- abona esta interpretación, sino que también se trata de la lectura más armónica de esta norma con respecto al conjunto del ordenamiento jurídico procesal, en la medida en que supondría equiparar la imposición de este tipo de multas en la jurisdicción social a la jurisdicción civil, donde no se prevé la imposición directa de sanciones a los abogados y procuradores (art. 247.3 LEC) por parte del órgano judicial. No alcanzamos a atisbar razón alguna por la que el legislador hubiera querido incluir dentro del sujeto pasivo de la norma sancionadora del proceso social a los abogados, procuradores y graduados sociales colegiados, cuando no quiso imponer ese régimen punitivo para los abogados y procuradores en la jurisdicción civil.

¹⁰⁴⁷José Ángel FOLGUERA CRESPO, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, VVAA (dirs. Folgera Crespo, Salinas Molina, Segoviano Astaburuaga), 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 365.

¹⁰⁴⁸ Interesa hacer notar que la LRJS no contempla la hipótesis de que la parte recurrida pueda actuar de forma temeraria.

¹⁰⁴⁹ Nótese que los artículos 204.2 y 217.2 LRJS, aunque hagan referencia a la mala fe o temeridad de las partes o sus representantes procesales en la interposición de los recursos, disponen que la multa será impuesta, exclusivamente, a los *recurrentes*. Y en el art. 235.3, aplicable tanto al recurso de suplicación como al de casación, desaparece incluso la mención a la representación procesal.

Es más, no debe pasarse por alto que la intervención de estos profesionales en la primera instancia del proceso social es facultativa (art. 21 LRJS), pudiendo las partes comparecer por sí mismas. De seguirse la tesis, *ex hypothesi*, que entiende que la multa del art. 75.4 LRJS está destinada exclusivamente a sancionar a los profesionales que asisten al litigante en el proceso laboral, sería un contrasentido que tal previsión únicamente alcanzara a la primera instancia -donde su intervención es potestativa-, pero no a las subsiguientes, en que su intervención es obligatoria.

A nuestro juicio, por aplicación supletoria de la LEC (art. 4), el juez o tribunal de la jurisdicción social que detecte un comportamiento abusivo o fraudulento atribuible en exclusiva a los abogados, procuradores o graduados sociales, debe dar traslado del tal circunstancia a los colegios profesionales respectivos, por si procediera la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria¹⁰⁵⁰.

También los antecedentes legislativos apuntalan esta interpretación. La Ley de Procedimiento Laboral no contemplaba la posibilidad de imponer sanciones a los profesionales que asesoraban a los litigantes y no parece que del tenor literal de la LRJS se desprenda la voluntad inequívoca del legislador de modificar este criterio. Por lo demás, la tesis que aquí defendemos es coherente con el hecho de que, en las demandas civiles de reclamación de daños procesales, se entienda con carácter general legitimado pasivamente, en exclusiva -con las matizaciones que se dirán-, el litigante que obró de forma abusiva o temeraria, pero no los

¹⁰⁵⁰ Se ha discutido si el art. 247 LEC sería aplicable supletoriamente a la jurisdicción social, en la medida en que la propia LRJS regula la imposición de multas por mala fe procesal (Cfr. Sentencia del TSJ del País Vasco, Sección 1ª, de 25 de abril de 2006, AS 2006/1877, MP: Garbiñe Biurrún Mancisidor). Ahora bien, entiendo que el razonamiento defendido por esa Sentencia -que la regulación específica impide la aplicación supletoria de la LEC- es válido cuando de sancionar a la parte se trate -en cuyo caso habrá que estar a los términos estrictos de la LRJS-, pero no cuando la conducta sea imputable a los profesionales que le han asesorado o asistido en el proceso. En relación a estas conductas, la LRJS guarda silencio, salvo en su art. 217.2 ("la Sala podrá imponer dichas sanciones y medidas a los recurrentes de apreciarse temeridad o mala fe en la actuación de las partes o su representación procesal durante el recurso"). Y aun en este caso el destinatario de la sanción es la parte, aunque la temeridad o mala fe fuera achacable a su representación procesal. Por tanto, sí creo aplicable de forma supletoria el art. 247.4 LEC a la jurisdicción social, pero no el apartado precedente de ese precepto, pues en otro caso la actuación maliciosa de esos profesionales -a diferencia de lo que ocurre en el resto de jurisdicciones- quedaría siempre impune. Admito que esta supletoriedad "de segundo grado" puede parecer algo abigarrada, pero menos convincente aún me parece sostener que los órganos judiciales del orden social no pueden poner en conocimiento de los respectivos colegios profesionales la actuación maliciosa de los profesionales que intervienen en el proceso. Y, desde luego, no podrá decirse que estamos abogando por una aplicación analógica de una norma sancionadora "in malam partem": porque, de un lado, sostenemos la hetero-integración de una laguna a través de la supletoriedad de la LEC (no de la analogía); y, de otro, porque el art. 247.4 LEC no es una norma "sancionadora" en sentido estricto, sino un precepto que permite a los tribunales "dar traslado" a los Colegios respectivos de actuaciones contrarias a la buena fe procesal a fin de que, en su caso, sean ellos lo que depuren la responsabilidad disciplinaria correspondiente.

profesionales que le asistieron. Obviamente, ello no obstaría para que la parte condenada al pago de los daños y perjuicios pudiera, a su vez, repetir contra los abogados, procuradores o graduados sociales colegiados que le asistieron en el primer procedimiento judicial, si ese asesoramiento profesional fuera negligente o doloso y hubiera sido determinante para fundar la condena judicial al pago de los daños procesales.

Por lo que se refiere a la tesis que sostiene que el distinto régimen de los artículos 75 y 97 LRJS se funda exclusivamente en el momento temporal -dentro del proceso laboral- en que se impone la sanción por el juzgador, el razonamiento no parece convincente desde el momento en que se establece un régimen de recursos diferente contra la resolución sancionadora en uno y otro caso. Ello parece dar a entender que el legislador ha querido distinguir con nitidez ambos supuestos. No con base en un criterio puramente cronológico, sino *conceptual*. En el primer caso, se trata de meros incidentes o de cualquier otra actuación intraprocesal, pero no de la pretensión principal deducida en el proceso laboral.

En el segundo caso -y por eso es objeto de un pronunciamiento expreso en el seno de la misma sentencia-, se trata de sancionar la interposición de una demanda abusiva, temeraria o incurso en mala fe; y, a la inversa, de una oposición por parte del demandado a la pretensión principal deducida de contrario revestida de las mismas características.

La trascendencia que tiene multar a un litigante por juzgar abusiva o temeraria la pretensión objeto del proceso -o su oposición a la misma- determina que tal decisión solo pueda ser adoptada por medio de sentencia, siendo ese pronunciamiento revisable por los tribunales superiores, incluso de oficio, siempre que la sentencia del juez *a quo* se recurra. No se puede olvidar que, en este caso, la parte no solo es condenada al abono de las costas procesales (solo si es el empleador¹⁰⁵¹), sino que sufre la imposición de una sanción pecuniaria en el ejercicio -aunque sea desviado- de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por el contrario, las multas impuestas por actuaciones procesales puntuales contrarias a la buena fe (o incursas en fraude o abuso de derecho), son impuestas mediante auto¹⁰⁵². La resolución sancionadora es recurrible primero ante el propio órgano judicial que la impuso y después, en alzada, ante la Sala de gobierno del órgano jurisdiccional superior.

¹⁰⁵¹ Cfr. arts. 97.3 y 235.3 LRJS.

¹⁰⁵² Como a continuación analizaremos, en rigor, la LRJS debió haber prescrito que la resolución sancionadora adoptara la forma de "acuerdo", dada su naturaleza gubernativa.

1.3. Los criterios de imposición de las sanciones previstas en la LRJS

De lo expuesto hasta ahora se infiere que, en casos de mala fe procesal o temeridad (conceptos, en los que, a estos efectos, cabe entender englobado el abuso del proceso social), la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece como medida disuasoria una sanción pecuniaria del mismo importe previsto en la LEC (así como la imposición de las costas procesales, salvo que el litigante abusivo o temerario fuera el trabajador). La LRJS utiliza, básicamente, los mismos criterios a la hora de graduar la sanción, con la salvedad de que esta norma incorpora, además del principio de proporcionalidad, las circunstancias de hecho y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o terceros, un elemento adicional: *la capacidad económica de los litigantes*. Criterio que no se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La razón de ser de la inclusión de este parámetro adicional se encuentra en la posición desigual en que, de ordinario, se encuentran las partes que litigan en la jurisdicción social. Cabe presumir que, al gozar el empleador, en la generalidad de los casos, de una mejor posición económica que el trabajador (y de supremacía en la relación contractual), la imposición de una multa por un mismo importe tendrá un efecto disuasorio menor que en el empleado. Ahora bien, lo cierto es que el precepto no distingue entre las distintas partes de la relación laboral, sino que se remite a un criterio puramente objetivo: la capacidad económica concreta de cada uno de los litigantes. Por lo que un trabajador con nivel alto de ingresos económicos debería ser sancionado con la misma severidad que un empresario que gozará de esa misma capacidad económica.

Debe hacerse constar que, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 247.3 LEC, el artículo 75.4 LRJS señala que la multa se impondrá, en pieza separada, de forma motivada, mediante “auto”, mientras que la LEC alude a un “acuerdo” motivado. El hecho de que la propia LRJS haya previsto el recurso de audiencia en justicia frente al “auto” sancionador y, en su caso, posteriormente, el gubernativo de alzada, evidencia que nos encontramos ante un defecto de técnica legislativa, ya que la imposición de la multa debería hacerse en virtud de un “acuerdo” y no de un “auto”¹⁰⁵³.

La incorporación del recurso de audiencia en justicia y el posterior recurso de alzada frente a las sanciones acordadas por la vía del artículo 75.4 LRJS constituye

¹⁰⁵³ Aunque sea una obviedad, debemos recordar que el régimen de recursos contra los autos está previsto en el Título I del Libro Tercero de la LRJS (arts. 186 a 189). Según el art. 186.2 LRJS, contra los autos cabrá recurso de reposición ante el mismo juez o tribunal que dictó la resolución recurrida, y contra el auto resolutorio de la reposición no podrá interponerse recurso alguno, salvo en los supuestos establecidos en la propia LRJS (art. 187.4).

una adaptación de la ley procesal laboral a la modificación que sufrió el artículo 247 LEC tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. En efecto, el artículo 247 LEC, tras la reforma operada por la Ley 13/2009 (que incorporó el apartado 5º), dispone “[l]as sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁵⁴”.

Una especialidad de la jurisdicción social, no contemplada expresamente en la LEC, es la posibilidad de multar a quien abusa de los recursos devolutivos, ya sea el de suplicación o el de casación¹⁰⁵⁵. De un lado, quizá por su habitualidad, la LRJS menciona expresamente la finalidad dilatoria en su interposición como uno de los supuestos de abuso del derecho a litigar susceptible de ser sancionado.

En estos casos, surge la duda de si un litigante que ha sido sancionado *ex art.* 97.3 LRJS por haber iniciado un proceso –o haberse opuesto a la pretensión del actor– de manera temeraria, careciendo por completo de *iusta causa litigandi*, podrá ser sancionado, además de por el juzgador de instancia, por los tribunales que conozcan de los sucesivos recursos que el abutente pudiera interponer. De un lado, podría pensarse que, de ser la respuesta afirmativa, se le estaría sancionando dos veces –o incluso tres– por una misma conducta abusiva, lo que conculcaría el principio *non bis in idem*. De esa opinión parece participar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2014¹⁰⁵⁶:

¹⁰⁵⁴ A su vez, el artículo 556 LOPJ dispone: “Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de cinco días, recurso de audiencia en justicia ante el secretario judicial, el juez o la sala, que lo resolverán en el siguiente día. Contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de que no se hubiese utilizado el recurso de audiencia en justicia, cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá previo informe del secretario judicial, del juez o de la sala que impuso la corrección, en la primera reunión que celebre”. En definitiva, el procedimiento previsto en la LRJS sigue fielmente el esquema previsto en la LEC y en la LOPJ: se tramita en pieza separada y concluye mediante un acuerdo –indebidamente calificado por la LRJS como “auto”– que, en su caso, impone la sanción. Este acuerdo puede ser recurrido por el sancionado a través del denominado *recurso de audiencia en justicia*. En dicha audiencia, el juez o tribunal resolverá mediante acuerdo que confirmará o revocará el anterior en cuanto a la imposición de la multa. Cabrá recurso gubernativo de alzada ante la Sala de Gobierno correspondiente.

¹⁰⁵⁵ Bajo la vigencia de la LPL, esta cuestión era controvertida, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Francisco Andrés VALLE MUÑOZ, *ob. cit.*, p. 99. Entre las resoluciones favorables a esa posibilidad destaca la STS de 24 de junio de 1997 (RJ 1997\6132; MP: Antonio Martín Valverde): “El presente recurso se ha planteado, además, sin fundamento mínimamente sólido, y en su desarrollo se ha incurrido en manifiesto abuso de derecho y mala fe en la utilización de los recursos y medios procesales. Las expresiones de esta actitud manifiestamente abusiva y temeraria, que ha ocasionado un lamentable dispendio de medios jurisdiccionales escasos, han sido rechazadas por la Sala de manera fundada, tal como indica el artículo 11.2 de la LOPJ. Pero deben ser sancionadas ahora por temeridad con multa de 50.000 pesetas de acuerdo con la doctrina sentada en nuestra Sentencia de 12 noviembre 1991”.

¹⁰⁵⁶ RJ 2014\5102; MP: Fernando Salinas Molina.

“Al informar sobre el presente recurso de casación ordinaria el Ministerio Fiscal formula expresa petición de que se imponga una nueva multa de 1.000 € al Sindicato recurrente por su actuación en este recurso, invocando el art. 217.2 LRJS y destacando la falta de fundamento del recurso interpuesto " pudiendo inferirse que tiene perfecto conocimiento de su improcedencia, como sindicato conocedor de la legislación y jurisprudencia social y la falta de complejidad de las normas aplicables ". Aunque en parte pueda ser cierto lo que se afirma por el Ministerio Fiscal respecto a la actuación del recurrente, la falta de petición de tal medida *ex* art. 75 LRJS por los impugnantes del recurso y el que la conducta del Sindicato en este recurso deriva directamente de la ya efectuada en la instancia y sancionada por vulneración de las reglas de la buena fe, comporta el que la Sala entienda que no procede en este caso incrementar globalmente con una nueva multa la sanción por la continuación de una conducta ilegítima (arts. 75 , 217.2 y 235.3 LRJS)”.

La argumentación empleada por el TS no me parece plenamente satisfactoria, por lo que creo que son precisas algunas matizaciones. De un lado, porque era irrelevante que los impugnantes del recurso no hubieran interesado la imposición de la multa, dado que el Tribunal estaba no solo facultado, sino obligado, a hacerlo, de oficio -previa audiencia de las partes *ex* 235.3 LRJS-, si verdaderamente entendía que concurría un ánimo abusivo o dilatorio en la interposición del recurso de casación. De otro lado, creo que la persistencia, a través de los recursos de suplicación o casación, en el mantenimiento de una posición procesal abusiva o temeraria -cuando la interposición de tales recursos tiene una finalidad exclusivamente dilatoria o de otro género abusivo y no obtener la revocación de una resolución judicial que se reputa errónea- puede ser conceptuada, en atención a las circunstancias concretas del caso, como una actuación abusiva autónoma, susceptible, consecuentemente, de ser sancionada¹⁰⁵⁷. No cabe duda de que existirá una relación entre la actuación abusiva en la primera instancia y la ulterior, pero conceptualmente es posible distinguir entre esas dos conductas que pueden estar orientadas a finalidades disímiles.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁷ Sería el caso de la ya descrita “prosecución temeraria”. En este caso, cuando las razones que inicialmente podrían justificar la interposición de la demanda -o la oposición a la misma- desaparecen durante la tramitación del proceso social en primera instancia, normalmente a través de la aportación de la(s) prueba(s) correspondientes en poder de la contraparte.

¹⁰⁵⁸ Piénsese, por ejemplo, en el caso de que un empleador que, sin razón derecha para litigar, se opone a una demanda laboral (justificada) de un trabajador, para presionarle así con el fin de que abandone voluntariamente la empresa, sin tener que pagarle la indemnización por despido. Si, una vez dictada sentencia favorable al actor, con imposición de una multa al demandado en razón de su temeridad, éste decide agotar todos los recursos posibles (suplicación y casación) con el fin

Debe señalarse que el artículo 204.2 LRJS (en el seno del recurso de suplicación) permite adicionalmente a las Salas de lo Social de los TSJ confirmar o no, en todo o en parte, la multa impuesta por el juez de instancia y a ello al margen de la posibilidad de imponer una multa, de forma autónoma, si se apreciare temeridad o mala fe en la actuación de los litigantes durante el recurso de suplicación. Una previsión semejante se encuentra en el artículo 217.2 LRJS en relación al recurso de casación para la unificación de doctrina.

Sorprendentemente, tanto el art. 204.2, como el art. 217.2 LRJS, extienden esa facultad revisora a las multas impuestas al amparo del art. 75.4, y no solo a las derivadas del art. 97.3. A nuestro entender, solo cabe sostener una interpretación correctora de este inciso, puesto que –como ya hemos analizado– frente a las sanciones impuestas *ex. art. 75.4 LRJS* cabe recurso de audiencia ante el propio juez o tribunal sancionador y, posteriormente, gubernativo de alzada ante la Sala de Gobierno del órgano jurisdiccional superior¹⁰⁵⁹. Algo, *a priori*, difícilmente conciliable –por no decir incompatible– con la posterior revisión a través de los recursos de suplicación y casación. En efecto, el acuerdo de la Sala de Gobierno tiene naturaleza *gubernativa*, ya que, con arreglo al art. 158.2 LOPJ, “[l]os actos de las Salas de Gobierno gozarán de ejecutoriedad, serán recurribles en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial y les serán de aplicación supletoria las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo.¹⁰⁶⁰” La única forma de salvar esta contradicción¹⁰⁶¹ es, siguiendo la línea de razonamiento expuesta, entender exclusivamente revisables por la vía del recurso de suplicación y de casación las multas impuestas con base en el art. 97.3 LRJS, mientras que contra las sanciones

de dilatar la resolución de la controversia y retardar el cumplimiento de lo decretado por el juez de lo Social (ahora con la única finalidad de demorar el cumplimiento de la pretensión acogida en primera instancia, cuando no fuere ejecutable provisionalmente), cabe inferir un uso instrumental espurio de tales recursos que excede de la mera reproducción en las sucesivas instancias de una pretensión jurídicamente infundada. Como siempre ocurre con el abuso del proceso, es difícil sentar criterios concretos y definitivos *ex ante* para cada supuesto particular, ya que habrá que ponderar todas las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si la actuación procesal examinada es o no abusiva.

¹⁰⁵⁹ En el mismo sentido, cfr. María Luisa SEGOVIANO ASTABURUAGA, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, VVAA (dirs. Folguera Crespo, Salinas Molina, Segoviano Astaburuaga), 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 842.

¹⁰⁶⁰ No debe pensarse que contra el acuerdo del CGPJ cabría interponer, a su vez, recurso contencioso-administrativo, dado que la STC 190/1991, de 14 de octubre (RTC 1991\190; MP: José Luis de los Mozos y de los Mozos) ha descartado esta posibilidad. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5453; MP: Octavio Juan Herrero Pina), no se trata de resoluciones *administrativas* fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de resoluciones *jurisdiccionales* de naturaleza estrictamente *gubernativa*.

¹⁰⁶¹ Siguiendo la tipología de Alf ROSS nos encontraríamos ante preceptos contradictorios que adolecen de una “inconsistencia total-total”, que se da cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente. Cfr. Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 274.

impuestas *ex art.* 75.4 LRJS, en atención a su naturaleza jurisdiccional, cabrán exclusivamente los recursos gubernativos fijados en dicho apartado.

Salvo en el supuesto de que la parte contraria al sancionado hubiera recurrido la sentencia interesando la imposición de una multa superior a la decretada por el órgano *a quo*, el Tribunal tan solo podrá revocarla completamente o disminuir su cuantía, sin que quepa que sea aumentada de oficio. A mi juicio, en caso contrario se vulneraría el principio de interdicción de la *reformatio in peius*. Se ha defendido por algún autor la posibilidad de que el Tribunal Superior pueda aumentar de oficio la cuantía de la multa aun cuando solo hubiera recurrido la sentencia el sancionado, basándose en que la LRJS utiliza el sintagma “en todo o en parte” a la hora de facultar al tribunal que conoce del recurso para que confirme o no la sanción inicialmente impuesta¹⁰⁶². A este respecto, no está de más recordar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo no han dudado en vincular la prohibición de la reforma peyorativa al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que una interpretación del art. 204.2 LRJS que no respetara tal principio no sería constitucionalmente admisible¹⁰⁶³.

Debe hacerse constar, finalmente, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1984, de 21 de marzo¹⁰⁶⁴ no apreció vicio alguno de inconstitucionalidad en la posibilidad de imponer multas a los litigantes que entonces contemplaba el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Laboral (sanción similar a la actualmente recogida en el 97.3 LRJS), por ser una medida adecuada –y proporcionada– para prevenir, precisamente, el uso desviado del derecho a litigar. En palabras del TC,

¹⁰⁶² Cfr. Francisco Andrés VALLE MUÑOZ, *ob. cit.*, p. 99. Este autor cita en apoyo de su postura la Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de noviembre de 1999 (AS 2000\333; MP: José Joaquín Jiménez Sánchez), si bien esta resolución deja claro que la posibilidad de aumentar la cuantía de la multa exigiría que ese pronunciamiento hubiera sido expresamente recurrido por la parte contraria al sancionado, con lo que se respetaría la prohibición de la reforma peyorativa.

¹⁰⁶³ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 13 de octubre de 2011 (RJ 2012\3421; MP: José Antonio Montero Fernández): “Cabe recordar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la interdicción de la *reformatio in peius*, en el sentido de que “aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional”, dado que, por un lado, “representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión” y, por otro, es una proyección del principio de congruencia que impide al órgano judicial “exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste”. En relación al fundamento constitucional que veda la reforma peyorativa, cfr. Íñigo SANZ RUBIALES, “Contenido y alcance de la prohibición de *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 190, 2013, pp. 241-276; y José María RUIZ MORENO, “Un intento de aclaración conceptual en el orden jurisdiccional civil: la interdicción de reforma en perjuicio del recurrente”, *Revista digital de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 3, 2010.

¹⁰⁶⁴ RTC 1984\41; MP: Manuel Díez de Velasco Vallejo.

se trataba de una “multa que viene a sancionar el *abuso en el ejercicio del derecho a la tutela*¹⁰⁶⁵...”

1.4. ¿Cabe la inadmisión a radice de la demanda en razón de su abusividad?

Al igual que ocurre en la jurisdicción civil, tampoco la LRJS, en nuestro entendimiento, faculta al juez de lo social para inadmitir a trámite una demanda por reputarla abusiva. Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que el artículo 81 LRJS no prevea la posibilidad de inadmitir a trámite una demanda, salvo en supuestos de falta de jurisdicción o competencia, o en el caso de defectos u omisiones en que se haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la validez, prosecución y término del proceso (así como los documentos de preceptiva aportación con la misma).

Parte de la doctrina laboralista ha entendido, sin embargo, que sí cabe tal inadmisión *in limine litis* de la demanda si el juez la reputa manifiestamente abusiva, de forma que por “resolución fundada” no habría de entenderse necesariamente la sentencia o resolución final del proceso¹⁰⁶⁶. Coincidimos, por el contrario, con FOLGUERA CRESPO cuando afirma que “el rechazo preliminar, no obstante, no podrá referirse al *acceso al proceso*, salvo en los casos y en la forma legalmente preordenados, es decir, por falta de los presupuestos de admisibilidad¹⁰⁶⁷...”

A nuestro juicio, y en línea con lo que expuesto anteriormente en relación a la eventual inadmisión de demandas en la jurisdicción civil, la ley procesal social no permite un remedio tan radical y prematuro. Como ya se ha señalado, el acceso más primario a la tutela judicial no puede verse limitado sin que exista una norma con rango legal que faculte al juez para adoptar una decisión tan drástica. Frente al argumento de que esa norma sería el art. 75. 1 LRJS –aunque ya hemos razonado por qué estimamos que este precepto es exclusivamente aplicable a las actuaciones intraprocesales–, cabe replicar que tal precepto no

¹⁰⁶⁵ Énfasis añadido. La STC 41/1984 estima el recurso de amparo interpuesto por el litigante sancionado, pero en atención a la falta de motivación de las razones que habían llevado al órgano judicial a acordar la imposición de la multa. Como señala esta STC, “[d]e esta forma cuando, como sucede en el presente caso, la conducta de los demandantes no puede integrarse en el ámbito de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, ha de concluirse que las sanciones impuestas, cualquiera que sea el juicio que merezcan a los recurrentes, no vulneran derecho fundamental alguno cuya protección deba ser dispensada por este Tribunal Constitucional”.

¹⁰⁶⁶ Aurelio DESDENTADO BONETE, *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, VVAA (dir. Moreneo Pérez), Comares, Granada, 2011, p. 338.

¹⁰⁶⁷ Énfasis del original. José Ángel FOLGUERA CRESPO, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, VVAA (dirs. Folguera Crespo, Salinas Molina, Segoviano Astaburuaga), 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 364.

señala con claridad que ese rechazo pueda producirse en el momento de pronunciarse el juez sobre la admisibilidad de la demanda. El hecho de que posteriormente la LRJS no realice mención alguna a esta eventual posibilidad, al regular las causas de inadmisión de las demandas laborales, es también, desde el punto de vista del criterio interpretativo sistemático, elocuente.

Por último, también apunta en esa dirección la decisión del legislador de otorgar un tratamiento sancionador dispar a las actuaciones abusivas intraprocesales y a la demanda u oposición a la misma que revista tal carácter. Esta diferencia de trato también se manifiesta en el momento procesal fijado para repeler tales conductas. En el primer caso, es razonable pensar que el juez podrá inadmitir una actuación procesal abusiva de plano, puesto que, de un lado, los elementos de juicio necesarios para ello no precisarán de un análisis excesivamente profundo; y, de otro, la restricción del derecho a la tutela judicial es mucho menor. En el segundo caso, sería imprudente facultar al órgano judicial para que, en este estadio tan incipiente del proceso, pudiera denegar el acceso a la justicia -ya sea del actor o del demandado- sobre la apreciación de considerar *ab initio* abusiva su postura procesal.

Un caso recurrente en la jurisdicción social que ha propiciado el debate sobre la posibilidad de inadmitir *in limine litis* la demanda es el intento de algunos litigantes de soslayar el proceso de conflicto colectivo, interponiendo en su lugar multitud de demandas individuales idénticas. La Sentencia del TSJ de Cataluña nº 65/1994, de 4 de febrero¹⁰⁶⁸ no duda en calificar como “abusiva” esta conducta¹⁰⁶⁹. Por ello confirma -de forma ciertamente cuestionable- la inadmisión a trámite de esas demandas.¹⁰⁷⁰ Por el contrario, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no encuentra abusivo tal proceder. La STS de 11 de julio

¹⁰⁶⁸ AS 1994\524; MP: Berta Álvarez Llana.

¹⁰⁶⁹ El TSJ sostiene lo siguiente: “Se está en presencia de una tal malversación ilícita, por abusiva, al haber elegido los demandantes la vía de las demandas individuales múltiples, sin razón que justifique la quiebra de la economía procesal y demás atendibles principios que ello comporta, en lugar de la acción de conflicto colectivo de que disponen. No se está negando, pues, su derecho formal a demandar de aquel modo, sino calificando de abusivo tal ejercicio. Cabrá recordar al respecto que sólo se abusa de un derecho formalmente atribuible y notar que el de acceso a la tutela judicial, como todo otro subjetivo, encuentra su límite en la institución que se analiza y en su sometimiento a criterios de solidaridad social”.

¹⁰⁷⁰ Argumentando que “[a]unque la Ley de Procedimiento Laboral no previene explícitamente la resolución denegatoria de la admisión a trámite de la demanda por inadecuación del procedimiento, tal posibilidad resulta implícita en la indisponibilidad del trámite en relación con los principios de celeridad, oficialidad y economía procesal. Con mayor aproximación a su previsión expresa cuando se trata de pretensiones que entrañen abuso del derecho o que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al establecido para el equilibrio procesal y la obtención de la tutela judicial, que han de rechazarse de oficio, según el art. 75.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. En cualquier caso, tal es el único medio de evitar que la tergiversación procesal produzca su efecto”. Cursiva añadida.

de 1994¹⁰⁷¹, con cita de otras resoluciones precedentes, reitera que “es claro que aquellas pretensiones que se resuelven en una petición concreta de cantidad individualizada para cada uno de los demandantes no es una pretensión propia y exclusiva de un conflicto colectivo, por más que [...] la declaración del derecho que es fundamento de la condena dineraria hubiese podido ser objeto de un conflicto colectivo si se hubiera solicitado genéricamente y por quien estaba legitimado para ello”.

1.5. La indemnización de daños prevista en el art. 75.3 LRJS

Por lo que se refiere a la posibilidad adicional de reclamar los daños, distintos de las condenas en costas, provocados por la actuación contraria a la buena fe procesal, debemos comenzar señalando que el artículo 75.3 LRJS trae causa, a su vez, de un apartado idéntico inserto en la Ley de Procedimiento Laboral con la misma numeración. Precepto que presenta numerosas incógnitas en cuanto a su alcance, ámbito de aplicación y sujetos obligados al pago de la indemnización prevista en él.

Bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral, la doctrina laboralista más autorizada ya había mostrado su disconformidad con la introducción de un precepto de estas características en la norma reguladora del proceso laboral, habiéndose calificado tanto su inclusión en la LPL, como su redacción, de “verdaderamente desafortunadas¹⁰⁷²”. La LRJS lo ha reproducido con idéntico tenor literal (“3. Si se produjera un daño evaluable económicamente, el perjudicado podrá reclamar la oportuna indemnización ante el juzgado o tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido el asunto principal”), si bien la adición de varios apartados adicionales al art. 75 acrecienta aún más las dudas interpretativas que genera este apartado.

Con anterioridad a la promulgación de la LRJS, el Tribunal Supremo había declarado (lo que no era del todo evidente en atención a su dicción) que esta vía de reclamación estaba exclusivamente destinada a resarcir el daño causado por terceros -no litigantes- a las partes en el proceso, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que les imponía la Ley de Procedimiento Laboral. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000¹⁰⁷³ afirma

¹⁰⁷¹ RJ 1994\6547; Enrique Álvarez Cruz.

¹⁰⁷² Aurelio DESDENTADO BONETE, *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., p. 339. Para este autor, el art. 75.3 LPL suscitaba dudas legítimas tanto sobre “su cobertura en la delegación legislativa de la LBLP, como por la discutible competencia del orden social para conocer de una reclamación de responsabilidad civil derivada de un hecho ajeno a la relación laboral o a la relación de Seguridad Social”.

¹⁰⁷³ RJ 2000\3970; MP: Juan Francisco García Sánchez. En idéntico sentido, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana nº 5523/2002, de 11 de octubre, (JUR 2003\206748; MP: Teresa Pilar Blanco Pertegaz) sostiene que “el art. 75.3 de la LPL es a todas luces inocuo para resolver la

la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación de una indemnización de daños formulada -a través de un incidente en la ejecución-, por los ejecutantes frente a un depositario (tercero), en un caso de incendio, en el que resultaron dañados los bienes depositados. El Tribunal Supremo argumenta -de forma, a nuestro juicio, algo forzada- que ésta es una materia incluida en la rama social del Derecho por tratarse de un incidente suscitado en el seno de una ejecución laboral. En cuanto a los destinatarios del art. 75.3, la indicada STS afirma que:

“...el art. 75 del Texto Articulado de 1990, cuyos apartados 2 y 3 atribuyen a quienes no sean parte en el proceso laboral el cumplimiento de las obligaciones que les impongan los órganos jurisdiccionales de este orden, tendentes a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, confiriendo además al Juez o Tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido del asunto principal la competencia, tanto objetiva como funcional, para conocer de la reclamación indemnizatoria del daño producido u ocasionado por estos terceros procesales”. [Cursiva añadida]

Tras la entrada en vigor de la LRJS, y la introducción de dos nuevos apartados en el art. 75, las dudas interpretativas sobre la eventual ampliación de los sujetos pasivos de esa obligación de indemnizar han aumentado. No es en absoluto claro si el apartado 3º debe entenderse referido, exclusivamente, al daño derivado del incumplimiento de las obligaciones legales impuestas a terceros por la propia LRJS en el apartado anterior del precepto, o también a los perjuicios ocasionados por los litigantes a sus contrapartes mediante las referidas “peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho” (art. 75.1 LRJS).

El apartado 5º del precepto solo introduce más confusión a este respecto, al disponer que “[e]l incumplimiento de las obligaciones de colaboración con el proceso y de cumplir las resoluciones de los jueces y tribunales y de los secretarios judiciales en su función de ordenación del procedimiento y demás competencias atribuidas por el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de lo previsto en los apartados 3 y 4 anteriores, darán lugar, respectivamente, a la aplicación de los apremios pecuniarios a las partes y de las multas coercitivas a los demás intervinientes o terceros, en los términos

indicada cuestión de competencia *ya que el mismo se refiere a la indemnización de los daños que se puedan ocasionar a [sic] los que no sean parte en el proceso*, pero que deban cumplir las obligaciones que les impongan los Jueces y Tribunales ordenadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales y establece que dicha indemnización se podrá reclamar ante el Juzgado o Tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido el asunto principal”. [Cursiva añadida] A pesar de la errata, la indicada Sentencia se refiere a los daños ocasionados por -y no a- terceros.

establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 241, pudiendo ser oídos en justicia en la forma prevista en el apartado anterior”.

Aun cuando voces autorizadas han defendido que el art. 75.3 LRJS establece “una posibilidad singular del proceso laboral, que es la del resarcimiento integral de daños y perjuicios causados por las partes o por terceros ajenos al procedimiento pero obligados a colaborar con él¹⁰⁷⁴”, me inclino por entender que esta vía privilegiada de reclamación únicamente se aplica en el caso de daños provocados por terceros, y buena prueba de ello es que el art. 97.3 LRSL – norma referida, sin lugar a dudas, exclusivamente, a las partes propiamente dichas-, no contempla una previsión similar. Bajo esta línea de razonamiento, el apartado 3º del artículo 75 debe relacionarse con el apartado inmediatamente precedente, en línea con la interpretación mayoritaria del precepto bajo la vigencia de la LPL¹⁰⁷⁵.

De hecho, es significativo que no se contenga una previsión similar –ni siquiera por vía de remisión- en la LRJS cuando se regulan las consecuencias de los recursos devolutivos interpuestos por los “recurrentes” con fines dilatorios o de forma temeraria. No creo que sea casualidad que el legislador no haya contemplado en estos casos la posibilidad de acudir a una vía de reparación indemnizatoria incidental a favor del litigante perjudicado.

Se trata, por lo demás, de la interpretación del precepto que mejor se acomoda a lo dispuesto en el art. 1 LRJS, cuando señala que “[l]os órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias.¹⁰⁷⁶” La referencia a las pretensiones que se promuevan “dentro de la rama social del Derecho” parece referida a su sustrato sustantivo – y no procesal-, y así se desprende del elenco de cuestiones litigiosas relacionadas en el art. 2 LRJS. Esta interpretación es, además, concorde con la jurisprudencia

¹⁰⁷⁴ José Ángel FOLGUERA CRESPO, ob. cit. p. 366.

¹⁰⁷⁵ Aurelio DESDENTADO BONETE, ya había alertado de las dificultades interpretativas del art. 75.3 LPL en relación a esta cuestión. Ob. cit. p., 339.

¹⁰⁷⁶ Tampoco se contempla la reclamación de los daños procesales en el elenco de cuestiones litigiosas relacionada en el art. 2 LRJS. Si bien es cierto que el apartado t) de este artículo atribuye la competencia a la jurisdicción social para conocer de “cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por ésta u otras normas con rango de ley”, por las razones antedichas el art. 75.3 LRJS difícilmente podría utilizarse para sostener la competencia de la jurisdicción social para conocer de este tipo de reclamaciones que, conviene no olvidarlo, son de naturaleza *civil*. Por lo demás, conviene recordar la cláusula residual contenida en el art. 9.2 LOPJ: “[l]os Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo a la hora de trazar la frontera entre la competencia de la jurisdicción civil y la social, pues “[l]a materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo; y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica de dicho contrato, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que, entre otras, la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC¹⁰⁷⁷...”

Tampoco aclara el precepto el régimen de responsabilidad atribuible al causante del daño, razón por la cual creemos que no cabe inferir la intención del legislador de instaurar un régimen de responsabilidad objetiva. De hecho, no se trata de obligar al tercero a resarcir los daños causados por una actividad de riesgo – fundamento natural de la responsabilidad objetiva-, sino de obligarle a indemnizar los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones legales, lo que denota un reproche eminentemente culpabilístico. Por ello, estimamos que es aplicable el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia fijado en el art. 1902 CC¹⁰⁷⁸; criterio general de atribución de responsabilidad civil que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha de aplicarse en defecto de norma con rango legal que disponga lo contrario¹⁰⁷⁹.

Lo anterior no significa, naturalmente, que el litigante perjudicado por el abuso del proceso social no pueda reclamar los daños procesales a la contraparte. Pero tal reclamación deberá ser residenciada en la jurisdicción civil, a través del juicio declarativo que corresponda en atención a la cuantía reclamada.

1.6. Otras medidas incorporadas a la LRJS para prevenir el abuso del proceso social

En principio, como señala MARTÍN VALVERDE, “la capacidad financiera de los empresarios en el tiempo de pendencia de una controversia legal es superior a la

¹⁰⁷⁷ STS núm. 486/2007 de 11 mayo. RJ 2007\3107; MP: Román García Varela. Sobre esta cuestión, cfr. Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 1/2016.

¹⁰⁷⁸ En ese sentido, cfr. la Sentencia del Tribunal Superior de Extremadura, Sala de lo Social, nº 274/2002, de 17 de mayo (JUR 2002\208055; MP: Alfredo García-Tenorio Bejarano).

¹⁰⁷⁹ STS 523/2015, de 22 de septiembre (JUR 2015\230424; MP: José Antonio Seijas Quintana).

de los trabajadores. Una de las principales tentaciones empresariales de abuso del proceso sería así, si el legislador no se hubiese ocupado hace tiempo de prevenirlo, la prolongación de pleito hasta apurar lo máximo posible la resistencia económica del empleado o ex-empleado que litiga¹⁰⁸⁰". Pero como señala este autor, el legislador laboral, desde los orígenes del proceso social, ha contrarrestado de manera decisiva este posible uso instrumental del proceso. Por ello, la regulación del procedimiento laboral está inspirada en el principio de celeridad (art. 74. 1 LRJS), que informa el régimen de todas las actuaciones procesales. Otro instrumento tendente a corregir este tipo de abusos es la ejecutividad provisional de las sentencias de condena al empresario no firmes (recogida en su día en el art. 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, y actualmente en el art. 289 LRJS), que fue reconocida en el proceso social mucho antes de su acogida en la LEC 1/2000¹⁰⁸¹.

Otro potencial abuso del proceso laboral estaría en manos de las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social, en la medida en que podrían recurrir las resoluciones judiciales desfavorables con un propósito puramente dilatorio. Como apunta MARTÍN VALVERDE,¹⁰⁸² un beneficiario en una situación precaria estaría tentado de no discutir el cálculo de las prestaciones ofrecidas, si la controversia comportara una demora en su percepción por la pendencia de los recursos. Pero también esta vía de abuso ha sido prevenida por el legislador¹⁰⁸³. Los beneficiarios del sistema de Seguridad Social no adquieren el derecho a la prestación solicitada y denegada en vía administrativa hasta que aquél es reconocido en la jurisdicción social, pero las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social no sólo han de abonar las cantidades consignadas en el pronunciamiento judicial, sino que han de continuar abonando (o garantizando) el pago de las prestaciones periódicas reconocidas durante la tramitación del recurso interpuesto (art. 294.1 LRJS).

De lo anteriormente expuesto se deduce sin dificultad que, dadas las especiales características del proceso laboral y el desequilibrio de partida en que, en principio, se encuentran los dos posibles contendientes (empleador y empleado), el legislador ha estado especialmente atento para prevenir los posibles abusos procesales de la parte tradicionalmente considerada más "fuerte" (tanto por su

¹⁰⁸⁰ Ob. cit., p. 188.

¹⁰⁸¹ Cfr. Manuel ALONSO OLEA, "Sobre la historia de los procesos de trabajo", *Revista de Trabajo*, nº 15, 1966. Nos estamos refiriendo, lógicamente, a la posibilidad de instar la ejecución provisional sin necesidad de prestar caución, ya que como es sabido la LEC 1881 condicionaba la misma al cumplimiento de este requisito.

¹⁰⁸² Ob. cit. p., 189.

¹⁰⁸³ Antonio MÁRQUEZ PRIETO, *El proceso de Seguridad Social y la reducción de privilegios administrativos*, Comares, Granada, 1999.

capacidad económica, como por la situación de subordinación del trabajador inherente a toda relación laboral): los empresarios y, en menor medida, las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social. Por el contrario, en lo que se refiere a los trabajadores, la prevención de las prácticas abusivas ha cedido en aras de garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva (lo que encuentra su reflejo, igualmente, en el desigual régimen de imposición de costas procesales establecido por la LRJS). Esta opción legislativa ha sido, además, reforzada por la jurisprudencia,¹⁰⁸⁴ debiendo recordarse que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 141/2016, de 21 de julio¹⁰⁸⁵, atribuye a los procesos laborales un papel de “instrumento corrector de las desigualdades, en favor de los trabajadores”.

Como consecuencia de lo anterior, se constata que los trabajadores son estadísticamente mucho más propensos a interponer recursos de suplicación o casación¹⁰⁸⁶. Y también lo son, aunque en menor medida, los beneficiarios de la Seguridad Social cuando litigan frente a las entidades gestoras o colaboradoras. De ello no se sigue, naturalmente, que el número de recursos interpuestos constituya un indicador preciso del abuso del derecho a litigar; pero sí se aprecia que las normas destinadas a atajar el abuso del proceso por parte del empleador parecen haber surtido efecto, así como que la tradicional ausencia de las mismas en relación a la parte débil de la relación laboral ha producido, en este caso, el efecto contrario.

La existencia de estos instrumentos legislativos contra el abuso del proceso en el ámbito social ha provocado, indudablemente, la utilización en menor medida del derecho a litigar de una forma abusiva. Sin embargo, en la práctica sí se han detectado algunos supuestos, en buena medida coincidentes –aunque menos frecuentes- con los identificados en la jurisdicción civil.

Examinaremos ahora alguno de estos casos, precisando que, en atención al objeto de la presente memoria de investigación, no haremos referencia a los -más comunes- supuestos de abusos intraprocesales, sino a los casos en los que el proceso social mismo, en su integridad, es utilizado por algún litigante con finalidad espuria, ajena a su finalidad institucional.

Así, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1997¹⁰⁸⁷ rechaza el intento del litigante de utilizar el proceso social para contravenir el efecto de cosa juzgada material producido por sentencias dictadas en procesos anteriores, argumentando que “tras la pantalla de la indeterminación

¹⁰⁸⁴ Antonio MARTÍN VALVERDE, ob. cit., p. 192.

¹⁰⁸⁵ RTC 141\2016; MP: Santiago Martínez-Vares García.

¹⁰⁸⁶ Antonio MARTÍN VALVERDE, ob. cit., p. 192.

¹⁰⁸⁷ RJ 1997\11611; MP: Aurelio Desdentado Bonete.

se está tratando de desconocer el efecto excluyente de la cosa juzgada producido por las sentencias dictadas en los procesos de impugnación de las promociones, en una actuación que hay que calificar como constitutiva de abuso procesal”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1986¹⁰⁸⁸ aprecia falta de buena fe procesal en la conducta de un administrador societario que reclama que se declare nulo su despido por cierre de la empresa (causado por unas inundaciones), cuando la apertura del centro de trabajo dependía de él mismo. Se aprecia un uso instrumental del proceso social para obtener un beneficio económico ilegítimo del Fondo de Garantía Salarial, lo que lleva a la desestimación de la demanda en sentencia *ex art.* 11.2 LOPJ. El TS confirma esa desestimación y no duda en declarar la acción ejercitada en la demanda como una “pretensión abusiva”.

También se han detectado en la jurisdicción laboral casos de “proceso aparente”, como el que dio lugar a la Sentencia del TSJ de Murcia nº 372/2015, de 11 de mayo, en el que los litigantes se concertaron para obtener una sentencia en perjuicio de tercero.¹⁰⁸⁹ En efecto, las características particulares de la normativa laboral sustantiva provocan que no sea infrecuente que el proceso social sea utilizado por los justiciables como medio para defraudar los intereses del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA,) del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) o del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Un supuesto que la jurisprudencia social ha identificado como constitutivo de abuso procesal es el ejercicio ante los tribunales por parte de un trabajador de la facultad resolutoria del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (acompañada de la reclamación de los salarios que le son adeudados), cuando la empresa se encuentra sujeta a un expediente de regulación de empleo o en situación concursal. El Tribunal Supremo ha señalado que en estos casos, no solo se vería afectado el principio (sustantivo) de solidaridad entre los trabajadores si

¹⁰⁸⁸ RJ 1986\942; MP: Enrique Ruiz Vadillo.

¹⁰⁸⁹ JUR 2015\137241; MP: Rubén Antonio Jiménez Fernández. El TSJ de Murcia rechaza la demanda interpuesta, señalando lo siguiente: “En el presente caso, esta sala estima que el propio proceso promovido por las partes constituye el instrumento para hacer efectivos los pactos fraudulentos adoptados con ocasión de la formalización de un contrato de trabajo y la simulación de una relación laboral, por lo que aprecia que ambas partes se han conducido con abuso de derecho y con la finalidad de perjudicar a terceros (Fogasa, SPEE e INSS), respecto de los cuales, aunque no hayan sido demandados o no hayan comparecido, esta sala está obligada a dispensar la correspondiente tutela. Es por ello que, haciendo uso de tales facultades, procede estimar la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de las reclamaciones de cantidad y de la acción ejercitada por despido y acordar la notificación de la presente sentencia a las citadas entidades”.

se ampararan judicialmente pretensiones de este tipo, sino que se ha acudido para su rechazo a los artículos 75.1 LPL y 11.2 LOPJ¹⁰⁹⁰.

En otras ocasiones ha sido la figura del desistimiento el instrumento utilizado por el litigante de forma abusiva para, por ejemplo, alterar las reglas de reparto. Este tipo de actuaciones, destinadas a alterar las normas que regulan el juez predeterminado por la Ley podrían ser catalogadas, de un lado, como un fraude procesal y, por tanto, ajenas en principio a la categoría dogmática del abuso del proceso. Sin embargo, desde la óptica del desistimiento que se emplea para conseguir tal fin espurio, existiría también un abuso de esta concreta figura procesal, lo que justifica que nos detengamos ahora en su análisis.

Es expresiva, a este respecto, la Sentencia del TSJ de Madrid nº 79/2001, de 14 de febrero¹⁰⁹¹, dictada ante un caso en el que un justiciable presentó tres demandas idénticas de forma casi consecutiva, procediendo al desistimiento de las dos primeras para que la competencia judicial quedara artificialmente residenciada en el juez que conocía de la tercera (que es de suponer que era el preferido por el actor). Esta estrategia evidencia una manifiesta actuación maliciosa de la parte demandante –concretada en la interposición de las tres demandas idénticas y los dos desistimientos ulteriores– que, abusando de su derecho a la tutela judicial efectiva, pretende sustituir al juez natural predeterminado por la Ley, lo que lleva al TSJ a declarar la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia¹⁰⁹².

Otra (supuesta) utilización abusiva de la figura del desistimiento se advierte en el asunto resuelto por la Sentencia del TSJ de Andalucía en Sevilla nº 973/1993,

¹⁰⁹⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1986 (RJ 1986\3696; MP: Félix de las Cuevas González). Para la Sentencia del TSJ de Madrid nº 316/1998, de 12 de marzo (AS 1998\792; MP: Enrique de No Alonso-Misol), las “circunstancias de solidaridad laboral y buena fe procesal (art. 11 LOPJ) limitan el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 50.1, b) del ET (desde el momento en el que, por circunstancias de crisis económica, la empresa presenta expediente de regulación de empleo como medida para resolver su situación, aunque los trabajadores conserven, como es lógico, la acción declarativa y de condena tendente a la satisfacción de los salarios que les sean adeudados, y por tanto al ser el ejercicio de la acción resolutoria posterior a la incoación del ERE, es claro que a la facultad de pedir -art. 50- ha de darse la respuesta de no dar (STS 12 mayo 1988 y la de 12 marzo 1990 de esta Sala y demás coincidentes en criterio) por prevalencia del artículo 51 sobre el 50 (ambos del ET) en supuesto de concurrencia de ambos”.

¹⁰⁹¹ JUR 2001\147876; MP: Miguel Moreiras Caballero.

¹⁰⁹² No se me escapa que la posición –que no comparto– del Tribunal Constitucional, a día de hoy, es que, “en principio”, la infracción de las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia no afecta al derecho al juez predeterminado por la Ley, “pues todos ellos gozan de la misma condición legal de juez ordinario”. STC 37/2003, de 25 febrero, (RTC 2003\37; MP: Francisco Javier Delgado Barrio). Pero como precisa Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “materialmente, una regla de reparto y una regla de competencia son iguales, cumplen la misma función: determinar qué órgano jurisdiccional debe juzgar un asunto dado”, “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1991, p. 84.

de 4 de mayo¹⁰⁹³. En este caso, lo que se pretendió por el litigante era desistir parcialmente en el acto del juicio -reduciendo así la cuantía reclamada en la demanda-, con el fin de que la sentencia que se dictare por el juez de lo social no fuere recurrible en suplicación ante el TSJ, dado que poco antes del juicio ese Tribunal se había pronunciado en sentido contrario a la tesis defendida por el actor.¹⁰⁹⁴ Admitiendo que se trata un caso muy dudoso, me inclino por entender que la actuación del actor estaba amparada por el principio de rogación y no suponía -al contrario de lo que manifiesta el TSJ de Andalucía- un caso de abuso de derecho. Nótese que en el proceso laboral el demandante ostenta un poder de disposición sobre el objeto del proceso y que ese desistimiento parcial fue realizado en iniciarse al juicio, sin que, por tanto, produjera un asignación ineficiente de recursos públicos, a diferencia de lo que ocurrió en el caso que dio lugar a la sanción impuesta por el Acuerdo del TS, Sala Primera, 4 de marzo de 2015. Pero es que, además, el Tribunal Supremo en ningún caso indicó que el recurso de casación interpuesto debía resolverse a pesar del desistimiento, sino que, admitiendo esa facultad del recurrente, declaró que debía ser sancionado en atención a las especiales circunstancias en las que se produjo. Sin embargo, tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ de Andalucía llegan hasta el punto de imponer

¹⁰⁹³ AS 1993\2364; MP: Miguel Coronado Benito. Un caso similar en la jurisdicción civil se examina en el Auto de la AP de Navarra, Sección 2ª, núm. 45/1998 de 4 mayo (AC 1998\5316; MP: Fermín Zubiri Oteiza). Este caso concreto de litigación abusiva ya fue atisbada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en su clásico *Proceso, autocomposición y defensa*, cit., p. 179.

¹⁰⁹⁴ A primera vista, este desistimiento guardaría una analogía sustancial con el analizado por el Acuerdo del TS, Sala Primera, 4 de marzo de 2015 (JUR 2015\132771; MP: Rafael Sarazá Jimena), mediante el que se sancionó a una entidad financiera por desistir del recurso de casación poco antes de fecha señalada para la votación y fallo del mismo. El TSJ de Andalucía lo razona así: "Si el desistimiento en el acto del juicio fuere parcial, de tal modo que la reducción de la cuantía reclamada derivada de aquél, llevare consigo la inadmisión del recurso de suplicación por razón de la cuantía, y a ello se opusiere por tal motivo la parte demandada, dicho proceder debe declararse hecho en fraude de ley, conforme a lo prevenido en el art. 6.4 del Código Civil y art. 75.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al menos cuando, como en el caso de autos, no exista ninguna circunstancia objetiva y razonable para tal desistimiento pues, estando ya vencido el período por el que se desiste (2.º semestre 1990), la razón de pedir es la misma que la del primero (reconocimiento por sentencia de una superior categoría), por lo cual la división del petitum implicaba la de la continencia de la causa, y su única finalidad no era otra que la de evitar un recurso ante un Tribunal superior, que previamente se había pronunciado contrario a la tesis del actor". Ahora bien, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo el desistimiento se produjo justo antes de la votación y fallo, cuando la recurrente supo que el recurso de casación sería resuelto por el Pleno de la Sala Primera, siendo además ese litigante "reincidente", pues había formulado apenas dos años antes un desistimiento en idénticas condiciones. Pero en el caso resuelto por el TSJ no existía ni una afectación de los intereses públicos, ni una actuación reincidente. Y, en todo caso, una cosa es sancionar un desistimiento abusivo mediante una multa y otra -mucho más gravosa- poner en solfa el principio de rogación de los litigantes.

su criterio sobre el principio dispositivo del actor, no permitiéndole desistir parcialmente de lo reclamado en su demanda¹⁰⁹⁵.

No parece casual que, en todos estos casos, el abuso del proceso sea imputable al empleado. Dado que la LRJS contiene determinadas previsiones destinadas a prevenir específicamente un uso espurio del proceso laboral por parte del empresario o de la Administración -pero no contiene una regulación similar cuando se trata del trabajador- es lógico que, en la práctica, parezca detectarse un ejercicio desviado más frecuente del proceso social por parte de éste¹⁰⁹⁶.

1.7. Conclusiones

1º.- La diferente posición de partida de los litigantes en el proceso social ha inducido al legislador, tradicionalmente, a articular una serie de medidas legislativas para equilibrar su posición procesal y prevenir eventuales abusos del proceso por parte del empleador. Ello ha mitigado en buena medida la utilización desviada del proceso social por parte del empleador y de la Administración.

2º.- Al igual que la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social también contempla la posibilidad de imponer multas pecuniarias a los litigantes que contravienen la buena fe procesal y/o abusan del proceso. Ahora bien, la regulación de esta materia en la LRJS presenta numerosas dudas interpretativas, provocadas por una deficiente técnica legislativa. Nos inclinamos por sostener que la sanción prevista en el artículo 75.4 LRJS tiene por objeto sancionar exclusivamente las actuaciones intraprocesales de los litigantes que contravienen la buena fe procesal o son abusivas, constitutivas de fraude de ley o procesal; mientras que la sanción contemplada en el artículo 97.3 LRJS está orientada a prevenir las pretensiones abusivas o temerarias (u oposiciones a la misma de idénticas características) que sean el objeto principal del proceso laboral.

3º.- A nuestro juicio, y con todas las cautelas que impone la ambigüedad de la norma -que no es en absoluto clara-, la vía incidental de reclamación de daños y perjuicios prevista en el artículo 75.3 LRJS se aplica, exclusivamente, a los que hayan sido provocados por terceros -pero no por las partes del proceso- que hayan incumplido las obligaciones impuestas por la LRJS y, con ello, hayan

¹⁰⁹⁵ En la doctrina y jurisprudencia italianas existe una viva polémica sobre la admisibilidad de la denominada "domanda frazionata"; es decir, sobre la posibilidad del actor de "fraccionar" su crédito y de formular varias reclamaciones judiciales. Cfr. Claudia SCARPANTONI, *L'abuso del processo: configurabilità e sanzioni*, cit., pp. 173-180.

¹⁰⁹⁶ Lo anterior, lógicamente, no significa que los trabajadores, *per se*, sean más proclives a litigar de forma abusiva, sino que la propia *estructura asimétrica del proceso laboral*, en tanto en cuanto limita las posibilidades de un uso desviado del mismo por parte del empresario, determina que sea más factible su utilización espuria por la parte más protegida por el legislador.

causado un perjuicio patrimonial a alguno de los litigantes, sin que sea una vía para reclamar los daños procesales a la contraparte. Para ello, a nuestro juicio, debería plantearse la correspondiente demanda en la jurisdicción civil.

4º.- Tampoco la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permite al órgano judicial inadmitir a trámite una demanda por reputarla *prima facie* abusiva. La posibilidad de rechazar las demandas por esta razón ha de posponerse a la resolución definitiva que ponga fin al proceso. Ahora bien, el órgano judicial sí podrá inadmitir a trámite peticiones –o actuaciones procesales de oposición– intraprocesales abusivas.

5º.- Si bien la imposición de las sanciones pecuniarias a las partes que contravienen la buena fe procesal, incurren en un abuso de derecho o en fraude de ley o procesal, sí está regulada de forma específica en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no ocurre lo mismo con la actuación contraria a la buena fe procesal de los profesionales que intervienen en el proceso social (abogados, procuradores y graduados sociales colegiados), por lo que abogamos por la aplicación supletoria del artículo 247.3 LEC¹⁰⁹⁷. No obstante lo anterior, no faltan autores dentro de la doctrina laboralista que entienden que también los profesionales citados pueden ser sancionados por el juez de lo social al amparo del art. 75.4 LRJS.

6º.- La LJRS contiene varias normas destinadas a prevenir el abuso del proceso social por parte del empresario o de la Administración –lo que se manifiesta incluso en el régimen de imposición de las costas procesales–, lo que no ocurre con el trabajador. De ahí que en la praxis forense parezca ser más frecuente un ejercicio desviado del proceso laboral por parte de éste.

¹⁰⁹⁷ Nótese que, en virtud del art. 4 LEC, los preceptos de esa norma son aplicables de forma *supletoria* –que no analógica– a, entre otros, el proceso social. De hecho, la Disposición Final Cuarta de la LRJS dispone que “[e]n lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios”. Por tanto, se respetan las garantías del Derecho sancionador, sometido al principio de tipicidad, y que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*) y en la proscripción de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*, que vedan la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que en ellas mismas se determinan. O dicho con mayor precisión, la indeterminación de las conductas sancionables al amparo del art. 247.3 LEC –cualquiera que sea “contraria a las reglas de la buena fe procesal”– no deriva de su eventual aplicación supletoria a otras jurisdicciones distintas de la civil, sino de su propia configuración como un precepto de “textura abierta”. Hasta donde me alcanza, los tribunales han aplicado el art. 247.3 LEC en todas las jurisdicciones, sin que se haya cuestionado la posible interdicción del recurso a técnicas de integración normativa –como la supletoriedad– distintas de la analogía, aun moviéndonos el terreno del Derecho sancionador. Tampoco la doctrina se ha ocupado de este potencial aspecto problemático, salvo error por mi parte.

2. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL

2.1. *El principio de buena fe en el proceso penal*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene ningún precepto específico destinado a regular los remedios y consecuencias del abuso del procedimiento penal. Tampoco contiene, por razones que a continuación explicaremos, referencia alguna a la obligación de respetar la buena fe procesal. En efecto, desde la perspectiva del investigado, no debemos olvidar que, como señala la doctrina de una forma mayoritaria, el principio de buena fe alcanza *prima facie* -con la matización que ahora se dirá- tan solo a las partes acusadoras, a las civiles, así como a terceros, pero el derecho de defensa imposibilita exigirle al investigado o al encausado que aporte pruebas o facilite datos en su propio perjuicio¹⁰⁹⁸. La imposibilidad de exigir el principio de probidad al investigado/acusado conlleva la necesidad de que “el comportamiento procesal, no sea coaccionado, constreñido, jurídica o moralmente, ni de ninguna manera y por ningún medio, evitando de esta forma, la producción de situaciones en contradicción con los propios dictados de la naturaleza humana¹⁰⁹⁹”.

Como señala PICÓ I JUNOY, a idéntica conclusión se llega si atendemos al reconocimiento constitucional del derecho fundamental de todo investigado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (artículo 24.2 CE), por lo que se ha considerado que el artículo 387 LECrim, que le exige decir verdad, había quedado derogado tácitamente de conformidad con la disposición derogatoria tercera de la Constitución Española¹¹⁰⁰. La jurisprudencia constitucional ha venido a refrendar este criterio, y así la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1996, de 9 de julio¹¹⁰¹, sostiene que “el acusado no solo no tiene obligación (de decir la verdad), sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, pues hasta ahí llega el derecho a la defensa”.

Lo anterior nos sitúa ante el problema de si el investigado (o el encausado) puede, consecuentemente, contravenir las reglas de la buena fe procesal sin ningún tipo de cortapisa y sin poder ser sancionado por ello. A mi juicio, tiene razón aquella parte de la doctrina que mantiene que es preciso distinguir dos planos diferentes en el ejercicio del derecho de defensa del investigado o acusado¹¹⁰². El sustantivo o material -que es el que hace referencia al fondo de los hechos investigados-,

¹⁰⁹⁸ Por todos, *vid.* PICÓ I JUNOY, *ob. cit.*, p. 181.

¹⁰⁹⁹ Manuel M. GÓMEZ DEL CASTILLO, *El comportamiento procesal del imputado (silencio o falsedad)*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 48.

¹¹⁰⁰ *Ob. cit.* p., 183.

¹¹⁰¹ RTC 1996\129; MP: Enrique Ruiz Vadillo.

¹¹⁰² PICÓ I JUNOY, *ob. cit.*, pp. 183-184.

respecto del cual no le es exigible, ni que diga la verdad, ni que colabore mínimamente en el esclarecimiento de la misma, por lo que tiene derecho a guardar silencio, a mentir, a no aportar elementos de prueba que le incriminen, etc., sin que ello pueda suponerle perjuicio directo alguno, más allá de la valoración que haga el órgano judicial encargado de instruir el proceso y, después, el que deba juzgarle, de ese comportamiento, a la hora de analizar el conjunto de los elementos probatorios que existan en la causa¹¹⁰³.

Frente al anterior, hay que distinguir el plano estrictamente procesal, en el que, a mi juicio, sí que le es exigible al investigado (y al acusado) el respeto a la buena fe -insisto: desde una perspectiva estrictamente *formal*- en la tramitación del proceso penal. Este argumento vendría avalado por el hecho de que el artículo 11.1 LOPJ no contenga excepción alguna en relación al proceso penal, de forma que debe entenderse aplicable también a éste, si bien con la matización antes hecha (y que permite una lectura del principio de buena fe procesal acorde con los derechos constitucionales del investigado o acusado). De igual forma, cabe sostener la aplicación supletoria del art. 247.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil (*ex* artículo 4 LEC), con la misma salvedad antedicha. El Tribunal Supremo, Sala Segunda, en su Auto de 17 de mayo de 2015,¹¹⁰⁴ entendió específicamente aplicable el artículo 247 LEC al proceso penal, imponiendo una multa por el ejercicio de la acción penal de forma desviada por una acusación popular.

En contra de esta distinción se pronuncia MONTERO AROCA, quien parece sostener que el principio de buena fe procesal no sería exigible al investigado/encausado, en ningún plano y bajo ninguna circunstancia. Así, este autor afirma que “sigo

¹¹⁰³ Ahora bien, debe indicarse que la valoración que el juez debe otorgar a ese silencio o pasividad del encausado no está exenta de polémica. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006\717; MP: José Ramón Soriano Soriano) afirma que “no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en un proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, como la inconsistencia de la versión de los hechos que aporte el acusado, habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial”. Doctrina que sigue, en lo esencial, el criterio fijado por la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 («caso *Murray contra Reino Unido*, TEDH 1996\7»), cuando afirma que el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, pero cuando los cargos de la acusación -corroborados por una sólida base probatoria- sean lo suficientemente sólidos, el tribunal puede valorar la actitud silente del acusado. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la misma línea, ha declarado que «puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación» [STC 202/2000, de 24 de julio, RTC 2000\202, MP: Vicente Conde Martín de Hijos]. Para un examen de los argumentos contrarios a esta postura, *vid.* el incisivo voto particular del magistrado Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ a la propia STS de 14-2-2006. Sobre este polémica, cfr. Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “La valoración judicial de la prueba de ADN: estadística y verdad procesal. A propósito de la STS nº 607/2012, de 9 de julio de 2012”, *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 30, 2013, pp. 295-298.

¹¹⁰⁴ JUR 2015\134314; MP: Antonio del Moral García.

sorprendiéndome de que ese mismo principio [el de buena fe procesal] tenga que llevar a que el imputado no pueda usar de todo lo que la ley le permite, incluso aunque ello suponga ánimo dilatorio, de modo que la buena fe y el deber que ella supone han de implicar que el imputado debe colaborar con que, primero, se decida el proceso rápidamente y, después y en su caso, con que ingrese en la cárcel cuanto antes¹¹⁰⁵”.

Esta tesis maximalista no acaba de convencerme, pues llevada hasta sus últimas consecuencias haría ingobernable el proceso. Si el acusado –y su defensa- es libre para, contrariando la buena fe procesal –insisto: en su aspecto puramente formal-, plantear de manera ilimitada todo tipo de incidentes dilatorios, podemos encontrarnos con el planteamiento indefinido de obstáculos que harían imposible –o muy dificultoso- enjuiciar al procesado. El derecho de defensa del acusado, como todos¹¹⁰⁶, no es *absoluto*. Coincido con MONTERO AROCA en que habrá de reprimirse la eventual mala fe procesal del acusado con suma cautela (para no cercenar sus derechos constitucionales), pero de ahí a descartar de forma completa que el investigado o encausado, en el seno del proceso penal, pueda conculcar la buena fe procesal, media un trecho.¹¹⁰⁷

Naturalmente que el encausado o investigado no tiene obligación alguna de colaborar en que el proceso se tramite diligentemente y de forma rápida. Pero también es cierto que las maniobras dilatorias injustificadas de éste no pueden admitirse en todo caso, indefinidamente, y bajo cualquier circunstancia. Por lo demás, la práctica de los tribunales evidencia que la actuación procesal del encausado ha de estar sujeta a algún tipo de límite, por muy laxo que sea éste, pues en otro caso no podría juzgarse al encartado.

Un ejemplo clásico lo constituye la renuncia infundada del acusado a su letrado al comienzo del juicio oral, cuando dicho cambio es una estrategia para retrasar el inicio del plenario o, incluso, para causar artificialmente una demora que provoque la puesta en libertad del encartado por agotamiento del periodo

¹¹⁰⁵ “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”, cit., pp. 262-263.

¹¹⁰⁶ Salvo, según el TC, el derecho a no sufrir tortura. Cfr. STC 151/1997, de 29 septiembre (RTC 1997\151; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

¹¹⁰⁷ Una cuestión distinta es la innegable dificultad de deslindar, en este ámbito, lo material de lo procesal. Un ejemplo reciente de lo que decimos lo constituye, por ejemplo, la obligatoriedad del acusado de denunciar durante la instrucción de la causa los posibles irregularidades existentes en la prueba de ADN, exigencia que la Sala Segunda vincula de forma directa con el “deber de buena fe o lealtad consagrada en el art. 11. LOPJ”. Como muestra de esta imbricación, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 834/2016, de 3 de noviembre (RJ 2016\5200; MP: Luciano Varela Castro) rechaza el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, afirmando que el principio procesal de preclusión posee una “menor entidad axiológica -como principio meramente procedimental-” que el derecho a contar con asistencia letrada durante la toma de muestras de ADN.

máximo de prisión preventiva¹¹⁰⁸. Señalaremos algo tan elemental como que, de no ponerse freno a una renuncia ilimitada a los sucesivos letrados designados, el acusado jamás podría ser juzgado¹¹⁰⁹. En este contexto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha acudido en numerosas ocasiones a la figura del abuso procesal para rechazar la conculcación del derecho de defensa del condenado. A modo de ejemplo, la STS nº 1766/2003, de 26 de diciembre¹¹¹⁰, declara que “es posible que el interesado cambie el letrado voluntariamente designado cuantas veces lo considere oportuno, siempre que ello no suponga un uso fraudulento del derecho con el consiguiente perjuicio para el proceso, reflejado negativamente en los intereses en juego. En estos casos, el Tribunal debe rechazar la pretensión al amparo del artículo 11.2 de la LOPJ, siempre que no se acredite una razón objetivamente atendible”.

En el mismo sentido, es pertinente la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1991, de 30 de octubre,¹¹¹¹ que consideró abusiva la interposición de un recurso inútil, intempestivo y dilatorio, que solo buscaba la paralización transitoria del proceso penal para poder alegar después el transcurso del plazo máximo de prisión preventiva y solicitar, en consecuencia, la puesta en libertad del acusado:

“Es cierto también que el derecho a la tutela comprende también el derecho a ejercitar los recursos legalmente preestablecidos [...] Pues bien, uno de los deberes de colaboración de las partes en el proceso, a fin de que pueda obtenerse una rápida y eficaz tutela efectiva, estriba precisamente en la obligación procesal de actuar en el proceso de buena fe (art. 11 L.O.P.J.), con probidad, sin chicanas, ni enredos. No ha sido ésta

¹¹⁰⁸ Es el caso de la Sentencia de la Sala Segunda núm. 128/2015, de 25 febrero (RJ 2015\1075; MP: Joaquín Giménez García): “El hecho de estar en prisión no equivale a estar incomunicado, sino que existe una efectiva posibilidad de comunicarse tanto con su letrado nombrado de oficio como con el Tribunal y por supuesto de contactar con un abogado de su confianza. El hecho de efectuarse tal alegación en el momento del inicio de las sesiones del Plenario constituye sin duda un abuso de jurisdicción que entraña un fraude procesal que de acuerdo con el art. 11-2º LOPJ pues existió una posibilidad real de que el recurrente nombrara un abogado de su elección sin provocar demoras y dilaciones, y al no haberlo hecho, surge como única explicación plausible el deseo de provocar una demora que además provocaría la puesta en libertad por agotamiento del periodo máximo de prisión”.

¹¹⁰⁹ Otro ejemplo aparece descrito en la *Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado*, sobre plazos máximos de la fase de instrucción. Así, tras la reforma de la LECrim llevaba a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, “habrá de partirse de que actuaciones procesales del investigado, contrarias a la buena fe o temerarias por estar dirigidas a suscitar incidentes con la finalidad de agotar el plazo instructorio habrán de considerarse incursas en la prohibición del art. 11.2 LOPJ. En tales supuestos, deberá entenderse que no corre el plazo, debiendo los Sres. Fiscales interesar, mediante dictamen motivado, el dictado por el Juez de la correspondiente resolución que acuerde su suspensión”.

¹¹¹⁰ RJ 2003\9351; MP: Miguel Colmenero Méndez de Luarca.

¹¹¹¹ RTC 1991\206; MP: Vicente Gimeno Sendra.

precisamente la conducta del recurrente, quien mediante la interposición de un inútil (a los efectos de su defensa material), intempestivo (porque pudo promover la cuestión al inicio de la instrucción) y dilatorio recurso, provocó la paralización del proceso penal principal durante más de un año. Dicha conducta obstruccionista no sólo no guarda proporcionada relación con el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sino que, antes al contrario, estuvo dirigida exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del recurrente por el mero transcurso de los plazos legales de la prisión provisional, razón por la cual dicha antijurídica conducta, contraria a la obligación constitucional de colaboración con Jueces y Tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la Justicia, no puede merecer el amparo de la Constitución”.

Ahora bien, siendo esto cierto -y dejando al margen la multitud de oportunidades que tendrá el investigado o acusado de conculcar la buena fe en actuaciones intraprocesales-, es muy difícil imaginar (al margen de los supuestos de proceso “aparente”), casos en los que el proceso penal como tal (considerado globalmente) pueda ser utilizado por el investigado/acusado de forma contraria a su fin institucional; es decir, en que exista un genuino abuso del proceso penal por su parte. Por el contrario, no es difícil imaginar supuestos en los que este abuso se produzca a instancia de la acusación, ya sea particular o popular, como a continuación examinaremos.

2.2. Actuaciones abusivas de la acusación

2.2.1. La querrela “coactiva”

Hecha la anterior precisión, no es extraño constatar que los casos de abuso del proceso penal enunciados por la doctrina y recogidos por la jurisprudencia sean prácticamente siempre imputables a las acusaciones.

A este respecto, es inevitable hacer mención, en primer lugar, a la denominada querrela “catalana” o coactiva¹¹¹². Siguiendo la definición de GIMENO SENDRA estaríamos ante un “chantaje procesal”, cuya finalidad “no es tanto la instauración del proceso para la aplicación de una pena al autor del delito, cuanto lograr mediante el poder disuasorio que detenta el proceso penal, la satisfacción extraprocesal del querellante¹¹¹³”. Nos encontramos ante un supuesto bastante típico de abuso del proceso, puesto que se utiliza como un instrumento, no para

¹¹¹² También llamada “querrela técnica” por algunos autores. Cfr. José Luis GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V. I, 2012, p. 132.

¹¹¹³ Vicente GIMENO SENDRA, *La Querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 250.

el esclarecimiento de los hechos o para la obtención de una tutela judicial concreta, sino para doblegar la voluntad del querellado.¹¹¹⁴

Este tipo de conductas abusivas suelen estar relacionadas, por lo general, con delitos de tipo económico; el querellante pretende trasladar artificiosamente a la jurisdicción penal cuestiones que deberían ventilarse, de modo natural, en la civil¹¹¹⁵. Los hechos que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1193/2010, Sala 2ª, de 24 de febrero¹¹¹⁶, son un caso paradigmático. Se interpuso una querrela –con conciencia de su falsedad– para coaccionar a determinadas personas físicas a fin de que asumieran personalmente el pago de un crédito concedido por la entidad financiera querellante a una sociedad vinculada con los querrelados. En el seno de la instrucción de la causa, llegó incluso a acordarse la prisión preventiva para ellos –por parte de un magistrado que años después sería expulsado de la carrera judicial–. Una vez archivada la causa incoada contra ellos, los perjudicados formularon una querrela por denuncia falsa, obteniendo la condena –ratificada por el Tribunal Supremo– de varios directivos de la entidad financiera y de su abogado¹¹¹⁷.

En muchos casos, la finalidad de la acusación particular presentando este tipo de querrelas (que de tan recurrentes adquirieron el calificativo coloquial de “catalanas”; expresión que ha hecho fortuna y que se usa ya por la doctrina y la jurisprudencia) consiste en amedrentar, como decíamos, al destinatario de la acción penal, con el fin de que acceda a determinadas pretensiones (normalmente de tipo económico), siendo perfectamente consciente la acusación de que no existe una base jurídica –o fáctica– seria para la imputación del delito o delitos en que se funda la querrela¹¹¹⁸.

¹¹¹⁴ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliniana revestida de amenaza”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. Cabanillas Sánchez), Vol. 2, 2002, pp. 3339-3358.

¹¹¹⁵ Como indica Mariano YZQUIERDO TOLSADA, a este fenómeno no es ajeno el hecho de que, con arreglo al ordenamiento penal español –que sigue en esto al Derecho francés, en contraposición, por ejemplo, con el alemán–, la responsabilidad civil derivada del delito se exija –salvo reserva expresa del perjudicado (art. 112 LECrim)– en el seno del propio proceso penal. “Querrelas chantajistas y Derecho civil *light*. Sobre las disfunciones de la acción civil en el proceso penal”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 16, 2005. Cfr. también, del mismo autor, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista jurídica del Notariado*, nº 57, 2006, pp. 265-290.

¹¹¹⁶ RJ 2011\1978; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

¹¹¹⁷ La pertinencia de la condena al letrado será analizada *infra* (VII.3.2).

¹¹¹⁸ En los casos más extremos, esta actuación puede ser incluso constitutiva de un delito de extorsión y otros afines. Sirvan como botón muestra las conductas descritas –aunque sea a título indiciario– por el Auto del Juzgado Central nº 1 de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2016, caso “Ausbanc y Manos Limpias” (JUR 2016\83908; MP: Santiago Pedraz Gómez). Lógicamente, no debe confundirse la legítima pretensión del perjudicado por el presunto delito de verse

2.2.2. Las querellas “preparatorias” y las prospectivas

Una variante más sofisticada –pero no por ello menos censurable– de este tipo de querellas instrumentales es aquella que tiene como finalidad, no tanto amedrentar al querellado, como obtener información y documentación en el seno de la instrucción penal, que luego será utilizada en el proceso civil subsiguiente (que el querellante tiene pensado plantear una vez que se archive la causa penal).

Nuevamente, nos encontramos ante un caso paradigmático de abuso del proceso, que se utiliza para un fin distinto para el que fue institucionalmente diseñado. Conceptualmente, creo más acertado incluir esta conducta en el abuso del derecho a litigar que en el fraude de Ley, porque no se “prepara” ilegítimamente el pleito civil amparándose en una norma concreta (de cobertura) con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos que, no siendo los propios de esa norma, sean además contrarios a otra norma (defraudada) o al ordenamiento jurídico. De forma diversa, se instrumentaliza indebidamente el proceso penal *en su conjunto* para obtener de él algo para lo que no está legalmente diseñado.

Dicho de otra forma, se utiliza en estos casos el proceso penal para obtener una suerte de “prueba anticipada” de cara a su utilización en el proceso civil que se tiene intención de promover a continuación. Dado que en el seno de la instrucción penal de una causa es más fácil obtener determinados elementos probatorios que, en muchos casos, no encuentran fácil encaje en las diligencias preliminares de la LEC, se acude a la utilización espuria de la acción penal para “preparar” el pleito civil.

Otro tipo de querellas que, a nuestro modo de ver, pueden igualmente tildarse de abusivas –y que guardan cierta relación con las “preparatorias”–, son aquellas que tienen como finalidad utilizar el propio proceso penal como instrumento prospectivo para intentar detectar conductas ilícitas distintas de las que son objeto de la propia querella. Son los supuestos en los que se pretende una suerte de “causa general” contra el investigado¹¹¹⁹, aprovechándose de la inicial incoación del proceso penal para interesar una batería de diligencias con el fin de

íntegramente indemnizado por el acusado –siendo lícitos los acuerdos, ya sean de responsabilidad civil y/o de retirada de la acusación particular, destinados a dicha finalidad– con la ilícita exigencia del actor público al investigado o acusado de una contraprestación para retirar la acción pública.

¹¹¹⁹ Sobre la problemática de la “causa general” en el Derecho procesal penal español, *vid.* Marien AGUILERA MORALES, *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho Español*. Civitas, Madrid, 2008. Para esta autora, “aunque en las causas generales se dan las circunstancias necesarias para aplicar –sin modulaciones– el régimen de nulidad de actuaciones, es tal su grado de antijuricidad que, a nuestro juicio, su ineficacia debe ir más allá del propio proceso; deber ser –más llanamente– una ineficacia absoluta”. *Ob. cit.*, p. 177. El equivalente anglosajón de la *inquisitio generalis* serían las denominadas “fishing expeditions”. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU del caso *Minnesota v. Dickerson*, (508 U.S. 366), de 7 de junio de 1993.

“descubrir” nuevos delitos. Interesa precisar que, lógicamente, nada impide que se investiguen delitos conexos con el objeto de la querrela que se deriven naturalmente del curso de la instrucción. Pero lo que aquí se sostiene es la imposibilidad de utilizar instrumentalmente el proceso penal para investigar hechos distintos de los que forman parte de la querrela con la intención de “encontrar” algún delito en la conducta del investigado, en rigor ajeno a la acción penal inicialmente ejercitada, y cuya existencia se desconoce *ab initio*.

El Tribunal Constitucional ha censurado en varias ocasiones –aunque sea *obiter dicta*– las *inquisitio generalis*¹¹²⁰, al reputarlas incompatibles con la Ley Fundamental española:

“En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española¹¹²¹”.

2.2.3. La querrela “dilatatoria”

Ya se aludió anteriormente (*vid. supra* II.5.4) a la solicitud infundada de suspensión del proceso por la existencia de una supuesta prejudicialidad penal, pero vista desde la óptica del proceso civil suspendido. Recordaremos que, con arreglo al artículo 40.7 LEC, si una causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una las partes y finalizare por resolución en la que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y ss. Por su parte, el artículo 569.2 LEC dispone que, en el supuesto de la suspensión por prejudicialidad penal de la ejecución, si la causa criminal

¹¹²⁰ AGUILERA MORALES realiza una sutil distinción entre los conceptos de *inquisitio generalis* y causa general que merece la pena reproducir: “*Inquisitio generalis* implica una investigación realizada sin saber lo que se indaga o, visto desde otro ángulo, en que se indaga cualquier hecho delictivo que pudiera haber tenido lugar sin tener noticia previa de su comisión o a cualquier persona sin tener asimismo noticia de los posibles hechos delictivos en que pudiera haber participado. Por su parte, la causa general es un proceso que se instrumentaliza al servicio de esa investigación generalizada, lo que puede suceder, bien desde el mismo momento de su incoación, bien de forma sobrevenida”. Ob. cit., p. 203.

¹¹²¹ STC 32\1994, de 31 de enero (RTC 1994\32; MP: Carles Viver Pi-Suñer).

finalizarse por resolución en la que se declarara la inexistencia del hecho o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, en los términos previstos en el apartado séptimo del artículo 40 LEC.

La inclusión de estas previsiones en la ley procesal civil no es, naturalmente, casual, sino que se explica por la relativa frecuencia con la que algunos demandados o ejecutados pretenden retrasar la tramitación del procedimiento civil (ya sea declarativo o de ejecución), abusando del instituto de la prejudicialidad penal. Este tipo de querellas o denuncias infundadas tienen por objeto paralizar las acciones civiles tendentes a obtener algún tipo de tutela prejudicial para el querellante, que encuentra algún rédito por la pendencia del proceso civil o la postergación del dictado de sentencia. Las motivaciones pueden ser múltiples: desde retrasar la obtención por parte de la actora de un título judicial ejecutable, hasta la continuación del disfrute de la ilegítima posesión de un bien inmueble.

Es preciso traer a colación de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 548/2016, de 20 septiembre¹¹²², que alerta de la utilización de la querrella dilatoria en el ámbito concursal:

“Existe un riesgo de que al amparo de esta doctrina se abuse de denuncias o querellas penales infundadas, que persigan dilatar el reconocimiento efectivo de un crédito por su cuantía. Sobre todo para impedir la participación del titular de este crédito en la aprobación del convenio. De ahí que la mera apertura de unas diligencias penales relacionadas con el crédito no sea suficiente para considerar litigioso el crédito”.

El Tribunal Supremo, para evitar un uso abusivo de la prejudicialidad penal en este ámbito –y muy especialmente, que se prive indebidamente a un acreedor que ostenta un crédito relevante de pronunciarse sobre la aprobación de un eventual convenio–, recuerda que deben extremarse las cautelas, por lo que “[e]s necesario que la administración concursal y, en su caso, el juez del concurso que conozca del incidente de reconocimiento de crédito, aprecien que las diligencias penales entrañan una clara y seria controversia sobre la realidad y existencia del crédito”.

Esta perversión del proceso penal se explica, en primer lugar, por una cierta permisividad de los jueces de instrucción españoles. Ante esta actuación maliciosa de la acusación, en principio tan solo cabe acudir a sanciones *ex post*, siendo la vía más fácil la imposición de las costas procesales (que también cumple una función indemnizatoria), si bien en la jurisdicción penal tan solo se prevé la

¹¹²² JUR 2016\204921; MP: Ignacio Sancho Gargallo.

misma en casos de temeridad o mala fe¹¹²³. La práctica de nuestros tribunales -y un repaso a los repertorios de jurisprudencia- evidencian, sin embargo, que tal condena suele ser, en la jurisdicción penal, verdaderamente inusual, de forma que quien pretenda hacer un uso abusivo del proceso penal cuenta con que, en la inmensa mayoría de los casos, tal actuación, por infundada que sea, le saldrá “gratis¹¹²⁴”.

A este respecto, conviene recordar que, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial¹¹²⁵, en fase de admisión de una denuncia o de querrela el juez instructor no debe realizar una valoración acerca de la veracidad de los hechos (o, precisando más, sobre su verosimilitud), pues no dispone de los elementos de juicio derivados de las diligencias de prueba para llegar a una conclusión fundada. Solo se le exige un juicio de competencia y otro de tipicidad, con el fin de conocer si es el juzgado competente para la instrucción, y si lo descrito en el escrito de querrela, en caso de ser cierto, constituiría un ilícito penal. Por tanto, solo en los casos límite será posible que el juez instructor “desestime” la querrela -utilizando el léxico de la LECrim- por parecerle inverosímil su relato fáctico -o por sospechar que anida en el querellante un ánimo espurio-, siempre y cuando, lógicamente, los juicios de competencia y tipicidad sean positivos. Por decirlo con las palabras del Tribunal Supremo, la valoración inicial “debe hacerse en función de los términos de la querrela, de manera que si éstos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión en resolución motivada. Si los hechos alegados, en su concreta formulación, llenan las exigencias del algún tipo penal, debe admitirse la querrela sin perjuicio de las exigencias que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento.¹¹²⁶”

Otro hecho que ayuda a explicar la relativamente frecuente utilización instrumental del proceso penal son las extraordinarias dificultades que existen

¹¹²³ Sobre la diferencia de los conceptos de temeridad y mala fe a efectos de la imposición de las costas a la acusación particular, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 499/2016, de 9 de junio (RJ 2016\2164; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), afirma lo que sigue: “Puede entenderse que una acusación incurre en mala fe cuando el acusador conoce datos que demostrarían la inexistencia de delito y los oculta o no los aporta, con la finalidad de dotar de una apariencia de consistencia a la acusación que sostiene. La temeridad hace referencia más bien a una actuación en la que, voluntariamente, no se presta la debida atención a algunos datos relevantes, cuya existencia resulta evidente, que permitirían excluir el carácter delictivo de la conducta que se imputa al investigado o ya acusado”.

¹¹²⁴ Con la excepción antes vista de los supuestos incardinables en los arts. 40.7 y 569.2 LEC.

¹¹²⁵ Cfr. Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 9 abril 2015 (JUR 2015\14193; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón)

¹¹²⁶ Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 9 abril 2015 (JUR 2015\14193; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

para que, una vez archivada la causa (o absuelto al acusado), prospere una acción penal, formulada en este caso por el perjudicado por el abuso del proceso, por denuncia o acusación falsa (art. 456 del Código Penal), dados los exigentes requisitos fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y aplicados por el resto de tribunales¹¹²⁷.

2.2.4. La querrela “dilatatoria” y el proceso arbitral

Debe hacerse mención a la utilización de este tipo de querrelas para frustrar la culminación de procesos arbitrales en curso o de previsible iniciación inminente. Afirma NIEVA FENOLL que “[e]n el arbitraje esa suspensión [por prejudicialidad penal], además, es especialmente peligrosa, dado que habida cuenta del escaso tiempo para celebrar el proceso arbitral, en no pocas ocasiones se frustraría el propio arbitraje, sobre todo considerando que en este tipo de situaciones, las partes –especialmente la vencida en el proceso- nunca se pondría de acuerdo para aceptar la validez de un laudo dictado fuera de plazo.¹¹²⁸” Este aserto debe ser matizado, en la medida en que el art. 37.2 de la vigente Ley de Arbitraje, tras la reforma operada por la Ley 11/2011, 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, dispone que “[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros¹¹²⁹”.

Por tanto, el peligro de que la paralización del proceso arbitral como consecuencia de una querrela infundada ponga en riesgo la validez del laudo que se dicte se ha conjurado en buena medida con la antedicha reforma legislativa.

No obstante lo cual, es innegable que una de las razones por las que las partes acuerdan someter sus controversias a arbitraje es, precisamente, por la rapidez

¹¹²⁷ Sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 21 de diciembre de 2001 (ARP 2001\785; MP: Mauricio Burgidos San José): “Lógicamente cuando existe constancia radical de la falsedad de los hechos denunciados se pone de manifiesto la intención de la imputación del pretendido sujeto activo del delito, *pero cuando la situación se torna compleja como en el presente caso sucede y no existen elementos probatorios que de forma indudable lleven al tribunal a la convicción del real actuar y de cuál fue la intención del sujeto activo de la imputación, se impone de forma ineludible la absolución..*”. Cursiva añadida.

¹¹²⁸ “Comentario a la Sentencia nº 142/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 14, de 23 de febrero de 2011”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V.I, 2012, p. 495.

¹¹²⁹ Como señala la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 16/2015, de 3 febrero (AC 2015\176; MP: Susana Polo García), rechazando declarar la nulidad de un laudo dictado fuera de plazo, “el haber superado el árbitro el plazo de seis meses en dictar el Laudo no afecta a la validez del mismo”. Para un análisis del art. 37.2 LA tras la reforma operada por la Ley 11/2011, *vid.* Marina CEDEÑO HERNÁN, “La intervención judicial en el arbitraje en la Ley 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IV, nº 3, 2011, pp. 705-728.

en su resolución en comparación con la jurisdicción ordinaria. Por ello, el ejercicio de una acción penal abusiva puede provocar un daño muy apreciable al litigante que, con la suscripción de la cláusula arbitral, buscaba celeridad en la resolución de sus disputas con la contraparte. La Ley de Arbitraje no contiene precepto alguno que regule cómo debe actuar el árbitro en el supuesto de que aprecie que una cuestión debatida en un proceso penal en curso es determinante para lo que se decida en el arbitraje.

Se han apuntado por la doctrina diversas soluciones ante este problema, como el dictado de laudos “testimoniales¹¹³⁰” o “condicionales”, o la posibilidad de que el árbitro pueda pronunciarse sobre los hechos de relevancia penal a los solos efectos civiles, sin otorgarles calificación jurídica-penal¹¹³¹. Con ello se conseguiría tramitar el proceso arbitral hasta el final y, en caso de no tener relevancia penal finalmente los hechos, el laudo se mantendría válido. Y si, por el contrario, el juez penal declarara la existencia de delito, el laudo podría anularse a través de la acción de revisión (art. 510 LEC), dándole una interpretación “extensiva” –muy forzada, a mi modo de ver- al concepto de “maquinación fraudulenta”.

Ninguna de estas posibilidades me parece admisible *de lege data*. A mi juicio, la más razonable pasa por la aplicación analógica del art. 40 LEC¹¹³². En efecto, nos encontramos ante una manifiesta laguna legal que debe ser colmada acudiendo preferentemente a los resortes establecidos por el ordenamiento jurídico para solventarlas, y no a soluciones carentes de asidero legal alguno, por más que sean ingeniosas (como las anteriormente expuestas). Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006¹¹³³, se condiciona la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, “debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados”.

¹¹³⁰ Juan PALOMINO SEGURA, “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *Diariojuridico.com*, 30 de agosto de 2011, pp. 1-3.

¹¹³¹ José Luis GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V. I, 2012, pp. 139-140.

¹¹³² En el mismo sentido se pronuncia NIEVA FENOLL, ob. cit., p. 498. También, Carlos ZABALA-LÓPEZ GÓMEZ, “Algunas cuestiones sobre la prejudicialidad penal en el arbitraje y los delitos societarios”, *Diario La Ley*, nº 7403, 17 de mayo, 2010, p. 6 (versión digital), si bien este autor aboga –a mi juicio, injustificadamente- porque se acuerde por el árbitro la suspensión inmediata del proceso arbitral –con independencia de la fase en que se encuentre- una vez sea puesta de manifiesto la existencia de prejudicialidad penal. Lo cual no supondría ya una aplicación analógica del art. 40 LEC, sino la aplicación de un régimen *sui generis*.

¹¹³³ RJ 2006/2366; MP: Pedro González Poveda.

Para su aplicación es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa (lo que indudablemente ocurre con el instituto de la prejudicialidad penal en el arbitraje), además de que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto no regulado, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente, como para permitir esa aplicación analógica. Creo que tampoco hacen falta muchos esfuerzos argumentativos para concluir que existe una patente “identidad de razón¹¹³⁴” entre ambos supuestos, por lo que parece lógico acudir al precepto de nuestro ordenamiento que presenta mayores semejanzas.¹¹³⁵

Si ya es patente que el legislador, en la LEC 1/2000, ha contemplado el fenómeno de la prejudicialidad penal como motivo de suspensión del proceso civil de forma restrictiva –permitiendo incluso que, tratándose de una presunta falsedad documental, la parte favorecida por el documento pueda prescindir de él a los

¹¹³⁴ Pues como el Tribunal Constitucional sostuvo en su conocida Sentencia núm. 62/1991 de 22 marzo (RTC 1991\62; MP: Vicente Gimeno Sendra) nos encontramos ante un “equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)”. Admito que el recurso a la analogía en este caso puede presentar algunas objeciones. A pesar de esa “equivalencia”, lo cierto es que los árbitros no forman parte del Poder Judicial e incluso en los arbitrajes de equidad no se tienen necesariamente que resolver la controversia con arreglo a reglas jurídicas. Pero es que la analogía exige siempre una “relación de semejanza” entre *cosas distintas*. A mi modo de ver, en lo nuclear existe una *igualdad jurídica esencial* entre los dos supuestos (cómo afecta la prejudicialidad penal a la tramitación de un proceso de heterocomposición para resolver una controversia de Derecho privado, ya sea judicial o arbitral), lo que justifica el recurso a la analogía *legis* para sostener la aplicación del principio jurídico que la LEC establece para el caso de prejudicialidad penal dentro del proceso civil, a un caso no previsto por ella, pero que presenta una afinidad ontológica con el que la ley regula.

¹¹³⁵ En relación a esta cuestión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 142/2011, de 23 de febrero (JUR 2011\202913; MP: Juan Uceda Ojeda) rechazó la vulneración del orden público por no haber suspendido el árbitro el proceso, al argumentar éste la falta de esencialidad del resultado del procedimiento penal paralelo a los efectos de decidir el arbitraje. La Audiencia Provincial no menciona en ningún momento, ni el artículo 40 LEC, ni el 10.2 LOPJ, limitándose a realizar un examen de la razonabilidad de la conclusión del árbitro en relación a la inexistencia de prejudicialidad penal, ratificando que la resolución de la jurisdicción penal no parecía tener *prima facie* una influencia decisiva en la resolución del asunto civil, de manera que no cabía concluir que el árbitro se había pronunciado indebidamente sobre una materia no disponible. En la misma línea, sin apelar específicamente a la aplicabilidad del artículo 40 LEC al proceso de arbitraje, pero descartando la procedencia de la suspensión del procedimiento arbitral si verdaderamente los hechos investigados en la causa criminal no afectan al núcleo de la cuestión controvertida en el arbitraje, se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, en su Sentencia nº 36/2004, de 30 de enero (JUR 2004\81275; MP: Juan Antonio Jover Coy). Por el contrario, la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, nº 25/2012, de 23 de julio (AC 2012\1386; MP: Francisco Javier Vieira Morante) sí entiende expresamente aplicable el artículo 40 LEC al procedimiento arbitral. La Sentencia de la AP de Asturias núm. 191/2008, de 23 junio (JUR 2008\354931; MP: Jaime Rianza García), también entiende aplicable el art. 40 LEC al caso debatido, si bien se refiere al surgimiento de la prejudicialidad penal durante la tramitación (judicial) de la acción de anulación contra el laudo. En este último caso, es evidente la aplicabilidad directa –y no analógica– del citado precepto.

efectos civiles para evitar la suspensión del proceso-, el árbitro deberá hacer una interpretación aún más rigurosa del art. 40 LEC, y analizar de forma exhaustiva si verdaderamente los hechos objeto de investigación en el proceso penal tienen una incidencia esencial para la resolución del arbitraje. Como señala el párrafo 2º del artículo 40 LEC, el árbitro solamente deberá decretar la suspensión si los hechos investigados en el proceso penal “fundamentan las pretensiones de las partes” en el proceso arbitral, de manera que la decisión de la jurisdicción penal sobre la existencia de dicho hecho “pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil”, dilucidado por la vía arbitral en este caso.

Si bien con carácter general no parece haber duda alguna en que las materias de naturaleza penal son, por definición, indisponibles, algún autor ha señalado que la arbitrabilidad de la materia penal podría plantearse con respecto a los denominados delitos semipúblicos y privados, en los que, como es sabido, los agraviados por el hecho delictivo son los que tienen la facultad de iniciar o no el correspondiente proceso penal con la interposición de la denuncia o querrela.¹¹³⁶

La experiencia nos enseña que, en muchos casos, las denuncias o querrelas que se interponen de forma paralela a la tramitación del proceso arbitral tienen una función puramente instrumental.¹¹³⁷ Desde luego, la solución por la que abogamos no es plenamente satisfactoria –pues la rapidez en la resolución de las controversias buscada por las partes acudiendo a este “equivalente jurisdiccional” quedaría neutralizada-, en la medida en que el arbitraje habría de suspenderse, justo antes del dictado del laudo, hasta que el proceso penal finalice.

Pero las alternativas propuestas –si son analizadas hasta sus últimas consecuencias-, además de no poseer un mejor sustento legal, tampoco ofrecen resultados más efectivos. Que el árbitro dicte un laudo prescindiendo de la calificación jurídico-penal de los hechos, al margen de carecer de toda base legal, no se arregla acudiendo, de manera forzada, a la acción de revisión (si la sentencia dictada en la jurisdicción penal es condenatoria). Porque además es posible que la sentencia penal absuelva al acusado y declare que el hecho enjuiciado (y determinante a su vez de la responsabilidad civil declarada en el

¹¹³⁶ Cfr. José Luis GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 136-138. Carlos ZABALA-LÓPEZ GÓMEZ se muestra contrario a esta posibilidad. *Vid.*, “Algunas cuestiones sobre la prejudicialidad penal en el arbitraje y los delitos societarios”, *Diario La Ley*, nº 7403/2010, por razones que, en lo esencial, comparto. Lo decisivo es que el bien jurídico protegido por estos delitos no es “disponible”, por lo que la necesidad de que el perjudicado interponga denuncia o querrela para dar lugar a la incoación del proceso penal ante este tipo de delitos no deja de ser secundario.

¹¹³⁷ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ ofrece un dato llamativo. En una de las principales instituciones arbitrales españolas (la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid), en más de un 10% de los procesos arbitrales administrados en 2010 se planteó una cuestión prejudicial de naturaleza penal. Ob. cit., p. 122.

laudo) no haya sucedido –pronunciamiento que, según el art. 116 LECrim y la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹³⁸ que lo ha interpretado, tiene un efecto prejudicial vinculante para el resto de jurisdicciones-, conviviendo en tal caso dos resoluciones (la judicial y la arbitral) literalmente contradictorias¹¹³⁹.

En definitiva, esta propuesta, al margen de no encontrar un asiento suficiente en norma alguna de nuestro ordenamiento, no resuelve la constelación de problemas que plantea la potencial existencia de dos resoluciones contradictorias (la arbitral y la penal). Remitir a la parte perjudicada al ejercicio, en su caso, de la acción de revisión, no soluciona, como hemos visto, el problema que se produciría cuando, aun no apreciándose la existencia de delito, se declarara por el órgano jurisdiccional la inexistencia de determinado hecho relevante que podría haber sido tomado en consideración por el laudo arbitral para decidir la controversia civil. En este escenario, no podría hablarse –por mucho que se estirara el concepto- de “maquinación fraudulenta” y, consecuentemente, nos encontraríamos antes una contradicción de pronunciamientos –el arbitral y el judicial- irresoluble.

Menos solidez jurídica tienen aún otras soluciones antes apuntadas, como el dictado de laudos puramente “testimoniales” o incluso “condicionales” que, además de carecer de una construcción dogmática mínimamente aceptable, tampoco resuelven los problemas derivados de la posible contradicción entre ese tipo de laudos y la resolución jurisdiccional que se dicte en el orden penal, provocando, además, la emisión de una suerte de resolución arbitral *sui generis*, sin carácter definitivo, ni ejecutivo. En definitiva, una resolución inservible para las partes.

A mi juicio, si se optara por la aplicación analógica del art. 40 LEC no cabría exigir responsabilidad civil alguna al árbitro o árbitros que, apreciando la existencia de una genuina situación de prejudicialidad penal, decidieran suspender el proceso arbitral justo antes del dictado del laudo (o incluso antes, si se diera el supuesto contemplado en el apartado 4º de este precepto), a la espera de la resolución del primero. Con mayor razón aún tras la reforma del artículo 37.2 de la Ley de

¹¹³⁸ Cfr. STS núm. 556/2001 de 29 mayo (RJ 2001\3442; José Almagro Nosete): “[l]as sentencias absolutorias dictadas en la jurisdicción penal, salvo la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, no vinculan a los Tribunales de la Jurisdicción Civil, ni prejuzgan la valoración que de los hechos pudieran hacer éstos”.

¹¹³⁹ Aunque también podría objetarse que las partes, al someterse voluntariamente al arbitraje para resolver sus controversias de Derecho privado, habrían aceptado la posibilidad de que ese riesgo de resoluciones contradictorias se materializase. En el fondo, se trataría de barruntar, detrás del “velo de la ignorancia” –por utilizar la metáfora de RAWLS- cuál habría sido la voluntad hipotética de las partes, *ex ante*, para el caso de surgir una cuestión prejudicial penal en el eventual proceso arbitral futuro.

Arbitraje acometida por la Ley 11/2011. Siempre y cuando la decisión del tribunal arbitral de suspender el proceso arbitral fuera razonable en atención a la conexidad entre éste y la causa penal, no podría calificarse como “temeraria”, que es el canon cualificado de exigencia de responsabilidad fijado en el artículo 21.1 LA¹¹⁴⁰.

Tan solo en el improbable supuesto de que, al amparo del artículo 37.2 LA, las partes hubieran pactado expresamente que, expirado el plazo para dictar el laudo definitivo, éste quedara privado de eficacia, cabría plantearse una solución diferente. En ese hipotético supuesto, a mi juicio, los árbitros estarían igualmente obligados a suspender el proceso a la espera de una resolución definitiva de la jurisdicción penal sobre la cuestión prejudicial pendiente. Cuando se dictara la resolución judicial firme en la jurisdicción penal, en función del contenido concreto del acuerdo de las partes, el árbitro o árbitros podrían o no dictar un nuevo laudo, previa la tramitación de un nuevo proceso arbitral (si el límite temporal hubiera expirado). En el caso en que las partes hubieran previsto expresamente la pérdida de eficacia no ya del laudo, sino del propio convenio arbitral, por el transcurso del plazo máximo pactado, no podrán ya los árbitros dictar laudo alguno, debiendo ventilarse la cuestión en la jurisdicción ordinaria.

Se debe hacer constar que, naturalmente, también entendemos de aplicación analógica al arbitraje el apartado 7º del art. 40 LEC (“Si la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes”). A mi modo de ver, y salvo que constara expresamente lo contrario en el convenio arbitral, esta reclamación de los daños y perjuicios irrogados deberá formularse necesariamente en la jurisdicción ordinaria, si bien partiendo de la fijación normativa de un criterio sustantivo de responsabilidad objetiva, por lo que el perjudicado no necesitará acreditar la culpa o dolo de quien solicitó la suspensión del arbitraje, siendo suficiente con que el proceso penal finalizase por resolución

¹¹⁴⁰ Creo que el criterio para imponer la responsabilidad civil del árbitro, en caso de suspensión del procedimiento arbitral por apreciar indebidamente la existencia de prejudicialidad penal, debe ser el de la *razonabilidad* de su decisión, y no tanto el de su acierto. Este canon de enjuiciamiento (más generoso) se acomoda mejor a la necesitada acreditación de “temeridad” en la conducta del árbitro.

en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad.¹¹⁴¹

Finalmente y por lo que se refiere a la eventual alegación de la prejudicialidad penal durante la ejecución del laudo, será de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 569 LEC.

2.2.5. La acusación abusiva tendente a impedir el beneficio de la reducción de la pena para el encausado, por conformidad, en los juicios rápidos

En una fase posterior del procedimiento, la actuación abusiva de la acusación puede tener lugar a la hora de materializarse la conformidad del acusado con arreglo al artículo 801 LECrim (posibilidad de que el acusado, en los denominados “juicios rápidos”, preste su conformidad ante el Juzgado de Guardia). Con base en el artículo 800.2 LECrim, la sentencia de conformidad obligará al juez a imponer la condena solicitada reducida en un tercio.

Si bien el art. 800.1.1º impone como requisito que “no se hubiera constituido acusación particular”, el apartado 5º de ese mismo precepto señala que “[s]i hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores”. Esta antinomia ha sido resuelta de forma mayoritaria por la doctrina científica dando primacía al apartado 5º y, consecuentemente, entendiéndose que, aun estando constituida la acusación particular, también es posible que el acusado pueda otorgar la conformidad especial del art. 801 LECrim, si bien con la exigencia añadida de conformarse con la más grave de las acusaciones formuladas contra él.¹¹⁴²

Si la acusación -ya sea particular o popular-, pretende evitar maliciosamente la aplicación de ese beneficio, podrá lograr su objetivo mediante la simple petición de una pena desorbitada y superior en todo caso a los tres años de prisión (que es el límite que impone el art. 801.1.2º LECrim para poder acogerse a esta conformidad¹¹⁴³). Para evitar este tipo de abusos -que constituye un importante *punctum dolens* del diseño legal de los “juicios rápidos-, la doctrina ha sostenido

¹¹⁴¹ No tendría sentido asignar la competencia al tribunal arbitral -salvo que expresamente se hubiera acordado así por las partes- en la medida en que tales daños no derivarían del negocio jurídico en el que la estipulación arbitral estaba inserta, sino del procedimiento arbitral.

¹¹⁴² Cfr. Manuel CACHÓN CADENAS, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, VVAA, Cuadernos José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 60-65; Raquel LÓPEZ JIMÉNEZ, “La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia”, *Revista penal*, nº 15, 2005, p. 70. En sentido contrario, Antonio ZÁRATE CONDE FISCAL y Mercedes DE PADRA RODRÍGUEZ sostienen que para que la conformidad se produzca “es necesario que no esté personada la acusación particular”. “Reflexiones sobre la transacción en el marco de una Fiscalía Europea (1)”, *Diario La Ley*, nº 8862, 14 de noviembre de 2016, p. 5 (versión digital).

¹¹⁴³ Manuel CACHÓN CADENAS, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, ob. cit., p. 62.

que el juez debería poner de relieve a la acusación (particular o popular¹¹⁴⁴) la manifiesta improcedencia de la pena solicitada. Y si, a pesar de ello, la acusación persistiere en mantener la improcedente petición de pena, el juez debería estar autorizado para rechazarla, permitiendo que el acusado preste su conformidad con la acusación formulada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, con la más grave de los que hubieran solicitado penas que no resultaran manifiestamente improcedentes.¹¹⁴⁵ En efecto, a pesar de no existir un precepto en la normativa procesal penal que ponga coto a este potencial abuso de la acción penal por parte de la acusación particular –que buscaría impedir que el encausado se beneficiara de la reducción de la pena anudada a la conformidad, no me parece objetable acudir a los arts. 11.2 LOPJ y 7.2 CC o incluso al art. 247.2 LEC –aplicable de forma supletoria- para rechazar este tipo de acusaciones abusivas.

Como siempre ocurre con el abuso del proceso, solo un análisis exhaustivo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto permitirá dilucidar si la acusación se ejerce o no de forma abusiva y, por tanto, si debe o no tomarse en consideración a los efectos de alcanzar la conformidad. En todo caso, se impone un uso cauteloso de esta facultad judicial de excluir, a estos efectos, las acusaciones abusivas.

2.3. Los remedios contra el abuso del proceso penal

En primer lugar, y como antes se indicó, el remedio más característico contra el abuso del proceso penal es la imposición de las costas. La LECrim, en su art. 240.3 LEC, señala, con carácter general, que le serán impuestas a quien obre con temeridad o mala fe. Ahora bien, la poca frecuencia con que los tribunales del orden penal suelen apreciar la existencia de mala fe o temeridad propicia que esta previsión legal no actúe, en la práctica, como una medida realmente preventiva.

En todo caso, no termina de entenderse la *ratio* de la regulación de las costas procesales penales en el Derecho español y, en particular, de la insólita asimetría en perjuicio del acusado que se establece. Si el encausado es condenado, rige el

¹¹⁴⁴ A pesar de que el art. 801 LECrim solo menciona a la acusación “particular”, creo que debe entenderse en un sentido amplio, referida también a la “popular”, a pesar de lo improbable de que tal acusación se constituya en este tipo de procesos. Sobre las razones que justifican este entendimiento amplio de la locución “acusación particular” en la LECrim, *vid.* el voto particular concurrente del magistrado Luciano VARELA CASTRO en relación con la STS núm. 1045/2007, “caso Botín”, RJ 2007\8844; MP: Enrique Bacigalupo Zapater. En el mismo sentido, Raquel LÓPEZ JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 70 y Rafael ESCOBAR JIMÉNEZ, en *Juicios rápidos. Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, VVAA, Comares, Granada, 2003, p. 118.

¹¹⁴⁵ Manuel CACHÓN CADENAS (con Jesús CID MOLINE), “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (I)”, *Diario La Ley* nº 5819, 8 de julio de 2003, p. 4. En el mismo sentido, PICÓ I JUNOY, *ob. cit.*, p. 191.

criterio del vencimiento objetivo: se le imponen automáticamente (art. 123 del Código Penal). En cambio, si es absuelto, el Ministerio Fiscal no ha de pagarlas, y a los querellantes particulares o actores civiles sólo se les puede obligar a su abono si de las actuaciones resultare que obraron con temeridad o mala fe¹¹⁴⁶. Es más, el legislador ha estimado necesario precisar que "no se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos" (art. 240.4 LECrim¹¹⁴⁷).

Otro tanto cabe decir de la posibilidad de imponer una multa por mala fe procesal *ex art. 247.3 LEC*. Aun siendo en teoría posible –y, en algún caso, contando con el aval del Tribunal Supremo–, los jueces son refractarios a introducir dentro del proceso penal un instrumento que juzgan, *prima facie*, ajeno a esa jurisdicción.

Dado que la aplicación de esta sanción a querellantes abusivos es prácticamente anecdótica –según se infiere de los repertorios de jurisprudencia–, podemos concluir que tampoco supone, en la actualidad, una medida genuinamente disuasoria. Como señala COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, “en el ámbito penal, la regla general [...] ha sido el rechazo de la pretensión, con o sin razones añadidas a la infracción de las reglas de la buena fe. Las previsiones del artículo 247 LEC no han encontrado aplicaciones en cuanto prevén una sanción económica a la parte, y tampoco la deducción del tanto de culpa respecto de los profesionales intervinientes, aunque su aplicación no está impedida por la ley y por lo tanto es posible¹¹⁴⁸”. Para el citado autor –y en línea con las conclusiones extraídas del examen de la sanciones impuestas por la Sala Primera *ex art. 247.3 LEC*–, la cita de los arts. 11.2 LOPJ y 247 LEC para desestimar las pretensiones abusivas (ya sea en la instancia o en casación) suelen ser, en la jurisdicción penal, un argumento retórico, incluido a mayor abundamiento. Pues para llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción penal no es admisible por haberse abusado del proceso será preciso primero justificar su falta de fundamento con arreglo a las normas que regulan la cuestión de que se trate.

¹¹⁴⁶ La STS nº 190/2016, de 8 marzo (RJ 2016\826; MP: Julián Sánchez Melgar) resume la actual interpretación del Tribunal Supremo de los conceptos de temeridad y mala fe a efectos de la imposición de las costas: “No es tarea fácil la fijación de un criterio seguro para discernir cuándo puede estimarse la existencia de temeridad o mala fe. La doctrina de esta Sala ha declarado reiteradamente que no existe un concepto o definición de la temeridad o la mala fe, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada supuesto concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión de la acusación particular en tal medida que puede deducirse que quien ejerció la acción penal no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción. Del mismo modo que se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querrela, a sabiendas de que el querrelado no ha cometido el delito que se le imputa”.

¹¹⁴⁷ Esta régimen contradice uno de los rasgos fundamentales del proceso penal, que es el de estar, en teoría, asimétricamente diseñado, pero no en perjuicio del acusado, sino *en su beneficio*.

¹¹⁴⁸ Ob. cit., p. 165.

En relación específicamente a la acusación popular, debe dejarse constancia de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí ha previsto una medida *ad hoc* para corregir posibles abusos en el ejercicio de la acción penal. Nos estamos refiriendo a la obligación de prestar fianza contemplada en el artículo 280 LECrim.¹¹⁴⁹ Como afirma el Auto de la Audiencia Provincial de Granada nº 596/2008, de 7 de noviembre¹¹⁵⁰, “para corregir esas posibles desviaciones o abusos en el ejercicio de la acción popular la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal está ofreciendo un importante remedio que sin embargo ha rechazado *ad limine* [sic] el Juzgado: la exigencia de una fianza que suponga cierto sacrificio económico e inhiba a quien pretenda ejercer la acusación popular de la tentación de sostener acusaciones infundadas o dañinas, en definitiva, que puedan solapar un abuso del derecho proscrito por el ordenamiento jurídico...”

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Auto de 23 de septiembre de 2016¹¹⁵¹, señala de forma explícita que una de las variables a tener en cuenta a la hora de fijar el importe de la fianza a prestar por la acusación popular es la posible finalidad espuria de su intervención en la causa:

“Esta cuantía, dadas las circunstancias concurrentes, se estima proporcionada. En efecto, es un hecho notorio que algunos miembros del Sindicato M.L.- entre ellos su Secretario General- están siendo investigados por delitos graves, entre otros, el de extorsión y el de pertenencia a organización criminal, los cuales habrían sido cometidos, precisamente, en relación a la actuación como acusación popular de la citada entidad en procesos penales. En este contexto, que pondría de manifiesto, al menos indiciariamente, un ejercicio espurio de la acción popular, que estaría siendo utilizada como instrumento para alterar su propia configuración, la cuantía fijada en concepto de fianza está, como decíamos en el ATS 20632/2014, de 27 de abril, a la altura de las

¹¹⁴⁹ Se ha señalado por la doctrina que la función de esta fianza es “evitar acusaciones temerarias y responder de los daños y perjuicios”, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 787. No obstante, conviene hacer notar que este precepto actúa más como medida disuasoria *ex ante*, de forma que el acusador popular –abusivo o no-, sabe que tendrá que prestar fianza si quiere que su querrela sea admitida a trámite. Pero lo cierto es que el art. 280 LECrim no es objeto de desarrollo, ni en la LECrim, ni en ninguna otra norma, de forma que no queda clara la vía por la que el perjudicado, una vez archivado el proceso penal, puede reclamar esos daños causados por el uso desviado de la acción penal. No se regula, por ejemplo, cómo debe actuar el órgano judicial penal con la fianza prestada por el acusador popular en caso de que la acusación se demostrara abusiva o temeraria.

¹¹⁵⁰ JUR 2009\202608; MP: María Aurora González Niño. La acusación popular también tendrá que prestar depósito para interponer cualquier recurso en el proceso penal –en lo que parece una medida legislativa adoptada para desincentivar recursos abusivos-, dado que la disposición adicional decimoquinta 1.II LOPJ dispone que “en el orden penal este depósito será únicamente exigible al acusador popular”.

¹¹⁵¹ JUR 2016\220084; MP: Manuel Marchena Gómez.

responsabilidades que asume dicha entidad «al pretender personarse como acusación popular para responder de las "resultas del juicio"».

También debe hacerse referencia al art. 102.2º LECrim, que niega legitimación para el ejercicio de la acción popular a quien “hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas”. En otras ocasiones, los tribunales han negado legitimación para el ejercicio de la acción popular a personas o entidades que carecieran de un “interés legítimo y personal” –requisito no previsto en la LECrim, pero invocado a veces por el Tribunal Constitucional¹¹⁵²-, como forma de rechazar la personación de acusadores populares con una finalidad claramente espuria o abusiva. Sirva de ejemplo el Auto nº 730/2012, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, de 31 de julio¹¹⁵³:

“Sin embargo, por la ya expuesto, esa legitimación no es tan absoluta y según establece la propia sentencia "En definitiva, para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 CE en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el canon más favorable que protege el acceso al proceso (TC 160/1997), es necesario que la defensa del interés común sirva además para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación particular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo¹¹⁵⁴”.

También se ha rechazado, por fraudulento, el mantenimiento de la personación de un partido político como acusador popular cuando, en realidad, su actuación procesal denotaba su connivencia con los investigados (y su simultánea condición de eventual responsable civil subsidiario). Así lo razona el Auto de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nº 137/13, de 3 de junio¹¹⁵⁵:

“De la lectura de tales escritos de la parte aquí recurrente fácilmente se deduce que su cometido en el procedimiento no ha sido plenamente congruente con el verdadero ejercicio de la acusación popular, pues más

¹¹⁵²Por ejemplo, en la STC núm. 50/1998 de 2 marzo (RTC 1998\50; José Gabaldón López).

¹¹⁵³ JUR 2002\341796; MP: Esmeralda Ríos Sambernardo.

¹¹⁵⁴ El Auto rechaza la personación de la citada acusación popular, pues “[l]a ausencia de justificación de su legitimación por Plataforma per Catalunya, ni en sus estatutos, ni en su programa electoral o ideario aportado por la representación del Ajuntament de Terrassa, ni en los propios escritos de querrela y de oposición a los recursos interpuestos por otras partes, sería por sí misma suficiente, a la luz de la doctrina jurisprudencial antes mencionada, para inadmitir la personación de dicha formación política ejercitando la acción popular, lo que eximiría de más razonamientos al respecto”.

¹¹⁵⁵Resolución judicial que no he podido localizar en los repertorios de jurisprudencia, pero que está accesible en la siguiente dirección: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/pp75.html>

bien corresponde a una auténtica parte coadyuvante en la defensa de los tres imputados últimamente nombrados [...]Este Tribunal comparte el criterio del Instructor sobre la reconducción del lado activo de la relación jurídico-procesal que ha efectuado, atendiendo a las peticiones de otras acusaciones populares personadas y del Ministerio Fiscal, ante la incompatibilidad de intereses defendidos por el partido político apelante, sobre el que existen evidentes indicios, no sólo en la pieza separada, sino también en la causa principal, de su presunta implicación en los hechos investigados, ya por el cauce de la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 120.3º y 4º del Código Penal, ya por la vía de la participación a título lucrativo del artículo 122 del Código Penal. [...] La decisión judicial recurrida tiene su basamento en el mandato establecido en el artículo 11.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que trata de la protección de la buena fe procesal y del rechazo de situaciones que impliquen el abuso del derecho a litigar y el fraude de ley o procesal”.

Esta línea jurisprudencial me parece elogiada, pues en más ocasiones de las que sería deseable en la práctica forense española se instrumentaliza la acción popular para fines desviados. Desde un punto de vista estrictamente dogmático, me parece más correcto negar la legitimación ante la evidencia de que el ejercicio de la acción popular, en el caso concreto de que se trate, obedece a fines bastardos, que construir forzados entramados argumentales para restringir el ámbito de actuación de la figura del actor popular en el proceso penal español.¹¹⁵⁶ *Porque en este último caso, la interpretación restrictiva de las facultades de la acusación popular se proyecta también sobre los ejercicios legítimos de la acción penal pública.*

Es preciso reseñar que, de forma muy ocasional, algunos órganos judiciales han procedido a rechazar de plano la querrela interpuesta cuando de su contenido se infería, claramente, una conducta abusiva orientada a utilizar el proceso penal de forma instrumental. La facultad del juez instructor para rechazar este tipo de querrelas *in limine* es ciertamente discutida¹¹⁵⁷. Fue el caso, por ejemplo, que dio lugar al Auto de la Audiencia Provincial de Granada nº 596/2008, de 6 de noviembre, antes mencionado. La Audiencia Provincial, aun entendiendo que la acusación popular -tal y como había indicado el juzgado *a quo*-, podía considerarse como derivada de un “interés torcido en el proceso para utilizarlo como instrumento de venganza contra los imputados”, revocó la resolución del Juzgado señalando que, en tal caso, lo procedente no era el rechazo de la acción

¹¹⁵⁶ Como en el caso de la ya célebre Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1045/2007 de 17 diciembre (RJ 2007\8844; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

¹¹⁵⁷ Para Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, las denominadas “querrelas coactivas” deberían ser rechazadas por el juez instructor *in limine*, si bien admite las dificultades de una reacción rápida del órgano jurisdiccional ante un escrito de querrela solido en su apariencia. “La buena fe y el abuso del proceso en el ámbito penal”, cit., p. 141.

penal *ab initio*, sino su admisión, exigiéndole la fianza legalmente prevista en la ley.

No obstante, debemos hacer notar que el Tribunal Supremo, en alguna ocasión – verdaderamente extraordinaria-, sí ha procedido a inadmitir a trámite querellas sobre la base de que la acción penal ejercitada constituía un abuso del proceso, por ir destinada a una finalidad que no era el esclarecimiento de los hechos denunciados. Lógicamente, este tipo de situación tiende a darse, con mayor asiduidad, en el ejercicio de la acción popular¹¹⁵⁸. En ese sentido, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015, de la Sala Segunda, no duda en inadmitir a trámite una querrela por prevaricación interpuesta contra dos magistrados de la Audiencia Nacional, pues a decir del Alto Tribunal “no solo no concurre base para la admisión a trámite de la querrela, sino que *prima facie*, podemos encontrarnos ante un supuesto de abuso procesal”.¹¹⁵⁹ El Tribunal Supremo, en el posterior Auto de 7 de mayo de 2015¹¹⁶⁰, impuso a la entidad querellante una multa de 1500 euros al amparo del art. 247.3 LEC, por el ejercicio abusivo de la acción penal. Y lo razona sosteniendo que “hay razones de fondo y contextuales para entender que estamos ante una manifestación abusiva de la facultad que la norma constitucional pone en manos de todo ciudadano [...] se protege esa institución no solo con una interpretación en términos constitucionales y expansiva por virtud del principio de tutela judicial efectiva y a la mayor eficacia del derecho a la acción, sino también saliendo al paso de su abuso para evitar una

¹¹⁵⁸ Cfr. Óscar MARTÍN SAGRADO, “El uso patológico de la acción popular. Su inaplazable reforma”, *Diario La Ley* nº 9743, 18 de abril de 2016, pp. 1-10 (versión digital). Sobre el uso espurio de la acción popular -ciertamente, una figura mayoritariamente desconocida en los países de nuestro entorno- y la necesidad de establecer límites a su actuación se ha escrito mucho, mostrándose dividida la doctrina procesalista. Para Nicolás GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “una acción popular sin restricciones equivale a permitir persecuciones penales basadas en la fama pública, que siempre encuentran voceros que la propaguen y justicieros que la enarbolean”, *Ecos de la Inquisición*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2014, p. 291. En sentido contrario, Andrés DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “a diferencia de muchos países, aquí no es monopolio del Ministerio Fiscal impulsar el procesal penal y ser en él parte acusadora. Estas peculiaridades nuestras con viejas raíces históricas siempre me ha parecido excelentes y me lo siguen pareciendo...”, “La acción popular y la lucha contra la corrupción (Bentham sobre la acusación penal)” en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, VVAA (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuellar Serrano; coord. Juan Carlos Ortiz Pradillo), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 381. Tampoco el pre-legislador parece tenerlo claro, y así la regulación prevista de la acción popular en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2011 difiere sustancialmente de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

¹¹⁵⁹ JUR 2015; 54145; MP: Antonio del Moral García.

¹¹⁶⁰ JUR 2015\134314; MP: Antonio del Moral García. Aun cuando se impuso la sanción tras tramitar la pieza separada que exige el art. 247.3 LEC –aplicable supletoriamente a la jurisdicción penal-, la Sala Segunda calificó indebidamente el acuerdo como “auto”, siendo evidente que nos encontramos ante una resolución de naturaleza gubernativa.

instrumentalización que acarrearía su desprestigio. Al tratar de atajar esos usos abusivos también se está tutelando una institución de perfil constitucional”.

Consciente el Tribunal Supremo de que su decisión podría contravenir el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la entidad querellante, se ve obligado a precisar que “no se trata de considerar abusiva toda querrela que no sea admitida a trámite: lo habitual –también se trata de legítimas discrepancias– es que se rechace la querrela y se abra la posibilidad de un recurso. Pero cuando se detecta una ostensible trivialización de la capacidad de ejercer acciones penales y se canalizan por esa vía cuestiones ajenas absolutamente al ámbito penal, máxime cuando se incide –quizá inconscientemente– en el clima de sosiego que debe presidir las resoluciones judiciales, no podemos limitarnos sin más a la repulsa de la querrela. Se hace muy aconsejable declarar mediante las herramientas que proporciona el ordenamiento que eso es un abuso procesal que ha de merecer una reacción firme, aunque ponderada”. El Tribunal Supremo concluye que sería “absolutamente desproporcionado” incoar una causa por acusación o denuncia falsa contra los actores, optando por la aplicación de una sanción pecuniaria *ex* artículo 247 LEC¹¹⁶¹.

A nuestro juicio –como ya hemos adelantado–, el juez instructor no está en principio habilitado para inadmitir a trámite la querrela, aun cuando tenga sospechas de que se está ejercitando de forma abusiva la acción penal, salvo que ese uso espurio del proceso penal sea apreciable *prima facie* por el órgano judicial sin ningún género de dudas¹¹⁶².

Siendo verdad que la trascendencia que tiene para el investigado la admisión a trámite de una denuncia o querrela es mucho mayor que en el resto de jurisdicciones –tanto por el desasosiego que puede producir al sujeto pasivo de la

¹¹⁶¹ Lo esencial, una vez más, es que el proceso penal se utiliza para una finalidad distinta a la que en verdad debe servir, ya que “pendiente de un recurso de casación, una querrela paralela en la que habría de decidirse sobre la arbitrariedad y desviación consciente del derecho de esa resolución se revelaba como singularmente perturbadora”. A este respecto, debe hacerse constar que el antiguo artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya derogado, exigía que la querrela por prevaricación contra jueces y magistrados no se pudiera formalizar hasta que se hubieran agotado todos los posibles recursos, precisamente, para evitar este tipo de utilizaciones bastardas del proceso penal. Dicho lo cual, no acabamos de entender la negativa del TS, en su Auto 7 de mayo de 2015, a deducir testimonio por acusación o denuncia falsa contra la actora, a pesar de señalar en la propia resolución que las acusaciones incluidas en la querrela “carecían de base objetiva” y entender acreditado un ánimo abusivo en su interposición.

¹¹⁶² Es el caso, por ejemplo, del Auto del TSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2004 (JUR 2004\121037; MP: Nuria Bassols Muntada), que desestima siete querellas acumuladas contra los magistrados que condenaron en su día al querellante. Para hacernos una idea de la magnitud de la excepcionalidad del caso, en total, este litigante querulante presentó 45 querellas contra dichos magistrados (así como contra todos los que resolvieron los diversos incidentes de recusación o intervinieron en la ejecución de la sentencia), y su hijo 5 más. Todas ellas fueron inadmitidas.

denuncia o querrela, como por el daño a su imagen-, lo cierto es que nos encontramos ante el acceso primario a la tutela judicial efectiva por parte del denunciante o querellante. En línea con lo ya expuesto a lo largo de la presente memoria de investigación, nos parece que el juzgador debe actuar con suma cautela antes de utilizar al artículo 11.2 LOPJ para rechazar *in limine* la querrela o denuncia presentada.

Por lo que se refiere a la inadmisión de la denuncia, el art. 269 LECrim no solo dispone que la misma debe ser inadmitida por falta de tipicidad, sino igualmente cuando “la denuncia fuere manifiestamente falsa”. Al amparo de esta previsión legal, y siempre extremando la prudencia, podría el juez inadmitir una denuncia que fuera abusiva por ser manifiesta la inexistencia del hecho denunciado.

En lo relativo a la querrela, si bien el art. 313 LECim establece únicamente dos motivos de rechazo de la misma (la falta de competencia o de tipicidad), la doctrina aboga de forma mayoritaria por una interpretación de este precepto que permita al juez, al igual que ocurre con las denuncias, repeler una querrela por falta de requisitos de admisibilidad distintos de los estrictamente enunciados en la norma.¹¹⁶³ La jurisprudencia, de forma mucho más tímida, ha señalado en alguna ocasión que procede la inadmisión de la querrela si “no se ofrecen datos o elementos fácticos que indiciariamente pudieran aparecer como constitutivos de los numerosos delitos que se citan.¹¹⁶⁴” Quizá la resolución de la Sala Segunda que ha ido más lejos a la hora de fijar un control judicial *ex ante* de la abusividad de la querrela –aun admitiendo la existencia de un déficit normativo que posibilite este filtro- sea el Auto de 28 de enero de 2010¹¹⁶⁵, en el que sostiene puede rechazarse el carácter delictivo de la conducta,

“...cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se disponga de ningún elemento que avale racionalmente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar

¹¹⁶³ Por todos, Vicente GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 264. También Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, VVAA, *Derecho procesal penal*, 7ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 316.

¹¹⁶⁴ Cfr. Auto del TS de 9 mayo 2000 (RJ 2001\6653; MP: Joaquín Giménez García). Así como el juez civil no puede inadmitir a trámite una demanda –salvo en los supuestos tasados por la propia ley- por resultarle inverosímiles los hechos narrados en la misma, el juez instructor sí podría inadmitir a trámite la denuncia o querrela, en esa tesitura, *ex art.* 269 LECrim. Este diferente tratamiento encontraría su justificación en las diferentes “reglas de juego” que disciplinan el proceso civil y el penal. En este último caso, no debe olvidarse de que el juez está dotado de facultades inquisitivas de investigación, por lo que parece razonable la existencia de un “filtro” judicial inicial que repela acciones penales ejercitadas sin el más mínimo fundamento. Sobre la necesidad de que los hechos incluidos en la querrela sean “verosímiles” y se sostengan en un mínimo principio de prueba, cfr. Eduardo DE URBANO CASTRILLO, “La admisión de querrelas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2014, 2014, pp. 143-151.

¹¹⁶⁵ JUR 2010\42148; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

su existencia sin ningún apoyo objetivo. En este segundo grupo de casos, aunque la ley no lo dispone de forma expresa, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querella, que pueda ser considerado accesible y racional”.

No obstante, es harto significativo que existan también pronunciamientos en sentido diametralmente opuesto¹¹⁶⁶, de forma que nos encontramos ante una cuestión sobre la que, a pesar de su trascendencia, el Tribunal Supremo no ha fijado una línea jurisprudencial clara.

A nuestro juicio, esta facultad de inadmisión de denuncias y querellas inverosímiles debe reconocerse como tal¹¹⁶⁷; pero, a la vez, reservarse para los casos más extremos, ya que en caso contrario nos adentraríamos en una peligrosa “pendiente resbaladiza” que provocaría la indebida denegación del acceso a la tutela judicial en aquellos supuestos en los que, aunque el actor penal careciere de un principio de prueba *ab initio* –muchas veces, por razones que no dependen de él-, los hechos narrados sí fueren ciertos y revistieran un carácter delictivo.

Por lo que se refiere a la querella, superados favorablemente los juicios de competencia y tipicidad, esta inadmisión *a radice* supondría, en principio, violentar la dicción literal del artículo 313 LECrim, que como hemos visto no prevé razones adicionales que permitan al juez, por utilizar las palabras del propio precepto, “desestimarla”. Será preciso que, de forma manifiesta –es decir, que sea casi un hecho notorio-, la base fáctica en la denuncia o querella sea falsa o literalmente inverosímil¹¹⁶⁸. No cabe duda de que se trata de un juicio indiciario

¹¹⁶⁶ La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1071/1993, de 13 mayo, (RJ 1993\4218; Joaquín Giménez García) considera que para resolver sobre la admisión de un escrito de querella basta con examinar los hechos alegados en el mismo a fin de comprobar si son o no delictivos, y que para tal clase de resolución, el juez no ha de entrar en contacto con ningún medio de prueba ni diligencia de investigación, “ni siquiera tiene que examinar los documentos que se adjuntan con la querella”. Postura que adolece de un formalismo positivista extremo y no merece un juicio favorable.

¹¹⁶⁷ Entre la literatura reciente, cfr. Alicia ARMENGOT VILAPLANA, “Llamadme imputado, investigado o encausado, como queráis; pero respetad mis garantías”, *Diario La Ley*, nº 8776, 2016, p. 5 (versión digital).

¹¹⁶⁸ Postura que, a mi entender, avala el legislador en el art. 24.1 1 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, al disponer que “[c]uando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querella, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, *previa valoración de su verosimilitud*, procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado, cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de esta Ley, practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar”. *Cursiva añadida*. No parece que, en razón de la variada tipología de delitos cuyo

de ponderación por parte del juez muy delicado, y en el que habrán de tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto¹¹⁶⁹. Por esa razón, no es posible la formulación de principios generales abstractos que puedan servir de guía, y quizá ello explique la ausencia de una doctrina jurisprudencial clara y uniforme sobre esta materia.

Otra cosa es que el juez, ante las sospechas que pueda infundir la querrela presentada en cuanto a la posible instrumentación del proceso penal para una finalidad ilícita, deba ser especialmente prudente en el examen de las diligencias de investigación que admite, realizando el juicio de pertinencia y utilidad a que le obliga el art. 311 LECrim con mayor rigor si cabe. Igualmente, en la medida de sus posibilidades, deberá proceder a la instrucción de la causa con la mayor diligencia y rapidez, a fin de despejar sus dudas sobre la intencionalidad del querellante y la entidad delictiva de los hechos imputados (lo que, ciertamente, no deja de ser un desiderátum).

No debe olvidarse, además, que no es infrecuente que, junto a una determinada motivación espuria del querellante, puede existir una base real delictiva que justifique no solo la incoación del procedimiento, sino incluso la posterior apertura de juicio oral. Que el denunciante o querellante tenga más de una motivación -y que no todas ellas sean lícitas-, no obsta para que, si concurren indicios de criminalidad, no deba el juez instructor darle a la causa el curso que corresponda. De hecho, puede que la única motivación del querellante a la hora de ejercitar la acción penal no sea la aplicación del *ius puniendi*, ni obtener una reparación civil del querrellado, pero a pesar de ello los hechos sean delictivos, en cuyo caso el proceso deberá tramitarse hasta el final.

Consecuentemente, la actuación correcta por parte del juez instructor (salvo en los casos en que se deduzca de forma manifiesta que la querrela o denuncia tiene una finalidad puramente abusiva) consistirá en su admisión a trámite -siempre, lógicamente, que cumpla con los requisitos de competencia y tipicidad- y, tras la

enjuiciamiento se ha asignado al jurado, el estándar de verosimilitud de los hechos contenidos en la querrela o en la denuncia deba ser superior a los atribuidos a un tribunal togado.

¹¹⁶⁹ Por eso me parece juiciosa la reflexión contenida en el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 2ª, nº 256/2013, de 7 de mayo (ARP 2013\377; MP: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado): “Convenimos efectivamente con la defensa de Doña Luisa que la imputación no tiene por qué ser automática cuando venga precedida de una denuncia sin previamente verificar su verosimilitud y de que en determinados supuestos de procedimientos seguidos contra personas relevantes (no aforadas por supuesto) en los que ante la posibilidad de que la utilización del proceso penal pueda estar instrumentalizada o se pretenda la consecución de perversas intenciones de publicidad, deterioro institucional, político o personal, el Juez instructor debe obrar con sumo cuidado a la hora de acordar la imputación, rechazando decretarla de modo indiscriminado basándose exclusivamente en que la imputación constituye una ventaja o garantía para el sujeto pasivo del proceso...”

práctica de las diligencias imprescindibles, proceda al dictado de auto de sobreseimiento con imposición de las costas procesales a la acusación particular o popular, pudiendo plantearse, adicionalmente, la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria *ex* artículo 247.3 LEC e incluso deducir testimonio por la presunta comisión de un delito de acusación o denuncia falsa.

Es preciso hacer notar que, cuando se trata de querellas interpuestas contra jueces y magistrados por algunas de las partes en el proceso (o personas que tuvieran interés en él), existe un régimen especial, previsto en el art. 410 LOPJ.¹¹⁷⁰ Se establece en este caso específico un filtro previo a la admisión de la querella, que permite al órgano judicial que deba conocer de la misma recabar todos los antecedentes oportunos para verificar, con mayor amplitud, que no existen motivaciones espurias en el ejercicio de la acción penal, así como que los hechos narrados en la querella son *prima facie* verosímiles. Sin duda, este tratamiento singular obedece a la razonable intención del legislador de impedir que, por medio del ejercicio de acciones penales abusivas, se aparte indebidamente al juez predeterminado por la ley del conocimiento de un asunto.¹¹⁷¹

Estamos ante otro caso paradigmático de abuso del proceso (penal), dado que éste se instrumentaliza, de forma que deja de ser un legítimo vehículo para la investigación de unos hechos presuntamente delictivos para convertirse en un medio de apartar indebidamente al juez predeterminado por la ley. Como ha precisado con acierto la Sala Segunda, con este trámite “se conjura el riesgo de querellas originadas con finalidades espurias o sencillamente maliciosas. Y entre ellas las que obedezcan a un designio de minar la independencia del querellado o apartarle del conocimiento de asuntos determinados. Y también las que sean fruto de oportunistas designios de venganza o notoriedad¹¹⁷²”.

Finalmente, debe hacerse referencia al otro remedio característico con que cuenta el querellado para resarcirse de los daños provocados por el abuso del proceso

¹¹⁷⁰ El precepto dice lo que sigue: “En el caso de que alguna de las partes en un proceso, o persona que tuviese interés en él, formularan querrela contra el juez o magistrado que deba resolver en dicho proceso, con carácter previo a la admisión de ésta el órgano competente para su instrucción podrá recabar los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar su propia competencia así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación”.

¹¹⁷¹ Pues, de admitirse la querrela a trámite, el juez estaría automáticamente incurso en una causa de abstención y recusación según el art. 219 LOPJ: “Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: [...] 4.ª Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento”.

¹¹⁷² Auto del TS de 28 de febrero de 2010, causa especial 20339/2009, que no figura incluido en los repertorios de jurisprudencia.

penal. Al margen de la posibilidad de reclamación de los daños por una vía privilegiada que establecen los artículos 40.7 y 569.2 LEC –también aplicables, a nuestro juicio, analógicamente, al proceso arbitral-, en el resto de casos deberá el perjudicado iniciar el correspondiente procedimiento civil declarativo contra el acusador en reclamación de los daños procesales. No cabe duda de que, por lo general, el daño moral derivado de haber sido sujeto pasivo de una acción penal abusiva o infundada será mayor que el de su equivalente civil, por el acentuado desasosiego psicológico –y, en algunos casos, el daño a la imagen, personal y/o profesional- que suele sufrir todo investigado o acusado en un proceso penal.

Ahora bien, se impone una precisión en relación a los daños que haya podido provocar, a quien ejercitó con éxito la acusación particular, la negativa del investigado/encausado a admitir la comisión de los delitos que le eran imputados. A este respecto, y a diferencia de lo que ocurre en el resto de jurisdicciones, entiendo que precisamente el derecho constitucional a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo imposibilitan que pueda articularse una reclamación civil de daños procesales con fundamento en una defensa por parte del acusado, en el seno del proceso penal, sin *iusta causa litigandi*. En este caso concurre una excepción a la norma general, ya que sostengo que no cabe imponer responsabilidad civil alguna por el ejercicio *normal* de un derecho fundamental por parte del acusado. No nos encontramos, en estos casos, ante un ejercicio abusivo de un derecho constitucional, ya que el ejercicio normal del derecho a no declarar contra sí mismo o a no declararse culpable consiste, precisamente, en actuar de la manera descrita en el propio enunciado del derecho fundamental, aunque se haga sin fundamento jurídico y/o fáctico alguno. Por tanto, en estos casos, la única vía resarcitoria para el acusador será, en su caso, la imposición de costas en el seno del propio proceso penal.

Por el contrario, es perfectamente viable la reclamación por parte del investigado o encausado absuelto, a través de un procedimiento civil posterior, de los daños causados por una acusación carente de fundamento, pues las acusaciones carecen de esa privilegiada protección constitucional.

Finalmente, debe hacerse mención a la especialidad que suponen los daños causados por haberse acordado indebidamente la prisión preventiva del acusado, pues existe un precepto específico en nuestro ordenamiento que impone de forma automática la responsabilidad por tales daños. En efecto, el art. 294.1 LOPJ dispone que “[t]endrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

A la vista de este artículo, surge la duda sobre si, como alternativa a la vía indemnizatoria del art. 294.1 LOPJ, sería posible exigir la correspondiente responsabilidad en la vía civil frente al acusador que interesó esta medida cautelar personal de forma manifiestamente abusiva. En ese sentido, creo que no debe pasarse por alto que el Tribunal Supremo, al verse obligado a modificar su jurisprudencia como consecuencia de la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹¹⁷³ se cuidó de aclarar que el interesado no amparado por la nueva interpretación del art. 294.1 LOPJ podría –al menos en teoría- acudir a la vía del “error judicial”.¹¹⁷⁴ Con arreglo a la interpretación del Tribunal Supremo, el art. 294.1 LOPJ contempla un supuesto predeterminado normativamente de “error judicial”, que no precisa de declaración judicial previa.

Pero la existencia de este precepto no imposibilita, en abstracto, el planteamiento de una eventual acción de reclamación de daños procesales en la jurisdicción civil. Dicho esto, no se me escapan las extraordinarias dificultades para que una pretensión de este tipo prospere. A diferencia de lo que ocurre con las medidas cautelares civiles, la obligada audiencia del Ministerio Fiscal antes de adoptar la prisión preventiva equilibra los posibles excesos de las acusaciones; mientras que, de otro, los exigentes requisitos fijados en el art. 503 LECrim obligan al juez de instrucción que decreta esa medida a realizar un análisis mucho más riguroso que el exigido a un tribunal civil para conceder la tutela cautelar. Nos encontramos, en último término, ante un problema de *imputación objetiva* del resultado dañoso –lo que obligará al análisis de la causalidad fáctica y de la imputación objetiva-, ya que son varios agentes los que habrán contribuido a la causación del daño.

2.4. Conclusiones

1.- El principio de buena fe procesal, a pesar de no estar expresamente recogido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí es aplicable al proceso penal, por

¹¹⁷³ La tradicional interpretación que del art. 294.1 LOPJ hacía la Sala Tercera del Tribunal Supremo cambió, necesariamente, a partir de la desautorización que supusieron las Sentencias de 25 de abril de 2006 (*Puig Panella c. España*; TEDH 2006\35) y 13 de julio de 2010 (*Tendam c. España*; TEDH 2010\84). El Tribunal Supremo dejó de equiparar, como hasta entonces, los supuestos de “inexistencia subjetiva de los hechos” con su “inexistencia objetiva”, pasando a atenerse estrictamente a la letra del art. 294 LOPJ, de manera que solo en el último caso habría lugar a reconocer una indemnización. Pero lo cierto es que es muy infrecuente que un acusado quede absuelto o se sobresea el procedimiento dirigido contra él porque los hechos que se le imputan no existieran objetivamente. Para un análisis exhaustivo de esta cuestión, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 4/2015.

¹¹⁷⁴ STS de 23 noviembre 2010 (RJ 2010\8628; MP: Juan Carlos Trillo Alonso). Y digo “en teoría” porque, siendo tan exigentes los requisitos fijados por la jurisprudencia para la estimación de una acción de error judicial, la probabilidad de éxito será muy remota.

aplicación directa del artículo 11.1 LOPJ y supletoria del artículo 247.1 LEC. No obstante, debe matizarse su aplicación en relación al investigado o encausado, en la medida en que solo le es exigible su respeto en el plano puramente procedimental, y no en el sustantivo, en atención al derecho constitucional a no declararse culpable y a guardar silencio (y, en definitiva, a no colaborar en la aportación de prueba de cargo en su contra).

2.- Al margen de las actuaciones intra-procesales contrarias a la buena fe procesal, es difícil pensar en un supuesto de abuso del proceso penal (considerado en su totalidad) por parte del investigado o encausado. Quizá, el único supuesto imaginable sería el de un “proceso aparente”, tendente a obtener una sentencia en fraude de los intereses de un tercero. Sin embargo, sí parece ser relativamente frecuente el abuso del proceso penal por parte de las acusaciones –ya sean particulares o populares–, en especial por medio de las denominadas querellas “coactivas” o “catalanas”, en las que se busca amedrentar al querellado a fin de obtener de él un rédito extraprocesal.

Otros supuestos del ejercicio abusivo de la acción penal son aquellas querellas destinadas a obtener información o elementos probatorios de cara a un ulterior proceso civil, o las que tienen por objeto, simplemente, obtener ilegítimamente la suspensión de la tramitación del proceso civil en curso o de iniciación inminente.

El proceso arbitral, debido a la existencia de un plazo máximo para emitir el laudo (y la importancia que, en estos casos, suele tener para las partes –o al menos para una de ellas– la pronta resolución de la controversia), se ha mostrado un terreno especialmente propicio para el planteamiento de querellas paralelas con una finalidad puramente dilatoria. La reforma del art. 37.2 de la Ley de Arbitraje llevaba a cabo mediante la Ley 11/2011, al no privar automáticamente de validez –salvo acuerdo de las partes en sentido contrario– al laudo dictado fuera de plazo, ha mitigado los efectos de este abuso del proceso penal, pero no ha eliminado por completo los problemas que plantea un uso desviado de la acción penal para suspender indebidamente el proceso arbitral.

3.- No es frecuente en la jurisdicción penal que, de conformidad con el artículo 240.3 LECrim, se impongan las costas procesales a aquellas acusaciones que han actuado con mala fe o temeridad, en especial cuando el proceso penal concluye mediante un auto de sobreseimiento en fase de instrucción. Más inhabitual aún en el orden penal es la imposición de multas *ex* artículo 247.3 LEC, si bien la Sala Segunda del Tribunal Supremo lo ha hecho en alguna ocasión. De otro lado, frente a ejercicios abusivos de la acción penal, tampoco el recurso a una posterior querrela por denuncia o acusación falsa contra el litigante abusivo se ha mostrado eficaz.

4.- Por lo que se refiere a los remedios para prevenir o reprimir el abuso del proceso penal, al margen del artículo 280 LECrim -relativo a la obligación de prestar fianza por la acusación popular-, lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no cuenta con instrumentos normativos específicos. Como ya se ha señalado, cabría sancionar estas conductas con la multa prevista en el artículo 247.3 LEC, sin que nos parezca atendible la posibilidad de inadmitir a trámite una querrela por reputarla abusiva, si ésta cumple con los requisitos de tipicidad y competencia, salvo en los casos extremos en los que ese uso espurio de la acción penal sea absolutamente manifiesto. En ese sentido, debe hacerse notar que, en alguna ocasión, ciertamente extraordinaria, el Tribunal Supremo ha procedido a su desestimación *ab initio* alegando el carácter abusivo de tal acción penal.

Cabrá finalmente la reclamación, a través de un procedimiento civil, de los daños procesales causados por un previo abuso del proceso penal, si bien debe precisarse que no cabe exigir indemnización civil alguna al condenado que se opuso sin fundamento a la acusación, pues tal conducta está amparada en el ejercicio legítimo de un derecho constitucional.

3. EL ABUSO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

3.1. El objeto del proceso contencioso-administrativo y su influencia en su potencial uso abusivo

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tampoco contiene un precepto específico que recoja la obligación de respetar la buena fe procesal, por lo que tradicionalmente se ha acudido al artículo 11.1 LOPJ así como, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, a su artículo 247¹¹⁷⁵, para justificar su aplicación en el orden contencioso-administrativo. Por lo demás, haremos notar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido pacíficamente la aplicación de estos preceptos al proceso contencioso.¹¹⁷⁶

Con carácter general, puede decirse que, al igual que ocurre en las jurisdicciones civil y social, podrá reputarse que existe un uso espurio del proceso contencioso cuando se litiga, ya sea en concepto de actor o de demandado, sin razón derecha para ello. Ahora bien, la reducción del objeto del proceso en esta jurisdicción a la “actividad administrativa impugnada” condiciona en buena medida las posibilidades de su uso desviado. En efecto, el artículo 25 LJCA dispone al respecto lo que sigue:

¹¹⁷⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5ª Edición, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 278-279.

¹¹⁷⁶ Cfr., entre otras, la STS de 16 de marzo de 2011 (RJ 2011\2168; MP: Agustín Puente Prieto). En lo que se refiere a la doctrina, cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., pp. 273-320, así como la bibliografía allí citada.

“1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley”.

En definitiva, el carácter eminentemente “revisor¹¹⁷⁷” de esta jurisdicción provoca que muchas de las variantes del abuso del proceso civil no puedan tener lugar en el orden contencioso-administrativo. Debe señalarse, por ejemplo, que al no poseer la prejudicialidad contencioso-administrativa carácter devolutivo (art. 42.3 LEC), el empleo de la misma para paralizar artificiosamente procedimientos civiles es muy improbable, pues precisaría el acuerdo de ambas partes o que una disposición con rango de Ley así lo dispusiera. No obstante, sí que pueden darse varios de los supuestos relacionados en la taxonomía de abusos procesales anteriormente relacionada (*vid. infra*. II.5.), como, por ejemplo, la interposición abusiva de recursos devolutivos¹¹⁷⁸ o la creación de una situación de “prejudicialidad homogénea” artificiosa (con la finalidad de suspender la tramitación de otro proceso contencioso-administrativo¹¹⁷⁹), el proceso aparente

¹¹⁷⁷ Entre otras muchas, alude a la naturaleza esencialmente “revisora” del proceso contencioso-administrativo la STS, 3ª, de 18 junio 2015 (RJ 2015\2965; MP: Manuel Martín Timón). Lo que no obsta para que, tras la entrada en vigor de la LJCA, se haya afirmado por una parte de la doctrina que tal carácter revisor de la jurisdicción contenciosa ha sido superado, al menos parcialmente.

¹¹⁷⁸ Existe un mayor riesgo en la jurisdicción contenciosa que en la civil de una interposición meramente dilatoria de los recursos devolutivos, en la medida en que la ejecución provisional de las sentencias no goza de la automaticidad –y de la falta de obligatoriedad, por lo general, de prestar caución– impuesta por la LEC 1/2000. Así, el art. 84 LJCA dispone: “Artículo 84. [Ejecución provisional] 1. La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida. Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquéllos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos. 2. La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2 3. No se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación. 4. Previa audiencia de las demás partes por plazo común de cinco días, el Juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los cinco días siguientes. 5. Cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública, quedará exenta de la prestación de caución”.

¹¹⁷⁹ La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección. 2ª) de fecha 28 de Junio de 2005 (RJ 2005/5561; MP: Emilio Frías Ponce) precisa que cuando se alega que los actos administrativos impugnados son nulos por ser nula, a su vez, la disposición general que le sirve de cobertura, no es aplicable el artículo 43 de Enjuiciamiento Civil, dado que en este caso no

(aunque plantea muchas mayores dificultades prácticas, al ser precisa la intervención de una Administración en la actuación colusoria), etc.

En sentido contrario, determinados usos desviados del proceso son más recurrentes en la jurisdicción contenciosa. Por ejemplo, dado que en algunas ocasiones se impugnan judicialmente multitud de actos administrativos de contenido idéntico o muy similar, es más factible en esta jurisdicción que se dé, por ejemplo, el caso de la “indebida” continuación del proceso¹¹⁸⁰. Nos estamos refiriendo a supuestos en los que si bien inicialmente sí podría existir una *iusta causa litigandi* que justificara la actuación procesal del litigante, la misma desaparece, por ejemplo, al dictarse pronunciamientos jurisprudenciales que zanjen definitivamente la cuestión debatida y que, a pesar de ello, se persista en la continuación de la tramitación del proceso contencioso-administrativo hasta el final. Ese fue el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1988¹¹⁸¹:

“La controversia objeto del presente proceso gira en torno a una incógnita que lo fue en un principio pero que *dejó de serlo hace ya algún tiempo*. En efecto, a lo largo de los cuatro últimos años tuvimos la oportunidad de afrontar y resolver idénticos problemas en catorce Sentencias desde la que lleva fecha 30 de noviembre de 1984 hasta la dictada hace escasamente un mes, el 25 de enero de 1988. *En un juego limpio procesal, como exige el art. 11 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, ello hubiera debido dar lugar ya al desistimiento de la Administración general del Estado*. El art. 118 de nuestra Constitución proclama la obligación de cumplir las resoluciones judiciales, que no se agota ni puede agotarse en el contenido singular de cada una sino en el acatamiento efectivo del criterio jurisprudencial que incorporan

concorre el requisito necesario para la aplicación supletoria de la Ley; que la cuestión no esté regulada en la propia LJCA. Pero la solución parece distinta –a tenor de esta STS- cuando el antecedente lógico no es una disposición general, sino otro acto administrativo impugnado en otro procedimiento.

¹¹⁸⁰ La Sentencia del TSJ de Madrid (Sección 8ª) nº 1471/2009, de 17 de julio (JUR 2009/407898; MP: María del Carmen Rodríguez Rodrigo) sanciona a un letrado con una multa de 2000 euros por la interposición de miles de recursos contenciosos en materia de extranjería sin ostentar mandato representativo de sus supuestos clientes (con la intención aparente de cobrar los honorarios profesionales correspondientes con arreglo a la Ley de Asistencia Jurídica gratuita). La resolución concluye que “esta Sala y Sección considera que la actuación procesal del/la Letrado/a apelante, con millares de pronunciamientos jurisdiccionales idénticos, ha conculcado las reglas de la buena fe procesal, justificativa -art. 247.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria a este Orden Jurisdiccional (Disposición Final Primera LJCA)- de la imposición de una multa de 200 €”. Pero esa doctrina es errada, porque el precepto invocado no permite al tribunal imponer directamente la sanción pecuniaria al letrado, sino dar traslado al Colegio de Abogados para que éste, en su caso, la imponga. Así lo declara con claridad, anulando la sanción impuesta por el Juzgado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 616/2011, Sección nº 20, de 21 de diciembre (JUR 2012\22166; MP: Purificación Martínez Montero de Espinosa).

¹¹⁸¹ RJ 1988\1640; MP: Rafael Mendizábal Allende.

y su aplicación a supuestos iguales e incluso análogos, *evitando así litigios innecesarios, que están siempre en la patología de la convivencia*. Esto es más ostensible en el orden jurisdiccional en el cual nos encontramos ahora, por la función de ejemplaridad inherente al Poder, sujeto además en su actuación al principio de legalidad más estricta y por el valor normativo de la doctrina legal de este Tribunal Supremo que completa así el ordenamiento jurídico, según advierte el Código Civil (artículo 1.6)". [Cursiva añadida]

Cuando el sujeto activo de esta conducta es, como en la STS de 1 de marzo de 1988, la Administración, se produce el fenómeno denominado por ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES como "terquedad administrativa", consistente en la oposición a la petición del administrado "con innegable mala fe y frente a jurisprudencia revocatoria constante, repetida y abrumadora, sostiene criterios injustos para obligar a pleitos, o con la esperanza de que estos dejen de interponerse por un descuido o se estrellen por un desliz procesal.¹¹⁸²"

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha recurrido al principio de buena fe procesal para impedir que la Administración pública utilice un fallo judicial para conseguir fines distintos a los que tuvieron en cuenta al dictarse la sentencia. Es el caso, por ejemplo, analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1981,¹¹⁸³ en la que se achaca a la Administración una utilización abusiva del instituto de la cosa juzgada material:

"Que la primera advertencia que a este respecto se hace es la de la imposibilidad de que la Administración congele totalmente el «ius aedificandi» del propietario de estos terrenos, prevaliéndose del fallo judicial que confirma los acuerdos suyos, pero sólo por la motivación concreta que esta Sala deja aquí respaldada; que, si en realidad lo que pretende es que la totalidad de estos terrenos queden como espacio libre de edificación, el principio de buena fe y de moralidad administrativa le impide lograr este objetivo por vías torticeras, mediante subterfugios o maquinaciones más o menos habilidosas, debiendo afrontar abiertamente la cuestión, legalizando, desde el punto de vista de la cobertura planificadora, el destino que pretenda asignar a tan repetidos terrenos, y compensando al propietario, en su caso, de la privación de su derecho que ello suponga..."

3.2. El eventual ejercicio abusivo de la acción pública

Con mucha diferencia, el supuesto en el que se ha denunciado con mayor asiduidad una utilización abusiva del proceso contencioso ha sido mediante la (alegada) perversión de la acción pública administrativa. Como es sabido, tanto la normativa estatal en materia urbanística [artículos 4 f) y 48.1 del Texto

¹¹⁸² *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, p. 181. Citado por GONZALÉZ PÉREZ, ob. cit., p. 304.

¹¹⁸³ RJ 1981\2023; MP: Angel Martín del Burgo y Marchán.

Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio], como numerosos preceptos similares de las legislaciones autonómicas, consagran la acción pública como instrumento de control de la legalidad urbanística¹¹⁸⁴. Si bien es cierto que su uso más característico radica en este ámbito del Derecho, también lo es que la normativa sectorial administrativa reconoce la acción pública en otras áreas¹¹⁸⁵. Aun cuando normalmente las leyes de las Comunidades Autónomas que reconocen la acción popular lo hacen en ámbitos donde ya ha sido introducida por la legislación estatal, como es el caso del urbanismo y del medio ambiente, también es cierto que algunas leyes autonómicas han introducido la acción pública en nuevos sectores, tales como Carreteras (Ley Valenciana 6/1991), Museos (Ley Murciana 5/1993), protección de *camino de Santiago* (Ley Gallega 3/1996), o prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores (Ley Asturiana 5/1990¹¹⁸⁶).

Es lo que se llama “acción popular” en el artículo 19.1.h) LJCA, y que la mayor parte de nuestras normas administrativas tradicionalmente denominan como “acción pública”. La extensión de la acción pública administrativa a determinadas áreas se realiza en atención a los especiales intereses públicos en juego en tales ámbitos, ya que esta acción pretende “robustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes”. (STS de 14 de mayo de 2010¹¹⁸⁷).

En definitiva, en determinados casos el legislador entiende que no basta con conceder la legitimación correspondiente a los particulares directamente afectados por el acto administrativo cuestionado, sino que la importancia de los valores en juego -que trascienden del perjuicio concreto causado por la actividad administrativa de que se trate-, exigen conceder tal legitimación a cualquier ciudadano¹¹⁸⁸. Este criterio es coherente con uno de los postulados clásicos de la

¹¹⁸⁴ Para un examen exhaustivo de todos los supuestos de reconocimiento de la acción pública en la regulación autonómica y sectorial, *vid.*, José Enrique CANDELA TALAVERO, “La acción pública en la regulación autonómica y sectorial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2014, pp. 81-107.

¹¹⁸⁵ *Vid.* CANDELA TALAVERO, *ob. cit.*, pp. 17-21.

¹¹⁸⁶ María Pilar TESO GAMELLA, “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales”, *Cuaderno de Derecho Público*, nº 36, enero-abril, 2009, pp. 71-89.

¹¹⁸⁷ RJ 2010\3643; MP: Pilar Teso Gamilla.

¹¹⁸⁸ Sería una suerte de reservo lógico del dilema conocido en las ciencias sociales como “*Tragedy of the commons*” (tragedia de los comunes), que describe la situación en la que varios individuos, motivados solo por el interés personal y actuando independiente pero racionalmente, terminan por destruir un recurso compartido limitado (común) aunque a ninguno de ellos, ya sea como individuos o en conjunto, les convenga –o deseen– que tal destrucción acaezca. En el caso del ejercicio de la acción pública administrativa, la búsqueda por parte del ciudadano de un rédito exclusivamente individual puede llevar aparejado un beneficio para la comunidad en su

ciencia económica en el ámbito de los grupos sociales. Como sostuvo Mancur OLSON en *The logic of collective action*, "[s]alvo que el número de miembros sea muy pequeño, o haya algún mecanismo coercitivo o especial que haga que los individuos actúen en el interés común, ningún individuo racional que persiga su propio interés actuará en defensa de los intereses del grupo¹¹⁸⁹".

Son las acciones públicas ejercitadas en materia urbanística las que, de largo, se han demostrado en la práctica más problemáticas. A este respecto, COSCULLUELA MONTANER¹¹⁹⁰ ya alertó tempranamente de los denominados "profesionales de la acción pública", que buscan únicamente la obtención de una compensación económica del beneficiario de la medida urbanística irregular y, obtenida ésta, desisten de la acción interpuesta. A juicio de ese autor, esta figura, "próxima al chantaje", no produce ningún beneficio al interés general si el actor tiene éxito en sus intenciones, ya que su objetivo no es la culminación del proceso y la obtención de una sentencia anulatoria. Al no existir un fiscal o defensor público del interés general, la simple interposición del recurso no garantiza la feliz conclusión del proceso, dando pie a este tipo de actuaciones de los particulares, sin conexión directa con la auténtica finalidad institucional de la acción pública, que es la satisfacción del interés general mediante la anulación judicial de los actos urbanísticos contrarios al ordenamiento.

En este sentido, se ha denunciado un uso torcido de la acción pública en numerosas ocasiones, cuando lo pretendido por el actor no era en realidad el restablecimiento de la legalidad urbanística, sino causar un daño ilegítimo a un tercero o incluso obtener un rédito ilegítimo como consecuencia de la anulación de la licencia correspondiente. Es paradigmática, en ese sentido, la muy citada Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 22 de enero de 1980.¹¹⁹¹ Esta Sentencia rechaza la pretensión de quien ejercitaba la acción popular bajo la siguiente argumentación:

" ... la actuación del recurrente no se ha hallado guiada por la buena fe que en el ejercicio de todo derecho exige el párr. 1.º del art. 7.º del C. Civ., pues es claro que él ha pretendido el uso de una facultad pública, como es la del art. 223 de la Ley del Régimen del Suelo, y que por la autoridad municipal se usara de sus atribuciones para satisfacer sus pasiones en contra del denunciado, hermano suyo, del que, a lo que parece, le separan graves diferencias; procede por tanto, en cumplimiento de lo señalado en el párr. 2.º del expresado artículo del C. Civ., que es precepto de aplicación general en

conjunto, aunque el impugnante no busque con la interposición del recurso contencioso-administrativo ese beneficioso efecto secundario comunitario.

¹¹⁸⁹ Mancur OLSON, *The logic of collective action*, Harvard University Press, Cambridge, 1965, p. 2.

¹¹⁹⁰ "Acción pública en materia urbanística", *Revista de Administración Pública*, nº 71, 1973, p. 57.

¹¹⁹¹ RJ 1980\244; MP: José Ignacio Jiménez Hernández.

nuestro ordenamiento jurídico, no amparar el ejercicio de un derecho que, por la forma y circunstancias de su actuación, es abusivo al sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio, *ya que con ello sólo se busca el daño de un tercero, no necesario imprescindible para el beneficio de la comunidad cuyos intereses tiene encomendado salvaguardar la autoridad municipal de la ciudad de Lugo*, todo lo cual determina la improcedencia del recurso jurisdiccional interpuesto y la pertinencia de que se declare la conformidad jurídica del acto denegatorio presunto recaído respecto del escrito de 19 septiembre 1973, sin que proceda hacer especial declaración de condena respecto de las costas y tasas judiciales causadas en ambas instancias”.

También constituye una referencia obligada la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1985,¹¹⁹² que rechaza el ejercicio de la acción pública por parte de varios farmacéuticos, argumentando que el recurso contencioso-administrativo tenía por objeto, en realidad, expulsar del mercado a otro colega:

“Por último, constituye un abuso de derecho, reprochado en el artículo 11-2 de la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de Julio de 1985 y en el 7-2 del Título Preliminar del Código Civil, el que los actores, por vía de una supuesta ilegalidad urbanística traten de conseguir lo que parece no pueden obtener al amparo del Ordenamiento singular farmacéutico, eliminando a un compañero competidor, de zona en la que ellos están establecidos”.

Esta construcción jurisprudencial no me parece sólida. Si lo que se pretende otorgando la legitimación a todo “ciudadano” –expresión del art. 19.1 h) LJCA que sigue la estela del art. 125 CE- es que el cumplimiento de la legalidad en determinados ámbitos del Derecho pueda ser defendido por cualquiera de ellos, sin exclusión alguna, en beneficio del conjunto de la sociedad, rechazar la misma cuando el ejercicio de la acción pública venga motivado por una razón distinta de la meramente altruista no deja de ser discutible. Con independencia de cuál sea la finalidad última de quien ejerce la acción pública contra un determinado acto administrativo, si es objetivamente cierto que el acto impugnado es contrario a la legalidad, la sociedad en su conjunto se beneficiará de que judicialmente se declare no ajustado a Derecho¹¹⁹³.

¹¹⁹² RJ 1985\5131; MP: Angel Martín del Burgo y Marchán.

¹¹⁹³ Como explica Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “no es en modo alguno descabellado pensar que su número [se refiere al ejercicio de la acción pública administrativa] queda muy por debajo del más conveniente para los intereses generales. De un lado, porque algunos afectados los que forman parte de las generaciones futuras – no tienen posibilidad alguna de ejercerlas. De otra, porque muchos de los que sí pueden carecen de los alicientes económicos necesarios para acudir a la Justicia. El beneficio privado que para cada uno de ellos puede derivarse del correspondiente pleito es frecuentemente inferior a los costes que éste le acarrearía. La consecuencia es que muchas veces no se reacciona como sería deseable frente a dichas actividades, lo que propicia que a sus autores les resulte demasiado atractivo llevarlas a cabo. El problema es grave, porque el

Dicho de otra forma, para incentivar el ejercicio de la acción pública en estos ámbitos –en los que se presupone por el legislador que existe una infra-litigación con respecto a lo que sería socialmente deseable y que las externalidades positivas resultantes de los pleitos superan a las negativas- se amplía el círculo de los legitimados para impetrar la tutela judicial, pues los justiciables carecen de los alicientes económicos necesarios para sostener procesos que son, por utilizar la terminología del análisis económico del Derecho, *socialmente deseables*.¹¹⁹⁴

Es por ello irrelevante que el actor hubiera ejercitado la acción pública con una finalidad distinta de la mera defensa de la legalidad¹¹⁹⁵. A mi juicio, *esa labor de ponderación del interés legítimo ya la ha hecho el legislador al reconocer, en el ámbito de que se trate, la acción pública*. En esos casos, es patente que la mayoría de los ciudadanos no tendrán incentivos para ejercitarla (incurriendo en los gastos y molestias correspondientes), si no es porque, aunque sea como efecto colateral, el actor se verá beneficiado, en mayor o menor medida, personalmente. Es algo parecido a lo que ocurre con quien denuncia, aunque sea por una motivación espuria, la existencia de unos hechos delictivos cometidos por un tercero¹¹⁹⁶.

Precisamente, la efectividad de la acción pública como herramienta para proteger la legalidad en determinados *ámbitos especialmente sensibles* (urbanismo, medio ambiente, etc.) depende de que cualquier ciudadano ostente legitimación para impugnar este acto presuntamente lesivo contra el interés público, por mucho que la estimación de la acción impugnatoria lleve además aparejado un rédito adicional *exclusivo* para el actor (patrimonial, moral o de cualquier otra índole).

daño social agregado que resulta de ellas suele ser enorme”. “Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 1/2017, p. 18.

¹¹⁹⁴ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *ob.cit.*, p. 17.

¹¹⁹⁵ En el sentido de negar la existencia de abuso del proceso en caso de que el fin perseguido por el actor público sea causar un perjuicio a tercero, siempre que la estimación del recurso redunde en beneficio de la comunidad, se pronuncia María Dolores REGO BLANCO, *La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, del urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, p. 438.

¹¹⁹⁶ Una postura radicalmente contraria a la que aquí se defiende es postulada por Ana Belén GÓMEZ DÍAZ, que llega hasta el punto de abogar por la supresión de la acción pública administrativa, que considera una fuente permanente de abusos, corruptelas y coacciones, además de un vehículo procesal para la venganza personal (“Si a ello se suman los nada infrecuentes usos de la acción popular como instrumento de venganza personal, tendremos el panorama casi completo. En definitiva, nada que deba causar sorpresa a los habitantes del país donde se escribió la historia del Buscón Don Pablos”). En sus palabras, “[s]encillamente, creo que la acción popular responde a una mitología falsa y forzada y que su existencia es absolutamente cuestionable”. *El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo*, tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2014, p. 603. Desconfío instintivamente de este tipo de explicaciones “culturalistas” que, sin asiento empírico de ninguna clase, pretenden inferir pautas de comportamiento individuales de supuestos rasgos idiosincráticos del “carácter nacional”.

Lo decisivo es que el acto administrativo impugnado no se ajuste a la legalidad, en cuyo caso el órgano judicial deberá anularlo, con independencia de la finalidad última buscada por el impugnante (si es que, además, ésta puede probarse, lo que no será fácil¹¹⁹⁷).

Siempre y cuando, lógicamente, no nos encontremos ante un intento de extorsión en sentido estricto, lo que reconduciría la cuestión a la jurisdicción penal¹¹⁹⁸. En

¹¹⁹⁷ A la misma conclusión llega CARRASCO PERERA en relación a la legitimación del accionista minoritario que impugna un acuerdo societario –aun cuando no tenga un interés particular en el acuerdo impugnado- con el fin de que la sociedad acabe transigiendo la acción, a cambio de una ventaja económica ajena al interés social. “*Tratado...*”, cit, p. 724: “Existe pues una razón de política legislativa de orden superior que tolera e incentiva las acciones de impugnación como un precioso medio intrasocietario para crear los instrumentos necesarios para el cumplimiento de las normas”. Es coherente con este entendimiento que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, haya suprimido la exigencia de que se hiciera constar en acta la oposición del socio al acuerdo impugnado a la que antes se sometía la legitimación activa de los socios para impugnar los acuerdos anulables. Tras dicha reforma, incluso el socio que votó a favor el acuerdo puede, después, impugnarlo. Y ello se justifica porque la acción de impugnación es, en rigor, una acción de incumplimiento del contrato societario y los efectos de la sentencia se extienden a todos los socios, de manera que hay un “interés colectivo” en que se determine judicialmente si se ha cumplido o no el contrato. Utilizando la terminología del *Law and Economics*, la impugnación genera una “externalidad positiva” al igual que ocurre con la acción pública administrativa. Cfr. José MASSAGUER FUENTES, “Artículo 206. Legitimación para impugnar” en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. (coord. Juste Mencía), VVAA, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 248-269. En este caso, no solo el resto de accionistas, sino el mercado en su conjunto, se ve beneficiado por el eventual control que sobre la gestión de los administradores pueden realizar los socios que posean al menos un 1% del capital social (salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público, en cuyo caso esa titularidad accionarial mínima no es exigible) a través de la acción de impugnación de acuerdos sociales (en una suerte de “todos contra todos” hobbesiano, en el que la búsqueda del beneficio individual por cada accionista redundará, paradójicamente, en un beneficio para el conjunto de la entidad societaria –y del mercado-). Porque, especialmente cuando se trata de sociedades cotizadas con un capital social muy disperso, ningún accionista que actuara racionalmente se tomaría la molestia de litigar (sobre la “apatía racional” del accionista minoritario en estas situaciones, cfr. Manuel CONTHE GUTIÉRREZ, *Pensar con Arte*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 323-324) En contra de esta opinión se manifiesta Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien este tipo de impugnaciones serían “abusivas”. “La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica”, en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, VVAA (dirs. Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel y Rodrigo Tena Arregui), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015. Por supuesto, a nuestro juicio no quedarían amparadas impugnaciones de acuerdos sociales como la desestimada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, nº 61/2014, de 21 de febrero (JUR 2014\96054; MP: Enrique García García), pues “no resulta admisible en derecho que el socio que esté vinculado con un pacto con la sociedad pueda ejercitar acciones impugnatorias que resulten incompatibles con las obligaciones que libremente adquirió con ella, aprovechando que todavía no se habría llevado a efecto lo comprometido, precisamente porque dependía de un “no hacer” por su parte que luego ha decidido no respetar”. Es significativo a este respecto que el Derecho societario alemán conciba la acción de impugnación de acuerdos como una acción popular restringida dirigida a garantizar la legalidad de la actividad societaria (*Funktionärsklage*).

¹¹⁹⁸ Hipótesis, por lo demás, poco plausible, porque la simple amenaza de interponer acciones legales no es punible. Sirva de ejemplo lo declarado por el Auto de la Audiencia Provincial de

cualquier caso, conviene insistir en que deslindar cuál es la motivación real del actor popular en cada caso no deja de ser extraordinariamente problemático, como tuvo que reconocer la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006¹¹⁹⁹. Por lo demás, resulta paradójico que en las STS antes citadas de 22 de enero de 1980 y 25 de septiembre de 1985 el Alto Tribunal desestime por esa razón la impugnación del acto administrativo en cuestión, pero que en ambos casos no acordara imponer las costas procesales a los actores públicos, en ninguna de las instancias.

Además, de esa jurisprudencia no se desprende, con claridad, cuál es el fundamento dogmático último de su postura. Cabría deducir que, para el TS, el ejercicio abusivo de la acción pública se traduce en la privación de la legitimación *ad causam* para ese concreto actor popular. Pero, como ya se ha expuesto, el legislador ya ha realizado una previa ponderación de los intereses en juego a la hora de atribuir esa legitimación a cualquier ciudadano, con independencia de la motivación última que le impulse a impetrar la acción de la Justicia. El beneficio particular que obtenga ese justiciable con la impugnación del acto administrativo no deja de ser un incentivo para que los ciudadanos extremen el celo en determinadas materias que atañen a toda la comunidad. Por tanto, negar legitimación a quien ejercita esta acción pública de forma “oportunista” no deja de ser un contrasentido, pues –dejando al margen el caso de las entidades sin ánimo de lucro (como, por ejemplo, las asociaciones ecologistas)- es muy improbable que un ciudadano tome la costosa iniciativa de iniciar un proceso judicial en defensa del interés público –cuando, además, de ser desestimada su pretensión será condenado al pago de las costas procesales- por motivos puramente altruistas.

Es cierto que, en algunos casos, como señala COSCULLUELA MONTANER, el actor público puede, una vez “compensado” económicamente por el afectado por la potencial anulación del acto administrativo impugnado, intentar desistir de su recurso contencioso-administrativo. No obstante, creo que, en esos casos, la solución pasa porque, con arreglo al art. 74.3 LJCA, el Fiscal (y la Administración

Madrid, Sección 6ª, de 28 de abril de 2006 (JUR 2006\183936; MP: Julián Abad Crespo): “Es claro que en los hechos objeto de denuncia no se expresa ningún hecho que suponga el ejercicio por parte de la denunciada ni por persona alguna de violencia física para que el denunciante se viera compelido a la adquisición de los terrenos. Y en cuanto a la advertencia de ejercitar acciones judiciales, llegándose a la interposición de una querrela, no puede reputarse como un acto penalmente antijurídico, pues debe reputarse lícita la conducta de ejercitar ante la Administración de Justicia las acciones de todo tipo, incluidas las penales, que las personas consideren que les asisten en defensa de sus intereses...”

¹¹⁹⁹ RJ 2006\6330; MP: Segundo Méndez Pérez.

Pública demandada) se opongan al desistimiento¹²⁰⁰ –alegando “daño para el interés público”-, ya que, habiéndose ejercitado la acción pública, la audiencia del Ministerio Fiscal es imperativa¹²⁰¹. Además, debería, en caso de accederse al desistimiento –por entender el juzgador que no se perjudica al interés público-, procederse a la imposición de costas al actor en virtud del art. 74.6 LJCA, que si bien dispone que “el desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas”, permite precisamente su imposición cuando se haga un uso desviado del derecho a desistir por parte del recurrente¹²⁰².

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de enero de 2003¹²⁰³ señaló de forma acertada que “el ejercicio de la acción pública urbanística no exige un ánimo altruista o benéfico en el ámbito de la intención, y en todo caso no resultaría un ejercicio abusivo de la acción pública, aun cuando el impulso último fuera aquél, si el eventual perjuicio que derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resulta coincidente con el interés público relevante de hacer efectivo el respeto al ordenamiento jurídico urbanístico”.

Avanzando un paso más, debe hacerse referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2010,¹²⁰⁴ que reconoce a una asociación ecologista la legitimación activa para instar la ejecución de una sentencia que declaró la nulidad de una norma de planeamiento urbanístico, a pesar de no haber sido esta

¹²⁰⁰ En la misma línea, Marcos Matías FERNANDO PABLO, “Comentario al art. 74 LJCA” en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998”, VVAA, ejemplar especial de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100, 1998, p. 539.

¹²⁰¹ Lo que no ocurría con el art. 88 de la Ley de la Jurisdicción de 1956.

¹²⁰² Si bien es cierto que, al no haberse apreciado daño para el interés público en el desistimiento, será difícil –pero no imposible- concluir que se ha utilizado de forma espuria el proceso contencioso-administrativo.

¹²⁰³ JUR 2003\93323; MP: Ana Rodrigo Landazábal. En el mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007/104574; MP: María Teresa Marijuán Arias): “La parte viene a mantener que el ejercicio de la acción pública (artículo 304 de la L.S. de 1992, por el actor en la instancia, constituye un ejemplo de ejercicio abusivo del propio derecho, en perjuicio de tercero, y sin que el actor tuviera ni pudiera exhibir interés legítimo alguno en el asunto, (artículo 28.1.a) de la LJCA, no ostentando en definitiva legitimación activa en el ejercicio de su pretensión (art. 82.b de la LJCA). La finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992 (artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976) es la de perseguir y conseguir por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando estas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación. No puede pues estimarse ejercicio abusivo del derecho, ni falta de interés legítimo o legitimación del recurrente en la instancia, pues la denuncia realizada por éste sobre las infracciones urbanísticas reflejadas en su pretensión, se ha visto claramente avalada y reconocida por la propia sentencia recurrida, al declarar la nulidad de los actos recurridos”.

¹²⁰⁴ RJ 2010\4711; MP: Pilar Teso Gamella.

entidad parte en el proceso declarativo precedente (ni ser “afectada” en los términos previstos en el art. 104.2 LJCA):

“La trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación que tal reconocimiento general comporta, en lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales, pues recordemos que tal previsión se extiende no sólo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos, *debe tener alguna consecuencia en el recurso contencioso administrativo tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución en la medida que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido.* Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución para hacer que efectivamente se verifique lo decidido¹²⁰⁵”. [Cursiva añadida]

Se advierte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo una interpretación extensiva de la figura del actor público, pues se permite su personación a los solos efectos de instar la ejecución forzosa de la sentencia sin tener que acreditar que la concurrencia de un interés legítimo concreto en el caso de que se trate, ni poseer la condición de “afectado” a que se refiere el art. 104.2 LJCA. A mi juicio, esta evolución de la jurisprudencia no es casual. La progresiva concienciación de la sociedad en relación a los excesos urbanísticos y medioambientales ha tenido reflejo también en la doctrina jurisprudencial, potenciándose la acción pública –incluso en la fase de ejecución– como instrumento efectivo de control de la legalidad en esos ámbitos. Esa doctrina expansiva casa mal –huelga decirlo– con la postura que aboga por negar legitimación al actor, con base en el art. 7.2 CC, cuando se concluye que el fin del recurrente no es el simple restablecimiento de la legalidad, sino dañar gratuitamente a un tercero o incluso obtener un rédito indirecto por la anulación del acto impugnado¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ Ese tipo de personaciones, cada vez más frecuentes en la praxis forense, ha dado lugar a que se acuñe el término de litigante “paracaidista”, referido al sujeto que insta la ejecución forzosa de la sentencia sobre la base de la acción pública, y que no ha sido parte en el procedimiento declarativo previo, ni resulta afectado directamente por la sentencia. La autoría de esta denominación suele atribuirse al magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Manuel Taboás Bentanachs. *Vid.*, Gemma GEIS I CARRERAS, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 187-193.

¹²⁰⁶ Aunque, obviamente, la acción pública “no se extiende a las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada reservada sólo a aquellos titulares de un derecho o interés legítimo”. STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015 (RJ 2015; 1273; MP: César Tolosa Tribiño).

3.3. Los remedios contra el abuso del proceso contencioso-administrativo

A resultas de lo anterior, se evidencia que el principal problema del abuso del proceso en el orden contencioso-administrativo se suscita en relación al ejercicio abusivo de la acción pública. Aclarado ya que, a nuestro juicio, no cabría negar esa legitimación salvo en el improbable caso de que el proceso fuera un vehículo para una extorsión delictiva, cabría -asumiendo la perspectiva de aquella jurisprudencia que entiende rechazable la acción pública cuando su ejercicio únicamente está motivado por el deseo de dañar a un tercero y no por restablecer la legalidad- plantearse si es posible la inadmisión *in limine* del recurso contencioso-administrativo.

Y la respuesta ha de ser, nuevamente, negativa. En el proceso contencioso-administrativo la declaración de inadmisibilidad en el momento anterior al dictado de sentencia únicamente puede hacerse en los momentos previstos específicamente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 51 y 58) por faltar algunos de los requisitos procesales previstos en cada caso. Las dificultades que entraña la acreditación de la finalidad con la que se ejercita la acción pública -lo que, en todo caso, debería ser objeto de prueba - determina que, hasta el momento del dictado de sentencia, no sea posible realizar un pronunciamiento al respecto. Es cierto que el art. 51.1 b) LJCA permite inadmitir el recurso si la falta de legitimación del recurrente le constare al tribunal de modo "inequívoco y manifiesto" -y que el art. 69 LJCA permite estimar la falta de legitimación activa si es opuesta como alegación previa por el demandado-, pero entendemos que dicha decisión debería posponerse hasta la sentencia, pues el eventual *animus nocendi* del actor deberá ser probado (no deja de ser un *hecho*, aunque sea psicológico), sin que quepa presumirse. Además, en puridad, no nos encontramos ante un problema de carencia de interés legítimo, sino de presunta abusividad en el ejercicio de la acción, en ningún caso reconducible a los arts. 51.1 b) y 69 LJCA.

Dejando al margen la acción popular, debe hacerse constar que LJCA sí reconoce la posibilidad de declarar la inadmisibilidad cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales (artículo 51.2), lo que puede prevenir la proliferación de determinadas impugnaciones abusivas (que lo son al haber desaparecido la originaria *iusta causa litigandi*).

Con independencia de la posibilidad de imponer la multa por contravenir, en su caso, la buena fe procesal, tal y como prescribe el artículo 247.3 LEC -aplicable supletoriamente a la jurisdicción contencioso-administrativa¹²⁰⁷-, el abuso del

¹²⁰⁷ Tanto en virtud del art. 4 LEC, como de la Disposición final primera LJCA, que dispone que "[e]n lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil".

proceso podrá dar lugar a la correspondiente -y ulterior- reclamación indemnizatoria en la vía civil.

En cuanto a la primera medida, debe aplicarse por el órgano judicial un criterio rigurosamente restrictivo cuando se trata de sancionar -por abusiva o temeraria- la pretensión que es objeto principal del proceso contencioso, pues en otro caso podrían coartarse indebidamente los derechos a la tutela judicial efectiva y de defensa de los litigantes. Nos remitimos aquí a lo expuesto anteriormente en relación a la eventual -y problemática- aplicación de esta sanción en la jurisdicción civil, cuando de lo que se trata no es de reprimir meras conductas abusivas intraprocesales, sino la línea de defensa central del actor o del demandado.

En cuanto a la reclamación indemnizatoria de los daños procesales, ésta podrá fundarse en los arts. 7.2 y 1902 CC, sin que se aprecien problemas específicos por el hecho de haberse causado el perjuicio como consecuencia de un uso espurio del proceso contencioso-administrativo¹²⁰⁸.

De igual forma, y en materia de costas, debe recordarse que el artículo 139.1 *in fine* LJCA dispone que “en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”. De esta regulación se infiere que tampoco la condena en costas supone, en esta jurisdicción, un instrumento especialmente útil para reprimir el abuso del proceso, al aplicarse con carácter general -al igual que en la orden civil- el principio de vencimiento objetivo.

3.4. Conclusiones

1.- La naturaleza del procedimiento contencioso-administrativo limita las posibilidades de su utilización abusiva. Dado que la actividad administrativa impugnada está constituida por las disposiciones generales o actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa o por la inactividad de la Administración (o sus actuaciones materiales que constituyan en vía de hecho), en la práctica la utilización del proceso contencioso

¹²⁰⁸ En el caso de los daños causados por las medidas cautelares -que luego se muestran infundadas y por ello son alzadas-, el art. 133.3 LJCA señala lo que sigue: “Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida”. Luego por esta vía privilegiada podrán reclamarse también los daños procesales causados por una petición cautelar abusiva.

de forma contraria a sus fines tiene menos espacio que en las jurisdicciones civil y social.

2.- El ejercicio en la acción pública constituye el supuesto más discutido de uso abusivo del derecho a litigar en la jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida en que la jurisprudencia, si bien con vacilaciones, ha rechazado algunos recursos contenciosos-administrativos al apreciar una finalidad exclusivamente dañosa en la impugnación del acto administrativo de que se trate. Otros pronunciamientos jurisprudenciales, con los que coincidimos, señalan que no es exigible al actor popular ninguna voluntad altruista o benefactora, bastando con que el acto impugnado no sea ajustado a Derecho para que así deba declararlo el órgano judicial. A nuestro juicio, el reconocimiento de una legitimación tan amplia obedece a que, en determinados ámbitos especialmente sensibles (como urbanismo y medio ambiente), el legislador entiende preferible que se ejercite esta acción, aunque sea por motivaciones particulares ajenas por completo al interés público, pues con independencia de ello la comunidad en su conjunto se verá beneficiada por la anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de un acto contrario al mismo.

Esta decisión legislativa debe ser respetada, por lo que esta bienintencionada – aunque ingenua – jurisprudencia que pretende privar del derecho de impugnación con base en la acción pública a quien no litiga por motivos altruistas, no merece un juicio favorable. Es patente que no se aplican en este caso las mismas reglas que en el proceso civil, pero es razonable que así sea al ser diferentes los intereses en liza (en el primer caso, puramente privados).

3.- Por lo que se refiere a los remedios utilizados contra el abuso del proceso en el orden contencioso-administrativo, debe descartarse la posibilidad de declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo *in limine litis* con base en la supuesta abusividad del actor. En efecto, parece aconsejable posponer hasta el dictado de sentencia cualquier decisión al respecto, en la medida en que la acreditación de la finalidad del impugnante en el ejercicio de la acción pública deberá, en su caso, ser objeto de prueba, por lo que cualquier pronunciamiento anterior sería, a nuestro juicio, prematuro.

En cuanto al resto de medidas para reprimir esta patología, es posible la imposición de una multa *ex* artículo 247.3 LEC, siempre que las especiales circunstancias concurrentes justificaran la adopción de tal medida. Para ello, la interposición del recurso contencioso-administrativo -o la oposición al mismo-, deben merecer una especial repulsa por contravenir el fin instrumental del procedimiento. Procede, pues, abogar en este caso por un criterio altamente restrictivo a la hora de sancionar las posturas procesales de las partes con base en ese precepto, reservando la imposición de la multa para los casos en los que no

solo esté completamente ausente la *iusta causa litigandi*, sino en los que, además, concurren circunstancias agravantes añadidas que otorguen un *plus de antijuricidad* a esa conducta.

Otra medida para desincentivar el abuso del proceso es la imposición de costas, si bien en el orden contencioso-administrativo constituyen un paliativo de muy corto alcance: el artículo 139.1 LJCA, en su redacción vigente, únicamente permite la imposición de las mismas -por haber sostenido su acción o interpuesto recurso con temeridad- en caso de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, optando la norma por la aplicación del principio de vencimiento objetivo en el resto de supuestos.

Finalmente, cabe la posibilidad de reclamar los daños procesales a través del correspondiente procedimiento civil declarativo, con fundamento, en principio, en el artículo 1902 del Código Civil¹²⁰⁹.

4. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

Del examen de la regulación del abuso del proceso en las jurisdicciones social, penal y contencioso-administrativa se deducen una serie de conclusiones que podemos sistematizar de la siguiente manera:

a) La patología del abuso del proceso se produce en todas las jurisdicciones, si bien con distinta intensidad, dependiendo del propio objeto del proceso, de la diferente posición de partida de las partes (que varía en función de la jurisdicción de que se trate) y de las peculiaridades del Derecho sustantivo aplicable. En principio, parece un fenómeno más común en la jurisdicción civil y en la penal, y menos frecuente, respectivamente, en la social y en la contencioso-administrativa.

b) Tanto la LEC como LRJS contienen previsiones específicas tendentes a paliar este uso desviado del proceso, lo que no ocurre ni en LECrim -salvo la exigencia de fianza para la acusación popular-, ni en la LJCA. En cualquier caso, un análisis, tanto de la normativa procesal, como de la jurisprudencia dictada en cada una de las jurisdicciones examinadas, evidencia una tensión permanente entre el derecho a la tutela de quien litiga -aunque sea abusivamente- y la necesidad de evitar un uso instrumental del proceso para fines distintos a los institucionalmente legítimos.

c) La posibilidad de sancionar a quien abusó del proceso por aplicación del artículo 247 LEC se entiende, en principio, admisible en todos los órdenes (salvo

¹²⁰⁹ Dado que en esta jurisdicción es difícil pensar en un escenario en que la responsabilidad pueda ser de naturaleza contractual, por haberse incumplido un contrato procesal. Si ya en la jurisdicción civil es una hipótesis muy improbable, las peculiaridades del proceso contencioso-administrativo hacen este supuesto aún más improbable.

en el social, que cuenta con un régimen de imposición de multas propio), aunque es poco frecuente su utilización fuera de la jurisdicción civil. Su aplicación supletoria al resto de jurisdicciones ha provocado que, en ocasiones muy contadas, se haya acudido a este precepto para sancionar conductas procesales especialmente reprobables. La aplicación de este precepto a quien abusa del proceso sigue siendo muy escasa cuando de lo que se trata es de sancionar el ejercicio de una pretensión abusiva o una oposición del demandado igualmente espuria. Y hay buenas razones para esta prudencia, puesto que una utilización laxa de este precepto podría coartar indebidamente el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva de los litigantes.

d) Otro instrumento clásico para sancionar, aunque sea *ex post*, a quien abusa del proceso, son las costas procesales. No obstante, se aprecia una notable disparidad de regulaciones en cada una de las jurisdicciones, sin que exista una justificación adecuada que explique esta diversidad tan acentuada. De hecho, especialmente en la jurisdicción penal se constata una infrautilización de este mecanismo como medida disuasoria ante el ejercicio de pretensiones abusivas.

En cualquier caso, con carácter general se puede afirmar que el régimen legal de imposición de las costas procesales en España es excesivamente rígido, en contraste con regulaciones mucho más flexibles –como la inglesa–, que permiten modular el importe de la condena en función del comportamiento procesal de los litigantes¹²¹⁰.

e) Aunque del examen de los repertorios de jurisprudencia se infiere que no se trata de reclamaciones habituales, nada obsta para que el perjudicado por el abuso del proceso penal, social o contencioso-administrativo puedan acudir a la vía civil para reclamar los perjuicios irrogados. Existe, a nuestro modo de ver, una importante excepción, y es el caso del encausado que se defiende, aunque sea de forma absolutamente infundada, de la acusación formulada en su contra.

f) No existe, en definitiva, un tratamiento estrictamente unitario ni homogéneo del abuso del proceso –ni de sus remedios– en las distintas leyes procesales españolas, si bien presentan puntos en común.

¹²¹⁰ Recordemos que las *Civil Procedure Rules* permiten imponer a la parte contraria, según los casos, el pago de todos los gastos de defensa (*Indemnity Basis*) o solo una parte (*Standard Basis*) o incluso condenar a su abono al letrado de la adversa (o privarle del derecho a percibir los honorarios de su cliente).

CAPÍTULO VII: LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LEGITIMACIÓN 1.1. Legitimación activa 1.2 Legitimación pasiva 2. LA INFLUENCIA DEL PROCESO PRECEDENTE EN EL DERECHO DE RESARCIMIENTO. 2.1. ¿Es preciso que el primer proceso termine de manera favorable para el ahora actor? 2.2. La influencia de la declaración judicial de temeridad a efectos de imposición de las costas en el proceso utilizado de forma desviada. 3. FUNDAMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES. 3.1 Introducción 3.2 El artículo 7.2 CC. 3.2.1. La relación entre el abuso del Derecho y la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC. 3.2.2. Requisitos para la estimación de la acción. 3.3. La responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC. 3.3.1. La acción u omisión objetivamente imputable al agente. 3.3.2. Nexo causal. Criterios de imputación objetiva. 4. EL DAÑO. 4.1. Alcance de los daños indemnizables. 4.2. Las costas del primer proceso 5. CUESTIONES PROCESALES 5.1. Competencia y jurisdicción. 5.2. Procedimiento. 5.3. Formas usuales de acreditación de la ausencia de razón derecha para litigar. 5.4. Recursos contra la sentencia del Juzgado. 5.4.1. Recurso de apelación. 5.4.2. Recursos extraordinarios.

INTRODUCCIÓN

Será objeto de análisis, a continuación, el principal instrumento que prevé nuestro ordenamiento para combatir la litigación abusiva o, mejor dicho, para neutralizar sus efectos, en la medida en que el instituto de la responsabilidad civil tiene en nuestro Derecho, en principio, una función primordialmente resarcitoria, sin perjuicio de que, como efecto colateral, pueda tener un efecto de prevención (general y especial), al obligar al abutente a reembolsar los daños y perjuicios irrogados al perjudicado. Dado que, como ya se advirtió con anterioridad, el ordenamiento jurídico español se caracteriza por ser, en este campo, más represivo que preventivo, la acción de reclamación de los daños causados por la litigación abusiva va a ser objeto de un análisis detenido.

Comenzaremos este análisis con el examen de las cuestiones más polémicas relativas a la legitimación, para después evaluar la influencia de la sentencia dictada en el proceso precedente (del que se abusó) en la posterior acción de resarcimiento de los daños procesales. A continuación, estudiaremos la fundamentación sustantiva de la acción de resarcimiento de los daños procesales, para concluir con un repaso a las cuestiones procesales más relevantes que pueden plantearse en el decurso del ejercicio de esta acción ante los tribunales.

1. LEGITIMACIÓN

1.1. Legitimación activa

Es preciso tomar en consideración que la delimitación subjetiva es por definición más compleja en los “pleitos de daños” que en los contractuales, pues no existirá una relación obligacional previa que permita determinar en cada caso los sujetos obligados. Por el contrario, “cuando se insta ante los tribunales una reclamación civil extracontractual no existe entre las partes una relación jurídica constituida, al menos de modo formal y expreso¹²¹¹”.

Por ello, ostentará la legitimación activa para interponer esta acción quien haya sufrido un daño -o sostenga haberlo sufrido- como consecuencia del abuso del proceso imputable a un tercero¹²¹². Como ocurre con carácter general en las reclamaciones derivadas del Derecho de daños, la legitimación activa se atribuye a la víctima del daño, pues con arreglo a los arts. 1089 y 1093 CC la obligación nace de los actos u omisiones que, no constituyendo delito o falta, provocan un daño, mediando culpa o dolo. En la inmensa mayoría de los casos, el perjudicado será la contraparte del proceso precedente.

No obstante, tampoco es descartable que la litigación abusiva haya podido producir igualmente daños a terceras personas distintas de la parte procesal contraria en sentido estricto, en cuyo caso también estarían dotadas de la legitimación activa necesaria para accionar contra el abutente. Es, por ejemplo, el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 596/2000, de 17 de junio,¹²¹³ anteriormente analizada. Aquí lo que era objeto de reclamación, *ex art.* 1902 CC, fueron los daños causados a terceros (los empleados de la sociedad) por la infundada solicitud de declaración de quiebra voluntaria por parte de la sociedad, a instancia de sus accionistas. El TS reconoció la legitimación activa de esos ex trabajadores y confirmó la condena contra los accionistas de la sociedad

¹²¹¹ Julio BANACLOCHE PALAO, “Cuestiones polémicas en los pleitos de daños”, en *Derecho de Daños*, Aranzadi, Cizur Menor, VVAA (dir. Mariano José Herrador Guardia), 2013 (BIB 2013\1797), p. 2.

¹²¹² Nos referimos a la tradicionalmente denominada legitimación *ad causam*. Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\30; MP: Jesús Corbal Fernández), “[l]a legitimación material (tradicional “*ad causam*”) hace referencia a la existencia y/o pertenencia -realidad de la titularidad- del derecho. Tiene una estrecha relación con el fondo del proceso, y aunque puede ser de examen prioritario, también cabe que se integre e identifique con el propio fondo del proceso”. Ahora bien, “[l]a discusión acerca de la naturaleza procesal o material de la legitimación sigue abierta en la doctrina procesal y, por supuesto, en la jurisprudencia”. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Acción colectiva de usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la STS de 15 de julio de 2010)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6/2011, p. 11, versión digital (BIB 2011\295).

¹²¹³ RJ 2000\5289; MP: Pedro González Poveda.

que acordaron de forma negligente la presentación de la solicitud de quiebra voluntaria de la sociedad, irrogando a aquéllos un perjuicio cierto como consecuencia de la extinción automática de sus contratos de trabajo.

Nótese que el Tribunal Supremo accede a la reclamación de unos terceros que no fueron parte en sentido estricto en el proceso del que se abusó, reconociendo implícitamente su legitimación activa en tanto en cuanto se vieron patrimonialmente afectados por ese uso desviado del derecho a la tutela judicial.

1.2. Legitimación pasiva

En principio, esta cuestión tampoco se muestra especialmente problemática, ostentando la legitimación pasiva quien litigó de forma abusiva en el proceso precedente.

La única cuestión controvertida consiste en determinar si la acción debe dirigirse también –o, mejor, si puede serlo– contra el abogado y el procurador de ese litigante, en el supuesto de que hubiera sido asistido por esos profesionales en el proceso precedente. A nuestro modo de ver, la *litis* estará correctamente constituida siempre y cuando se demande a la parte propiamente dicha (al abutente), sin que sea necesario ejercitar la acción de forma conjunta contra el abogado y/o el procurador (de sostenerse que estos profesionales son igualmente responsables, nos encontraríamos ante un acto ilícito provocado por varios agentes, cuya responsabilidad frente al perjudicado sería solidaria¹²¹⁴). De hecho, a nuestro juicio estos profesionales carecerán en principio de legitimación pasiva para soportar la acción de resarcimiento de los daños procesales, salvo en los supuestos excepcionales que se dirán.

A pesar de que, como se constató en el capítulo V, determinados ordenamientos jurídicos imponen la responsabilidad civil derivada de la litigación abusiva sobre el abogado que asesora a la parte (de forma solidaria o incluso exclusiva), dando

¹²¹⁴ En cuanto a la responsabilidad solidaria de los agentes co-causantes del daño en el ámbito de la responsabilidad aquiliana (lo que sería también aplicable en el caso de que fueran más de uno los abutentes), cfr., por todas, la Sentencia del TS núm. 170/2002, de 4 marzo (RJ 2002\5242; MP: Román García Varela). Criterio jurisprudencial, a día de hoy pacífico, que una parte de la doctrina civilista juzga equivocado *de lega data* –y los reparos no son menores-. Cfr. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Editorial Reus, Madrid, 1989, pp. 165-171; y, más recientemente, del mismo autor, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 435-442. Cuando sí cabe determinar la cuota de responsabilidad de cada uno de los intervinientes, la jurisprudencia se ha mostrado errática, optando en unos casos por mantener la solidaridad frente al perjudicado y, en otros casos, por negarla. Vid. Esther GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Tratado de la responsabilidad civil* (coords. Luis Reglero Campos y José Manuel Busto Lago), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 1017.

por sentado que las maniobras torticeras han sido ideadas o, cuando menos, autorizadas por éste –pesando sobre el abogado la carga de impedirlo-, en nuestro Derecho se entiende tradicionalmente que la actuación profesional realizada por el abogado y el procurador responde siempre a los deseos y voluntad de su cliente, de forma que, en principio, tan solo cabe imputarle objetivamente el resultado a éste. De hecho, en los ordenamientos foráneos en los que se optado por imponer esa responsabilidad civil al abogado se han reformado las leyes procesales para introducir de forma específica esta responsabilidad, ya que la jurisprudencia –aplicando las reglas generales de la responsabilidad extracontractual o los *torts*- no la había extendido a los letrados desde el punto de vista sustantivo.

Del análisis de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo –y de las resoluciones de las Audiencias Provinciales- se deriva que no consta condena indemnizatoria alguna contra abogados y/o procuradores como consecuencia de la litigación abusiva de su cliente, quizá por la consideración de estas actuaciones como un “acto neutro” –por utilizar la terminología de la dogmática penal- del profesional de que se trate, al que no cabe transmitirle la responsabilidad de su defendido frente a terceros. A continuación justificaremos por qué, a nuestro modo de ver, esta doctrina jurisprudencial debería ser convenientemente matizada.

Como punto de partida, cabe asumir que el responsable del ejercicio de una acción judicial abusiva o, en su caso, de la oposición infundada a la misma, es la parte propiamente dicha, que es quien tiene la última decisión al respecto.

Obviamente, ello no obstará para que, si el litigante es condenado a indemnizar los daños y perjuicios provocados por su litigación abusiva éste pueda, a su vez, repetir contra el letrado que le asesoró defectuosamente (por ejemplo, si no le advirtió de los riesgos que para el litigante se derivaban de la utilización desviada del proceso¹²¹⁵). Pero esta eventual infracción de la *lex artis* no es algo que quepa oponer por el abutente al perjudicado por la litigación abusiva –con la matización

¹²¹⁵ Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, núm. 442/2009, de 8 septiembre (JUR 2009\46289; MP: José Luis Valdivieso Polaino), de la que interesa destacar este pasaje: “Para desestimar el recurso en lo principal *basta con constatar que la demandante debió percatarse de la incorrección del criterio del abogado, lo que no le permite ahora reclamar frente a él, pues si hubo negligencia del letrado fue precedida por la de la demandante. Aquel, en definitiva, actuó siguiendo instrucciones de Gijonesa, que no podía ignorar su incorrección, ni siquiera aunque el abogado considerase correcta en derecho la iniciativa emprendida. Los actos de una parte le son imputables aunque los formalice y aconseje un abogado. Sólo cuando a la parte le sea difícil o imposible percatarse de esa incorrección puede quebrarse esa regla y originarse la responsabilidad del abogado frente al cliente, por las consecuencias desfavorables que a éste se le generen [Cursiva añadida]”. El criterio fijado por esa resolución me parece correcto, situando el umbral de responsabilidad en función de la dificultad del litigante, en el caso concreto, para apreciar por sí mismo la falta de *iusta causa litigandi*.*

que luego se dirá-, sino una cuestión “interna” que afecta a la ejecución del contrato de arrendamiento de servicios entre el abogado y la parte¹²¹⁶.

Tan es así que incluso el artículo 247.3 LEC establece que la sanción a imponer por el tribunal en caso de apreciarse una actuación incurrida en mala fe procesal tiene como destinatario a la parte propiamente dicha, y no a su abogado o procurador¹²¹⁷, sin perjuicio de preverse, en el apartado siguiente, la comunicación al Colegio profesional correspondiente “[s]i los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso”, a fin de que aquél, si lo estima oportuno, imponga la sanción correspondiente. Pero *nótese la centralidad que otorga este precepto a la parte propiamente dicha*, al hacerla directamente responsable de las conductas contrarias a la buena fe procesal. Aunque, naturalmente, que la conducta no merezca reproche disciplinario no es incompatible con que pueda derivarse de la misma responsabilidad civil.

¹²¹⁶ Sobre la exigencia de responsabilidad al abogado por infracción de la *lex artis* profesional, cfr. Adela SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, 2ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 204-314.

¹²¹⁷ Cuestión distinta es que, en el ejercicio de la denominada “policía de estrados”, el órgano judicial sí pueda sancionar al abogado en los supuestos previstos en el art. 553 LOPJ: “Los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales: 1.º) Cuando en su actuación forense faltaren oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los jueces y tribunales, fiscales, abogados, secretarios judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso. 2.º) Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren reiteradamente al que presida el acto. 3.º) Cuando no comparecieran ante el tribunal sin causa justificada una vez citados en forma. 4.º) Cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas”. Conviene hacer notar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido que es posible, sin que se conculque el principio *non bis in idem*, que un letrado sea sancionado por unos mismos hechos, tanto por el juez, como por el Colegio Profesional (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2000, RJ 2001/597; MP: Jesús Ernesto Pérez Morate): “La denominada tradicionalmente policía de estrados tiene una finalidad completamente distinta de la potestad disciplinaria atribuida legalmente a los Colegios y Consejo profesionales, pues mientras aquélla tiende a preservar el orden en el proceso y, como tal, viene atribuida con carácter exclusivo al Juez o la Sala ante los que se tramita, ésta tiende a la defensa y amparo de la ética y buen hacer en el oficio, de manera que el artículo 442 de la Ley Orgánica del Poder Judicial distingue perfectamente la responsabilidad disciplinaria procesal, exigible por los Jueces y Salas, de la responsabilidad disciplinaria corporativa, exigible por los Colegios y Consejo profesionales, y así lo declaró esta Sala en las dos Sentencias, invocadas por el Consejo recurrente, de fechas 3 de abril de 1990 y 16 de diciembre de 1993, expresándose en esta última que la policía de estrados es un simple instrumento en manos de los jueces para hacer posible que el proceso cumpla su función, mientras que en el ámbito colegial las sanciones operan con la finalidad de contribuir al mantenimiento de un cierto nivel ético en los Abogados y Procuradores, y así en la primera se afirma que en este caso la sanción debe corresponder al Colegio «aunque la infracción se haya cometido en el curso de un proceso»”.

Lógicamente, quedan fuera los casos en los que el letrado y/o procurador de que se trate haya coadyuvado a su cliente en la comisión de los delitos de estafa procesal, denuncia falsa o coacciones o cuando, sin tener los hechos relevancia penal, se haya concertado con su cliente para utilizar el proceso de forma desviada. Pero incluso en esos casos marginales la imputación del resultado lesivo al abogado no está exenta de dificultades, pues de ordinario no será sencillo delimitar hasta qué punto el propio letrado –y el procurador– ha sido utilizado como mero instrumento –contra su voluntad y sin su consentimiento– por parte de su cliente en su desigmo delictivo (o, cuando menos, malicioso). Para comprobar las dificultades ante las que nos encontramos, creo que merece la pena detenerse en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1193/2010, Sala 2ª, de 24 de febrero.¹²¹⁸ Esta resolución confirmó la condena por un delito de acusación falsa, junto a los directivos de una entidad financiera, al letrado que redactó la querrela e intervino en las diligencias previas incoadas. Expresado de la manera más esquemática posible, se entendió por la Audiencia Provincial de Barcelona –y luego por el Tribunal Supremo– que nos encontrábamos ante una querrela coactiva (en la que se imputaba infundadamente la comisión de los delitos de estafa y alzamiento de bienes), presentada con conciencia de la falsedad de los hechos imputados, con el fin de presionar a los querrelados para que asumieran personalmente unas deudas contraídas por sociedades vinculadas a ellos.

Ante la queja –ciertamente fundada– del abogado condenado, de que a la hora de redactar la querrela se había basado en la información facilitada por el cliente –el denominado “principio de confianza¹²¹⁹”– y que, en todo caso, la redacción de la querrela debía considerarse un “acto neutro” a los efectos de la comisión del ilícito penal, el Tribunal Supremo respondió lo que sigue:

“La conducta del recurrente no puede considerarse un acto neutral, pues es evidente que no se limita, amparándose en su profesión como letrado, a realizar un traslado mecánico de una imputación, sino que conociendo la falsedad del hecho sobre el que se sustenta¹²²⁰, realiza una aportación

¹²¹⁸ RJ 2011\1978; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

¹²¹⁹ Uno de los criterios de imputación objetiva manejados por la jurisprudencia, como luego veremos.

¹²²⁰ La presunción de que el abogado acusado conocía con certeza la falsedad de la imputación es justificada por el Tribunal Supremo en términos tan poco convincentes como los siguientes: “...el recurrente sabía por sus conocimientos (sic) que un compromiso como el descrito en la querrela, si no viene unido a otros elementos que lo conviertan en mínimamente valorable, no puede explicar que una entidad bancaria proceda a la concesión de créditos a sociedades por un importe, como el del caso, superior a 600 millones de pesetas. El recurrente sabía que tales elementos circunstanciales eran igualmente inexistentes, pues no existía ningún rastro del compromiso ni, por lo tanto, de aquellos. Conociendo estas circunstancias, la redacción de la querrela en los términos en los que se concretó no puede obedecer sino a la aceptación por parte del recurrente, como letrado de la parte querellante, del empleo de la querrela como medio de presión para obtener de los querrelados lo

relevante consistente en darle la forma jurídica suficiente para esperar, al menos, la admisión de la querrela y una mínima tramitación, de forma que pudiera cumplir con la finalidad perseguida por la parte querellante. [...] Fue precisamente la aportación del recurrente lo que dotó a los hechos de la querrela de la forma necesaria para que pudiera cumplir con su finalidad. *No es por tanto un acto neutral, sino una aportación relevante a la intensidad del riesgo creado.* Por el contrario, es claro que el Procurador, al que se cita expresamente en el motivo como elemento de contraste, en lo que consta en la causa, se limitó a cumplir con las obligaciones derivadas de su profesión, sin añadir nada a la entidad del riesgo creado. A diferencia del recurrente, su conducta puede ser considerada un acto neutral". [Cursiva añadida]

Ni que decir tiene que el criterio de imputación objetiva manejado por la Sala Segunda en esta sentencia difiere diametralmente del que se utiliza por la Sala de lo Civil del Alto Tribunal¹²²¹. Pues de seguirse la tesis de esta STS –que no comparto, por las razones que se dirán–, en muchas ocasiones podría reputarse que la redacción de una demanda no ajustada a la realidad ha podido

que no se había logrado en las conversaciones motivadas por el impago de los créditos por parte de las sociedades deudoras (Cursiva añadida). “Nótese la extraordinaria fragilidad de la inferencia. No creo que sea una “máxima de la experiencia” presuponer que un banco no concedería –y menos aún en aquellos años– un crédito a una entidad mercantil sin exigir obligatoriamente garantías personales. El voto particular discrepante de MAZA MARTÍN lo percibe con claridad: “...finalmente, en cuanto a R., a quien se le atribuye la comisión del delito por el hecho de redactar y presentar la denuncia (sic) con conocimiento de la falsedad de su contenido, de nuevo se ignora, sin que la Sentencia de la Audiencia aluda a ello en ningún momento, cuáles son los datos que le fueron facilitados para llevar a cabo su tarea profesional de asesoramiento y dirección técnica en el asunto de referencia, lo que nos impide afirmar que esa labor la desempeñase con pleno conocimiento de la supuesta falsedad que a tal descripción fáctica se atribuye y, por ende, que actuase con intencionada inveracidad en la formulación del escrito de querrela. El argumento, al parecer definitivo para los Jueces “a quibus”, de que este acusado, “...reconocido especialista en derecho mercantil, no puede alegar tampoco el desconocimiento de la falsedad de los hechos imputados a los querellados..”, evidencia la ausencia de rigor en el análisis de la prueba, toda vez que la experiencia profesional en materia mercantil no significa el conocimiento exacto acerca de la verdad o no de los compromisos que pudieran haberse adquirido entre las diferentes partes, ajenas a su persona, en una concreta relación comercial”. A la vista está que el Alto Tribunal incurre en un “*non sequitur*” (la conclusión a la que se llega no se deduce de la premisa): una persona puede ser un experto en Derecho mercantil, pero ignorarlo todo sobre las *relaciones jurídicas concretas* que existían entre las partes.

¹²²¹ La idea que preside al *principio de confianza* (*Vertrauensgrundsatz, bilateral care*) –cuya aplicación al caso debatido, a mi juicio, la Sala Segunda desdeña injustificadamente– como criterio de imputación parte de la base de que a pesar de saber, por experiencia, que los demás pueden cometer errores, por lo general confiamos en que su conducta será correcta, de modo que los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos, pues en caso contrario la división social del trabajo sería imposible. Por decirlo en breve: “la diligencia propia presupone la de los demás”, Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, “Causalidad y responsabilidad”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 1/2006, p. 14.

“incrementar el riesgo” de que determinada acción abusiva prosperase (después de todo, es sabido que los criterios de imputación objetiva que igualmente se aplican por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo para imputar el resultado de un acto dañoso en el que han intervenido varios agentes ha sido importado de la dogmática penal -alemana para más señas¹²²²⁻), debiendo en coherencia hacerse responsable civilmente también al abogado. La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1193/2010 me parece francamente desafortunada (y no solo con base en el principio de confianza, sino también desde la perspectiva del ámbito de protección de la norma¹²²³, de la causalidad adecuada¹²²⁴, de la prohibición de regreso¹²²⁵, de la proximidad de la conducta del agente al resultado dañoso¹²²⁶, etc.) y su aplicación indiscriminada obligaría a los abogados, antes de asumir un asunto, a realizar un exhaustivo interrogatorio a sus potenciales clientes y a exigirles *ab initio* toda clase de pruebas de que su versión de los hechos se ajusta a la realidad.¹²²⁷

¹²²² Luis Fernando REGLERO CAMPOS y Luis MEDINA ALCOZ, “El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, VVAA (dir. Reglero Campos), 4ª ed., Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 740.

¹²²³ Que pretende evitar que se utilice para fines espurios el proceso penal (aunque no falten autores que señalen que el bien jurídico protegido por este tipo delictivo es el “derecho al honor” del infundadamente denunciado), pero no incentivar la diligencia o probidad de los abogados en sus actuaciones jurisdiccionales. Sobre este criterio de imputación objetiva, *vid.* Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 61, 2008, pp. 5-30.

¹²²⁴ No creo que, *ex ante*, fuera previsible para el abogado que el magistrado al que se turnara el asunto acordaría, no ya solo la admisión a trámite de la querrela (cuya base era ciertamente endeble), sino la detención e ingreso en prisión provisional de los querrelados (y no digamos ya que el magistrado que tocara en suerte fuera a adoptar esas medidas de forma prevaricadora).

¹²²⁵ Pues fue decisiva la intervención prevaricadora del juez instructor, que acordó la detención e ingreso en prisión provisional de los querrelados. Por ello, no me parece excesivo concluir que uno de los antecedentes del daño fue la conducta de un tercero que reúne características suficientes como para eliminar la imputabilidad causal de los anteriores, impidiendo así el retroceso en la cadena causal.

¹²²⁶ A diferencia de lo que ocurre de ordinario en el proceso civil, en el penal el juez no está obligado a admitir en todo caso la querrela, pues junto con los requisitos de competencia y tipicidad, puede rechazar las imputaciones inverosímiles.

¹²²⁷ Tengo para mí que la condena al abogado solo se explica por el hecho de que el magistrado que acordó la detención y prisión provisional contra las personas físicas posteriormente querellantes fuera condenado en otra causa anterior por los delitos de prevaricación y detención ilegal (STS de 4 de julio de 1996, RJ 1997\5426; MP: Joaquín Delgado García), como consecuencia, precisamente, de esas decisiones cautelares. Lo cierto es que de los hechos declarados probados se deduce que el abogado del banco acudió personalmente al juzgado para hablar con el magistrado instructor del caso y agilizar su tramitación, pero no se probó cohecho alguno, ni que el magistrado se prestara a colaborar con la entidad financiera inicialmente querellante en la extorsión de los imputados. Tampoco que indujera al juez a la indebida admisión de la querrela o a la adopción de las medidas cautelares personales prevaricadoras.

En efecto, y sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el nexo de causalidad y los criterios de imputación objetiva, entiendo que debemos descartar que *por regla general* pueda sostenerse que la conducta del litigante abusivo se haya visto significativamente favorecida por la actuación de su abogado. Como punto de partida, debe presumirse que este profesional ha actuado siguiendo las indicaciones precisas de su cliente, *sin que ostente una posición legal de garante con respecto a los intereses de la contraparte*. En ese sentido, el art. 49.3 del vigente Código Deontológico de la Abogacía dispone que “[e]l Abogado tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, *procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento* y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 64/2010, de 23 febrero¹²²⁸, señala que la obligación de medios del abogado para con su cliente “le exige desplegar sus actividades con la debida diligencia acorde con la «lex artis» que incluye «ad exemplum», entre los deberes que integran tal prestación media, la de informar de “pros” y “contras” y riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costas, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales y aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho”.

Pero, si a pesar de haber sido debidamente informado, el cliente mantiene su decisión de litigar *sin iusta causa litigandi*, en principio será éste el único responsable de los daños que pudieran causarse a la contraparte.¹²²⁹ Porque la obligación deontológica de disuadir al cliente de defender ante los tribunales posiciones infundadas no implica la de renunciar a la defensa en el caso de que el litigante, debidamente asesorado, decida seguir adelante con su postura¹²³⁰.

¹²²⁸ RJ 2010\4341; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹²²⁹ A mi juicio, lo anterior no entra en colisión con el artículo 36 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (“son obligaciones del abogado para con los órganos jurisdiccionales la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención”). Las obligaciones de probidad, lealtad y veracidad no pueden llegar hasta el punto de obligar al abogado a rechazar el ejercicio de acciones sin fundamento (o de oposiciones inconsistentes a las mismas). Insisto en que no le corresponde al abogado la posición de garante frente a la parte contraria (sería algo verdaderamente paradójico), sin perjuicio de que sean sancionables – disciplinaria y penalmente– aquellas conductas profesionales concretas que sean, respectivamente, contrarias a la buena fe procesal o delictivas.

¹²³⁰ De hecho, cuando se trata de asesorar al demandado, el plazo legal de 10 o 20 días para contestar a la demanda limita extraordinariamente las posibilidades del abogado para llegar a

Ahora bien –y la matización es relevante–, aun no existiendo un designio delictivo, de darse un concierto doloso entre el cliente y su abogado para instrumentalizar ilícitamente el procedimiento civil en perjuicio de tercero, sí cabe concluir que el letrado habría realizado una “aportación relevante” en términos no solo de causalidad, sino también de imputación objetiva, que le convertirían en responsable solidario frente al perjudicado¹²³¹ (ostentando en estos casos legitimación pasiva para responder de la acción de daños procesales).

Desde luego, de existir este concierto no podría escudarse el abogado, como criterio de exclusión de la imputación objetiva del resultado, en el denominado “principio de confianza” (esto es, en que “se fio” de la información facilitada por su cliente).

El art. 542.2 LOPJ dispone que “[e]n su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”. Con las salvedades ya enunciadas, creemos que este precepto no puede servir para derivar con carácter general la responsabilidad civil sobre el abogado del litigante abusivo:

(i) En primer lugar, porque la exigencia de una conducta procesal a los letrados acorde con la buena fe no puede extenderse hasta el punto de coartar el derecho de defensa de la parte. Es doctrina consolidada tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional (STC 157/1996¹²³²) que el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones que, en otros ámbitos, sí operarían (por ejemplo, en el campo de la libertad de expresión). Sin perjuicio

una conclusión definitiva sobre la solvencia de la postura jurídica de la parte y más aún para convencerle, en su caso, de no litigar. Y ello por no mencionar los casos en los que la acción del cliente que acude a un abogado para interponer una demanda o un recurso esté a punto de prescribir, caducar o precluir, respectivamente, en cuyo caso este profesional se expone a que le sea exigida la correspondiente responsabilidad civil por su pasividad.

¹²³¹ Como ha hecho notar VON WICHMANN ROVIRA, el Tribunal Supremo federal alemán “ha considerado reiteradamente que en caso de actos realizados con dolo existe siempre una relación de causalidad adecuada entre dichos actos y el daño producido (*vorsätzlich herbeigeführte Tatfolgen sind immer adäquat*): BGB 27-1-1981 y lo mismo puede decirse del Derecho inglés (*the intention to injure the plaintiff disposes of any question of remoteness*)”. Gerardo VON WICHMANN ROVIRA, “La responsabilidad extracontractual o Derecho de daños”, en *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, (coord. Vicente Simó Santonja), Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 1037. Como señala el citado autor, en la doctrina española la cuestión no es aparentemente tan clara, ligándose la existencia del dolo, más que a la relación de causalidad o a la imputación objetiva, al monto de la indemnización.

¹²³² RTC 1996\157; MP: Pedro Cruz Villalón.

de que es difícil hacer generalizaciones en esta materia, en la tensión existente entre el respeto a la buena fe procesal y el derecho de defensa entiendo que debe otorgarse, en principio, prevalencia a este último (sin perjuicio de que en determinados casos, dadas las circunstancias concurrentes, se llegue a la conclusión contraria). Porque defender un punto de partida contrario desincentivaría el ejercicio legítimo del derecho a la tutela judicial efectiva, provocando un indeseable efecto disuasorio.

De otro lado, conviene aclarar que no se incurre en mala fe procesal –a los efectos de ser merecedor de la imposición de una sanción colegial al amparo del art. 247.4 LEC- por el simple hecho de sostener pretensiones poco fundadas o incorrectas ante los tribunales, especialmente cuando nos estamos refiriendo al objeto principal del mismo, y no a cuestiones intraprocesales.¹²³³ Esta conducta debe distinguirse, a nuestro juicio, del caso en que verdaderamente exista un concierto doloso –sea o no delictivo- entre el cliente y su abogado tendente a instrumentar ilícitamente un proceso en perjuicio de la contraparte.

(ii) En el caso de que efectivamente se entienda que la actuación del letrado ha sido contraria a la buena fe procesal, la respuesta que ofrece nuestro ordenamiento procesal es la imposición de la multa correspondiente –por el colegio profesional- por mandato del art. 247.4 LEC¹²³⁴, no la condena al letrado al pago de los daños y perjuicios que tal conducta contraria a la probidad haya podido ocasionar a la contraparte (de hecho, con carácter general las actuaciones intraprocesales contrarias a la buena fe del cliente serán objeto de una sanción *ex art. 247. 3 LEC*¹²³⁵, sin que se obligue a éste –al menos por la ley adjetiva- a indemnizar a la contraparte por los daños causados, salvo en los supuestos muy puntuales que la propia LEC recoge). Ahora bien, también es cierto que no se trata de remedios estrictamente incompatibles, ni podría argüirse la conculcación del principio *non bis in idem*.

La postura contraria –sin las matizaciones antedichas- convertiría a la abogacía en una institución muy diferente con respecto a su caracterización clásica en

¹²³³ Y es que, en último término, quien pierde un litigio lo hace siempre porque su pretensión –actora o defensiva- es, en mayor o menor medida, *infundada*, ya que en otro caso el fallo de la sentencia hubiera sido otro.

¹²³⁴ Repárese en la Sentencia del TSJ de Madrid nº 1167/2004, de 26 de septiembre (JUR 2004\254651; MP: Miguel Ángel García Alonso), que acuerda dar traslado del escrito de demanda y del expediente administrativo al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que determine si el letrado incurrió en responsabilidad disciplinaria por haber alegado en la demanda que su cliente fue interrogado por la policía sin asistencia letrada, constando en el expediente administrativo que fue ese mismo letrado quien le asistió efectivamente.

¹²³⁵ O de otros preceptos aislados de la LEC que contemplan la imposición de una multa a la parte como consecuencia de haber realizado actuaciones intra-procesales incursas en mala fe.

nuestro ordenamiento. Ya hemos constatado que, con arreglo al Derecho procesal de algunos países, la responsabilidad civil por el abuso del proceso se impone directamente al abogado, pero se trata de sistemas en los que este profesional, desde antiguo, especialmente cuando actúa ante los tribunales, está obligado a cumplir con una serie de exigencias éticas y de colaboración con el órgano judicial desconocidas en nuestro Derecho.¹²³⁶ La opción por un modelo u otro de responsabilidad es discutible –tanto uno, como otro, tiene sus ventajas y desventajas–, pero lo que no cabe es “trasplantar” *parcialmente* el modelo de una cultura jurídica radicalmente diferente a la nuestra.

(iii) Además, la extensión de la imputación objetiva¹²³⁷ del daño al abogado de la parte lleva aparejado consigo otro problema que, aunque se considere menor, no deja por ello de existir. Y es que en tal caso, cabría preguntarse si el procurador no debería responder igualmente, pues no en vano quien ostenta formalmente la representación del litigante es este profesional (art. 23 LEC), hasta el punto de que los escritos procesales son presentados nominalmente por el procurador ante el juez o tribunal, aunque lleven además la firma del letrado.

Siguiendo esta línea de razonamiento, cabría exigirle igualmente que se asegurara del fundamento de la acción promovida –o de la oposición– por él ante los tribunales en representación de su cliente. Si apuramos el argumento hasta el final, también cabría plantearse la responsabilidad de quien ostenta formalmente la representación del litigante abusivo en el proceso,¹²³⁸ conjuntamente con quien se asesora técnicamente al cliente¹²³⁹. Pero tampoco en este caso tendría

¹²³⁶ Sirva como ejemplo ilustrativo la Regla 3.3(a)(2) de la “*American Bar Association (ABA) Model Rules of Professional Conduct*”, que dispone que un abogado norteamericano no puede omitir de forma deliberada la cita ante el tribunal de precedentes jurisprudenciales que, siendo de aplicación, le sean adversos: “(a) A lawyer shall not knowingly: [...] (2) fail to disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to the lawyer to be directly adverse to the position of the client and not disclosed by opposing counsel;”

¹²³⁷ La referencia que efectúo a la “imputación objetiva” no es casual, porque a mi juicio no nos enfrentamos ante un problema de causalidad fáctica. Porque, desde el punto de vista de la pura causalidad física, es indudable la concurrencia del nexo causal entre la actuación profesional del procurador y abogado de la parte y el resultado dañoso.

¹²³⁸ Artículo 37 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, aprobado mediante RD 1281/2002, de 5 de diciembre: “Deberes esenciales de los procuradores 1. Es deber del procurador desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende y cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados. 2. En sus relaciones con los órganos administrativos y jurisdiccionales, con sus compañeros procuradores, con el letrado y con su mandante el procurador se conducirá con probidad, lealtad, veracidad y respeto. 3. Con la parte adversa mantendrá, en todo momento, un trato considerado y correcto”.

¹²³⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo nº 78/2005, de 18 de febrero (RJ 2005\1682; MP: Francisco Marín Castán) se vio en la obligación de recordar que “el caso concreto de los Procuradores sería contrario tanto a la profesionalidad que recalca el Estatuto de 1982, y sigue subrayando el de

fundamento imponer al procurador la obligación de responder civilmente de los encargos efectuados por su cliente (salvo en el caso de concierto doloso con el cliente), dado que este profesional no deja de ser un mandatario, por lo que, siempre que respete los límites del mandato, solo responde de los daños irrogados a terceros el mandante (art. 1725 CC).

(iv) Sin embargo, me parece que el argumento de más peso deriva del análisis de la cuestión desde otro ángulo. Reténgase que *los daños son originados, en último término, por el ejercicio –aunque sea excesivo– del derecho a litigar*. Si esto es así, la responsabilidad por los daños ocasionados por tal ejercicio debe recaer *sobre el titular de ese derecho*, pues su utilización es la que, a la postre, causa el daño al tercero. Nos encontramos ante una tipología muy específica de la responsabilidad civil extracontractual, caracterizada porque el daño no es provocado por un acto u omisión cualquiera del agente, sino por ejercicio desviado de un derecho subjetivo por parte de su titular, a quien han de imputarse, en buena lógica, las consecuencias patrimoniales de tal uso anormal.

Pues solo él podría utilizar tal derecho, ya sea de forma legítima o desviada: como declara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, núm. 442/2009, de 8 septiembre¹²⁴⁰, “los actos de una parte le son imputables aunque los formalice y aconseje un abogado”.

De lo anterior si infiere que, en los casos en los que se repute al abogado co-responsable de los daños procesales, el fundamento legal de dicha responsabilidad no podría ser el art. 7.2 CC, debiéndose acudir en tal caso necesariamente al art. 1902 C.C., pues es obvio que el letrado no ejercita un derecho propio.

(v) No obstante lo anterior, entiendo que, al margen de los casos en que exista un acuerdo doloso entre el litigante y su abogado para pervertir el proceso civil –en cuyo caso, sea delictiva o no esa conducta, sí debería ser co-responsable civilmente frente al perjudicado–, existe otro supuesto específico en el que el abogado respondería civilmente, de forma conjunta y solidaria con su cliente, frente al perjudicado por el abuso del proceso.

2002, como a los requisitos legalmente exigidos para ejercer la profesión, e incluso a la propia dignidad de ésta, su equiparación a una especie de mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el Abogado. En consecuencia, debiendo considerarse que el ejercicio de la profesión de Procurador comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al Abogado sino también un análisis de tales resoluciones suficiente al menos como para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello...”

¹²⁴⁰ JUR 2009\46289; MP: José Luis Valdivieso Polaino. Para un análisis de esta sentencia, Joaquim MARTÍ MARTÍ, “La responsabilidad civil del abogado por la interposición de un proceso judicial infundado”, *Diario La Ley*, 1 de septiembre, nº 7458, 2010, pp. 1-7 (versión digital).

A mi juicio, esta situación se daría cuando, por su escaso nivel de conocimientos o por la complejidad de la materia, la ausencia de *iusta causa litigandi* no fuera apreciable por su cliente (y éste no haya sido debidamente informado por su letrado). En tales casos, entiendo que la conducta del abogado no podría considerarse un simple “acto neutral”, de mera traslación jurídico-procesal de lo querido por su defendido, sino que existiría una aportación relevante al riesgo creado que sería imputable objetivamente al letrado (criterio del “comportamiento alternativo adecuado”). Si bien es cierto que, como ya se ha dicho, el abogado no ostenta una posición de garante frente a la parte contraria, sí es cierto que, de alguna manera, ostenta esa posición en relación con el buen funcionamiento del sistema de Justicia, pesando sobre él la obligación de sujetarse al principio de buena fe (artículo 542.2 LOPJ) y de relacionarse con probidad, lealtad y veracidad con los órganos jurisdiccionales (artículo 36 R.D. 658/2001).

2. LA INFLUENCIA DEL PROCESO PRECEDENTE EN EL POSTERIOR EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DAÑOS

En el ejercicio de esta acción de daños derivados de la previa litigación abusiva, una de las cuestiones más relevantes es la influencia que, en el segundo procedimiento en que dicha acción resarcitoria se ejercita, cabe atribuir a la sentencia firme dictada en el primer pleito (en el que supuestamente se produjo el abuso). Es necesario, en primer lugar, verificar si, para el éxito de la acción de daños, es necesario que ese proceso primigenio haya terminado de forma favorable para el que se dice perjudicado (como ocurre, por ejemplo, en el Derecho inglés con el *tort* de “*malicious prosecution*”).

En segundo lugar, es preciso determinar qué tipo de influencia tiene la declaración judicial de temeridad (o de ausencia de ésta) a efectos de imposición de las costas procesales -contenida en la resolución que ponga fin al proceso supuestamente utilizado de forma espuria- en el segundo proceso, incoado por el perjudicado para la reclamación de la indemnización por los daños sufridos.

2.1. ¿Es preciso que el primer proceso termine de manera favorable para el ahora actor?

En primer lugar, es necesario abordar la cuestión de si constituye un requisito imprescindible para el reconocimiento del derecho de resarcimiento de los daños procesales que el proceso precedente -que se reputa abusivo- haya terminado

necesariamente de forma favorable para el perjudicado.¹²⁴¹ La Sentencia del Tribunal Supremo nº 156/2004, de 5 de marzo,¹²⁴² afirma que la estimación de la acción de daños derivados del abuso del proceso requiere que éste haya concluido con éxito para quien después reclame los perjuicios sufridos¹²⁴³, pues en otro caso la acción ejercitada de contrario “no sería infundada”.

A mi juicio, lo natural es que en la inmensa mayoría de los casos sea así –la falta de justa causa para litigar determinará la desestimación de la pretensión espuria-, pero también es cierto que en la taxonomía de abusos del proceso descrita algunos supuestos no implican necesariamente que el primer proceso acabe de forma desfavorable para el abutente (piénsese, por ejemplo, en el proceso simulado o en el celebrado *ex profeso* a espaldas del demandado¹²⁴⁴).

Adicionalmente, podría darse el caso de que la abusividad de la conducta procesal se ponga de manifiesto a posteriori; es decir, que la estrategia tendente a utilizar el proceso de forma desviada solo sea apreciable una vez finalizado el propio proceso. A mi entender, el pronunciamiento que ponga fin al primer procedimiento no vincula necesariamente en este sentido al juzgador del segundo proceso. Por ello, aunque la pretensión del litigante abusivo deberá haber sido rechazada, en principio, por su falta de razón derecha, no creo que pueda elevarse a rango de requisito material para el nacimiento de la acción.¹²⁴⁵

¹²⁴¹ Como se recordará, es uno de los requisitos clásicos del *tort* inglés de *malicious prosecution*. Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 20 de julio de 2016, *Willers v Joyce & Another*.

¹²⁴² RJ 2004\1810; MP: Pedro González Poveda.

¹²⁴³ Requisito que es exigido generalmente en el derecho norteamericano para que prospere una acción de daños basada en la precedente “*malicious prosecution*”. También lo es en el Derecho inglés en relación a ese *tort*, pero no cuando se trata de una acción muy similar: el “*tort of abuse of process*”. Desde la histórica sentencia de la *Court of Exchequer Chamber* en el caso *Grainger v Hill* (1838) –que sigue perviviendo como uno de los *leading cases* en la jurisprudencia inglesa- hasta nuestros días, el éxito de esta acción no requiere, ni que el primer pleito haya finalizado a favor del –ahora- demandante, ni que la posición procesal de la contraparte careciera de “*probable cause*”, poniéndose el énfasis en la “finalidad impropia” (*improper purpose*) en el uso del proceso por parte del litigante.

¹²⁴⁴ Que podrá dar lugar, en su caso, a la estimación de acción de revisión de la sentencia, cuyo efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 516.1 LEC *in fine*, será la rescisión de la sentencia impugnada, con devolución de los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente, “en el que habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión”. Lo que no asegura, en todos los casos, el éxito de la posterior acción de quien ha obtenido la rescisión de la sentencia.

¹²⁴⁵ Aunque, lógicamente, le resultará al perjudicado mucho más difícil convencer en el segundo pleito al juzgador de que la contraparte, en el proceso precedente, carecía de justa causa para litigar. Tampoco cabe sostener que el resultado favorable en el primer proceso sea un requisito necesario de *procedibilidad*, pues ello exigiría que una norma con rango de Ley así lo dispusiera de forma expresa.

2.2. La influencia de la declaración judicial de temeridad a efectos de imposición de las costas en el proceso utilizado de forma desviada

Como ya se expuso con anterioridad, no existe una postura clara por parte del Tribunal Supremo sobre si es determinante para la nacimiento del derecho de resarcimiento de los daños procesales que la temeridad o la mala fe sean apreciadas en el primer procedimiento por los órganos judiciales y que, en consonancia con ello, fueran impuestas las costas a quien entonces litigó de forma abusiva. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1984¹²⁴⁶ señaló, sin mucha convicción, que la condena en costas en el primer procedimiento era exigible “en principio” para que la ulterior reclamación por los daños procesales pudiera prosperar. La posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1999¹²⁴⁷ utiliza este argumento, como razonamiento *obiter dictum*, para justificar por qué entiende concurrente la *iusta causa litigandi*; también la Sentencia del Tribunal Supremo nº 455/2010, de 8 de julio de 2010¹²⁴⁸, hace referencia a la relevancia de lo dicho por las resoluciones judiciales dictadas en el primer proceso sobre la temeridad del litigante, pero nuevamente sin otorgarles un carácter absolutamente determinante.¹²⁴⁹

Debe ser también mencionado el voto particular de GULLÓN BALLESTEROS a la STS nº 81/2001¹²⁵⁰, que aboga por no otorgar una relevancia determinante al pronunciamiento sobre costas recaído en el proceso precedente.

En cuanto a la doctrina, uno de los pocos autores que ha tomado partido sobre esta cuestión es DE ÁNGEL YAGÜEZ¹²⁵¹, para quien el pronunciamiento relativo a las costas de la sentencia que puso fin al proceso precedente (sea cual sea su sentido) no impide al juzgador del segundo concluir que el demandado incurrió en un abuso del proceso.

¹²⁴⁶ RJ 1984\1248; MP: José Luis Albácar López.

¹²⁴⁷ RJ 1999\642; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¹²⁴⁸ RJ 2010\6029; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹²⁴⁹ Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor, es también habitual que las sentencias se refieran al sentido de la imposición de las costas del proceso precedente como indicio de la existencia o no de justa causa para litigar, pero sin que se afirme la existencia de una vinculación de cosa juzgada material o el carácter prejudicial de ese pronunciamiento. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 81/2006, Sección 9ª, de 12 de julio (AC 2007\70; MP: Juan José Sánchez Sánchez) o la Sentencia del TSJ de Navarra nº 20/2006, de 21 de diciembre (RJ 2007\1665; MP: Francisco Javier Fernández Urziainqui).

¹²⁵⁰ RJ 2001\1161; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz.

¹²⁵¹ “Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas”, cit., p. 17. En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, “21 de marzo...”, cit., p. 948.

Se trata, en suma, de analizar ahora si ese pronunciamiento sobre las costas en el primer proceso despliega algún tipo de eficacia¹²⁵² sobre la ulterior reclamación de daños. De entrada, conviene dejar sentado que cuando la litigación abusiva se ha producido en algunos de los procesos de tutela sumaria a los que la LEC priva expresamente de cosa juzgada material (art. 447.2 y 3) es patente que, de *lege data*, el pronunciamiento sobre la temeridad a efectos de la imposición de costas no será vinculante en ningún caso por razones obvias (entre ellos está, por cierto, el que, con mucha diferencia, más se utiliza de forma abusiva: el de la tutela sumaria de suspensión de obra nueva).

Pero dejando al margen esos procesos, a mi modo de ver la declaración o no de la existencia de temeridad a los efectos de imposición de las costas en el seno del primer procedimiento carece de virtualidad para condicionar la decisión del juez en el segundo proceso. Entiendo que el hecho de que el tribunal del primer proceso haya efectuado un juicio sobre la temeridad y/o mala fe del litigante *a los solos efectos de la imposición de las costas* no vincula, con eficacia (positiva) de cosa juzgada material, al juez que conoce de la acción de daños posterior. Veamos por qué:

(i) Lo decisivo es que la declaración de abusividad de la pretensión ejercitada en el primer proceso –o de la posición defensiva del demandado– no constituía su objeto y, por tanto, no formó parte del debate procesal en sentido estricto,¹²⁵³ por mucho que pueda existir identidad en el elemento subjetivo de ambos procesos.

El *thema decidendi* del primer proceso será la cuestión jurídica de fondo de que se trate, fijada en los escritos rectores de las partes (art. 412.1 LEC). Pero la LEC no habilita un trámite que permita discutir, en el seno del propio proceso, con la misma amplitud alegatoria¹²⁵⁴ y, sobre todo, probatoria, si el mismo se está utilizando de forma contraria a sus fines institucionales.¹²⁵⁵

¹²⁵² Ya sea de cosa juzgada material, de vinculación positiva o prejudicial, o incluso de menor intensidad, como el constituir un “hecho jurídico” o al menos un indicio probatorio a tomar en consideración en el segundo proceso.

¹²⁵³ El criterio de asignar a los pronunciamientos de la sentencia eficacia de cosa juzgada material en función de si hubo o no debate sobre los mismos en el proceso es defendido, entre otros, por Jordi NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 192.

¹²⁵⁴ No cabe confundir las alegaciones que efectivamente las partes puedan hacer dentro del proceso, a los efectos de la imposición de las costas con declaración expresa de temeridad, con un debate procesal pleno sobre la falta de *iusta causa litigandi*.

¹²⁵⁵ Es más, aun cuando el demandado pretendiera, por medio de la correspondiente reconvencción, que el tribunal declarara formalmente en sentencia que existe una utilización abusiva del proceso por parte del actor, no existiría forma de discutir con un mínimo de rigor el alcance de los daños derivados de ese proceso, puesto que se desconocerían en ese momento (ésta es la vía que parecía defender DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en el estudio antes

Como recuerda LARENZ, sólo cuando cada parte ha tenido la posibilidad de alegar y de adoptar una posición respecto de las manifestaciones de la contraria, así como de explicar el juicio jurídico que en su opinión ha de formularse, puede considerarse cierto que el tribunal no ha pasado por alto ningún punto de vista jurídico que en opinión de las partes sea significativo, que ha adquirido un cuadro completo de la situación y que está en condiciones de dictar una sentencia justa¹²⁵⁶.

En cualquier caso, y dejando al margen la improbable hipótesis de la reconvencción, lo cierto es que el pronunciamiento del juez o tribunal, en lo que a la declaración de temeridad se refiere, lo es a lo únicos efectos de la condena en costas (art. 394. 3 LEC). Se trata de un pronunciamiento, además, que se producirá incluso de oficio –si el juez reputa temeraria la postura procesal del litigante vencido- y con ese exclusivo alcance. En esa línea parece apuntar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1984 cuando sostiene que “como acertadamente se razona en la resolución recurrida, «no hay base para una extrapolación en este caso de la condena en costas en un determinado proceso a una actitud antiética y antisocial en el ejercicio de un derecho subjetivo, supuesto que el marco de la decisión judicial se circunscribe únicamente, a la actividad estricta procesal¹²⁵⁷”. No existirá, en puridad, un debate procesal contradictorio *con toda amplitud* sobre la temeridad del litigante –de hecho, las pruebas que pudieran proponerse al respecto serían impertinentes, pues el objeto del primer proceso es otro-, sino que será una consecuencia legal que el juez extraerá, en su caso, de su análisis de la conducta pre-procesal y procesal de las partes y del fondo del asunto (*il merito*) en la sentencia¹²⁵⁸. Por tal razón, no es posible, a mi

mencionado, “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, cit.). Esto es, si el abuso del proceso es cometido por el actor, no tendría sentido que el demandado formulara una pretensión reconvenccional pidiendo la declaración de que el demandante ha abusado del proceso y la correlativa condena a la indemnización por unos daños cuyo alcance, en ese momento, se desconoce. Sería además dudoso que pudiera entenderse que existe conexidad entre las pretensiones del actor y del demandado a los efectos del artículo 406.1 LEC. Y si quien abusa del proceso es el demandado, es patente que el actor no tendrá oportunidad procesal, una vez contestada la demanda, de ampliar el objeto de su pretensión inicial e impetrar la condena a una indemnización para resarcir unos daños cuyo alcance, además, todavía se desconoce (por lo que ni siquiera sería posible una pretensión de condena en los términos aludidos por el art. 219.3 LEC).

¹²⁵⁶ Karl LARENZ, *Derecho justo*, (trad. Luis Díaz-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1985, p. 186.

¹²⁵⁷ RJ 1984\1248; MP: José Luis Albácar López.

¹²⁵⁸ En efecto, no existirá *un debate contradictorio del mismo nivel* que en relación al objeto principal del proceso. Es cierto que las partes podrán alegar dentro de ese primer proceso lo que estimen oportuno sobre la eventual temeridad de la posición de la contraparte a efectos de la imposición de costas, pero no con la misma amplitud –alegoria y probatoria- que un segundo proceso cuyo

juicio, deducir una eficacia positiva de cosa juzgada material de ese pronunciamiento puntual en materia de costas procesales, que se extendiera sobre una ulterior acción de reclamación de daños procesales.

(ii) Adicionalmente, la constatación de que existe un abuso del proceso -como especie que es del género de abuso del Derecho-, exigirá muchas veces, un análisis *ex post*. Si una característica idiosincrática de esta figura es que se ejercita el derecho a la tutela judicial, *prima facie*, de forma legítima, pero que, consideradas todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, el ejercicio de ese derecho fundamental se torna ilegítimo, en muchas ocasiones será preciso tener una perspectiva más amplia -incluso holística- de lo sucedido¹²⁵⁹.

En estos casos, para alcanzar una conclusión definitiva al respecto se requerirá un examen detenido de todas las variables en juego, lo que no siempre podrá hacerse en el seno del propio proceso utilizado de forma anómala (cuando éste ni siquiera ha concluido, además). Estamos ante un caso en el que el ordenamiento jurídico ordena al juez decidir acudiendo a criterios axiológicos, para evitar que un juicio de inferencia formal pueda amparar una solución injusta. Será preciso en tales supuestos un análisis conjunto -que en algunos casos implicará el examen de más de un proceso- de todas las circunstancias concurrentes, y la toma en consideración de medios de prueba y alegaciones no incorporados necesariamente al primer proceso. De hecho, la litigación abusiva no solo incluye las acciones ejercitadas de forma temeraria (o las defensas que merezcan idéntico calificativo), sino conductas espurias más complejas, orientadas a utilizar el proceso de forma anómala. *No existe, como ya hemos analizado, una completa identidad entre los conceptos de temeridad y litigación abusiva* -por mucho que existan incuestionables concomitancias o puntos de intersección entre ambos conceptos-, lo que apuntala aún más la imposibilidad de que el pronunciamiento en materia de costas en el proceso precedente pueda condicionar el sentido del fallo de la sentencia que se dice en el posterior.

(iii) El pronunciamiento que efectúa el juez sobre la existencia o no de temeridad en la línea de defensa de los litigantes se circunscribe, por mandato legal, a la eliminación de la limitación de la cuantía de la condena en costas *ex art. 394.3 LEC*, pero no constituye una toma de posición del juzgador sobre el resto de daños -distintos de los gastos que engloban las costas- que hayan podido

objeto sea precisamente verificar la existencia o inexistencia de "causa probable". Por eso, en el primer proceso el pronunciamiento judicial sobre la eventual temeridad de los litigantes tendrá un carácter, en buena medida, "intuitivo", lo que aconseja no extrapolar esa conclusión - a la fuerza, indiciaria- más allá de la esfera del proceso en que se enmarca.

¹²⁵⁹ De lo que se sigue que ordenamientos que, como el italiano o el argentino, atribuyen la competencia para fijar la indemnización de daños al propio juez que conoce del proceso abusivo no dan lugar, necesariamente, al dictado de resoluciones más acertadas.

irrogarse al perjudicado por la litigación abusiva. La cuestión relativa a esos daños adicionales (incluidos los gastos ocasionados por la defensa que pudieran superar los fijados en la tasación de costas) ha quedado imprejuizada, sin que, por tanto, exista el riesgo de que puedan dictarse sentencias contradictorias.

(iv) Tampoco debe olvidarse que, con arreglo a los postulados dominantes en la doctrina procesalista española, “se excluye habitualmente la aptitud de las resoluciones sobre cuestiones procesales para producir efectos de cosa juzgada material [...] en otros términos, *no todo aquello sobre lo que recae una resolución judicial tiene entidad suficiente como para desplegar la especial eficacia vinculante que caracteriza a la cosa juzgada*¹²⁶⁰”. Y qué duda cabe que el pronunciamiento judicial sobre las costas, por mucho que venga precedido de un análisis previo de la conducta de las partes y del sustento jurídico de sus pretensiones, tiene una naturaleza netamente procesal¹²⁶¹. Aun estando incluida en una resolución judicial que se pronuncia sobre el fondo del asunto controvertido, este pronunciamiento no deja por ello de ser adjetivo, pues como declara la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 489/2009, de 8 julio¹²⁶², “las normas que regulan la condena al pago de las costas han de considerarse de naturaleza procesal”.

Descartada ya la existencia de una suerte de vinculación positiva derivada de una (inexistente) cosa juzgada material en relación a lo decidido –exclusivamente en relación a la imposición de las costas procesales– en el primer proceso, habremos de precisar si este pronunciamiento carece de valor jurídico alguno. Más allá de constituir un “hecho jurídico” derivado de la sentencia, creo que, sin perjuicio de la libertad de criterio del juzgador, podría constituir, a lo sumo, un *indicio* a tomar en consideración por éste¹²⁶³. No obstante, la fuerza persuasiva de este indicio dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, sin que se puedan realizar generalizaciones en esta materia¹²⁶⁴. Otra cosa distinta es que

¹²⁶⁰ Cursiva añadida. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Eficacia de cosa juzgada material de la resolución sobre admisibilidad de un medio de prueba. Licitud y eficacia de los pactos sobre prueba”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 151, julio-septiembre 2011, p. 811. No se trata, por lo demás, de una postura unánime entre la doctrina. *Vid.* la bibliografía citada, a favor y en contra, por el profesor GASCÓN INCHAUSTI, así como la STC nº 62/2010, de 18 de octubre (RTC 2010\62; MP: Guillermo Jiménez Sánchez), comentada en el citado trabajo.

¹²⁶¹ Máxime cuando la excepción prevista en el art. 394.3 LEC tiene un carácter marcadamente *punitivo*, más allá de la función resarcitoria que también pueda cumplir, en menor medida.

¹²⁶² RJ 2009\7248; MP: Encarnación Roca Trías.

¹²⁶³ Y en esa línea creo que puede entenderse la doctrina fijada por la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1984, por más que su redacción sea confusa. En la misma dirección, *cfr.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 317/2010, Sección 8ª, de 14 de octubre (JUR 2011\71562; José María Frago Bravo).

¹²⁶⁴ Por lo demás, debo decir que no me parece acertada la jurisprudencia de Tribunal Supremo que afirma que toda sentencia firme, aunque no produzca efectos de cosa juzgada material, genera el efecto de constituir, en un ulterior proceso, un *medio de prueba cualificado* de los hechos

determinados hechos declarados probados en el primer proceso –que pueden ser relevantes para el éxito o fracaso de la acción de indemnización de daños ejercitada- sí pueden producir una vinculación prejudicial en el segundo proceso.

Pero la valoración jurídica de la existencia o no de *iusta causa litigandi* en relación a la línea de defensa desplegada en el primer proceso competirá en exclusiva a quién juzgue la acción de daños. El examen de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo así lo confirma (al menos de forma implícita), ya que no son infrecuentes los casos en los que la condena al pago de los daños procesales –por reputarse abusiva la conducta de la parte en el pleito precedente- no ha venido precedida de una condena en costas con expresa declaración de temeridad.

En sentido contrario, que un procedimiento civil concluya con una sentencia que imponga a una de las partes la condena en costas con expresa declaración de su temeridad no significa, de forma automática, que nazca un derecho indemnizatorio –más allá de las costas procesales- a favor del litigante victorioso, pues el juez del segundo proceso no se encuentra vinculado por ese pronunciamiento puntual.

No descubro nada si digo que esa línea divisoria entre una defensa deficiente y una temeraria será difícil de trazar en la práctica –se trata de una característica “zona gris” del Derecho-, pero valga por ahora con señalar que la litigación abusiva supone, bien la subversión dolosa de los fines instrumentales del proceso, bien –en su forma culposa- la absoluta carencia de razones jurídicas o fácticas para litigar. Concedo que, ausente el *animus nocendi*, será una *cuestión de grado* apreciar si nos encontramos en un caso o en otro. No obstante, el riesgo de que esta acción de responsabilidad civil por daños procesales pueda provocar un contraproducente efecto disuasorio¹²⁶⁵ (“chilling effect”), aconseja adoptar un

en ella contemplados y valorados, y en mayor medida cuando hubieran sido determinantes de su parte dispositiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006, RJ 2006\7624: MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel). La LEC no contempla –acertadamente, a mi juicio- una “jerarquía” de medios probatorios. El juez es libre para valorar racionalmente todas las pruebas que le aporten las partes, sin que esa prueba documental ostente, por principio, un rango, epistemológico o de otro género, superior. La Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 14 de enero de 2014 (RJ 2014; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) persevera en ese error. Para un análisis exhaustivo –y crítico- de la doctrina de esta última Sentencia, cfr. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 (Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y *iura novit curia*. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios)”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, VVAA, (dir. por Mariano Yzquierdo Tolsada; coord. Javier Espín Granizo), Boletín Oficial del Estado–Dykinson, Madrid, 2016, pp. 259-272.

¹²⁶⁵ “Efecto desaliento”, en la terminología del Tribunal Constitucional español (Sentencia del TC núm. 187/2015, de 21 septiembre, RTC 2015\187; MP: Encarnación Roca Trías).

canon restrictivo, que únicamente considere como fuente de responsabilidad las conductas culposas indubitadas, y no el desacierto –más o menos evidente- en el ejercicio del derecho de defensa. En este punto, creo que puede convenirse que la anormalidad en el uso del proceso –entendida de forma objetiva- servirá a su vez para fijar el canon de negligencia determinante del deber de indemnizar¹²⁶⁶.

3. FUNDAMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES

3.1. Introducción

Debe hacerse notar que la base sustantiva de esta acción será, de suyo, diferente de la fundamentación jurídica de la posición procesal del actor en el procedimiento precedente. Esto es, para lograr el éxito en el primer proceso y, consecuentemente, quebrar el designio abusivo de la contraparte, habrá sido preciso justificar las razones (procesales y/o sustantivas) en virtud de las cuales la pretensión deducida, o la oposición a la misma, carecían de *iusta causa litigandi*.

Y ello, lógicamente, no podría hacerse fundamentando esa oposición al abuso del proceso, exclusivamente, en los artículos 11.2 LOPJ y 247.2 LEC, pues tales normas condenan el abuso del proceso, pero no dicen qué conductas procesales concretas deben reputarse abusivas. Son, por así decirlo, “normas secundarias” (como lo es también el art. 1902 CC), que no recogen –por decirlo a la manera de SPINOZA- la esencia del abuso “*sub specie aeternitatis*”.

Por poner un ejemplo, si se ha incoado un procedimiento para obtener indebidamente la suspensión de otro, se habrá logrado rechazar esa actuación litigiosa en el primer proceso mediante la acreditación de la falta de concurrencia de los requisitos precisos para que suspenda por prejudicialidad el proceso civil (y el art. 43 LEC sería la “norma primaria” en este caso). Pero los daños que hayan sido provocados –siguiendo con el ejemplo- por la indebida suspensión del primer proceso, serán resarcibles por mor del art. 7.2 CC o, subsidiariamente, del art. 1902 del mismo Código.

¹²⁶⁶ En este punto se observa la zona de intersección entre la teoría del abuso del Derecho y la responsabilidad extracontractual, a la que luego aludiremos con más detalle.

3.2. El artículo 7.2 CC

3.2.1. La relación entre el abuso del Derecho y la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC

Como ya se apuntó con anterioridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por influencia de ésta, la doctrina de las Audiencias Provinciales, son confusas a la hora de señalar el fundamento sustantivo de esta acción resarcitoria. En algunas ocasiones, especialmente antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, se aludía a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil (y en otras a conceptos como el de equidad)¹²⁶⁷. Tras la incorporación a dicha norma de la figura del abuso del Derecho, este tipo de pretensiones (daños derivados de acciones judiciales) se han reconducido habitualmente a tal figura, si bien en ocasiones se dilucidó la cuestión a la luz conjunta de los artículos 7.2 y 1902 del Código Civil (STS de 17 de marzo de 1984¹²⁶⁸). En otros casos, aun cuando se fundamentaba la acción exclusivamente en el primero de los preceptos, se exigía explícitamente la concurrencia de “culpa”, como concluye la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1984¹²⁶⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004, de 29 de diciembre¹²⁷⁰, identifica los preceptos legales que, tradicionalmente, han servido de sustento para la estimación de la acción de resarcimiento de los daños procesales:

“En ocasiones la cuestión llegó a la casación por la vía del artículo 1902 del Código Civil, con lo que el debate se centró en el juicio de culpabilidad del actor o instante y, por ello, en su diligencia como litigante (Sentencias de 4 de julio de 1972, 5 de diciembre de 1980, 4 de diciembre de 1996), con examen de la evitabilidad y la previsibilidad del daño causado (Sentencia de 5 de noviembre de 1982) y rechazo de responsabilidades objetivas, incompatibles con la norma aplicada (Sentencia de 5 de junio de 1995, en la que se afirmó que, para responder, no basta con la desestimación de la demanda, «ya que, de aceptarse esa conclusión, quedaría consagrada una situación de responsabilidad «ex» artículo 1902 del Código Civil, en todos los casos en que del ejercicio del derecho ante los Tribunales se derivase

¹²⁶⁷ En el ámbito concursal, debemos recordar que artículo 885 del Código de Comercio de 1885 disponía que “[e]l comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores, podrá ejercitar contra estos acción de daños y perjuicios, si hubieran procedido con malicia, falsedad o injusticia manifiesta”. Dado que cuando fue promulgada esa norma era desconocida en nuestro ordenamiento la figura de abuso del Derecho, no es extraño que se configure esta acción de forma similar a la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, que data de 1889.

¹²⁶⁸ RJ 1984\1248; MP: José Luis Albácar López.

¹²⁶⁹ RJ 1984\5624; MP: Antonio Fernández Rodríguez.

¹²⁷⁰ RJ 2005\510; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

daño, objetivando así la exigencia de responsabilidad de dicha norma, con olvido del requisito de la culpa o negligencia que en ella se contiene»). En otros casos, con más adecuado fundamento, la responsabilidad se examinó a la luz de la doctrina del abuso de derecho y, desde que se aprobó el texto articulado del título preliminar del Código Civil, a la del artículo 7.2 de dicho Código, que elevó aquella a norma legal (Sentencias de 28 de noviembre de 1967, 2 de junio de 1981, y 31 de enero de 1992). En algún supuesto la responsabilidad por daños causados por actuaciones judiciales se trató a la luz conjunta de los artículos 7.2 y 1902 del Código Civil (Sentencia de 17 de marzo de 1984) o sólo del primero, pero con exigencia de la intervención de culpa (Sentencia de 23 de noviembre de 1984). ”

Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004, de 29 de diciembre, intentó afinar esa doctrina jurisprudencial disonante al sostener que el examen de la viabilidad de este tipo de acciones habría de ser realizado desde la óptica del artículo 7.2 CC -y no bajo la premisa de la eventual concurrencia de los presupuestos del artículo 1902 del Código Civil-, es sabido que el Acuerdo de la Sala Primera reunida en Junta General el 18 de julio de 2006 desautorizó expresamente ese intento de clarificación doctrinal, acordando “mantener” lo que denominó como “jurisprudencia clásica”. Por ello, consideró al abuso del proceso como una especie dentro del género del artículo 7.2 del Código Civil; y, a la vez, como un supuesto especial de responsabilidad aquiliana regulado en el artículo 1902 de dicha norma. El hecho de que en el mismo Acuerdo se hiciera constar de forma expresa que el plazo prescriptivo era de un año, hace pensar que el motivo de su adopción fue clarificar cuál es el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas buscando el resarcimiento de los daños procesales, más que dotar de un sustento dogmático correcto a la responsabilidad civil derivada del abuso del proceso.

En cuanto a la doctrina, interesa destacar que DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en su influyente estudio pionero sobre esta materia¹²⁷¹, sostuvo que los daños derivados de las actuaciones judiciales debían ser reclamados al amparo del art. 1902 CC. Ahora bien, debe hacerse notar que la conferencia que dio lugar a la publicación del citado trabajo se impartió en el mes de mayo de 1974, pocos días antes de la aprobación de la reforma del Título Preliminar del Código Civil que introdujo en el Derecho positivo español la figura del abuso por medio del art. 7.2 CC. Creo que es importante tener en cuenta el aspecto cronológico a la hora

¹²⁷¹ “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, *Ensayos Jurídicos*, cit., pp. 2810-2838.

de enjuiciar su toma de postura, porque en su exposición aparecen rasgos que tienden a asimilar lo descrito con la definición clásica de abuso del Derecho.¹²⁷²

DE ÁNGEL YAGÜEZ sigue confesamente la senda marcada por DÍEZ-PICAZO, por lo que no es extraño que sostenga que “parece obligado concluir que el deber de reparar daños que en dichas normas procesales se explicita tiene su base sustantiva en el genérico deber de indemnizar que dimana del art. 1902 CC¹²⁷³”.

Otro tanto cabe decir de ESPINOSA DE RUEDA Y JOVER¹²⁷⁴ y de MARTÍ MARTÍ¹²⁷⁵, quienes también incardinan esta acción dentro del ámbito de la responsabilidad aquiliana, pero dándolo por sentado como premisa de partida, sin detenerse a analizar la verdadera naturaleza sustantiva de la acción¹²⁷⁶.

Desde mi punto de vista, es más acertado el criterio defendido por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004. Es indudable que, al no nacer de un contrato –salvo en un caso excepcional ya analizado–, este tipo de responsabilidad es, en cierto sentido, extracontractual. Ahora bien, lo que caracteriza el título de imputación de la responsabilidad en este caso no es la negligencia o el riesgo, sino el rebasamiento de los límites de un derecho subjetivo por parte de su titular. No se trata de un acto apriorísticamente ilícito (pues en tal caso simplemente nos encontraríamos ante una infracción legal). En este caso, existe una “juricidad aparente” que queda desmentida por la utilización desviada de ese derecho.

En el ámbito normal de aplicación del artículo 1902 del Código Civil, la culpa presupone de por sí la antijuricidad de la conducta, de forma que la responsabilidad aquiliana lleva ya ínsito el poso de la antijuricidad. Por ello, para que una conducta antijurídica dé lugar a responsabilidad, se requiere que el agente causante del daño se haya comportado de forma negligente en relación con el origen de la circunstancia o situación en que se manifiesta el comportamiento antijurídico. Por el contrario, cuando se trata del abuso del Derecho, la antijuridicidad funciona como *criterio autónomo de imputación* y de ello se infiere que el abuso de derecho –y dentro de él, el abuso del proceso–, sin ser

¹²⁷² Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN afirma que “existe responsabilidad y obligación de indemnizar los daños y perjuicios, siempre que el proceso se desvía de su función social natural”. Ob. cit., p. 2837.

¹²⁷³ “Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles”, cit., p. 1121.

¹²⁷⁴ *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 19, 1995, p. 182.

¹²⁷⁵ *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 35, 2010, p. 50.

¹²⁷⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ se muestra ambiguo al respecto, pues aunque analiza el abuso del derecho a litigar desde la perspectiva de la categoría general del abuso del Derecho, no acaba de identificar posteriormente con claridad su naturaleza. “Comentario al art. 7 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 70.

absolutamente independiente, sí goza de una “amplia autonomía respecto del conjunto del Derecho de daños¹²⁷⁷”.

Conviene reiterar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del Derecho –a pesar de su abundancia- no se ha caracterizado precisamente por su precisión conceptual cuando se trata de deslindar los ámbitos de aplicación de los arts. 7.2 y 1902 CC. Algo que ya advirtió la célebre Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944¹²⁷⁸, cuando dejó constancia del debate existente entonces en la doctrina sobre si la figura del abuso debía construirse como una simple aplicación de la dogmática del acto ilícito, o como una teoría autónoma que operaría dentro de una zona intermedia, constituida por actos cumplidos dentro de la esfera del derecho –pero mediando abuso y engendrando responsabilidad¹²⁷⁹-. Debate doctrinal que sigue abierto a día de hoy.¹²⁸⁰ Para GIL RODRÍGUEZ, “[e]n la versión objetiva –como transgresión de la función social del derecho invocado-, la teoría del abuso absorbe y sobrepasa la responsabilidad civil; en una muy estricta, sólo habría abuso cuando el acto fuera “irreprochable” (sic); y, con una concepción intermedia, la proscripción del abuso, aparecería como correlato o desarrollo de la culpa civil¹²⁸¹”.

¹²⁷⁷ Luis Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, VVAA (dir: Reglero Campos), cuarta edición, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 63.

¹²⁷⁸ RJ 293/1944; MP: José Castán Tobeñas.

¹²⁷⁹ El Decreto 1838/1974, que introdujo la figura del abuso del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil parece optar por esta segunda concepción autónoma, por cuanto en su Exposición de Motivos puede leerse que “[d]esde hace tiempo se ha advertido cómo el tradicional principio de que la actuación del derecho propio no desborda la esfera de la licitud carece de validez absoluta en cuanto es posible un ejercicio conducente a la lesión de los derechos de otro y a la consiguiente ilicitud. Tal acontece cuando el ejercicio es abusivo o antisocial. Ambas hipótesis, sin perjuicio de diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto, porque siempre se parte del desbordamiento de los límites normales del ejercicio y del daño para tercero, si bien el hecho provocador de tal situación puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente –que no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la licitud por el cauce de la responsabilidad civil– como de otros datos de naturaleza distinta cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes”. *Cursiva mía*.

¹²⁸⁰ Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, cit., pp. 71-75. Para Carlos CUADRADO PÉREZ el art. 7.2 CC supuso el abandono definitivo de los intentos en nuestro país de relacionar el abuso del Derecho con la responsabilidad aquiliana. *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, cit., p. 61. En una línea parecida, Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 7 del Código Civil” en *Código Civil Comentado*, Vol. I, (versión digital, BIB 2011\5936), Civitas, Madrid, 2016, p. 7.

¹²⁸¹ “Interdicto de obra nueva. condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, cit., p.1514. Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “la causa de justificación y de exclusión de la responsabilidad determinada por el ejercicio del propio derecho, cesa y se retoma al sistema general de responsabilidad, si el acto de ejercicio del derecho debe ser calificado como abusivo”. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 309.

Por lo demás, debe reseñarse el relativamente escaso interés doctrinal que ha suscitado el juego entre los artículos 7.2 y 1902 CC, incluso fuera del ámbito de los daños procesales¹²⁸². La magra preocupación de la doctrina civilista por aclarar en qué medida el abuso del Derecho constituye un *caso especial* en la responsabilidad extracontractual ha venido acompañada, desgraciadamente – como ya hemos advertido –, de una vacilante y confusa jurisprudencia de la Sala Primera¹²⁸³. Y si esto ha ocurrido en el plano sustantivo, otro tanto puede decirse de la jurisprudencia dictada al albur del ejercicio de la acción de resarcimiento que trae causa de la litigación abusiva. No obstante lo cual, el encaje de esta figura como un caso especial de responsabilidad extracontractual puede tener consecuencias relevantes, en especial en la determinación del plazo de prescripción aplicable¹²⁸⁴. De igual forma, tiene su relevancia en lo que los

¹²⁸² Hasta donde me alcanza, el análisis más detallado se encuentra en María del Carmen GÓMEZ DE LA PLAZA, “Abuso de derecho”, *Revista de Derecho Privado*, nº 90, 2006, pp. 2-73. *Vid.* también REGLERO CAMPOS, *ob. cit.*, p. 63; MARTÍN BERNAL, *El abuso del Derecho*, *cit.*, pp. 153-156; José María CASTÁN VÁZQUEZ, en “El abuso del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil”, Vol. 1, *Academia Matrinense del Notariado*, pp. 469-531; José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 254-260; José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1975, p. 927; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, *cit.*, pp. 152-156; y GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, *cit.*, pp. 1509-1524. En la jurisprudencia menor, destaca por su lucidez la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 81/2006, de 12 de julio (AC 2007\70; MP: Juan José Sánchez Sánchez).

¹²⁸³ Quizá el poco desarrollo doctrinal de esta cuestión obedezca a la creencia de que, a efectos prácticos, considerar el abuso del Derecho como una categoría autónoma o no de la responsabilidad civil por acto ilícito es irrelevante. En ese sentido, CARRASCO PERERA, eludiendo deliberadamente posicionarse al respecto, indica que “[c]arece de importancia si el ejercicio abusivo del derecho es un *tertium* entre lo lícito y lo ilícito o si no es más que una especie de lo segundo. Lo decisivo es racionalizar los modos y condiciones por los que puede producirse una restricción circunstanciada de una norma sobre la base del modo y manera en que el derecho atribuido por la norma se está ejercitando, sin que el sujeto beneficiado por la reducción ostente un derecho de igual rango susceptible de ponderación con el derecho restringido”. *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley, Aranzadi, Cizur Menor*, 2016, pp. 73-74.

¹²⁸⁴ Por ejemplo, la Sentencia nº 575/2001, de 20 de septiembre (JUR 2002\12902; MP: Mariano Fernández Ballesta), de la Sección 5ª de la AP de Málaga, sostuvo que a este tipo de reclamaciones no les era de aplicación el plazo anual de prescripción que contempla el Código Civil para las acciones de responsabilidad aquiliana: “No puede aceptarse indiscriminadamente la tesis de la sentencia recurrida que, a los efectos de analizar si la acción ejercitada en el presente procedimiento se encuentra o no prescrita, la equipara a las de resarcimiento derivado de culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil [...] También cabe considerar que al proclamarse en el artículo 7.2 del Código Civil el derecho a ser indemnizado por acciones u omisiones que signifiquen abuso de derecho, sin expresar el cauce procesal para su ejercicio ni el plazo dentro del cual pueden ser ejercitadas, se está simplemente ante una acción no comprendida expresamente en la casuística de los artículos 1966 y siguientes del Código Civil, por lo que le sería de aplicación la regla general de los 15 años establecida en el 1964 del mismo Código. En uno y otro caso, por lo que afecta al presente procedimiento, lo decisivo es que no se puede contemplar la prescripción del año propia de las acciones derivadas de culpa

requisitos precisos para su estimación se refiere.¹²⁸⁵ Porque no es lo mismo –al menos desde el punto de vista de la teoría- someter la conducta del litigante abusivo a los presupuestos clásicos del artículo 1902 del Código Civil –esto es, a los requisitos de previsibilidad y evitabilidad– que exigir para el éxito de la acción el cumplimiento de los requisitos característicos del abuso del Derecho (lo que, a la postre, nos situaría en el terreno de la extralimitación o en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva). Otra cosa es que, al haberse manejado por la jurisprudencia como conceptos equivalentes la “negligencia” y “la anormalidad del ejercicio del derecho”, las diferencias, en la práctica, se hayan difuminado.

Como apuntó la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004¹²⁸⁶, es dudoso que el requisito del daño, como presupuesto del art. 1902 CC, pueda plantearse en el contexto del abuso del proceso desde su condición de “previsible y de evitable”¹²⁸⁷, pues el riesgo es normalmente previsible –es querido por quien acciona, al menos en los casos de litigación abusiva en que concurre el *animus nocendi*- y sólo resulta evitable si no se ejercita el derecho a la tutela judicial. De ello se deriva la necesidad de determinar si el daño está o no justificado, y ello depende de que haya habido o no extralimitación en el ejercicio de tal derecho fundamental.

De otro lado, y ahondando en la autonomía conceptual de la figura recogida en el art. 7.2 CC, conviene retener que, a diferencia de los casos de responsabilidad aquiliana, en el abuso de derecho el juicio sobre la conducta del agente se realiza *ex post*, no *ex ante*¹²⁸⁸. Es decir, en el primer caso (art. 1902 CC) la valoración de la

extracontractual, y por ello la excepción planteada en ese sentido por la demandada, debe ser desestimada”. Nótese que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificó el art. 1964 CC reduciendo de 15 a 5 años el plazo general establecido para las acciones personales que no estén sujetas a un plazo especial.

¹²⁸⁵ Lo que plantea el problema añadido de si el tribunal podrá, sin conculcar el principio de congruencia, “reconducir” de oficio una acción de daños procesales ejercitada con fundamento en el art. 7.2 CC a la reglamentación de la responsabilidad civil aquiliana pura –si entiende que éste es el fundamento sustantivo correcto- y viceversa (examinar una acción de responsabilidad civil extracontractual, *ex officio*, a la luz del régimen legal del abuso del Derecho). A mi juicio sí sería admisible, en la medida en que la “causa petendi” del demandante no se ve sustancialmente alterada por este cambio en la calificación jurídica por parte del órgano judicial. El conjunto de hechos constitutivos de la pretensión permanece invariable. La Sentencia del TS nº 564/2015, de 29 de octubre (anteriormente analizada) apunta en esa dirección, al reconducir de oficio una reclamación de daños procesales planteada al amparo del art. 1902 CC a la responsabilidad derivada del alzamiento de las medidas cautelares *ex arts.* 742 y 745 LEC.

¹²⁸⁶ Sentencia comentada por Eva CANO VILÁ, “Sentencia de 29 de diciembre de 2004: Interdicto de obra nueva. Abuso del Derecho. Responsabilidad civil”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 57-70.

¹²⁸⁷ Eva CANO VILÁ, E., *ob. cit.*, pp. 65-66.

¹²⁸⁸ María del Carmen GÓMEZ DE LA PLAZA, “Abuso de derecho”, *cit.*, p. 18.

conurrencia de los presupuestos para la establecer la responsabilidad (evitabilidad y previsibilidad) se retrotrae idealmente al momento anterior a la causación del daño, mientras que el análisis de la extralimitación en el ejercicio del derecho abusado se realiza a la vista del resultado producido. Además, y moviéndonos nuevamente en plano de los conceptos, a diferencia de la responsabilidad civil pura del art. 1902 CC -cuya existencia exige en todo caso la previa concurrencia del daño a tercero-, puede darse una conducta abusiva cierta pero que, gracias a las medidas impeditivas expresamente previstas en el art. 7.2 CC, no se materialice en perjuicio alguno para tercero.

Dado que en ocasiones el uso *prima facie* legítimo del derecho a la tutela judicial efectiva puede colisionar con el derecho de otros a su integridad psicofísica o patrimonial, “la juricidad de la conducta generadora de un daño ha de completarse necesariamente con la justificabilidad de ese daño, es decir, con el hecho de que el perjudicado haya de soportarlo jurídicamente, y por esto tiene su contrapunto en la doctrina de abuso del Derecho¹²⁸⁹”. Otra consideración que permite resolver estas pretensiones sobre la base exclusiva del art. 7.2 CC deriva de que esta metanorma incluya ya en su seno la obligación indemnizatoria de los daños causados a cargo del abutente, de forma que no sería preciso acudir adicionalmente al art. 1902 CC. Además, el recurso al régimen del art. 7.2 CC para fundar la obligación sustantiva de resarcir los daños procesales permitiría otorgar el mismo tratamiento normativo al uso desviado del proceso que se produce mediante el abuso -o incumplimiento abusivo- de un derecho asignado por un contrato procesal, como ocurrió en el caso de la ya comentada Sentencia del Tribunal Supremo nº 6/2009, de 12 de enero.¹²⁹⁰

Por ello, y fijando una conclusión que estimamos válida, al menos, en lo que a la responsabilidad derivada del abuso del proceso se trata, parece más correcto sostener, en buena técnica jurídica, que estamos ante un caso especial de responsabilidad extracontractual (entendida en sentido lato) que, por sus peculiaridades, goza de una regulación legal diferenciada (art. 7.2 CC), bajo cuyo prisma habrá que analizar de forma preferente este tipo de reclamaciones¹²⁹¹,

¹²⁸⁹ Luis Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, VVAA (dir: Reglero Campos), 4ª ed., Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 61.

¹²⁹⁰ RJ 2009\544; MP: Juan Antonio Xiol Ríos. Pues también puede hablarse de abuso de un derecho asignado, no por la ley, sino por un contrato (en este caso, procesal).

¹²⁹¹ No me parece irrelevante tomar en consideración que otros ordenamientos, como el francés o el italiano, que igualmente tienen como base de su Derecho privado el *Code* napoleónico, hayan fundamentado progresivamente la acción de resarcimiento de daños procesales en la figura -de construcción jurisprudencial- del abuso de Derecho (*abus de droit d’agir en justice, abuso del diritto di azione*), aun cuando no contemplen expresamente su interdicción en sus respectivos Códigos Civiles. Para Francesco Donato BUSNELLI y Elena D’ALESSANDRO el abuso del Derecho trata

constituyendo el propio abuso el título de imputación. Ahora bien, como a continuación justificaremos, ello no obsta para que la acción de resarcimiento de los daños procesales pueda examinarse también desde la óptica del art. 1902 CC (si bien con las matizaciones que se dirán), de forma que lo normal será que el demandante invoque ambos preceptos –el art. 7.2 CC con carácter principal y el art. 1902 CC de forma subsidiaria– como sustento de su acción.

3.2.2. Requisitos para la estimación de la acción

Seguiremos, en este punto, la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 872/2011, de 12 de diciembre¹²⁹², en cuyo FJ 5º, bajo la rúbrica “la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso”, se hace un resumen del *corpus* jurisprudencial sobre la materia y se relacionan los requisitos precisos para la estimación de la acción de resarcimiento de los daños procesales:

a) Ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva

Es preciso, en primer lugar, que el litigante abusivo haya ejercitado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya sea como actor, o como demandado. De igual forma, y como ya vimos, la conducta abusiva puede tener lugar tanto en primera instancia, como durante la interposición de los recursos devolutivos.¹²⁹³

El ejercicio –desviado– del derecho a la tutela judicial efectiva puede haber tenido lugar en cualquiera de las jurisdicciones, y no solo en la civil. Como ya hemos visto, para la mayoría de las actuaciones abusivas intraprocesales la propia LEC ha previsto un cauce procesal autónomo, sin perjuicio de lo cual la Sala Primera ha admitido expresamente que el perjudicado, renunciando a tal cauce sumario, reclame esos daños por medio de un ulterior proceso declarativo. Por ello, aunque en la generalidad de los casos el derecho a la tutela se proyectará sobre la posición del litigante en relación al objeto principal del proceso –ya sea como

es una especie dentro del género de la responsabilidad extracontractual –creo que no podría ser de otra manera, al no estar prevista normativamente la prohibición del abuso en el Código Civil italiano–, pero significativamente dejan constancia de que, en los casos de abuso del proceso, la doctrina y jurisprudencia excluyen la aplicación del art. 2043 c.c., que regula la responsabilidad extracontractual, entendiéndose que tal cuestión debe resolverse teniendo en cuenta *exclusivamente* lo previsto en el art. 96 c.p.c. Cfr. “L’enigmatico ultimo comma dell’art 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva”, *Danno e responsabilità*, nº 6, 2012, p. 586. En cambio, la referencia al *Common Law* es improductiva: allí necesariamente tenía que ser un *tort*, porque la figura del abuso del Derecho no llegó jamás a cristalizar.

¹²⁹² RJ 2012\32; MP: Encarnación Roca Trías.

¹²⁹³ Que es lo que para DE ÁNGEL YÁGÜEZ ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1984, si bien el Alto Tribunal no apreció esta circunstancia. “Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles”, cit., p. 1123. En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 753/2008, de 4 de septiembre (RJ 2008\6288; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) confirma la resolución de instancia, que reputó abusiva la interposición del recurso de apelación en el proceso precedente, pero no de la demanda.

demandante o demandando-, no es descartable que la manifestación concreta del ejercicio de ese derecho fundamental que se repute abusiva sea más reducida¹²⁹⁴.

b) Daño a un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica

Con arreglo a la teoría general del Derecho civil, debemos entender por daño toda lesión, menoscabo o perjuicio real que se infringe a otra persona en sus bienes, derechos o intereses. Obviamente, es preciso que sea un daño ajeno –es el requisito de la alteridad-, esto es, causado a un tercero. El daño debe recaer sobre un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica¹²⁹⁵, porque si en lugar de ese interés lo efectivamente dañado fuera un derecho subjetivo, más que ante un abuso del Derecho nos encontraríamos ante una colisión de derechos, de modo que la acción “no sería *ex jure*, sino *contra jus*, y el titular del derecho dañado deberá acudir a las acciones específicas y naturalmente diferentes de las que correspondería al abuso o ejercicio antisocial del mismo, como serían las consistentes en acciones de ineficacia, cuando no de ilegalidad del acto, con la consiguiente responsabilidad civil reparatoria de la lesión sufrida¹²⁹⁶”.

Este requisito para apreciar la existencia del abuso de derecho parte de una premisa muy elemental. Si el daño que sufre el perjudicado está protegido por una especial prerrogativa jurídica, esto es, por una norma, no haría falta recurso a esa figura, puesto que bastaría la invocación de la norma infringida contra quien ha ejercitado un derecho subjetivo, causándole un daño. El perjudicado podría activar la tutela jurisdiccional fundamentando su acción en la infracción legal acaecida.

La necesidad de que entre en funcionamiento este mecanismo de autocorrección del Derecho que es la figura recogida en el art. 7.2 CC deriva, precisamente, de la inexistencia en el caso concreto de una norma que proteja específicamente al perjudicado, a pesar de lo cual se trata de un daño que, teniendo en cuenta los principios rectores del ordenamiento jurídico, no está obligado a soportar.

¹²⁹⁴ Aunque no debe olvidarse que, en la mayoría de estos casos, la LEC 1/2000 ha previsto un régimen de responsabilidad objetiva para el dañante, que hace innecesario acudir a la figura del abuso del Derecho.

¹²⁹⁵ Analizando un caso en que se alegó por el demandado el (supuesto) ejercicio abusivo del interdicto de recobrar la posesión de una vivienda, por el “estado de necesidad” de éste (siendo rechazado este motivo de oposición por los tribunales), *vid.* Antonio Manuel MORALES MORENO “Abuso de derecho y estado de necesidad como posibles límites al interdicto de recuperar la posesión”, *Poder Judicial*, nº 2, 1986, pp. 59-66.

¹²⁹⁶ José Manuel MARTÍN BERNAL, *ob. cit.*, p. 253.

c) La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo ["ausencia de interés legítimo"]), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)

En la línea con lo expresado en los capítulos precedentes, en nuestro entendimiento el abuso del proceso se caracteriza, más que por contravenir determinada concepción "social" o "ética" del derecho a la tutela judicial, por la utilización del proceso para finalidades contrarias a su razón de ser institucional.

Ese uso desviado del proceso puede manifestarse de dos maneras:

(i) Por la existencia de un ánimo de dañar a la contraparte.

Como se ha dicho, "el dolo, como voluntad o ánimo, se traduce en un comportamiento malicioso en, o ante, cualquier operación jurídica, llevada a cabo con intención de causar daño o un perjuicio a otro [...] el dolo se manifiesta siempre por medio de la ejecución de un hecho (manifestación de voluntad, interposición de la demanda, o cualesquiera otra actuación procesal, etc.), no basta con la mera intención¹²⁹⁷..." Este elemento intencional debe ser el que presida la actuación procesal del litigante, quedando descartadas como abusivas aquellas conductas procesales en las que este daño a la contraparte sea un efecto secundario –querido o no- del proceso, pero no la razón por la que se accionó –o se formuló oposición a la demanda-. Se trata, por tanto, de los supuestos en los que exista una conducta dolosa por parte del litigante, que abusa del proceso con plena conciencia de su utilización ilegítima¹²⁹⁸. Un caso paradigmático fue el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de Sentencia de 6 julio 1990¹²⁹⁹, donde se ejercitó cinco veces seguidas sin fundamento la acción interdictal.

¹²⁹⁷ José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, "Del dolo civil al dolo procesal", *Revista de Derecho Privado*, nº 4, 1984, p. 343.

¹²⁹⁸ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17^a, de 9 de marzo de 2002 (JUR 2002\187442; MP: Myriam Sambola Cabrer) deduce la existencia de dolo ante el ejercicio de un interdicto de obra nueva que no fue precedido de "una reclamación previa para evitar la acción interdictal", así como del hecho de que la sociedad en cuestión ejercitaba de forma recurrente esta acción contra sus diferentes vecinos (se trataba de una sociedad propietaria de un local en un Centro Comercial).

¹²⁹⁹ "Que por cinco veces consecutivas, en clara connivencia, padre e hija demandados, acudieron al Juzgado ejercitando la acción interdictal de obra nueva, conscientes de que llevando inherente tal acción la suspensión de las obras iniciadas, permanecerían indefinidamente inactivas las que el Ayuntamiento había proyectado para la creación y apertura de la Vía Turística de Calella". RJ 1990\5779; José Luis Albácar López.

Es preciso hacer constar que, en los últimos tiempos, la jurisprudencia de la Sala Primera ha tendido a “objetivar” la apreciación del elemento intencional doloso, siendo exponente de esta tendencia la Sentencia del Tribunal Supremo nº 74/2016, de 18 de febrero.¹³⁰⁰

“Esta progresiva objetivación del presupuesto subjetivo que anida en el concepto de fraude ya es una constante en la doctrina tradicional de esta Sala respecto de aquellas acciones que contemplan un claro componente subjetivo de reprochabilidad. Caso, entre otras, de la paradigmática acción de rescisión por fraude de acreedores (artículo 1111 del Código Civil), en donde la doctrina de esta Sala ya evolucionó en el sentido indicado, esto es, en favorecer al presupuesto objetivo de la acción, reflejado en la lesión del derecho de crédito, (*eventus damni* , como elemento impulsor del ejercicio de la acción y, a su vez, en ponderar, que no suprimir, el presupuesto subjetivo del mecanismo rescisorio, es decir, la mala fe del deudor y el tercero ya no como un componente estrictamente intencional (*consilium fraudis*), sino como una acción de conocimiento necesario del perjuicio causado (*scientia fraudi*) ; entre otras, STS de 7 de septiembre de 2012 (núm. 510/2012)”.

(ii) Por la utilización del proceso de forma objetivamente contraria a los fines instrumentales típicos de todo procedimiento, aun cuando la concurrencia del elemento intencional no esté acreditada.

Desde luego, los límites normales en el ejercicio del derecho a los que alude el art. 7.2. CC no puede ser los legales en sentido estricto, pues tal caso nos encontraríamos ante una simple infracción legal que permitiría al perjudicado exigir la responsabilidad civil con base en ese acto antijurídico tipificado. El abuso de derecho busca proteger a quién resultado dañado por su ejercicio a pesar de que esos límites legales son formalmente respetados por el abutente. Para ello habrá que examinar las circunstancias y contexto concreto en que ese ejercicio tiene lugar, así como la relación entre el resultado dañoso acaecido y la finalidad para la que el ordenamiento reconoce tal derecho. A nuestro modo de ver, y en la medida en que el propio abuso constituye el título de imputación suficiente, para la estimación de la acción de daños procesales fundada en el art. 7.2 CC no será preciso, en rigor, verificar si concurre dolo o culpa en la conducta del agente, debiendo ponerse el énfasis en verificar si el concreto ejercicio del derecho a la tutela judicial estaba o no “justificado”.

¹³⁰⁰ RJ 2016\566; MP: Francisco Javier Orduña Moreno.

Sin embargo, para una parte de la doctrina civilista española (entre los que destaca GIL RODRÍGUEZ) es aquí donde puede existir un punto de intersección entre el concepto de negligencia como título de imputación *ex art. 1902 CC* y el abuso del proceso. En efecto, para esta corriente doctrinal como paso previo a caracterizar ese uso del proceso como objetivamente desviado será necesario justificar la falta de justa causa para litigar, que cabría identificar, en este contexto, con el concepto de “negligencia”. Y dado que en esta hipótesis del abuso se parte de la premisa de que el dolo no está acreditado, será preciso verificar si el litigante actuó o no de forma culpable.

En el desarrollo de esta variante del abuso del proceso se constata que, acudiendo al art. 7.2 CC, se resuelve uno de los problemas que plantea resolver esta acción de daños con fundamento exclusivo en el art. 1902 CC. Y es que, con arreglo a dicho precepto, es fuente de responsabilidad aquiliana incluso la culpa levísima del agente, lo que obligaría a indemnizar los daños procesales causados por acciones judiciales que, aun habiendo sido desestimadas, no adolecían de una patente falta de fundamento¹³⁰¹. Si la cuestión se analiza a la luz del art. 7.2 CC, es preciso, para que surja la obligación de indemnizar, que nos encontremos ante un ejercicio anormal del derecho -y, por tanto, no “justificado”-, lo que excluye los casos dudosos y reduce el alcance del deber de resarcimiento a aquellos en los que sea patente la carencia de razones fácticas y/o jurídicas para litigar.

En este punto interesa reseñar que, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 905/2007¹³⁰² equipara la culpabilidad a la inexistencia de *iusta causa litigandi*, lo que de alguna manera relativiza la importancia de caracterizar el daño causado como simplemente ilícito o como abusivo, aun cuando ya hemos indicado que estimamos que la abusividad en el ejercicio del derecho debe considerarse un título autónomo de imputación, distinto del culpabilístico. En cuanto al grado de anormalidad en el ejercicio del derecho a litigar, la jurisprudencia, en coherencia con el carácter excepcional del abuso del Derecho, exige que la posición procesal sea “claramente infundada”. La Sala Primera aboga decididamente por una interpretación restrictiva, de manera que “hay que

¹³⁰¹ Algo que no se le escapó a una mente tan sagaz como la de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en su estudio pionero de “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, cit. Para este autor, no existía razón dogmática alguna que justifique la exigencia en este ámbito de aplicación del art. 1902 CC de una negligencia “grave” para que surja el deber de indemnizar (aunque, como veremos, este autor cambió de opinión años después, para acabar sosteniendo que la culpa leve no es fuente de responsabilidad civil extracontractual). Por tanto, aunque la culpa fuera leve o levísima existiría esa obligación indemnizatoria de los daños procesales, si bien -siempre según el trabajo de DÍEZ-PICAZO de 1974- el art. 1104 CC debería llevar a limitar en tal caso, en la debida proporción, su alcance. Ob. cit., p. 2834. Volveré sobre esta cuestión a continuación.

¹³⁰² RJ 2007\5147; MP: Encarnación Roca Trías.

investigar con cuidado la actividad procesal desarrollada para tacharlas de abusivas, maliciosas o negligentes, pues de lo contrario se produciría una indefensión de hecho si todo pleito perdido lo supusiese automáticamente¹³⁰³”.

No se aprecia aquí, a diferencia de otras proyecciones del abuso del Derecho en nuestro ordenamiento, la trivialización por la jurisprudencia de esa categoría jurídica. En efecto, no son infrecuentes los casos, fuera del abuso del proceso, en los que los tribunales, en vez de acudir a las normas jurídicas verdaderamente aplicables y a realizar un verdadero esfuerzo argumentativo *ad hoc*, recurren al art. 7.2 CC –que, según algunos tratadistas, pasa por ser el precepto más citado por la jurisprudencia¹³⁰⁴- para resolver la controversia de forma apodíctica, bajo la socorrida fórmula de que, con el ejercicio concreto del derecho subjetivo de que se trate, se estarían contraviniendo valores axiológicos del ordenamiento.¹³⁰⁵

El temor a provocar un generalizado “efecto desaliento” en el ejercicio del derecho a la tutela judicial ha llevado a la Sala Primera a sostener, juiciosamente, una línea prudente en esta materia¹³⁰⁶, por lo que el Tribunal Supremo viene exigiendo para declarar la responsabilidad del litigante, bien la acreditación de un ánimo espurio en el ejercicio del derecho a litigar, bien la “manifiesta” falta de fundamento jurídico y/o fáctico de la posición defendida en el pleito precedente, de una magnitud tan evidente que incluso un lego en Derecho fuere capaz de apreciarlo. Pero, a mi entender, por “manifiesto” no debe entenderse un grado “superlativo” de abuso –porque me parece que el abuso, conceptualmente, es una figura binaria que no admite gradaciones: se abusa o no se abusa de un derecho-, sino que sea aprehensible *prima facie*¹³⁰⁷. *Lo decisivo no es la intensidad del*

¹³⁰³ RJ 1992\7550; MP: Antonio Gullón Ballesteros.

¹³⁰⁴ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2009, p. 1 (versión digital). En ese sentido, no es infrecuente que, para resolver la controversia de que se trate, se incluyan en algunas resoluciones judiciales argumentaciones huecas disfrazadas de apelaciones abstractas a la prohibición del abuso de derecho; “argumentos” del máximo nivel de abstracción, desconectados por completo de la regulación que realmente ha de aplicarse para resolver la *litis*.

¹³⁰⁵ cfr. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 156. A mi modo de ver, la mención al art. 7.2 CC por los tribunales para resolver estos casos, más que constituir un ejemplo de cita *ad pompam vel ostentationem*, constituye una excusa formal para aplicar –y estudiar- la normas sustantivas realmente aplicables al caso controvertido.

¹³⁰⁶ Ya en 1974 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN cuestionaba el carácter excesivamente “benevolente” de los tribunales con respecto a los litigantes abusivos. Ob. cit. p., 2837. Conclusión que ratifica DE ÁNGEL YÁGÜEZ en 2002. “Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas”, cit., p. 16. En idéntico sentido, cfr. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1983, p. 143 y, más recientemente, en *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 156.

¹³⁰⁷ De ahí que, partiendo de la premisa de equiparar la falta de *iusta causa litigandi* a la negligencia, la culpa levísima daría lugar, también en el ámbito del abuso del proceso, a la obligación de

*uso desviado –una vez traspasado, naturalmente, el umbral que determina la ilegitimidad del ejercicio del derecho- , sino que su existencia sea patente, apreciable sin esfuerzo.*¹³⁰⁸

Todo intento de definir qué debemos entender por “manifiesto” en este contexto nos conduce a la tautología. Para escapar –en la medida de nuestras posibilidades- de las caracterizaciones circulares inherentes a todo concepto valorativo, haremos constar que es preciso que el abuso sea efectivamente probado –o cuando menos “justificado”- en el proceso. La referencia legal a que tal uso anormal debe ser “manifiesto” equivaldría a aplicar un canon de “evidencia” similar al empleado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, para apreciar, en el seno del recurso extraordinario por infracción procesal, que determinada valoración probatoria incurre en un error patente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª, nº 408/2013, de 25 de diciembre,¹³⁰⁹ resume la posición del Tribunal Supremo sobre esta cuestión:

“En la STS de 31 de enero de 1992 , se indicaba: "que el proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio , por lo que la calificación de actuación abusiva *ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso* análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones" . Y, en la STS de 4 de diciembre de 1996 , citada igualmente en la STS de 29 de diciembre de 2004 , se declara que, "en esta materia ha de procederse con sumo cuidado, pues no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional, pues se vulneraría, de otro modo, el derecho fundamental que consagra el artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) a la tutela efectiva de los derechos". En la STS de 27 de mayo de 1998, "*La doctrina jurisprudencial exige una aplicación prudente y restringida* del abuso del derecho que colabore a establecer lo más sólidamente posible el principio jurídico esencial de la seguridad jurídica..." y que además exige una prueba contundente y eficaz del ejercicio de una acción con una finalidad torticera y dañina...". En este

indemnizar. Porque “manifiesto” no es el antónimo de “leve”, moviéndose ambos adjetivos en planos diferentes.

¹³⁰⁸ María del Carmen GÓMEZ DE LA PLAZA sostiene que el hecho de que el uso desviado deba ser “manifiesto” ha provocado que en la jurisprudencia sean más comunes las sentencias que rechazan la concurrencia del abuso de derecho en el caso examinado, que las que lo aprecian. “Abuso de derecho”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2006, p. 99. A mi juicio, ese desequilibrio deriva del hecho de que, con demasiada frecuencia, ante la ausencia de mejores argumentos, los litigantes aluden a esta figura de forma recurrente, banalizando su razón de ser.

¹³⁰⁹ JUR 2014\9870; MP: Ángela Domínguez-Viguera Fernández

mismo sentido, según SSTs de 20 de febrero de 1992 (RJ 1992418) y 11 de Julio de 1994 (RJ 1994388), citadas ambas en la STS de 4 de Julio de 2003 (2003327), el ejercicio abusivo de un derecho solo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizando el derecho de modo anormal y contrario a la convivencia, y como *remedio extraordinario solo puede acudir a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos*, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, solo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico”. [Cursivas añadidas]

Dicho en otros términos, con arreglo a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera –que no ha seguido la senda marcada por la STS nº 1229/2004-, para apreciar la existencia del abuso del derecho a la tutela judicial será necesario examinar la eventual culpabilidad o negligencia del abutente; es decir, para surja la obligación de indemnizar los daños será preciso acreditar, bien la actuación dolosa del abutente o bien la negligencia del litigante por no haberse asegurado del alcance de la acción ejercitada o de la oposición a la misma¹³¹⁰. Ello exige que, a la vista de un tercero imparcial –tomado como modelo ideal de referencia-, la posición adoptada en el proceso sea objetivamente indefendible, ya sea por razones fácticas y/o jurídicas. Insistiremos en que la jurisprudencia, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de febrero de 1999¹³¹¹ exige una y otra vez “una aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso del derecho” en este campo.

La inexistencia de esta *causa razonable* consiste, en esencia, en verificar si existía una finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto. De no concurrir, nos situaríamos ante una anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, nº 29/2004, de 11 de octubre,¹³¹² señala que “el Tribunal Supremo coloca el límite del derecho a litigar y del abuso o uso injustificado del mismo en la existencia de al menos algún indicio que haga sostener la postura procesal del litigante”. A decir de esta Sentencia, tal límite está en la “razonable creencia de que se sostiene

¹³¹⁰ Conviene hacer notar que, en la doctrina civilista, algunos autores sostienen –equivocadamente, a mi juicio– que “la vertiente objetiva del abuso no tiene sitio en el proceso”, María del Carmen GÓMEZ DE LA PLAZA, “Abuso de derecho”, *Revista de Derecho Privado*, nº 90, 2006, p. 63. Esto es, que en este específico campo sería exigible siempre el ánimo malicioso por parte de quien abusa del derecho a litigar, lo que ha sido rechazado por la jurisprudencia y carece de sustento normativo alguno. Cfr. en el mismo sentido que GÓMEZ DE LA PLAZA, Jacinto GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho, cit., p. 1523; y Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “21 de marzo de 1996...”, cit., p. 955. En sentido contrario, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción”, cit., p. 603 y ss.

¹³¹¹ RJ 1999\642; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¹³¹² AC 2004\806; MP: Ángel Vicente Illescas Rus.

una pretensión defendible". A mi juicio, no se trata de la razonable creencia subjetiva de que se posee razón derecha para litigar, sino de la existencia de razonables expectativas *objetivas* de éxito de la pretensión defendida, verificables intersubjetivamente a los ojos de un tercero imparcial¹³¹³. La opción por la tesis subjetivista¹³¹⁴ además de presentar extraordinarias dificultades de prueba, eximiría de responsabilidad a aquellos litigantes compulsivos o querulantes que, plenamente convencidos en su fuero interno de obrar asistidos por el Derecho, plantean todo tipo de acciones judiciales carentes del más mínimo fundamento serio.

La postura "objetiva" –aun no enunciada normalmente de forma explícita– es la que predomina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo –con algunas vacilaciones–, de manera que el juicio sobre la viabilidad de la acción del litigante presuntamente abusivo no se formula en relación a la creencia subjetiva de éste, sino a las posibilidades objetivas de éxito de la posición defendida en el proceso precedente.¹³¹⁵ Interesa hacer notar que, aunque *obiter dictum*, se trata igualmente de la postura defendida recientemente por el Tribunal Supremo de Reino Unido en la Sentencia de 20 de julio de 2016, *Willers v Joyce & Another*.¹³¹⁶ En palabras de Lord TOULSON, "[i]n order to have reasonable and probable cause, the defendant does not have to believe that the proceedings will succeed. It is enough that, on the material on which he acted, there was a proper case to lay before the court [...]"

Como antes se apuntó, otro canon abstracto útil de referencia podría ser el fijado por las Directrices de la *International Bar Association* (IBA), al situar ese estándar en la diligencia que emplearía "una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias del asunto".

¹³¹³ Modelo ideal para cuya configuración pueden servir de ayuda, a pesar de sus diferencias de matiz, algunos conceptos extraídos de la filosofía del Derecho: desde "espectador imparcial" de Adam SMITH al "juez Hércules" de DWORKIN, pasando por el "auditorio universal" de PERELMAN o la "comunidad ideal de diálogo" de HABERMAS. La apelación en cualquier rama del Derecho a "modelos ideales" como baremos normativos de conducta es inevitable, por muy artificiales que parezcan, pues no es posible establecer de otra forma estándares generales de comportamiento. *Vid.*, Iñigo ORTÍZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y Política Criminal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º extraordinario 2, 2004, pp. 39-41.

¹³¹⁴ Que parece defender DE ÁNGEL YÁGÜEZ, cuando afirma que no existiría causa probable cuando el litigante carezca de "la razonable creencia de que la actividad procesal emprendida era fundada". "Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas", *cit.*, p. 15.

¹³¹⁵ En el mismo sentido aquí defendido –aunque en otros pasajes de ese mismo trabajo se muestra ambiguo al respecto–, *cfr.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales", *cit.* p., 2835.

¹³¹⁶ [2016] UKSC 43.

Lo anterior exigirá, necesariamente, realizar un “juicio dentro del juicio”; es decir, analizar el fundamento real de la línea de defensa empleada por el litigante en el procedimiento precedente. Solo en el supuesto de que se concluyera que, bien concurrió un *animus nocendi* en el ahora demandado, o bien una conducta culposa -en la medida en que cualquier persona, con un mínimo de diligencia, hubiera podido constatar la falta de fundamento de la pretensión defendida-, nacerá la ulterior obligación de responder a la contraparte por los daños causados, más allá de la eventual condena en costas que haya podido recaer en el primer proceso¹³¹⁷.

En cuanto a la carga de la prueba de la existencia del abuso del proceso, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo nº 905/2007¹³¹⁸, “la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición (sic) del litigio debe probarse por el demandante”.

3.3. La responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC

Ya hemos tomando posición, en el sentido de manifestar que la acción de daños procesales debe fundarse en el art. 7.2. CC, siendo el propio abuso un título suficiente de imputación de la responsabilidad civil. Aun cuando abogamos, en atención a lo ya dicho, por la aplicación preferente del abuso del Derecho para articular la pretensión indemnizatoria, no podemos olvidar que, a día de hoy, el Tribunal Supremo entiende que esa fundamentación sustantiva no es incompatible, sino complementaria, de la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, hasta el punto de que en muchas ocasiones funda la condena al pago de los daños procesales, exclusivamente, en este último precepto, sin mención alguna al abuso de derecho o al art. 7.2 CC.

Partiendo de la premisa de que estimamos que la invocación del art. 1902 CC deberá realizarse en la demanda en todo caso a título subsidiario¹³¹⁹, analizaremos a continuación los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia para acoger la acción de responsabilidad extracontractual,

¹³¹⁷ Ya hemos aclarado que, extremando el rigor técnico, lo que debería examinarse por el órgano judicial es si el ejercicio concreto del derecho estaba o no subjetiva y objetivamente justificado, pues ese debería ser el parámetro a tomar en consideración, en la medida en que el propio abuso constituye un título autónomo de imputación. Ahora bien, lo cierto es que en el ámbito de los daños procesales la jurisprudencia del TS ha equiparado la negligencia con la vertiente objetiva del abuso de derecho.

¹³¹⁸ RJ 2007\5147; MP: Encarnación Roca Trías.

¹³¹⁹ Salvo que se interese conjuntamente la declaración de responsabilidad del abogado en los términos antes expuestos, en cuyo caso habrá de ejercitarse de forma acumulada la acción del 1902 CC contra este profesional, ya que el art. 7.2 CC no podría servir como fuente de responsabilidad. De hecho, al ser en tal caso la responsabilidad solidaria frente al perjudicado, éste podría optar por demandar solo al abogado con base en la acción aquiliana.

tomando en consideración las incuestionables particularidades que presenta la reclamación indemnizatoria por los denominados daños procesales.

3.3.1. La acción u omisión objetivamente imputable al agente

a) La posición del Tribunal Supremo

Sirva como ejemplo de la doctrina jurisprudencial dominante la Sentencia del Tribunal Supremo nº 579/2015, de 3 de noviembre,¹³²⁰ que confirma –con algunas matizaciones en cuanto a las partidas que componen el monto de la indemnización– la condena al litigante abusivo con base en el art. 1902 CC. Se trata, por lo demás, como vimos, de la tesis defendida en el Acuerdo de Junta de Magistrados de la Sala Primera de 18 de julio de 2006, si bien en este caso los magistrados del Tribunal Supremo precisaron que esta acción de resarcimiento de los daños procesales, aun de naturaleza extracontractual, era una tipología específica dentro de ese género (fundada en el abuso del Derecho).

En último término, la utilización preferente o complementaria del art. 1902 CC para resolver sobre la procedencia de la acción resarcitoria que estamos analizando dependerá del concepto de abuso del Derecho del que se parta¹³²¹.

b) El título de imputación

La clave está en el concepto de imputación, puesto que, en nuestro Derecho, la responsabilidad civil se impone con base en un título de imputación (la culpa, el riesgo, etc.). En el marco de la responsabilidad civil, a diferencia de la penal, la antijuricidad es sustituida por la imputabilidad, y se exige siempre el resultado dañoso¹³²². En lo que se refiere a los daños procesales y al art. 1902 CC, ese criterio de imputación es la culpa o negligencia.¹³²³

¹³²⁰ JUR 2015\261645; MP: José Antonio Seijas Quintana.

¹³²¹ Conviene advertir, nuevamente, que no es descartable que el abuso del proceso proceda del uso desviado de un derecho de naturaleza contractual dimanante de un contrato procesal, en cuyo caso la fundamentación jurídico-material de la demanda sería otra (el art. 7.2 CC y, en su caso, los preceptos que regulan en el CC la responsabilidad contractual).

¹³²² Luis Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, VVAA (dir. Reglero Campos), 4ª ed., Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 60. Cfr. también Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, p. 168.

¹³²³ La demanda también podría fundarse en la responsabilidad objetiva que imponen varios preceptos de la LEC por los daños derivados de determinadas actuaciones intraprocesales abusivas (por ejemplo, arts. 742 y 745 LEC en relación a los daños provocados por las medidas cautelares), cuando se opta por su reclamación al margen del proceso en el que se ocasionaron.

Como es sabido, salvo en supuestos aislados, el Código Civil sustenta la responsabilidad sobre un criterio subjetivo de imputación: el dolo o la culpa (artículos 1101 y 1902). Es conocido también que el artículo 1902 no menciona al dolo, pero es tan evidente la imputación en tal caso que no existe discusión alguna, ni doctrinal, ni jurisprudencial, al respecto.¹³²⁴ Dado que el Código Civil no proporciona una noción de culpa o negligencia concreta, sino un criterio abstracto, precisaremos que el canon de diligencia aplicable será el señalado en la obligación -en caso de que se tratara de responsabilidad contractual y, además, se hubiere convenido un pacto concreto al respecto- o, en su defecto, la que corresponda a un “buen padre de familia” (artículo 1104 del Código Civil).

Este mismo criterio se aplica también al ámbito de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, de manera que se exige un estándar de diligencia del “hombre medio”, sin que pueda ser exigible una diligencia extraordinaria. Al igual que prescribe el artículo 1104 CC¹³²⁵, cuando se trata de analizar la eventual responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia toma en consideración los elementos circunstanciales señalados en el citado precepto para determinar qué estándar de diligencia es exigible al caso analizado, debiendo atenderse, consecuentemente, a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar concurrentes.¹³²⁶

En esencia, se entienden como presupuestos constitutivos de la imputación subjetiva los elementos de la previsibilidad y de la evitabilidad del daño (artículo 1105 del Código Civil). Con arreglo al juicio de previsibilidad, se examinará si el agente que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva, concluyéndose que existe culpa cuando el sujeto debió prever el daño que se derivaría de su concreta actuación e igualmente cuando según las

¹³²⁴ Luis Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, VVAA (dir. Reglero Campos), 4ª ed., Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 280.

¹³²⁵ Precepto cuya aplicación a la responsabilidad extracontractual, bien de forma directa o, cuando menos analógica, es inconcusa.

¹³²⁶ En este punto, disentimos parcialmente de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en lo que se refiere a la modulación de la indemnización de los daños procesales en los casos de responsabilidad por culpa levísima. Porque el art. 1104 CC se refiere explícitamente al estándar de diligencia exigible, no a la modulación del deber indemnizatorio en función del grado de culpa concurrentes (“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”). Esa modulación solo aparece en el art. 1107 CC y, además, exclusivamente respecto de las obligaciones contractuales. Cfr. Fernando PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual. Materias para un debate, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 1031. Aunque la doctrina civilista está dividida sobre la posible aplicación de este precepto al campo de la responsabilidad extracontractual, *vid.* Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 260-264.

reglas de la experiencia humana ordinaria debió prever el acaecimiento del hecho dañoso¹³²⁷.

Junto al presupuesto de la previsibilidad, para realizar la imputación subjetiva es necesario aplicar también el canon de la evitabilidad, en virtud del cual no habría culpa cuando la previsión no va acompañada de la posibilidad de evitar el resultado dañoso, ni pesa sobre el sujeto un deber de evitarlo en el caso particular.

Por lo que se refiere a los daños provocados por el abuso del proceso, la prosperabilidad de la acción resarcitoria estará supeditada a que el daño fuera previsible para el litigante -lo que reconduce la cuestión al concepto de negligencia- y evitable (y es obvio que esa posibilidad de evitación del daño existe en todo caso, bastando con que el abutente se abstuviera de ejercitar de forma ilegítima su derecho a la tutela judicial¹³²⁸).

Sin perjuicio de las especialidades que pudieran suscitarse en el supuesto de que el litigante abusivo poseyere conocimientos jurídicos cualificados en razón de su formación académica u ocupación profesional -en cuyo caso el estándar de diligencia exigible sería más elevado¹³²⁹-, de ordinario no habrá razones para apartarse del canon general de diligencia previsto en el artículo 1104 CC. En lo que se refiere al canon de diligencia exigible, señala el Tribunal Supremo que debe determinarse, en principio, “según la actividad de que se trate y de la que

¹³²⁷ Como supo ver sagazmente REGLERO CAMPOS, el juicio de previsibilidad determina también la intensidad del elemento intencional, en la medida en que el dolo presupone la asunción por el sujeto de la máxima probabilidad del resultado (en cuanto que es querido por él). Luis Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., p. 280.

¹³²⁸ Por esa razón, y ante la evidencia de que las categorías de “previsibilidad” y “evitabilidad” no tienen un fácil encaje en este contexto, la ya comentada Sentencia del Tribunal Supremo nº 1229/2004, de 29 de diciembre, sostiene -acertadamente, a nuestro juicio- que el título de imputación de los daños procesales es exclusivamente el abuso del Derecho, y no la culpa o el dolo. Porque el abuso del derecho a la tutela judicial presupone siempre que el daño ha sido evitable y, en la mayoría de los casos, previsible.

¹³²⁹ La formación -académica o de otro tipo- específica del agente causante del daño es tomada en cuenta por la jurisprudencia para fijar el canon de diligencia aplicable, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, al caso de que se trate. Conforme, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 275. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo nº 49/2010, de 23 de febrero (RJ 2010\1293; MP: Encarnación Roca Trías), en la que puede leerse: “...el uso de estos explosivos está terminantemente prohibido a los menores en la legislación vigente y el demandado, por su condición de guardia municipal, la conocía, lo que no impidió que los proporcionara, incurriendo, por ello, en negligencia”. En realidad, como señala Fernando PEÑA LÓPEZ, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, a la hora de fijar el estándar de diligencia al caso concreto, se conjugan los dos párrafos del art. 1104 CC, aplicando al modelo general de conducta (buen padre de familia) de forma adaptada a las circunstancias particulares que concurran. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, pp. 459-460.

puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso”, siendo esencial para que se genere la culpa extracontractual la concurrencia del requisito de previsibilidad en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, “en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser” (STS de 20 de julio de 2006¹³³⁰).

c) El nivel de diligencia exigible

Ahora bien, dado que quien inicia un proceso civil -o se opone a una demanda-, no se limita a realizar un acto potencialmente dañino, sino que está ejercitando un derecho fundamental, el grado de negligencia (que es, en este caso, el título de imputación) que da lugar al nacimiento de la responsabilidad civil debe modularse convenientemente. Aun cuando, como ya se indicó, en nuestro Derecho de daños incluso la culpa levísima -en el ámbito de la responsabilidad extracontractual- puede dar lugar a la obligación de resarcir los daños irrogados¹³³¹, no debe olvidarse que, en tal caso (en el de la *levissima culpa*¹³³²), la previsibilidad para el agente de la potencial causación del perjuicio será bastante remota, e inexistente de actuar de forma diligente. En línea con la doctrina jurisprudencial fijada sin fisuras por el Tribunal Supremo en materia de daños causados por las actuaciones judiciales -ya sea desde esta perspectiva, o desde la del abuso del Derecho- tan solo deben entenderse como determinantes de responsabilidad civil aquellas posturas procesales en las que concurra dolo (el

¹³³⁰ RJ 2006\4740; MP: Pedro González Poveda.

¹³³¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 611/2000 de 20 junio (RJ 2000\5734; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez). No así en el terreno de la responsabilidad contractual, por razones que, lo admito, no alcanzo a comprender. Porque si existe un vínculo contractual entre dañante y perjudicado -y nada se ha pactado al respecto en sentido contrario- es absurdo excluir la responsabilidad por culpa leve cuando, por ejemplo, de no existir tal compromiso negocial, el agente causante del perjuicio sí respondería. Imaginemos la hipótesis de que un taxista, incurriendo en culpa simple o leve, daña con un mismo movimiento de su vehículo a un peatón y a un cliente que está sentado en la parte trasera. Frente a éste no habría de responder, pero sí frente a aquél.

¹³³² Parece que para el último DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Patrimonial*, cit., p. 272), la admisión de la responsabilidad por culpa leve llevaría a exigir a los ciudadanos un estándar de diligencia de “hombre perfecto” o extraordinariamente meticuloso, alterándose así el modelo de conducta fijado por el art. 1104 CC. Creo que, de alguna forma, este planteamiento desenfoca el problema, porque al sostenerse que la culpa simple genera el deber de indemnizar no se está indicando que toda persona deberá conducirse con una extraordinaria diligencia so pena de incurrir en el deber de indemnizar a terceros. Lo que se está señalando es que basta un mínimo apartamiento sobre el canon de diligencia exigible *en cada caso concreto* (de “buen padre de familia”, “de profesional”, etc.) para que surja la obligación de indemnizar.

¹³³² RTC 2009\155; MP: Vicente Conde Martín de Hijas.

animus nocendi u otro ánimo malicioso) o una negligencia consistente en la defensa ante los tribunales de una postura carente de “causa razonable”.

Si, como vimos, la jurisprudencia obliga a realizar el juicio sobre la diligencia del agente no en abstracto, sino en función de la actividad o ámbito social concreto en cuyo seno se ha producido el daño, no debe olvidarse que, en nuestro caso, el dañante está ejercitando un derecho fundamental, cuya concreción exigirá además unos conocimientos técnico-jurídicos de los que, en principio, carecerá.

Por ello, *un litigante no responderá cuando su posición jurídica sea simplemente desacertada, sino cuando haya sostenido una pretensión, o se haya opuesto a la misma, careciendo de razón alguna fáctica o jurídica, mínimamente seria, para ello*. Esto es, el menor resquicio, fáctico o jurídico, de viabilidad de la línea de defensa sostenida –a los ojos de un tercero imparcial, tomado como “modelo ideal” de referencia objetiva- imposibilitará la exigencia de responsabilidad civil por los denominados daños procesales, pues, de existir, aunque sea en una intensidad leve esa “causa razonable”, el requisito de la previsibilidad del daño –y en definitiva, de la culpa como título de imputación- para el agente causante del mismo estaría ausente.

No veo por ello inconveniente es asumir como válido el parámetro que, en 1974, fijó el profesor DÍEZ-PICAZO, al señalar que “[e]n este sentido es culpable del daño quien formule una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida y quien formula su pretensión sin haber preparado diligentemente las alegaciones y las pruebas¹³³³”.

En sentido contrario, debe descartarse la ausencia de justa causa para litigar en aquellos casos que podemos denominar como “pioneros”, en los que se busca modificar –con un mínimo de seriedad y rigor- la jurisprudencia del Tribunal Supremo o incluso del Tribunal Constitucional. A este respecto, el *Acuerdo sobre los criterios de admisión de la Sala Primera de 27 de enero de 2017* prevé la admisibilidad de los recursos de casación por la vía del interés casacional –que hará además que no sea imprescindible la cita de sentencias del TS o contradictorias de Audiencias Provinciales-, cuando la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer una determinada jurisprudencia –que no existía hasta ese momento- o de modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado, bien porque haya evolucionado la realidad social “o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia”.

¹³³³ “Los daños derivados...”, cit., p. 2836. En este pasaje, el autor hace referencia, en el primer inciso, al abuso del proceso (el que se promueve careciendo de toda probabilidad de ser acogida la pretensión) y, en el segundo, a la responsabilidad extracontractual culposa (falta de preparación diligente de las actuaciones procesales).

En la misma línea, la conocida Sentencia del TC nº 155/2009 de 25 de junio¹³³⁴ menciona expresamente, como uno de los supuestos susceptibles de poseer “trascendencia constitucional” que habilitan la admisión a trámite del recurso de amparo, que el planteamiento del demandante dé ocasión al Tribunal Constitucional para cambiar su propia doctrina, lo que puede suceder en un proceso de decisión interna del TC o por el surgimiento de nuevas “realidades sociales” o cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental de que se trate.

A mi juicio, tomando en consideración lo hasta aquí expuesto, la única solución admisible –si se quiere fundamentar la responsabilidad por daños procesales en el art. 1902 CC- pasa por equiparar la anormalidad en el uso del derecho a litigar con la conducta negligente¹³³⁵ (ya que, en caso contrario, en determinados casos se respondería o no en función del título de imputación –abuso de derecho o ilícito extracontractual- esgrimido en la demanda). Por ello, no cabe sino concluir que por “culpa”, en este ámbito, se entiende la falta de *iusta causa litigandi*.

Aunque la matización puede parecer, a primera vista, puramente nominalista, interesa hacer notar que no cabe exigir que esa negligencia sea adjetivada como “grave”, pues para ello haría falta que algún precepto de nuestro ordenamiento elevara el estándar de diligencia fijado en el art. 1902 CC, como ocurre en otros ámbitos. Pero para evitar que un litigante responda por los daños procesales causados a la parte contraria incurriendo en un mero descuido, habrá que sostener que el mínimo resquicio de razón derecha para litigar hace que su conducta no pueda tacharse de negligente, ni siquiera en forma leve.

Aun cuando esta construcción pueda parecer algo forzada, las alternativas no son mejores. Si se entiende que es preciso que concurra culpa “grave” –como ha exigido alguna jurisprudencia- para imponer la responsabilidad por los daños procesales, se desatiende, sin precepto alguno que lo justifique, el canon general de diligencia extracontractual fijado por el art 1902 CC¹³³⁶. Y si, en el extremo contrario, se conceptúa en este ámbito como constitutiva de culpa levísima una

¹³³⁴ RTC 2009\155; MP: Vicente Conde Martín de Hijas.

¹³³⁵ Así lo entienden, entre otros, Carlos CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, cit., p. 100 y Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, quien señala que “cuando el ejercicio abusivo cause daño, en términos de requisitos de responsabilidad civil el abuso será culpa (negligencia o dolo)”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, (versión digital, BIB 2011\5936), Civitas, Madrid, 2016, p. 7.

¹³³⁶ Salvo que se sostenga, claro está, como hace una parte de la doctrina, que la culpa leve no es suficiente título de imputación en nuestro Derecho de daños. Para un examen del estado de la cuestión entre los civilistas españoles, *vid.* Gerardo VON WICHMANN ROVIRA, cit. pp. 1066-1067.

línea de defensa procesal simplemente desacertada, nos veríamos abocados a una espiral sin fin de demandas de responsabilidad por daños procesales, además de generar un censurable “efecto desaliento” para el ejercicio de un derecho fundamental.

Tomando en consideración todo lo anterior -y, en definitiva, el argumento apagógico-, creo que la única forma de armonizar la aplicación conjunta de los arts. 7.2 y 1902 CC a este tipo de reclamaciones pasa por asumir que el uso desviado del derecho a litigar es equivalente, en el plano de la responsabilidad civil extracontractual, a la culpa. Y que, a su vez, para apreciar la existencia de culpa, incluso en forma simple o leve, es preciso que esté ausente por completo la preceptiva *causa razonable*, sin que exista resquicio legal –o fáctico- alguno que pueda justificar esa línea de defensa.

Finalmente, haremos notar que no es posible precisar, *more geometrico*, qué conductas concretas alcanzan el grado de negligencia exigible para condenar al litigante abusivo al pago de los daños procesales, sino que habrá que proceder a examinar, caso por caso, si su actuación estaba o no respaldada por una genuina *iusta causa litigandi*, pues ello determina, a la postre, que pueda hablarse o no de una conducta negligente.

Pero creo que sí puede afirmarse que una conducta puramente pasiva por parte del demandado –consistente, por ejemplo, en situarse en rebeldía- no podrá reputarse culposa, pues éste no está obligado a allanarse a la demanda, por muy evidente que sea el “*bonum ius*” del actor. Como afirmó LAWSON,¹³³⁷ no puede hablarse de negligencia si no existía previamente un deber de actuar y, en el caso que nos ocupa, me inclino por entender que un demandado no tiene el deber jurídico de allanarse, aunque sepa con certeza con la pretensión ejercitada por el actor es ajustada a Derecho¹³³⁸.

3.3.2. Nexo causal. Criterios de imputación objetiva

Las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios normativos de imputación objetiva que permitan modularlo, es decir, ampliarlo o restringirlo según convenga, cuando más de un agente ha

¹³³⁷ *Negligence in the Civil Law*, Oxford University Press, Oxford, 1950. Citado por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 138.

¹³³⁸ Como precisa DÍEZ-PICAZO, en nuestro Derecho de daños “la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber de obrar, aunque con independencia en materia civil de que se ocupe o no la posición de garante”. *Fundamentos de responsabilidad civil*, t. V., cit., p. 296. Y ese sedicente “deber de allanarse” no se haya descrito en ninguna norma.

intervenido en la causación –desde el punto de vista fenomenológico- del daño.¹³³⁹

En la jurisprudencia de la Sala Primera del TS ha terminado imponiéndose una acertada distinción entre la causalidad material o fáctica –es decir, la que se funda en criterios fenomenológicos-, y la imprecisamente denominada “causalidad jurídica”, que se considera vinculada a la llamada imputación objetiva o imputación causal. Como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009¹³⁴⁰, “el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva”.

Por decirlo de otra forma: no cabe confundir la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta y el daño –que es una cuestión fáctica acreditable a través de la prueba que se practique en el juicio-, con los *criterios normativos de imputación*, en virtud de los cuáles se determinará si, acreditada la causalidad física, debe atribuirse el daño al agente co-causante –en el mundo fenomenológico- del mismo (la mal llamada “causalidad jurídica”).

La doctrina de la imputación objetiva tiene como antecedente, a su vez, la teoría de la causalidad adecuada.¹³⁴¹ En la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, la imputación objetiva aparece como un criterio que permite excluir la existencia del nexo de causalidad, independientemente de la existencia de una conducta negligente por parte del agente, que se supone debidamente probada, en virtud de determinados criterios (algunos de ellos recogidos en el art 3:201 a]

¹³³⁹ En el *Common Law*, la causalidad entendida como *conditio sine qua non* (*cause in fact*) se matiza de acuerdo con una miríada de doctrinas sobre la *proximate causation* con el objeto de descartar las causas más remotas (*remoteness test*), las más imprevisibles o improbables (*foresight test*) y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse efectivamente en el daño en cuestión (*harm-within-the-risk test*). Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, “Causalidad y responsabilidad”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 1/2006, 2006, p. 7. En el Derecho continental, impera la doctrina alemana de la imputación objetiva (*Objektive Zurechnung*) que, como ya se dijo, tiene su origen en la dogmática penal.

¹³⁴⁰ RJ 2009\3287; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹³⁴¹ Se atribuye con toda justicia a Ángel PANTALEÓN PRIETO la introducción en la doctrina civilista española de los criterios de imputación objetiva. *Vid.* Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Causalidad en la responsabilidad extracontractual, la imputación objetiva y otros extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 10. También creo que debe reconocerse al que fuera Presidente de la Sala Primera, Juan Antonio XIOL RÍOS, el mérito de su incorporación a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, pues fue ponente de muchas de las sentencias del Tribunal Supremo que aplicaron dichos criterios (y con un elogiado rigor técnico-jurídico) por primera vez.

de los denominados “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” [PETL]).

Entre esos criterios de exclusión destacan los siguientes¹³⁴²:

- a) El criterio de ámbito de protección de la norma infringida, cuando el carácter negligente de la conducta del agente causante del daño carece de relevancia en función del interés protegido de la norma vulnerada;
- b) El criterio de la prohibición de regreso, aplicable cuando se aprecia que uno de los antecedentes del daño es una conducta de un tercero que reúne características suficientes como para eliminar la imputabilidad causal de los anteriores, impidiendo el retroceso en la cadena causal;
- c) El criterio de la causalidad adecuada o eficiente que, a su vez, engloba –para algunos autores, como XIOL RÍOS, ya que otros le confieren un carácter autónomo- la denominada falta de proximidad de la conducta del agente al resultado dañoso, la ausencia de incremento del riesgo por parte del agente, la asunción del riesgo por el perjudicado o el deber de mitigar el daño.

Es preciso hacer constar –aunque hemos invertido el orden de exposición- que “la imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable, bien con base en el criterio *subjetivo* de la culpa, bien con criterio *objetivo* del riesgo.¹³⁴³”

Como subraya XIOL RÍOS, los llamados criterios de imputación objetiva -mediante los cuales se integra en el nexo de causalidad un ámbito de valoración jurídica-, se han construido con la finalidad de corregir una aplicación mecánica del nexo de causalidad y de los criterios de imputación subjetiva. Su función es, consecuentemente, la de desintegrar, en virtud de principios jurídicos, el nexo causal existente en el mundo fenomenológico¹³⁴⁴. Siendo esto cierto, del análisis de la última jurisprudencia del TS no se pueden extraer con claridad los principios rectores que determinan qué criterios –de los anteriormente

¹³⁴² En la doctrina civilista española, el elenco de criterios de delimitación de la imputación objetiva no es siempre totalmente coincidente. Por poner un ejemplo señero, DÍEZ-PICAZO incluye el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de la provocación, el fin de protección de la norma, el criterio de incremento del riesgo y de la conducta alternativa correcta y los supuestos de competencia de la víctima. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 366-374. Dado que se trata de una cuestión secundaria para nuestra memoria de investigación, bastará con dejar apuntada esa discrepancia –al menos, parcial- de pareceres.

¹³⁴³ Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Asociación de profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil*, Tomo 2, Madrid, 1990, p. 1562.

¹³⁴⁴ “Criterios de imputación en la responsabilidad contractual”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, nº 2132, 2011.

relacionados- deben aplicarse en cada caso o si entre ellos existe una relación de dependencia jerárquica.

El énfasis que los tribunales ponen en algunos de ellos –y no en otros- a la hora de resolver los problemas de imputación objetiva implica, en la práctica, una cierta dosis de discrecionalidad en su uso, en lo que parece la búsqueda de una justificación intelectual *ex post* de la solución dada –quizá de forma intuitiva- al caso concreto.¹³⁴⁵ Algunas resoluciones aisladas, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2008¹³⁴⁶, han otorgado al criterio del fin de protección de la norma un carácter prevalente sobre los demás. Por el contrario, el criterio de adecuación aparece en el último lugar en la escala de preferencias de la jurisprudencia, ya que es considerado por el Tribunal Supremo como una cláusula de cierre.¹³⁴⁷

En el ámbito de la responsabilidad aquiliana por daños procesales, solventada la cuestión relativa a la imputación del resultado dañoso al abogado del litigante abusivo, la única objeción opuesta por la doctrina se refiere a la posible interferencia del órgano judicial en la relación de causalidad¹³⁴⁸. Aunque, dicho en términos más precisos, nos encontraríamos no ante un problema de causalidad fáctica –pues es evidente que el nexo causal fenomenológico existe¹³⁴⁹-, sino de imputación objetiva. Y en la medida en que el juzgador está obligado (al menos en la jurisdicción civil) a admitir la demanda a trámite –sin que esté legalmente facultado para inadmitir *a radice* la misma, aunque la reputa abusiva-, no cabe, sobre la base de los criterios normativos manejados por la Sala Primera

¹³⁴⁵ Una sensación que es compartida por Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ tras analizar de forma exhaustiva la jurisprudencia dictada por la Sala Primera en los últimos años. Cfr. *Causalidad en la responsabilidad extracontractual, la imputación objetiva y otros extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 173-202.

¹³⁴⁶ RJ 2008\4640; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹³⁴⁷ Juan Antonio XIOL RÍOS, “Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños”, en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano José Herrador Guardia), Sepin, Las Rozas, 2011, p. 48. Coincido sin embargo con Mariano YZQUIERDO TOLSADA en la desafortunada relegación de este criterio de imputación objetiva por la jurisprudencia civil española, cuando debería ocupar, por el contrario, una posición *preeminente*. *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 200-201.

¹³⁴⁸ Jacinto GIL RODRÍGUEZ, “Interdicto de obra nueva. condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, cit., pp. 1518-1524. Por lo demás, interesa hacer notar que, también si se examina esta cuestión desde la perspectiva del abuso de derecho, el requisito del nexo causal debe cumplirse.

¹³⁴⁹ Pues si eliminamos mentalmente la intervención del juez en la tramitación del proceso el daño no se hubiera producido.

(fin de protección de la norma, incremento del riesgo, causalidad adecuada, etc.) imputarle objetivamente el resultado.¹³⁵⁰

En un sentido contrario al que aquí se defiende se pronuncia ALBIEZ DOHRMANN, quien sostiene que “en casos concretos, puede haber perfectamente una concurrencia de culpas y que puede incidir en relación de causalidad cuando la causación de los daños es, al mismo tiempo, imputable al dueño de la obra, incluso a la dirección técnica de los litigantes y al propio juez que tenga que pronunciarse sobre la admisión de la demanda interdictal”.¹³⁵¹ Al margen de tratarse de una cuestión que no afectaría a la causalidad (fáctica), sino a la “jurídica” (al título de imputación del resultado), nos remitimos a lo dicho previamente en relación a la improcedencia –en términos generales- de imputar objetivamente el resultado al letrado del litigante abusivo o al juzgador. En este último caso, me parece necesario insistir en que la automaticidad con que la LEC prevé la admisión de la demanda¹³⁵² –si se cumplen los requisitos formales exigidos por la propia norma- impide imputar el resultado dañoso al órgano judicial.

Otro tanto cabe decir del recurso de apelación, en el supuesto de que el abuso del proceso se articule a través de este recurso devolutivo.

En relación con los recursos extraordinarios, la cuestión es más dudosa, en la medida en que la Sala Primera del Tribunal Supremo, por medio de su *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* aprobado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de 27 de enero de 2017, incluye como causa de inadmisión de ambos recursos de casación, “[l]a formulación del recurso con manifiesto abuso de derecho o cuando entrañe fraude procesal (artículo 11.2 LOP¹³⁵³)”.

¹³⁵⁰ Solo tendría sentido plantearse esta cuestión, si estoy en lo cierto, en relación con las querellas abusivas, ante las cuales el juez sí está facultado para su inadmisión. Pero no en el resto de jurisdicciones, en las que el juez está obligado a admitir la demanda –o el recurso contencioso-administrativo-, sin que pueda rechazar en este estadio inicial del proceso la acción ejercitada por reputarla abusiva.

¹³⁵¹ Ob. cit., p. 956.

¹³⁵² Salvo en los casos muy particulares de las demandas de filiación o de tercería (ya sea de dominio o de mejor derecho), en cuyo caso nuestras conclusiones debería ser convenientemente matizadas.

¹³⁵³ Es interesante hacer notar que el Acuerdo de 2017 no se limita reproducir lo que al respecto decía el Acuerdo de 2011. Inicialmente, el abuso del Derecho solo se recogía como causa de inadmisibilidad del recurso de casación –desde 2017, como causa común a ambos recursos extraordinarios-, habiéndose eliminado en el Acuerdo de 2017 la referencia al fraude de Ley, manteniéndose en cambio el “fraude procesal”. Es probable que la eliminación del fraude de Ley obedezca al hecho de que, para la Sala Primera, es una cuestión lo suficientemente compleja –e imbricada con la cuestión de fondo- como para postergar su análisis a la sentencia. Pero es que *idénticas cautelas serían aplicables al abuso de derecho*.

Con todo, entiendo que si el TS admitiera a trámite el recurso de casación, para desestimarlos después en sentencia por entender abusiva su interposición, no cabría formular reproche culpabilístico alguno al órgano judicial. Al margen de parecernos desafortunada su inclusión como causa de inadmisión del recurso –y con mayor razón aún cuando se hace sin el necesario respaldo legal, por medio de un simple Acuerdo gubernativo–, una valoración de la abusividad de la conducta procesal del recurrente requerirá normalmente un estudio a fondo y completo de la cuestión planteada, siendo su sede natural la sentencia. Lo mismo cabe decir en relación a la no apreciación de la carencia manifiesta de fundamento del recurso extraordinario por infracción procesal, al posibilitar el art. 473.2.2º LEC su inadmisión por el Tribunal Supremo en este caso.

Precisamente una característica estructural del abuso del proceso es que el ejercicio *prima facie* legítimo del derecho a la tutela judicial, dadas las circunstancias concurrentes en el caso, se torna ilegítimo, lo que en principio exigirá un análisis a fondo, en sentencia, de los elementos que sirvan para concluir que se ha ejercitado el derecho a litigar de forma contraria a su finalidad natural. Por tanto, tampoco en esta hipótesis cabe hacer reproche alguno al Alto Tribunal si, a pesar de no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal *ab initio*, luego concluye que se ha hecho un uso abusivo del derecho a la tutela judicial por parte del recurrente.

4. EL DAÑO.

4.1 Alcance de los daños indemnizables

En cuanto al alcance del daño indemnizable, comprende todo el daño patrimonial (incluyendo tanto daño emergente, como lucro cesante) y, en su caso, moral, ocasionado¹³⁵⁴. Más adelante justificaremos por qué en este procedimiento podrá reclamarse el importe de las costas del primer proceso si fueron abonadas por el perjudicado al litigante abusivo. También es procedente –en el caso de que las costas fueran impuestas al abutente en el primer proceso– reclamar el mayor importe abonado por el perjudicado por sus gastos de defensa que no hubiera podido ser reembolsado entonces por tasarse las costas en un montante inferior.

Indudablemente, en este tipo de pleitos la cuestión del daño moral y su acreditación y valoración es, de largo, la más problemática. Como es fácilmente comprensible, no es posible formular a este respecto reglas generales, ya que para llegar a una conclusión u otra será preciso analizar todas las circunstancias

¹³⁵⁴ Por lo demás, damos por buena la denominada “concepción subjetiva” del daño, “que tome en consideración las circunstancias concretas del interés del perjudicado”. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 162.

concurrentes en el supuesto que se examina¹³⁵⁵. No obstante lo anterior, conviene precisar que, si bien el mero hecho de haber sido demandado en un procedimiento civil (o denunciado en un proceso penal) no constituye *per se* un daño moral valorable económicamente (pues se considera uno de los “riesgos generales de la vida”), determinadas circunstancias específicas pueden conducir a entender concurrente una especial afectación anímica, que puede ser fuente de la correspondiente reparación indemnizatoria.¹³⁵⁶

Como es natural, es más probable que este daño moral sea apreciado cuando se haya abusado de la acción penal, en la medida en que, en principio, la perturbación anímica que producirá este tipo de litigación abusiva será más significativa (dado que sus potenciales consecuencias para el querellado o denunciado infundadamente pueden exceder de las meramente patrimoniales¹³⁵⁷). Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª nº 29/2004, de 11 de octubre,¹³⁵⁸ ante el caso de un ejercicio abusivo de la acción penal, condenó a la entidad querellante al pago de una cantidad cercana a los 3.000 € en concepto de daño moral. Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, nº 94/2014, de 20 de febrero¹³⁵⁹, rechazó indemnizar por daño moral a quien había sido denunciado infundadamente por un delito contra la propiedad industrial.

¹³⁵⁵ Sobre los distintos conceptos de daño moral manejados por la jurisprudencia, cfr. Luis Manuel ÁLVAREZ PEDROSA, “Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos”, *Diario La Ley*, 26 de mayo de 2016, nº 8779, pp. 1-24 (versión digital) y Mª Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, nº 90, 2006, pp. 27-54. También, entre la literatura reciente, destaca la obra colectiva *El daño moral y su cuantificación*, VVAA (dir: Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García), Bosch, Barcelona, 2015, así como Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 170-183.

¹³⁵⁶ Para Susana QUICIOS MOLINA -aunque la jurisprudencia del TS es confusa a este respecto-, “solo deberían compensarse como daños morales las perturbaciones anímicas graves derivadas de la lesión de algún derecho de la personalidad; en otro caso, deberá sufrirlos el perjudicado como un riesgo general de la vida”, “El daño moral: requisitos para que proceda su resarcimiento”, en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano Herrador Guardía), Sepin, Las Rozas, 2011, p. 604.

¹³⁵⁷ Y ello porque el daño moral, aun con vacilaciones, es expresado por el Tribunal Supremo habitualmente con estos términos: “[f]ue, pues, acertada la decisión de la Audiencia *a quo* de conceder indemnización por el daño moral inherente a «la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés» -en términos de la sentencia impugnada, empleados con frecuencia por esta Sala, junto a otros similares, para describir el daño moral”. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 232/2016 de 8 abril. JUR 2016\75654; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

¹³⁵⁸ AC 2004\806; MP: Ángel Vicente Illescas Rus.

¹³⁵⁹ JUR 2014\94003; MP: Juan Ángel Moreno García.

Para hacernos una idea de los parámetros manejados por la jurisprudencia, valga señalar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2011¹³⁶⁰, rechazó una petición de indemnización por daños morales argumentando que “la simple incomodidad de defenderse ante una acción injustificada, que acabó siendo favorable a los ahora recurrentes al declararse prescrito el procedimiento iniciado 18 años atrás, entra dentro de lo que se denomina “riesgos generales de la vida¹³⁶¹”, que no deben ser objeto de resarcimiento, *excepto en los casos de concurrencia de circunstancias excepcionales*”.

Es significativa también a este respecto la STS de 19 de febrero de 2002¹³⁶² que, sin negar en abstracto su posible existencia –en un caso de daños causados por actuaciones procesales- y la correlativa obligación de resarcirlos, aboga por un criterio altamente restrictivo ante un caso de promoción espuria de una quiebra necesaria. Este criterio sumamente exigente en cuanto a la acreditación de los presupuestos necesarios para el acogimiento de una indemnización por daños morales también es seguido habitualmente por la denominada jurisprudencia menor, de la que es exponente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, nº 76/2003, de 14 de octubre¹³⁶³, que igualmente rechaza la indemnización por los presuntos daños morales irrogados por el arresto de un quebrado.

Sin perjuicio de la imposibilidad de abordar las infinitas hipótesis que pueden darse en la práctica, entiendo que sí es posible identificar algunos supuestos en los que cabe presumir *prima facie* que el daño moral derivado del abuso del proceso existe, como sería el caso de la reiteración en el uso espurio del derecho a litigar contra un mismo perjudicado; la reclamación judicial de cantidades objetivamente desorbitadas; la adopción paralela de medidas cautelares, personales o reales, que afectaran gravemente al patrimonio o a la actividad profesional –o la vida personal- del demandado o querellado, etc. Creo, por ello, que el rigor que se viene exigiendo por los tribunales para reconocer los daños morales en este campo es, a todas luces, excesivo, y no se compadece con el canon –demasiado laxo por el contrario, a mi juicio- que aplican para reconocer daños

¹³⁶⁰ RJ 2012\32; MP: Encarnación Roca Trías

¹³⁶¹ Como precisa Fernando PEÑA LÓPEZ, esta expresión debe entenderse como “uno de los criterios instrumentales que la teoría de la imputación objetiva utiliza para limitar normativamente los efectos excesivos derivados de la aplicación de la fórmula de la “*conditio sine qua non*” para determina la causalidad”. “El alcance del principio de “los riesgos generales de la vida” como criterio de exclusión de la responsabilidad civil”, en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano Herrador Guardía), Sepin, Las Rozas, 2011, p. 190.

¹³⁶² RJ 2002\4144; MP: José Ramón Vázquez Sandes.

¹³⁶³ JUR 2004\87291; MP: Ramón Fernando Rodríguez Jackson.

morales ante otras situaciones en las que la afectación anímica del perjudicado es, por lo general, de menor intensidad.¹³⁶⁴

En los casos en que se utiliza el proceso para provocar un daño reputacional al demandado (mediante la difusión pública de la existencia de la *litis*¹³⁶⁵) creo que, más que ante un daño moral, nos encontramos ante un daño estrictamente patrimonial¹³⁶⁶.

En definitiva, para que se entienda irrogado un daño moral como consecuencia del abuso del proceso no es suficiente con que la potencial víctima haya sido indebidamente demandada o querellada, sino que han de concurrir circunstancias adicionales específicas que, de alguna manera, *cualifiquen especialmente la aflicción* sufrida como consecuencia de ese uso desviado del proceso.¹³⁶⁷

¹³⁶⁴ Debe reseñarse, por lo demás, que como afirma M^a Paz SÁNCHEZ GONZALEZ (ob. cit., p. 36) reina en la jurisprudencia de la Sala Primera un “completo caos” en lo que a la definición del daño moral y los requisitos de su prueba se refiere. En efecto, en algunos casos el Tribunal Supremo sostiene de manera inequívoca la necesidad de su acreditación (Sentencia núm. 530/2011 de 15 julio, RJ 2011\5123; MP: José Antonio Seijas Quintana), donde se lee que “el daño moral debe, además, ser demostrado”, mientras que en otros afirma que está exento de prueba (Sentencia núm. 656/2005 de 22 julio, RJ 2005\6559; MP: Antonio Romero Lorenzo). Y por lo que se refiere a su conceptualización, en algunos casos el TS afirma que para que nazca el daño moral es precisa la lesión de derechos de la personalidad del perjudicado, mientras que en otros los concede con independencia de que el bien lesionado se integre o no en la esfera de la personalidad del sujeto.

¹³⁶⁵ Que, en determinados supuestos, puede ser la exclusiva finalidad del demandante/querellante con la iniciación el proceso. No la obtención de determinada tutela judicial, sino el aprovechamiento de la existencia misma del procedimiento iniciado para, utilizando los medios de comunicación, desprestigiar al demandado o investigado.

¹³⁶⁶ Dejando al margen el problema específico que plantea el eventual reconocimiento de daños morales a las personas jurídicas (*vid.* Alma MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1^a y la Sala 2^a del Tribunal Supremo? Comentario a la STS, 2^a, 24.2.2005”, *Revista para el Análisis del Derecho, Indret*, n^o 2, 2006), no es impensable que el abuso del proceso provoque simultáneamente un daño moral al afectado y un daño reputacional (patrimonial) en el mercado (si el afectado es un profesional), debiendo ambos ser resarcidos por el abutente.

¹³⁶⁷ En coherencia con lo expuesto, no parece apreciarse en esta área que los tribunales, a diferencia de otros ámbitos de la responsabilidad civil, fijen para resarcir a las víctimas daños morales que en realidad escondan una sanción encubierta a los dañantes (la concesión de este tipo de indemnizaciones morales excesivas que, en realidad, encubren la aplicación de una suerte de daños punitivos, como antes vimos, ha sido denunciada acertadamente entre nosotros por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN o SALVADOR CODERCH). En el campo específico del derecho al honor, debe recordarse que, con arreglo al art. 9.3. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, “[l]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Lo que supone, además de introducir –aunque sea en este reducido ámbito– una suerte de “daños punitivos”,

En cuanto al montante de la indemnización por daño moral, aunque solo sea por lo insólito del caso enjuiciado, creo relevante hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1206\1993, de 14 de diciembre¹³⁶⁸, que rechazó una condena al pago de 6 pesetas en concepto de daño moral, esgrimiendo “la falta de causa o interés jurídicamente relevante del asunto litigioso, que no puede consistir en la reclamación de seis pesetas de indemnización, por mucha satisfacción moral que tal condena produzca, pues tal satisfacción ya se consigue con el reconocimiento del derecho, según los términos de «generosidad» de la renuncia a la indemnización que pudiera corresponder, a salvo la susodicha peseta por heredero”.

A mi juicio, la doctrina de esta resolución es errada¹³⁶⁹. Que el actor haya decidido libérrimamente no reclamar la totalidad de la indemnización del daño moral irrogado no le priva de ostentar un interés legítimo para impetrar la tutela judicial. Más bien parece que el TS recurre al argumento de la carencia de “interés jurídico relevante” al reputar de alguna forma abusivo el planteamiento de la parte actora. Pero fácilmente se advierte que el Alto Tribunal incurre en la clásica “maldición del número¹³⁷⁰”, pues no sabemos a partir de qué cifra se consideraría admisible una pretensión de condena dineraria. Por lo demás, la propia STS nº 1206\1993, de 14 de diciembre¹³⁷¹ deja constancia de que en la instancia se estimó parcialmente la demanda, en el sentido de declararse violados los derechos de autor de los actores; violación a la que la pretensión indemnizatoria venía

establecer una presunción *iuris et de iure* de daño moral ante cualquier vulneración del derecho al honor.

¹³⁶⁸ RJ 1993\ 9886; MP: José Almagro Nosete

¹³⁶⁹ Cuestión diferente, en su caso, es que ese daño moral no fuera acreditado en la instancia por los actores.

¹³⁷⁰ También denominada “maldición del anclaje” por Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, cit., p. 523. Bien mirado, este problema no deja de ser una manifestación de la paradoja *sorites*. El dilema en nuestro caso sería fijar el umbral a partir del cual una pretensión de condena dineraria pasa a otorgar al actor un “interés jurídicamente relevante” (por utilizar las palabras del TS) amparado por el ordenamiento jurídico. Creo que, en general, no nos enfrentamos a este problema cuando hablamos del abuso del Derecho, dado que, en este caso, se trata de una cuestión eminentemente *valorativa*, no epistémica (y, por tanto, no susceptible de evaluación empírica). Para una introducción general a esta paradoja, *vid.* HYDE, Dominic, “Sorites Paradox”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), accesible en <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/sorites-paradox>. Hasta donde me alcanza, el único –y excelente– trabajo en castellano que analiza algunas de las implicaciones jurídicas de esta paradoja es obra de Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, VVAA, 2005, pp. 691-742.

¹³⁷¹ RJ 1993\ 9886; MP: José Almagro Nosete

anudada, de forma que cabía descartar cualquier atisbo de abusividad en la reclamación de la exigua indemnización por daños morales.¹³⁷²

Finalmente, debe hacerse notar también que, hasta el momento, la jurisprudencia ha sido reacia a reconocer que la iniciación de un proceso, *per se*, aunque se impute la comisión de delitos o de actuaciones profesionales negligentes, constituya una vulneración del derecho al honor del querellado/demandado.¹³⁷³

Como señala de forma gráfica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 5 de mayo de 2004,¹³⁷⁴ “de aceptarse la tesis de la parte recurrente habría que considerar como intromisiones ilegítimas en el honor todas las demandas de responsabilidad civil profesional cuando haya recaído sentencia desestimatoria, lo que obviamente no es razonable y no se puede compartir”. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 262/2016, de 20 abril,¹³⁷⁵ ratificó ese criterio –recopilando toda la jurisprudencia anterior sobre esta materia–, si bien dejando la puerta abierta a la posibilidad de que, en caso de que la interposición de la demanda o la querrela fuera abusiva, pudiera apreciarse una vulneración del derecho al honor¹³⁷⁶. Pero para llegar a esa conclusión es preciso examinar todas las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate, partiendo de la premisa que, en principio, la mera interposición de acciones civiles o penales que luego son desestimadas no supone una vulneración automática del derecho al honor del afectado¹³⁷⁷.

¹³⁷² Este tipo de reclamaciones serían similares a los “nominal damages” del Derecho angloamericano. Cfr. Mark T. MORRELL, “Who Wants Nominal Damages Anyway? The Impact of an Automatic Entitlement to Nominal Damages Under § 1983”, *Regent University Law Review*, 225, 2001. Entre la jurisprudencia española reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 485/2016 de 14 julio (JUR 2016\159851; MP: Pedro José Vela Torres) –con una fundamentación jurídica más estilizada que la STS nº 1206\1993–, confirmó la condena a cada uno de los codemandados al pago de *un euro* como indemnización por el daño moral derivado de la vulneración del derecho a la intimidad del actor.

¹³⁷³ RJ 2000\10434; MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. En la doctrina, se ha ocupado de este tema Joaquim MARTÍ MARTÍ, “Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 35, 2010, pp. 47-50.

¹³⁷⁴ RJ 2004\2339; MP: Jesús Corbal Fernández.

¹³⁷⁵ RJ 2016\1688; MP: Eduardo Baena Ruiz.

¹³⁷⁶ El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, confirmando el criterio de la Audiencia Provincial, razonado que “de ello colige, de modo razonable, que en la denuncia por acusación falsa no existió un ánimo de perjudicar a la parte actora que extralimitase su derecho a la tutela judicial efectiva”.

¹³⁷⁷ Creo que, en estos casos, el posible intento de irrogar un daño reputacional al demandado mediante la difusión pública de su existencia puede ser uno de los elementos delimitadores.

4.2. Las costas del primer proceso

Finalmente, debemos referirnos a la posibilidad de reclamación, a través de esta acción –como parte integrante de los daños irrogados-, del importe de las costas procesales del primer proceso, cuando las mismas no fueran impuestas al abutente¹³⁷⁸. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tan solo las Sentencias de 17 de marzo de 1984 y 6 de febrero de 1999 –antes citadas- se refieren a esta cuestión, sin que ninguna de esas resoluciones se caracterice por su claridad.

Una primera postura parte del hecho de que la procedencia de la imposición de estas costas sí ha sido objeto de debate procesal en el primer pleito –o, al menos, ha podido serlo-, aunque sea con las limitaciones antes indicadas, para concluir en la imposibilidad de que ese pronunciamiento pueda ser objeto de una revisión ulterior por un órgano judicial distinto del que normativamente tiene asignada esa competencia objetiva y funcional¹³⁷⁹. Ello permitiría otorgar un trato diferenciado a las costas con respecto del resto de gastos y perjuicios que la litigación abusiva de la contraparte haya podido ocasionar al perjudicado.¹³⁸⁰ En esa línea cabe enmarcar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, nº 163/2003, de 29 de noviembre:¹³⁸¹

“... el pronunciamiento condenatorio al pago de las costas representa la única oportunidad de compensar –total o, de ordinario, limitadamente– las expensas que todo proceso comporta. Fuera del proceso en que se producen esos gastos no cabe reclamar el resarcimiento de esos gastos con independencia del pronunciamiento que hubiera recaído al respecto en el seno de aquél. Se trata de un derecho consumido y agotado, a pesar de que pueda resultar fundadamente cuestio (sic) desde un punto de vista justicial (sic)”.

Aun siendo este planteamiento sugestivo, no nos parece convincente. En coherencia con lo expuesto hasta ahora, entendemos que, si el juez del segundo proceso puede examinar la aplicación del Derecho efectuada en el primer procedimiento –para apreciar si existía o no razón derecha para litigar-, admitiéndose que llegue a conclusiones diferentes a las del juez o magistrados

¹³⁷⁸ O, incluso, aunque sea un caso muy improbable en la práctica, cuando le hubieran sido impuestas al propio perjudicado por el abuso del proceso.

¹³⁷⁹ A esa misma conclusión llegó, como se analizó en su momento, la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 20 de julio de 2016, *Willers v Joyce & Another*.

¹³⁸⁰ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, nº 118/2015, de 10 de marzo (JUR 2005\108282; MP: María Almudena Cánovas del Castillo Pascual) apunta en otra dirección. Declara la imposibilidad de reclamar los gastos de abogado y procurador devengados en un procedimiento cautelar (una vez alzadas las medidas), pero por entender que no se trata de perjuicios derivados en sentido estricto de la medida cautelar, “sino de la propia existencia del procedimiento en el que se dictó tal resolución...”

¹³⁸¹ JUR 2004\195805; MP: Ángel Vicente Illescas Rus.

que dilucidaron el primer pleito, no debería haber obstáculo para que este nuevo pronunciamiento judicial alcanzara también lo relativo a la imposición de las costas,¹³⁸² pues es un daño –muchas veces, el más gravoso– directamente derivado de la litigación abusiva.

En la medida en que el examen que se realiza en el segundo procedimiento permite al juez reevaluar en su integridad la aplicación de las normas jurídicas procesales y sustantivas efectuada en el anterior proceso –por eso se trata, de alguna manera, de un “juicio dentro del juicio” (*voir dire*)–, también se encontrará en mejor disposición para, tras ese análisis, pronunciarse sobre quién debe hacerse cargo del importe de las costas procesales, y ello con independencia del pronunciamiento recaído en el pleito precedente. Máxime cuando, además, por ser un pronunciamiento de naturaleza netamente procesal, es dudoso que irradie efectos de cosa juzgada material.

Se trata de habilitar al juez, en los supuestos en los que haya concluido que un litigante abusó del proceso primigenio, para que pueda restaurar todos los perjuicios irrogados al justiciable, incluido el importe que, en su caso, tuvo que abonar en concepto de costas procesales de forma indebida, en la medida en que tal imposición traía causa de la litigación abusiva previa y, por tanto, constituye un daño patrimonial que el perjudicado no está obligado a soportar.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia nº 375/2013, de 31 de octubre,¹³⁸³ se pronuncia en el sentido que aquí se defiende, condenando al litigante abusivo al reembolso de las costas impuestas en la pieza de medidas cautelares. Y lo justifica afirmando que “esa condena [al pago de las costas procesales] y ese pago son consecuencia de la falsa apariencia de buen derecho propiciada por las ahora demandadas, son resultado, uno más, de la descrita reprobable actuación de las entonces actoras, abusiva y maliciosa o, cuando menos, gravemente culposa o negligente, y, por tanto, uno de los perjuicios de los sufridos por la mercantil V., S.L., que ahora ésta reclama al amparo de lo dispuesto en el artículo 1902 CC”. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 579/2015, de 3 de noviembre¹³⁸⁴, no eliminó esa partida indemnizatoria, pero en cualquier caso no podía hacerlo al no haber sido recurrido este pronunciamiento.

¹³⁸² Lógicamente, la sentencia del segundo proceso no podría “modificar” formalmente el pronunciamiento de costas fijado previamente por una resolución judicial firme, pero sí condenar al abutente al reembolso de su importe a la parte perjudicada por el uso desviado del primer proceso.

¹³⁸³ JUR 2013\377543; MP: José Manuel Nicolás Manzanares.

¹³⁸⁴ JUR 2015\261645; MP: José Antonio Seijas Quintana.

Ahora bien, podrían armonizarse ambas posturas si se entendiera que, en este último caso, al haberse impuesto la condena en costas en una resolución dictada en la pieza de medidas cautelares, la misma no producía eficacia de cosa juzgada material,¹³⁸⁵ de forma que esta cuestión podía ser examinada de nuevo en un proceso declarativo posterior.¹³⁸⁶

En cualquier caso, se acepte o no esta tesis, lo que me parece incuestionable es que en el caso de que el perjudicado haya sido favorecido por la condena en costas del primer procedimiento, la diferencia entre el importe de los honorarios que hubiera tenido que abonar en concepto de abogado, procurador y peritos, de no cubrirse de acuerdo con la tasación de costas efectuada por ser estos gastos superiores a los decretados por el Letrado de la Administración de Justicia¹³⁸⁷, tendrá derecho a reclamar la diferencia en el segundo procedimiento. Pues, con arreglo art. 1106 CC, tiene derecho al resarcimiento integral de los perjuicios sufridos.

¹³⁸⁵ No me pronuncio aquí sobre si dichas resoluciones producen o no eficacia de cosa juzgada material, por ser ésta una cuestión que no afecta a la presente memoria de investigación. Baste señalar que la doctrina procesalista se encuentra dividida. Les niega esa eficacia Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, cit., pp. 124-128. Por el contrario, entre los que sí se la conceden, cabe citar a Jordi NIEVA FENOLL –quien además no distingue entre cosa juzgada formal y material, por entender que esa diferenciación es redundante-, *La Cosa Juzgada*, cit., pp. 135-137.

¹³⁸⁶ De seguirse esta tesis, los pronunciamientos relativos a las costas en los procesos cuyas sentencia no producen eficacia de cosa juzgada material (como, por ejemplo, los procesos de tutela sumaria) sí podrían ser revisados en el procedimiento declarativo posterior, abriéndose paso así a su posible reclamación. La aplicación o no de esta excepción al proceso cautelar dependerá, lógicamente, de si se reputa o no que este tipo de tutela puede dar lugar a resoluciones judiciales que produzcan eficacia de cosa juzgada material. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a, nº 118/2015, de 10 de marzo (JUR 2005\108282; MP: María Almudena Cánovas del Castillo Pascual) parece decantarse por la imposibilidad de reclamar esas costas en cualquier caso: “...el legislador cuando pretende que los gastos originados por la intervención de Letrado y Procurador en el procedimiento de medidas cautelares sean abonados por un concreto litigante, así lo explicita, [...] sin que nada diga para los supuestos en que, adoptada una medida cautelar deba alzarse la misma como consecuencia de la resolución adoptada en el procedimiento del que la misma pudiera traer causa, y ello sin perjuicio de que el litigante frente a quien se adoptó una medida cautelar revocada pueda pedir, conforme a las previsiones del Art. 742 de la misma Ley, que se proceda a la determinación de los daños y perjuicios que en su caso le hubiera producido la medida cautelar interesada, *no identificando el legislador estos daños y perjuicios con las costas devengadas*”. *Cursiva añadida.*

¹³⁸⁷ Lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando se supere el límite del art. 394.3 LEC o, simplemente, cuando los honorarios realmente abonados a su abogado sean superiores a los fijados en la tasación de costas.

5. CUESTIONES PROCESALES

5.1. Competencia y jurisdicción

En lo que a la jurisdicción se refiere, deberá tenerse en cuenta que, con independencia del orden jurisdiccional en el que se hubiera desarrolla el procedimiento abusivo, la acción posterior de reclamación de los daños procesales deberá residenciarse, necesariamente, en la jurisdicción civil. Y ello porque, en definitiva, el respaldo sustantivo de la acción se encontrará en los artículos 1902 y 7.2 del Código Civil¹³⁸⁸. Recordemos que este último precepto, de forma específica, señala que el abuso de derecho “dará lugar a la correspondiente indemnización”. Ya se trate de daños patrimoniales o morales, y con independencia de en qué orden jurisdiccional se abusara del proceso, se trata de una reclamación que pertenece al ámbito del Derecho privado¹³⁸⁹.

La acción de daños derivada del abuso del proceso no presenta especialidades reseñables en lo que a la competencia y jurisdicción se refiere. La jurisdicción corresponderá al orden civil y, dentro de ella, la competencia objetiva se atribuye a los juzgados de primera instancia¹³⁹⁰.

5.2. Procedimiento

En cuanto al tipo de procedimiento, no existe especialidad alguna en razón de la materia, de lo que se sigue que será la cuantía del proceso la que determinará que sean procedentes los cauces del procedimiento ordinario o los del juicio verbal¹³⁹¹. Como es sabido, la LEC no prevé ninguna especialidad para los denominados “pleitos de daños¹³⁹²” -procesos que versen sobre reclamación de

¹³⁸⁸ Incluso el supuesto –muy raro en la práctica, como hemos visto, pero posible- de encontrarnos ante un abuso del proceso que trae causa de un contrato procesal, la jurisdicción competente sería igualmente la civil.

¹³⁸⁹ Ya indicamos con anterioridad que, a nuestro juicio, la posibilidad de reclamación ante el juez o tribunal del orden social prevista en el artículo 75.3 LRJS se refiere a los daños provocados *por terceros*, pero no por las partes del proceso laboral.

¹³⁹⁰ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho italiano, cuyo art. 96 c.p.c. atribuye tal competencia al juez o tribunal que conoció del proceso o recurso infundado. Esta opción legislativa presenta ventajas e inconvenientes. En cuanto a las ventajas, que el propio juez que conoce de primera mano la conducta procesal desviada es quien fija la indemnización por los daños. En cuanto a las desventajas, interesa hacer notar que en algunos casos para apreciar el alcance del abuso –o incluso comprenderlo- es necesaria una perspectiva *ex post*.

¹³⁹¹ En sentido contrario, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN afirmó, bajo la vigencia de la LEC 1881, que “la declaración y fijación de la responsabilidad no exige la apertura de un nuevo proceso, sino que pueden y deben ventilarse en el mismo proceso que fue maliciosa y temerariamente desarrollado”. “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, cit., p. 2837. No obstante, el citado autor no señala en qué precepto o preceptos procesales fundaba esta posibilidad.

¹³⁹² La expresión originaria es de Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 41.

responsabilidad extracontractual-, con excepción de los relativos a las indemnizaciones derivadas de accidentes producidos por vehículos de motor y aquellos en los que se causa un daño a un grupo de consumidores y usuarios¹³⁹³.

Tan solo en aquellos casos en los que el perjudicado articule su reclamación de daños procesales a través de la acción protectora del derecho al honor la *litis* deberá ventilarse, con independencia de la cuantía reclamada, por los cauces del juicio ordinario (art. 249.1. 2º LEC)¹³⁹⁴. Tanto si solo ejercita esta acción, como si de forma acumulada se ejercita también la acción de resarcimiento del resto de daños al amparo de los arts. 7.2 y 1902 CC (aunque su cuantía fuera inferior a los 6.000 euros), el procedimiento aplicable será el ordinario en virtud de lo dispuesto en el art. 73.1.1º LEC.¹³⁹⁵

Por lo que se refiere a la cuestión procedimental, únicamente cabe reseñar que, en atención a lo ya expuesto, en determinados supuestos de litigación abusiva intraprocesal (medidas cautelares, diligencias preliminares, etc.) será posible, alternativamente, plantear la reclamación dentro del mismo proceso en el que se actúe de forma abusiva por uno de los litigantes o a través de un procedimiento declarativo posterior¹³⁹⁶. Esta dualidad de vías tan solo será posible en aquellos casos concretos en los que la propia LEC haya previsto la posibilidad de reclamar los daños procesales dentro del propio proceso en el que se originaron. Ahora bien, como ya se justificó anteriormente, que el perjudicado acuda a una u otra vía,

¹³⁹³ Julio BANACLOCHE PALAO, “Cuestiones polémicas en los pleitos de daños”, cit., p.1.

¹³⁹⁴ En este caso, debe recordarse que, por aplicación del art. 52.1 6ª LEC, la competencia territorial corresponderá al juzgado del domicilio del demandante.

¹³⁹⁵ En sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) núm. 380/2014 de 3 diciembre (JUR 2015\52412; MP: María Piedad Liebana Rodríguez) razona como sigue: “Tal acumulación se halla vetada por la regla 2ª del artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto se acumula a un procedimiento especial por razón de la materia una acción declarativa propia de otro juicio, y afecta también al sistema de recursos de esta acción y a la competencia funcional, ya que el procedimiento de la tutela de derechos fundamentales incardinada en la LO 1/82, tiene acceso directo a casación, de acuerdo con la regla del artículo 477. 2-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vía por la que dicha reclamación acumulada, propia del juicio verbal y sin recurso de apelación, se ve beneficiada por la posibilidad de gozar de este medio de impugnación extraordinario [...]” A mi juicio, la solución correcta es la contraria por aplicación del inciso final del art. 73.1.1º LEC (“Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal”). Tampoco concurre el supuesto contemplado en el art. 73.1.2º LEC, que impide la acumulación si las acciones, *por razón de su materia*, deben ventilarse en juicios de diferente tipo.

¹³⁹⁶ Esta posibilidad no es exclusiva del procedimiento civil, ya que, por ejemplo, el art. 133.3 LJCA permite la reclamación de los daños derivados de las medidas cautelares alzadas ante el mismo juez o tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa que acordó dichas medidas. En estos casos, de optarse por su reclamación a través de un procedimiento declarativo no solo se alteraría la competencia funcional asignada por la LJCA, sino también la jurisdicción.

cuando sea posible, no debe alterar el régimen de responsabilidad civil sustantivo (objetivo o por culpa) que sea aplicable en cada caso.

5.3. Formas usuales de acreditación de la ausencia de razón derecha para litigar

En cuanto a la forma de acreditar procesalmente la conducta dolosa o culposa del ahora demandado –o el uso excesivo de su derecho a litigar-, *es preciso indicar que, en buena medida, se trata de una ponderación jurídica y, por tanto, exenta de prueba* (o, por decirlo con mayor precisión, no susceptible de ser “probada”). Ello no obsta para que en determinados casos sí pueda ser decisiva la aportación de medios probatorios que acrediten la concurrencia de dolo en la conducta del litigante abusivo. Aun cuando se trate de un hecho psicológico, no por ello dejar de tener una naturaleza fáctica y, por tanto, susceptible de ser acreditado, a pesar de que sea evidentemente mucho más difícil en comparación con los hechos físicos.¹³⁹⁷

Igualmente, los medios de prueba pueden estar orientados a acreditar la base fáctica sobre la que se asienta la pretendida declaración de negligencia del litigante abusivo, incluyendo el nexo causal (que es una cuestión de hecho, acreditable por medio de las ciencias empíricas), así como la acreditación de los daños¹³⁹⁸.

De otro lado, es conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de admitir, como prueba pericial, dictámenes jurídicos, por entender que este tipo de pericias no son necesarias –ni posibles¹³⁹⁹- para instruir al juez, al ser éste un profesional del Derecho.¹⁴⁰⁰ Aunque en supuestos como éste quizá sería aconsejable una cierta flexibilización, por lo que cabría plantearse la conveniencia de admitir la introducción en el proceso de dictámenes sobre la

¹³⁹⁷ Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 71.

¹³⁹⁸ Como ya se ha indicado, esta cuestión se muestra especialmente problemática cuando se trata del daño moral. Como sostiene M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “lo que resulta evidente es que, dada la naturaleza inmaterial del daño –como perjuicio psicológico ocasionado por la lesión de un bien de la personalidad- aun en el supuesto de que se exija prueba del mismo, ésta no podrá ser de tipo directo y objetivo, bastante, a veces, con la aportación de un principio de prueba”. “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, nº 90, 2006, p. 39.

¹³⁹⁹ Pues para el TS, además de ser innecesaria la pericia “jurídica” por ser el juez un profesional del Derecho, por definición un informe pericial no puede versar sobre materias jurídicas.

¹⁴⁰⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2009, de 23 febrero (RJ 2009\1509; Xavier O’Callaghan Muñoz), por ejemplo, sostiene que “no es aceptable la aportación a los autos en ninguna instancia de un dictamen de un profesional jurista, porque ni es prueba pericial ni puede entenderse que es documental, sino que es una opinión vertida por escrito, favorable a los intereses de la parte que lo presenta; si el dictamen no lo fuera a su favor, evidentemente no lo presentaría y si ha contratado varios, aportaría a los autos el que más conviene. La segunda, la doctrina científica no es fuente del Derecho, sino que es un simple medio de conocerlo o profundizar en su estudio; la doctrina trabaja sobre fuentes, pero no lo es en sí misma. ”

ausencia –o concurrencia- de la *iusta causa litigandi*. Estos informes que, ciertamente, no tienen el carácter de prueba pericial –ni tampoco documental, ya que no acreditan ningún hecho¹⁴⁰¹-, podrían entenderse como “extensiones” o parte integrante de los escritos rectores de alegaciones de los litigantes. Ello evitaría concederles un estatus del que indudablemente carecen –de prueba pericial o incluso documental- y, a la vez, permitiría al juez contar con elementos adicionales de juicio a la hora de concluir si determinada posición jurídica carecía o no por completo de base (y, en definitiva, de respaldo en la doctrina y/o en la jurisprudencia).¹⁴⁰²

5.4. Recursos contra la sentencia del juzgado

5.4.1. Recurso de apelación

Por lo que se refiere al régimen de los recursos devolutivos contra la sentencia que se dicte, debemos señalar, en primer lugar, que si la cuantía de la reclamación excede de 3.000 € (art. 455.1 LEC), cabrá recurso de apelación frente a la misma, en el que podrán analizarse por el Tribunal de Apelación con plenitud de *cognitio* todas las cuestiones que fueron discutidas en la primera instancia, ya fueran fácticas o jurídicas. Como ya se ha señalado, en principio el núcleo de la discusión

¹⁴⁰¹ A lo sumo, quizá, que determinada interpretación jurídica es defendida por una parte de la doctrina y/o de la jurisprudencia; es decir, que no se trata de una tesis extravagante no defendida con anterioridad al pleito primigenio dentro de la comunidad jurídica, lo que quizá podría arrojar luz sobre la existencia o no de razón derecha para litigar en el caso de que se trate. Otra cuestión distinta es, lógicamente, cuando se trate de probar el Derecho extranjero, en cuyo caso estos dictámenes sí deben ser admitidos como prueba. El art. 33 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en material civil, regula la prueba del Derecho extranjero siguiendo la línea del art. 281.2 LEC, y consagrando su consideración como un “hecho”, que consecuentemente debe ser objeto de acreditación a través de los medios de prueba oportunos. Cfr. sobre la prueba del Derecho extranjero, Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.: Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de “efficient breach”, *Revista para el Análisis del Derecho, Indret*, nº 2, 2012.

¹⁴⁰² De hecho, existe en el Derecho comparado –e internacional- una tendencia creciente, por ejemplo, a admitir las alegaciones de los denominados *amicus curiae* (“amigo de la Corte”). Incluso, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha admitido ya esta figura en el recurso de casación en el supuesto específico contemplado en el art. 15.3 del Reglamento UE nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 (STS, Sala 3ª, de 9 de junio de 2015, RJ 2015 \3859; MP: Pedro José Yagüe Gil). El TS concluyó que el art. 15 bis LEC no se oponía a la intervención de la Comisión Europea después de quedar concluidas las actuaciones, siempre y cuando se concediera un plazo razonable para formular alegaciones a las observaciones de la Comisión. *Vid* también el art. 24 de la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional: “Si España recibiere una invitación de la Corte para participar en un proceso en calidad de «amicus curiae», el Ministerio de Justicia consultará con el Ministerio de Asuntos Exteriores para determinar la conveniencia u oportunidad de hacerlo y, en su caso, fijar los términos de dicha participación”. Se trata de un entendimiento más dialógico –y menos autoritativo- de la función judicial, en el que el juez no tiene por qué desdeñar opiniones jurídicas que, aunque no provengan directamente de los abogados de los contendientes, pueden ayudarle a adoptar, por decirlo *à la* DORWIKIN, la mejor (única) respuesta jurídica al problema planteado.

habrá de ser eminentemente jurídico, sin perjuicio de lo cual determinadas valoraciones fácticas pueden ser de interés a la hora de acreditar una intención predeterminada de provocar un daño mediante la utilización desviada del proceso o la existencia de negligencia en la preparación del proceso (o en la interposición de recursos).

5.4.2. Recursos extraordinarios

En lo relativo a los recursos extraordinarios, debemos partir de la premisa de que la calificación de la existencia o no de esta *iusta causa litigandi* y, consecuentemente, del nacimiento de un derecho de resarcimiento por los daños procesales irrogados, *es una cuestión sustancialmente jurídica y, por ello, revisable, en principio, en el recurso de casación*¹⁴⁰³.

Con carácter general, puede afirmarse que tan solo tendrá sentido la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal en el supuesto de que se hubiera valorado en la instancia con error patente –o de forma arbitraria– algún medio de prueba tendente a acreditar la intencionalidad dolosa del abutente¹⁴⁰⁴, en cuyo caso el motivo debería ampararse en el ordinal nº 4 del art. 469.1 LEC¹⁴⁰⁵. Pero fuera de estos supuestos –que serán marginales–, el juicio

¹⁴⁰³ Por mucho que algunas resoluciones, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 (RJ 1983; MP: Antonio Sánchez Jauregui), se empeñen en sostener lo contrario.

¹⁴⁰⁴ También cabría en hipótesis su planteamiento cuando el error patente o la arbitrariedad en la valoración de un concreto medio de prueba afectara a la base fáctica sobre la que se asienta una eventual declaración de negligencia (o de diligencia). Cabe igualmente pensar en otros supuestos –también inusuales– en los que la interposición de este recurso podría estar justificada, como el relativo a la prueba de la existencia del Derecho extranjero con la finalidad de acreditar, en su caso, la *iusta causa litigandi*, en la hipótesis de que ese fuera el Derecho aplicable a la controversia ventilada en el proceso precedente. No obstante lo anterior, debe precisarse que, si bien inicialmente el Tribunal Supremo entendía que esta cuestión sólo podía acceder a la (antigua) casación mediante la denuncia de la infracción procesal de las normas reguladoras de los medios de prueba –como cuestión fáctica–, la más reciente jurisprudencia entiende, acertadamente, que las normas del Derecho extranjero –si han sido acreditadas en el proceso– son susceptibles de fundamentar el recurso de casación (obviamente, por vulneración del Derecho sustantivo aplicable, ya que las cuestiones probatorias no puede ser tratadas en el recurso de casación, sino en el extraordinario por infracción procesal). Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 (RJ 2006/6080; MP: Encarnación Roca Trías), “cuando se ha demostrado al juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en ‘la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate’ y en este caso, el aplicable es derecho extranjero y no derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española”.

¹⁴⁰⁵ Entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 659/2015, de 23 noviembre (RJ 2015\5319; Eduardo Baena Ruiz).

valorativo que merezca la causa de pedir de la demanda o la oposición a la misma constituye una *quaestio iuris*¹⁴⁰⁶, lo que reconduce necesariamente la cuestión al recurso de casación, como apuntó con agudeza el magistrado GULLÓN BALLESTEROS en su voto particular a la desafortunada –por varias razones– Sentencia del Tribunal Supremo nº 81\2001, de 2 de febrero¹⁴⁰⁷; resolución que sostuvo –infundadamente– que el juicio sobre la existencia o no de abuso del Derecho efectuado en la instancia no era revisable en casación.¹⁴⁰⁸ En algunas ocasiones, deslindar el aspecto fáctico del jurídico puede ser problemático, como ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 753/2008, de 4 de septiembre¹⁴⁰⁹, que desestima uno de los motivos del recurso de casación bajo el siguiente razonamiento:

“Esas circunstancias relevantes quedaron afirmadas en la instancia y no pueden ser discutidas en casación. Según se expuso, el retraso en la aprobación de un proyecto de las obras no fue aprobado hasta después de la interposición de la demanda, lo que unido a la realidad de una iniciativa de difícil conceptualización jurídica, "incluso para expertos", llevó a los Tribunales de las dos instancias a considerar inicialmente ejercitadas las acciones interdictales sin extralimitación y, por el contrario, extralimitada la interposición de los recursos de apelación, ya que al dictarse las sentencias, luego apeladas, los entonces demandantes tuvieron ya un suficiente conocimiento de la situación jurídica en relación con sus fincas y las obras suspendidas. *Esas conclusiones deben ser mantenidas tanto en su base fáctica, por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, como en su contenido valorativo, por resultar adecuado a las circunstancias concurrentes*”.

[Cursiva añadida]

¹⁴⁰⁶ Cfr. en el mismo sentido, Diego MIRANDA REYES, “Hacia una nueva delimitación del abuso del Derecho a partir de sus fundamentos”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 44, 2016, p. 38.

¹⁴⁰⁷ RJ 2001; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz. En el voto particular del magistrado Gullón Ballesteros puede leerse lo que sigue: “Las otras alegaciones plantean la necesidad del examen de las actuaciones obrantes en el juicio interdictal, traídas a estos autos entre otros medios probatorios. No de otra manera puede obtenerse un juicio sobre si hubo o no ejercicio abusivo por parte de los interdictantes de la acción protectora de sus derechos. Se está ante conceptos jurídicos indeterminados (buena fe, abuso de derecho) que deben estar sometidos a la posible censura casacional. Tratarlos como si fuesen meros hechos que deben quedar incólumes en la casación, sujetándose a lo declarado por la sentencia recurrida, llevaría lógicamente a dudar de la utilidad en la subsistencia de un recurso de casación en la actualidad, en la que la legislación usa y abusa de tales conceptos jurídicos indeterminados”. Coincido plenamente con el magistrado discrepante en que, a diferencia de lo que afirmaron sus compañeros, nos encontrábamos ante un caso claro de abuso del proceso. Cfr., en la misma línea –y analizando con destreza los numerosos puntos débiles de esta STS–, YZQUIERDO TOLSADA, M., “2 de febrero de 2001...”, cit., pp. 595-60.

¹⁴⁰⁸ En sentido contrario, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1981 (RJ 1981\2491; Jaime Santos Briz).

¹⁴⁰⁹ RJ 2008\6268; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

A mi juicio, el Alto Tribunal acierta cuando afirma que el *factum* debía permanecer incólume, pero se equivoca cuando señala que el “contenido valorativo” no podía ser revisado. Por decirlo de otra forma: el Tribunal Supremo no podría entender acreditado que la aprobación del proyecto de obras se produjo en una fecha diferente a la declarada en la instancia –salvo que este hecho hubiera sido combatido con éxito en el seno del recurso extraordinario por infracción procesal-; pero sí valorar, al resolver el recurso de casación, en qué medida plantear la demanda –o interponer el recurso de apelación-, en las circunstancias concretas del caso, constituía o no un uso abusivo del derecho a litigar.¹⁴¹⁰

Fuera ya del campo de la litigación abusiva, conviene hacer notar que la jurisprudencia del Alto Tribunal que traza la órbita de la revisión casacional del juicio de instancia sobre la negligencia del agente es vacilante, y que últimamente parece decantarse por un control muy reducido. Debemos partir de que la doctrina clásica –y a mi juicio acertada- es la expresada en, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 967/2002, de 21 de octubre¹⁴¹¹, cuando afirma que “[e]l motivo ha de examinarse en tanto no se trata de alteración de los hechos probados según la sentencia que recurre, sino en la valoración de la conducta del Ayuntamiento como culposa o negligente. *Esta valoración, realizada en la instancia, es susceptible de ser revisada casacionalmente, según doctrina constante de esta Sala*”.

Se trata, en definitiva, de verificar si el tribunal de instancia aplicó correctamente la norma sustantiva que fije la responsabilidad de que se trate a un *factum* que ha de permanecer incólume en casación. Pero no existe razón alguna para que la comprobación de la correcta aplicación del precepto sustantivo por parte del Tribunal Supremo deba limitarse a aquellos casos de manifiesta arbitrariedad o error patente (en especial, cuando se accede a la casación en razón de la cuantía del proceso). Para la estimación del recurso debe bastar la mera (in)aplicación incorrecta del precepto de que se trate por parte del Tribunal de Apelación, pues de lo contrario el Alto Tribunal abdicaría de la función depuradora de la norma (nomofilaquia), que no solo implica dejar sin efecto la sentencia recurrida cuando no haya tenido en cuenta la norma de responsabilidad aplicable, sino también cuando no es debidamente interpretada (*ius constitutionis*). Parafraseando el voto

¹⁴¹⁰ La decisión judicial sobre la existencia o no de nexo de causalidad –requisito también aplicable cuando la acción de daños se enjuicia a la luz del abuso del Derecho, y no solo cuando el fundamento sustantivo de la demanda es el art. 1902 CC- es una cuestión de hecho (causalidad fáctica) intangible en casación. Pero no así la mal llamada “causalidad jurídica” –la imputación objetiva-, que es una indudable *quaestio iuris*. Conforme, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 197.

¹⁴¹¹ RJ 2002\8779; MP: Antonio Gullón Ballesteros.

particular discrepante de GULLÓN BALLESTEROS a la STS nº 81/2001¹⁴¹², “[s]e está ante conceptos jurídicos indeterminados (buena fe, abuso de derecho) que deben estar sometidos a la posible censura casacional. Tratarlos como si fuesen meros hechos que deben quedar incólumes en la casación, sujetándose a lo declarado por la sentencia recurrida, llevaría lógicamente a dudar de la utilidad en la subsistencia de un recurso de casación en la actualidad, en la que la legislación usa y abusa de tales conceptos jurídicos indeterminados”.

Por ello, también debería casarse la resolución de instancia que se limite a aplicar la norma (o a no hacerlo) incorrectamente, pues el recurso de casación “es un remedio procesal encaminado a examinar si a la vista de determinados hechos, incólumes en casación en cuanto no sean eficientemente desvirtuados, es correcta la apreciación jurídica y la solución contenida en la sentencia recurrida.¹⁴¹³” Como se ha dicho por la doctrina, “el error *iudicando in iure* se cometerá normalmente al interpretar o aplicar equivocadamente al supuesto controvertido una norma jurídica sustantiva de naturaleza ordinaria (Ley, costumbre y principios generales del Derecho) o constitucional (normalmente un derecho fundamental¹⁴¹⁴)”.

Sin embargo, se está abriendo paso una doctrina jurisprudencial que, en la línea de soslayar por completo el *ius litigatoris* del recurso de casación que ha presidido las recientes reformas de este recurso en las jurisdicciones penal¹⁴¹⁵ y contencioso-administrativa¹⁴¹⁶ en aras de una supuesta “objetivación” del recurso –otorgando una primacía absoluta a su función uniformadora–, reduce drásticamente el control casacional de la valoración jurídica sobre la existencia o no de negligencia. Es exponente de esta tesis reduccionista la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 370/2016, de 3 junio¹⁴¹⁷:

¹⁴¹² RJ 2001\1161; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz.

¹⁴¹³ RJ 2000\1494; MP: Jesús Corbal Fernández.

¹⁴¹⁴ Vicente GIMENO SENDRA, “El recurso de casación civil”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, VVAA, Iustel, Madrid, 2007, p. 253.

¹⁴¹⁵ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

¹⁴¹⁶ Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio. Me he ocupado del asunto en “La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, número 8634, 28 de octubre de 2015, pp. 13-17.

¹⁴¹⁷ JUR 2016\129445; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto. Ahora bien, en paralelo se siguen dictando sentencias por la Sala Primera que no siguen esta postura. Así, por citar una de las recientes, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 447/2016, de 1 de julio (JUR 2016\156414 ; MP: José Antonio Seijas Quintana), casó la resolución de instancia, estimando, en sede del recurso de casación –por la modalidad de interés casacional–, que la conducta del abogado demandado descrita en los hechos probados –que el STS no modifica, al rechazar todos los motivos del recurso

“La apreciación de la culpa o negligencia es una cuestión jurídica que puede ser sometida a casación, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de marzo de 2001 y 21 de octubre de 2002), *pero el juicio de la instancia debe permanecer incólume, no susceptible de revisión casacional, cuando no se demuestre ilógico, irracional o arbitrario o vulnerador de normas legales por no haberlas tenido en cuenta al analizar la culpa o negligencia de la acción u omisión*”. [Cursiva añadida]

Esta deriva jurisprudencial, a mi entender, no merece un juicio favorable¹⁴¹⁸. Como ocurre con otras figuras (la buena fe, por ejemplo) que presentan tanto un componente fáctico como jurídico, debe distinguirse en cada recurso extraordinario qué aspecto concreto se está cuestionando. Pues si se trata de la revisión del aspecto jurídico –y, en definitiva, de la correcta aplicación de la norma sustantiva que contiene la regla de responsabilidad–, nada autoriza al Tribunal Supremo para restringir su control a los supuestos excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad, como si se fuera el Tribunal Constitucional. Se sacrifican de esta forma tanto la función nomofiláctica del recurso de casación como, muy especialmente, el *ius litigatoris* de los justiciables.

Reténgase que uno de los presupuestos para apreciar la negligencia del agente es la concurrencia de nexo de causalidad entre la conducta y el daño –que es una cuestión fáctica ajena al recurso de casación–; pero también que será precisa la apreciación por el tribunal de instancia de la concurrencia de la incorrectamente denominada *causalidad jurídica*¹⁴¹⁹. Y esto último se habrá dilucidado necesariamente con base en los criterios *normativos* de imputación acogidos por el propio Tribunal Supremo en su jurisprudencia. Criterios que no se hallan recogidos a día de hoy en norma alguna, pero que tienen un contenido *estrictamente jurídico*. Por tanto, una eventual incorrecta aplicación del art. 1902

extraordinario por infracción procesal del actor- debía reputarse negligente, por lo que se había infringido el art. 1444 CC, en relación con el art. 42 RD 658/2011.

¹⁴¹⁸ Ni aunque se pretenda con ello, de alguna manera, preservar el valor de las conclusiones alcanzadas sobre este particular, a través de la inmediación, en la instancia. Porque, para empezar, la Audiencia Provincial –que es quien fija de forma definitiva los hechos declarados probados– accede al resultado de los medios de prueba de la misma forma que el Tribunal de Casación (examinando los autos y mediante el visionado de la grabación de las vistas), salvo en los casos excepcionales en que se practicara alguna prueba en la segunda instancia. Por lo demás, y aunque se trata de una cuestión ajena a la presente memoria de investigación, muestro mi desconfianza ante la acrítica “sacralización” de la inmediación judicial en el ámbito penal propiciada por la jurisprudencia del TEDH.

¹⁴¹⁹ Y me parece incorrecto el término porque no se puede hablar en este contexto, en rigor, de “causas” jurídicas, pues la causación es siempre una cuestión física, “fenomenológica”, por así decirlo. Lo que se produce es una *imputación* del resultado a un sujeto determinado con base en criterios normativos.

CC en la instancia como consecuencia de un equivocado manejo de esos criterios normativos no debería quedar fuera de la revisión casacional.¹⁴²⁰

En definitiva, ya sea desde la perspectiva del abuso del Derecho, o desde la responsabilidad aquiliana, la apreciación jurídica de la existencia de uso excesivo del derecho a litigar o de la eventual existencia de culpa o dolo derivada de los hechos declarados probados en la instancia es susceptible de revisión casacional (o, al menos, debería serlo), si bien con sujeción a los mismos condicionantes –no es lo mismo que se acceda a la casación por la modalidad de la cuantía (lo que permitirá un examen más amplio), que por presentar interés casacional¹⁴²¹– que en el resto de materias.

Si se accede a este recurso en razón de la cuantía del proceso, los preceptos que podrán servir como cobertura a él o los motivos de casación serán los artículos 7.2 y 1902 del Código Civil.¹⁴²²

En el supuesto de que la cuantía fuera inferior a los 600.000 €, la única vía de acceso al recurso de casación sería la justificación de la existencia de una doctrina jurisprudencial contradictoria de las Audiencias Provinciales en algún aspecto sustantivo de esta materia –contradicción que, en el momento de escribir estas líneas, hasta donde me alcanza, no existe– o en la infracción de la doctrina

¹⁴²⁰ No se me escapa que, en rigor, la aplicación de los criterios de imputación objetiva en estos casos presuponen la existencia de negligencia, que se supone probada (aun cuando el orden lógico sería el inverso). Pero me da la impresión de que el Tribunal Supremo a lo que apunta, en realidad, es a la limitación de control casacional de la denominada “causalidad jurídica” (la aplicación de los criterios de imputación objetiva), reduciéndolo a los supuestos de error patente o arbitrariedad.

¹⁴²¹ Como es sabido, además, la concurrencia de interés casacional es un requisito de admisibilidad del recurso por esta modalidad, pero no de estimación del mismo. Para ello hace falta que se haya infringido adicionalmente una norma de Derecho privado con rango de Ley.

¹⁴²² O, en el caso de daños provocados por actuaciones intraprocesales que se reclaman a través de un proceso declarativo, los preceptos de la LEC que establecen esa responsabilidad. *Vid.* STS nº 548\2015, de 29 de octubre (RJ 2105\4581; MP: Antonio Salas Carceller) en relación con los arts. 745 y 742 LEC. Aun cuando se trata de preceptos insertos en una ley procesal, creo que lo relevante es que contienen una norma de Derecho privado (de daños, para ser más concretos), por lo que debería admitirse la fundamentación de un motivo en estos preceptos (aunque no se me escapa que el Tribunal Supremo es tradicionalmente refractario a admitir motivos casacionales que no se basen en preceptos contenidos en leyes sustantivas). Es cierto que el apartado XIV de la Exposición de Motivos de la LEC señala que “las infracciones de Leyes procesales” quedan fuera de la casación, pero a mi juicio el legislador no tenía en mente al realizar esta afirmación la posibilidad de que, excepcionalmente, cuestiones de Derecho privado sustantivo se encuentren reguladas en el seno de leyes procesales. Ostentando los preceptos de la LEC que regulan la responsabilidad civil por daños procesales rango de Ley, y regulando estos artículos una materia de genuino Derecho privado (la responsabilidad civil), debe permitirse su acceso al recurso de casación. Por lo demás, si se pretendiera derivar esta cuestión al recurso extraordinario por infracción procesal, ninguno de los ordinales del art. 469.1 LEC, sin violentar su dicción, permitiría articular el mismo.

jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los artículos 7.2 y 1902 del Código Civil en relación con los daños procesales¹⁴²³.

Obviamente, no cabrá alegar la existencia de jurisprudencia “menor” contradictoria porque en algunos casos se estimen las acciones de daños y en otros no, siempre y cuando los presupuestos dogmáticos para la estimación o desestimación de la pretensión sean los mismos.¹⁴²⁴

De ello se sigue que la vía de acceso a la casación condicionará, en buena medida, el alcance de la revisión de la correcta aplicación del Derecho por parte del Tribunal Supremo. Tal y como ha declarado la Sala Primera¹⁴²⁵, el acceso a través del “interés casacional” exige –además de la infracción de una norma de Derecho privado con rango de Ley- que se haya conculcado una doctrina jurisprudencial dotada de una mínima dosis de generalidad o abstracción, susceptible por ello de ser unificada, aclarada o fijada (en el que de no existiera previamente). Ello significa que no le bastará al recurrente con alegar una simple aplicación incorrecta de los artículos 7.2 o 1902 del Código Civil al caso debatido, sino que adicionalmente tendrá que justificar que el tribunal de apelación ha contradicho, por ejemplo, la doctrina jurisprudencial que proclama que son indemnizables los daños provocados por la litigación abusiva previa.

En cambio, si el recurso de casación es interpuesto en razón de la cuantía del procedimiento, no es precisa esa justificación adicional de la conculcación de una doctrina abstracta de la Sala Primera sobre determinada cuestión o la existencia de doctrinas contradictorias entre las Audiencia Provinciales sobre un concreto problema jurídico. Bastará con alegar una indebida aplicación de los

¹⁴²³ Excluyo por razones obvias que, a día de hoy, puede fundarse la existencia de interés casacional en esta materia por aplicarse normas que “no lleven menos de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiere doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a una norma anterior de igual o similar contenido”. (art. 477.3 LEC).

¹⁴²⁴ En esa línea creo que apunta la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 370/2016, de 3 junio (JUR 2016\129445; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto): “Pero no quiere esta Sala dejar de añadir lo siguiente: siendo la función propia del recurso de casación por razón de interés casacional, en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la fijación o unificación de la doctrina jurisprudencial, requiere obviamente la posibilidad de que haya una doctrina –con una mínima dosis de generalidad- susceptible de ser fijada o unificada. Tal modalidad de recurso es, pues, en principio inviable para revisar valoraciones de los tribunales de instancia que, aunque jurídicas, vengán decisivamente determinadas por las concretas circunstancias fácticas del caso”. Por poner un ejemplo ilustrativo, sí podría entenderse concurrente el interés casacional –por contrariar la jurisprudencia del TS- en el caso de que una sentencia de Audiencia Provincial rechazase indemnizar al perjudicado por entender que, aun siendo abusiva la conducta del actor (luego demandado), no cabe imponer responsabilidad civil alguna como consecuencia del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

¹⁴²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 370/2016, de 3 junio (JUR 2016\129445; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto).

mencionados preceptos al caso debatido para que ese recurso de casación sea admitido a trámite y resuelto en sentencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La litigación abusiva consiste en la utilización del proceso de forma contraria a su fin institucional y no en que se haya ejercitado el derecho a la tutela judicial de forma contraria a la “conciencia social o moral de la comunidad” en un momento dado.

SEGUNDA

Existen unas innegables concomitancias entre el abuso del proceso y figuras afines como la mala fe procesal, la temeridad o el fraude de ley (procesal), aunque aquél goza de una autonomía conceptual propia. Se trata de una especie dentro del género del abuso del Derecho, si bien no puede hacerse una traslación mimética del concepto sustantivo al ámbito procesal, en el que concurren unas características específicas.

TERCERA

El ordenamiento procesal español opta decididamente por aplicar medidas reaccionales o represivas contra el abuso, en contraposición con las preventivas.

Tanto la imposición al litigante abusivo de una sanción al amparo del artículo 247.3 LEC, como el establecimiento de la obligación de resarcir los daños procesales causados por el abuso del proceso, son plenamente respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del abutente, así como con su derecho a un juicio justo protegido por el art. 6.1 CEDH.

CUARTA

La acción de resarcimiento de daños procesales derivada del abuso del proceso tiene su asiento normativo en el artículo 7.2 del Código Civil, que deberá utilizarse preferentemente con respecto al artículo 1902 del Código Civil (que debería invocarse de forma subsidiaria, salvo que se impute esa responsabilidad al letrado del abutente). Una utilización indistinta o acumulada de los arts. 7.2 y 1902 CC, sostenida con frecuencia en la jurisprudencia, tan solo es admisible si se parte de la premisa de equiparar la negligencia al uso desviado del derecho a litigar.

QUINTA

La responsabilidad por daños procesales derivados del abuso del proceso precisa de la concurrencia del *animus nocendi* en el abutente o del ejercicio del derecho a litigar de forma objetivamente contraria a sus límites normales.

Si la exigencia de responsabilidad se articula a través del art. 1902 CC, es preciso, como título de imputación, la concurrencia de dolo o culpa, sin que sea admisible la aplicación del criterio de responsabilidad objetiva.

SEXTA

No cabe establecer paralelismos con el régimen previsto en la LEC en relación a la responsabilidad derivada de las medidas cautelares alzadas o de la revocación de las sentencias ejecutadas provisionalmente, puesto que en estos casos el legislador ha previsto específicamente la responsabilidad objetiva o por riesgo a cargo, respectivamente, del actor o del ejecutante provisional. Ni el título jurídico que fundamenta la acción es el mismo en un caso y en otro, ni tampoco el criterio de responsabilidad fijado por el legislador.

SÉPTIMA

Pueden abusar del proceso tanto el demandante, como el demandado. De igual forma, la litigación puede tener lugar en la primera instancia del proceso o en las subsiguientes, a través de la interposición –sin *iusta causa litigandi*– de recursos devolutivos.

La calificación de la existencia o no de *iusta causa litigandi* y, consecuentemente, del nacimiento de un derecho de resarcimiento por los daños procesales irrogados, es una cuestión sustancialmente jurídica y, por ello, revisable, en principio, en el seno del recurso de casación.

OCTAVA

Para la estimación de la acción de daños procesales no es indispensable que el primer procedimiento haya terminado de forma favorable para el actor.

NOVENA

El pronunciamiento sobre temeridad a efectos de costas que se realiza en el primer procedimiento no despliega una eficacia de cosa juzgada material en el marco del posterior ejercicio de la acción de daños procesales. Tal pronunciamiento (ya sea declarando que existió temeridad o lo contrario) podrá ser considerado como un indicio de la abusividad en el segundo proceso, pero no produce vinculación alguna para el nuevo juzgador, sin que la sentencia que contenga ese pronunciamiento en materia de costas puede ser considerada un medio de prueba cualificado de la existencia o no de *iusta causa litigandi*.

DÉCIMA

El abuso del proceso no solo puede dar lugar al nacimiento de una responsabilidad de tipo extracontractual (entendida en un sentido amplio, que incluya también el abuso del Derecho), sino también de naturaleza contractual,

lo que acaece cuando nos encontramos ante el ejercicio (o incumplimiento) abusivo de un derecho asignado en un contrato procesal.

UNDÉCIMA

Pese a la deficiente dicción de los artículos 11.2 LOPJ y 247.2 LEC –cuya reforma estimamos aconsejable–, no es posible inadmitir *a radice* la demanda por entender que es abusiva, ya que la posibilidad de rechazar las “peticiones e incidentes” se refiere a actuaciones intraprocesales puntuales o incidentales.

DECIMOSEGUNDA

La desestimación de una pretensión deducida de forma abusiva, o de una línea de defensa que presente idénticos caracteres, no puede hacerse –ni siquiera en sentencia– con base exclusiva en los artículos 11.2 LOPJ y 247.2 LEC, ya que estos dos preceptos son metanormas que no concretan qué casos concretos son constitutivos de abuso del proceso.

DECIMOTERCERA

Es admisible sancionar con multa al amparo del artículo 247.3 LEC al litigante abusivo no solo por actuaciones intraprocesales concretas que tengan tal carácter, sino también cuando quepa reputar como tal la pretensión principal objeto del proceso. Ahora bien, la imposición de una sanción en estos casos debe hacerse con suma cautela, pues una aplicación indiscriminada de este precepto a la línea principal de defensa de la parte provocaría un indeseado “efecto desaliento” en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Dado el carácter supletorio de la LEC (art. 4) con respecto a los procesos penales, sociales, contencioso-administrativos, la sanción prevista en el artículo 247.3 LEC es aplicable a todos esos órdenes –salvo en el social, que cuenta con una regulación propia en la LRJS–, aunque en la práctica sea poco frecuente su utilización fuera de la jurisdicción civil. El importe máximo previsto por el legislador en el art. 247.3 LEC para sancionar la mala fe procesal de la parte (6000 €) es insuficiente, ya que en algunos casos, en atención a la cuantía del procedimiento o a la capacidad económica de los litigantes, dicha suma es por completo ineficaz para prevenir conductas abusivas.

DECIMOCUARTA

No existe una regulación mínimamente uniforme del abuso del proceso en el Derecho comparado, pero la preocupación por sus consecuencias es compartida.

Se constata que en las últimas décadas se están adoptando nuevas medidas legislativas (sobre todo, en el terreno procesal) más severas para prevenirlo y sancionarlo, incluida una tendencia creciente a responsabilizar del abuso del proceso al abogado de la parte, conjuntamente con su cliente.

DECIMOQUINTA

En la jurisdicción civil, el tipo de abuso del proceso más recurrente es el derivado del ejercicio de la acción, sin *iusta causa litigandi*, de tutela sumaria para obtener la suspensión de una obra nueva, debido a que la mera admisión a trámite de la demanda determina la suspensión automática de la obra nueva hasta el dictado de sentencia firme.

DECIMOSEXTA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de reclamar los daños procesales derivados de una medida cautelar que después esalzada, en un procedimiento declarativo ulterior, sin que sea preciso que esa reclamación de daños se ventile necesariamente dentro del mismo proceso en el que la medida cautelar se adoptó y por el procedimiento específicamente previsto en la LEC.

DECIMOSÉPTIMA

La Ley Concursal, separándose de sus precedentes legislativos, instaura un régimen de responsabilidad objetiva en los supuestos de desestimación de la solicitud de concurso necesario instada por un acreedor. No contempla, sin embargo, el régimen de responsabilidad aplicable cuando se revoca el auto de declaración de un concurso voluntario.

DECIMOCTAVA

La posición asimétrica de partida de los litigantes en el proceso laboral ha inducido al legislador, tradicionalmente, a articular una serie de medidas legislativas para prevenir abusos del proceso por parte del empleador, lo que ha mitigado en buena medida su utilización espuria.

DECIMONOVENA

En lo que concierne al abuso del proceso penal, sí es aceptable la inadmisión a trámite de la querrela o denuncia en atención a su abusividad.

Se ha constatado en un número significativo de casos la utilización espuria del proceso penal por parte de las acusaciones particulares y populares.

VIGÉSIMA

La naturaleza del proceso contencioso-administrativo limita las posibilidades de su utilización abusiva, dado su carácter eminentemente “revisor” de la actividad administrativa impugnada. La mayoría de los casos conflictivos en el orden contencioso-administrativo derivan del ejercicio de la acción popular del artículo 19.1 h) LJCA, que fuera de los supuestos penalmente tipificables como delito, no se pueden desestimar por haber sido ejercitada con una finalidad distinta de la mera defensa de la legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL, Yves: *Responsabilité des avocats: civile, disciplinaire, pénale*, Dalloz, París, 2015, pp. 21-41.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: "La *cautio judicatum solvi* a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 1993 en el caso Hubbard/Hamburger", *Boletín informativo del Ministerio de Justicia e Interior*, 1993, pp. 5310-5322.

AGUILAR FERNÁNDEZ, Carlos y YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "¿Responsabilidad de la entidad sanitaria elegida por el mutualista de MUFACE, en los casos de mala praxis médica?", en *2016 Práctica contenciosa para abogados*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 273-290.

AGUILERA MORALES, Marien: *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho Español*. Civitas, Madrid, 2008.

AHUMADA RUIZ, María Ángeles: "La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, 2000, p. 155-188.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, 11ª ed., Edisofer, Barcelona, 1991, t. I.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: "21 de marzo de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Daños causados con motivo de una actuación judicial. Suspensión de obra en el procedimiento de interdicto de obra nueva. Sentencia interdictal estimatoria y el efecto de cosa juzgada La conducta de los interdictantes. La antijuricidad de la acción interdictal", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 42, 1996, pp. 943-958.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y defensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Imprenta Universitaria, Méjico, 1947.

---*Estudios procesales*, Tecnos, Madrid, 1975.

ALEXY, Robert: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, pp. 139-151.

--- *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986) (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp).

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Imperialismo económico y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Mercantil* n° 233, 1993, pp. 925-976.

ALONSO OLEA, Manuel: "Sobre la historia de los procesos de trabajo", *Revista de Trabajo*, n° 15, 1966, pp. 7-35.

ÁLVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: "La tercería y la oposición de tercero", *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 436-477.

ÁLVAREZ PEDROSA, Luis Manuel: "Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos", *Diario La Ley*, 26 de mayo de 2016, n° 8779.

AMORES CONRADI, Miguel: "Constitución Española y proceso civil internacional. Un balance", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia, Madrid, 2005, pp. 1194-1985.

ANDREWS, Neil: "Abuse of Process in English Civil Litigation", en *Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of Procedural Fairness*, (ed., Michele Taruffo), The Hague, Kluver, 1999, pp. 65-99.

--- "The New English Civil Procedure rules", en *European Traditions in Civil Procedure*, VVAA, Intersentia Antwerpen, Oxford, 2005, pp. 161-180.

--- *On Civil Processes*, v.I, Intersentia, Cambridge, 2013.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y MUERZA ESPARZA, Julio J.: *Derecho procesal penal*, 7ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: "Llamadme imputado, investigado o encausado, como queráis; pero respetad mis garantías", *Diario La Ley*, n° 8776, 2016.

ARRAIZA JIMÉNEZ, Pablo: *Practicum concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, VVAA, 2015.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: "Comentario al art. 7 del Código Civil" en *Código Civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, Pedro de Pablo Contreras y Rosario Valpuesta Fernández), Aranzadi, Cizur Menor, BIB 2011\5936, 2011.

ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

--- *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

AUDI, Robert: *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

BALESTRO FAURE, Miriam: "La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios", en *Abuso Procesal*, (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 131-167.

BANACLOCHE PALAO, Julio: *Las diligencias preliminares*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

---"Cuestiones polémicas en los pleitos de daños", en *Derecho de Daños*, Aranzadi, Cizur Menor, VVAA (dir. Mariano José Herrador Guardia), 2013, pp. 187-233.

--- "Los sujetos del proceso de ejecución", en *El procedimiento de ejecución forzosa*, VVAA (coord. Álvaro Gutiérrez Berlinches), Madrid, La Ley, 2015, pp. 117-191.

BALENA, G.: "La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 8 giugno)" n° 69, 2009.

BAUMGÄRTEL, Gottfried: *Treu und Glauben im Zivilprozeß*, ZZP 86, 1973, pp. 353-372.

BEIMFOHR, Edward: "Liability for malicious institution of a civil suit", *Washington University Law Review*, n° 294, 1995, pp. 293-307.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2009.

BERIZONCE, Roberto O.: "El principio general del abuso del Derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.*, número extraordinario, 2015, pp. 29-39.

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia: *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Comares, Granada, 2002.

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara: "Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2011", en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, VVAA, Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 41-76.

BINGHAM, Tom: *The Rule of Law*, Penguin Books, Londres, 2011, pp. 42-46.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: "Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. Galgos o podencos: La litispendencia (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 25 de octubre de 2012, Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol. 5, n° 1, pp. 240-253.

BÖHM, Peter: "Processo civile e ideologia nello stato nacionalsocialista", *Rivista trimestrale de diritto y procedura civile*, 2004, pp. 623-648.

BONET NAVARRO, José: *El proceso civil práctico*, Tomo VII, La Ley, Madrid, 2002.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: "¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva es fundamental?", en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, VVAA, Vol. II, Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, El Justicia de Aragón, Caja Inmaculada, Ibercaja y Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2008, pp. 1305-1326.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

BUSNELLI, Francesco Donato y D'ALESSANDRO, Elena: "L'enigmatico ultimo comma dell'art 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva", *Danno e responsabilità*, n° 6, 2012, pp. 585-596.

CABALLERO GEA, José Alfredo: "Costas. Procesal Civil", *Boletín del Ministerio de Justicia* n° 1232, 1981, pp. 8-16.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: "Crónica sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)" en *La Reforma Constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Cuadernos y Debates n° 198, CEPC, Madrid, 2009, pp. 287-428.

--- "El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 16, 2013.

CACHÓN CADENAS, Manuel: "Artículo 594", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III (dir. Antonio María Lorca Navarrete), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2954-2959.

--- *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, VVAA, Cuadernos José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 41-74.

--- "La buena fe en el proceso civil", en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, VVAA, Madrid, 2005, pp. 209-250.

CACHÓN CADENAS, Manuel y CID MOLINE, Jesús: "Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (I)", *Diario La Ley*, n° 5819, 8 de julio de 2003, pp. 1827-1853.

CADIET, Loïc: *Code de Procédure Civile*, LexisNexis, París, 2016.

CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques y AMRANI-MEKKI, Soraya: *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, Paris, 2010.

CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques y JEULAND, Emmanuel: *Droit Judiciaire Privé*, LexisNexis, París, 2013.

CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas A.: "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, n° 6, 1972, pp. 1089-1128.

CALAMANDREI, Piero: "El proceso civil bajo el peso del fisco" (trad. Sentis Melendo), en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

--- "El proceso como juego" en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. Sentis Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1962, pp. 260-294.

--- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, (trad. Sentis Melendo), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada, 2012.

CALVO SOTELO, José: *La doctrina del abuso del Derecho como limitación del derecho subjetivo*, Librería General de Victoriano-Sánchez, Madrid, 1917.

CANDELA TALAVERO, José Enrique: "La acción pública en la regulación autonómica y sectorial", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5/2014, pp. 81-107.

CANDIA FALCÓN, Gonzalo: "Ponderación y Constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 107, 2016, pp. 41-74.

CANO VILÁ, Eva: "Sentencia de 29 de diciembre de 2004: interdicto de obra nueva. Abuso del Derecho. Responsabilidad civil", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 70, 2006, pp. 57-70.

CAPIEL, Luis: "Novedades en el Reglamento Bruselas I refundido", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 40, 2015, pp. 142-147.

CÁRDENAS, Héctor Hugo: "El abuso del Derecho en las demandas de quiebra", en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 369-381.

CARNELUTTI, Francesco: "Sulla responsabilita per esecuzione el sequestro", *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, pp. 185-245.

--- "Contro el processo fraudulento", *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, Tomo II, pp. 14-25.

- *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1931.
- CARRASCO PERERA, Ángel: “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984, pp. 39-106.
- *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco: “La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, 2012, pp. 325-341.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 11ª ed., 1975.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: “El abuso del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil” en “El abuso del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil”, Vol. 1, *Academia Matrinense del Notariado*, 1977, pp. 469-531.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: “La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 5, 2006, pp. 85-100.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina: *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Comares, Granada, 1997.
- CERRATO GURI, Elisabet: “El derecho a acceder a los tribunales en el proceso civil: concepto, contenido y límites”, *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*, VVAA (dir. Joan Picó i Junoy), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 107-119.
- CHAINAIS, Cécile, FERRAND, Frédérique y GUINCHARD, Serge: *Procédure civile*, 32ª ed., Dalloz, París, 2014.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, José María y ZAPATA HÍJAR, Juan Carlos: *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *La condanna nelle spese giudiziali*, Bocca, Torino, 1901.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel: “Litispendencia internacional y conexidad (artículos 27 a 30 RB)”, en *Derecho Procesal Civil Europeo*, VVAA (dir. Andrés De la Oliva Santos; coord. Fernando Gascón Inchausti), Vol. I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 269-307.
- COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo: “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 263-268.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: "La buena fe y el abuso del proceso en el ámbito penal", en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), VVAA, Cuadernos de Derecho judicial, GCPJ, Madrid, 2005, pp. 121-166.

COMANDUCCI, Paolo: "El abuso del Derecho y la interpretación jurídica", *Revista de Derecho Privado*, nº 21, Bogotá, 2011, pp. 107-118.

COMOGLIO, Paolo: "Articolo 96", en *Commentario del Codice di Procedura Civile* (con CONSOLO, Claudio, SASSANI, Bruno y VACCARELLA, ROMANO): I, UTET giuridica, Turín, 2012, pp. 1262-1264.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *La justicia dato a dato*, 2015.

CONTHE GUTIÉRREZ, Manuel: *Pensar con Arte*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014.

CORDÓN MORENO, Faustino "Comentario al artículo 247 LEC", *Comentarios a la Nueva LEC*, VVAA, Vol. I, Elcano, 2001.

--- *Proceso Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

--- "El derecho a obtener la tutela judicial efectiva", en *Derechos Procesales Fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

--- "Relación entre la acción colectiva y la acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores. Cuestión prejudicial de Derecho comunitario: la STJUE de 14 de abril de 2016", Centro de Estudios de Consumo, mayo 2016, accesible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/STJUE-Relacion-entre-la-accion-colectiva-y-la-accion-individual-para-la-defensa-de-los-derechos-de-los-consumidores.pdf>

CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio J. y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

CORDOPATRI, Francesco, *L'abuso del processo*, T.II, Cedam, Padova, 2000, pp. 118-145.

COROMINAS BACH, Sergi, "Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea: la recomendación de 11 de junio de 2013", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 34, 2014, pp. 1-30.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: "Acción pública en materia urbanística", *Revista de Administración Pública*, nº 71, 1973, pp. 9-57.

COURTIEU, Guy: "Droit à réparation, Abus de droit. Notion", *Juris-classeur. Responsabilité civile, article 1382 à 1386*, Fas. 131-1, nº 3, 1997.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “La recepción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

CUADRADO PÉREZ, Carlos: *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

DAMIÁN MORENO, Juan: *La decisión de acusar: un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid, 2014.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: “Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles”, *Diario La Ley*, 1986, Tomo 1, pp. 1115-1526.

--- “Comentario al art. 7 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 57-70.

--- *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

--- “Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas” ., *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 50, nº 2, 2002, pp. 11-47.

--- *Causalidad en la responsabilidad extracontractual, la imputación objetiva y otros extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco: *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas, Madrid, 2010.

DE CÁRDENAS SMITH, Carlos: “Presente y futuro de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Diario La Ley*, nº 8896, 9 de enero de 2017, versión digital.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2005.

DEGENER, Wilhelm: *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980.

--- *Derecho Procesal. Introducción*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

--- *Objeto y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

--- “La acción popular y la lucha contra la corrupción (Bentham sobre la acusación penal)”, en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, VVAA (dir. Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano; coord. Juan

Carlos Ortiz Pradillo), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 379-401.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel: *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio): *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel: "Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas", *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVII, noviembre, 1943, pp. 773-785.

--- "Los daños y perjuicios procesales", *Revista de Derecho Procesal*, 1945, Tomo IV, pp. 509-527.

DE LA VEGA BENAYAS, Carlos: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: *La buena fe en el Título Preliminar*, Academia Matritense del Notariado, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, Tomo 1, Vol. 1, pp. 439-469.

--- "Del dolo civil al dolo procesal", *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 339-361.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio (con MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo): "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.

DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto: *El proceso civil inglés*, Granada, Comares, 2014.

DE TOCQUEVILLE, Alexis: *La democracia en América*, Tomo I, 4ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: "La admisión de querellas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2014, 2014, pp. 143-171.

DEL BARRIO RODRÍGUEZ, Natalia: "Cosmopolitismo jurídico: Hacia un nuevo Derecho Comparado", *Actualidad Civil*, nº 3, 2015, pp. 94-105.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael y MORENO VERDEJO, Jaime: *Juicios rápidos. Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, Comares, Granada, 2003.

DESDENTADO BONETE, Aurelio: *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, VVAA (dir. José Luis Moreneo Pérez), Comares, Granada, 2011.

DERAINS, Yves y ADELL, Stephan: “Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés”, *Spain Arbitration Review*, n° 11, 2011, pp. 25-40.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión”, en *El fraude procesal – fundamentos doctrinarios para un estudio del artículo 178º del C.P.C.*, Instituto de Investigación y Defensa del derecho de acceso a la Justicia, Palestra editores, Lima, 1997.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 11, 1991, pp. 75-123.

---“Garantías procesales” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, VVAA, Tomo III, Edersa, Madrid, 1996.

--- “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, n° 10, mayo-agosto 2000, pp. 13-37.

---“Repensando el litisconsorcio pasivo necesario. (Al hilo de la responsabilidad civil proporcional de los auditores)”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 5, 2015, pp. 165-178.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.

--- “El abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, *Revista de Documentación Jurídica*, n° 4, 1974.

--- Prólogo a la monografía de Frank WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 21-12.

--- *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999.

--- *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

--- “Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, pp. 11-26.

--- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. La responsabilidad civil extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

--- “Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales”, *Ensayos Jurídicos*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 2810-2838.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, 3ª reimpresión, Tomo I, Civitas, Madrid, 1994.

DOBBS, Dan B., HAYDEN, PAUL T. y BUBLICK, Ellen M.: *The Law of Torts*, Thomson Reuters, West, Minneapolis, 2011.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: “La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal”, *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, nº 74, 2005, pp. 12-27.

--- “Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 156, 2012, pp. 59-86.

--- “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?”, *Revista para el análisis del Derecho*, *InDret*, 4/2015.

--- “Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley”, *Revista para el análisis del Derecho*, *InDret*, 1/2013.

--- “Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio”, *Revista para el análisis del Derecho*, *InDret*, 1/2017.

DONDI, Angelo: “Abuse of Procedural Rigths: Report for Italy and France”, en *Abuse of Procedural Rights Comparative Standards of Procedural Fairness* (ed. Michele Taruffo), The Hague, Kluver, 1999, pp. 109-123.

DOTHAN, Shai: “The optimal use of Comparive Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 43, nº 1, 2014, pp. 21-44.

DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

--- *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino), Editorial Ariel, Barcelona, 2012.

DYSON, Matthew: “Respuestas del Derecho civil a las sentencias penales en Inglaterra y España”, *Revista para el análisis del Derecho*, *InDret*, nº 3/2015.

EISENBERG, Theodore y MILLER, Geoffrey P.: “The English versus the American rule on attorney fees: an empirical study of public company contracts”, *Cornell Law Review* nº 98, 2013, pp. 327-382.

ESPINOSA DE RUEDA Y JOVER, Mariano: “Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 19, 1995, pp. 111-187.

FABER, Joseph S.: “City of Long Beach v. Bozek: An Absolute Right to Sue the Government”, *California Law Review*, nº 71, 1983, pp. 1258-1277.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: "El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro", *La Ley Unión Europea*, I (9), 2013, pp. 5-23.

FERNANDO PABLO, Marcos Matías: "Comentario al art. 74 LJCA" en "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998", VVAA, ejemplar especial de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100, 1998, pp. 537-543.

FERRER MARTÍN, Daniel: "Posible aplicación al proceso de la doctrina del abuso del derecho", *Revista General de Derecho*, 1957, nº 148-149, pp. 2-10.

--- "Abuso del derecho en el proceso", *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, 1969, pp. 111-162.

FISCH, Jill. E.: "Class Action Reform: Lessons from Securities Litigation", *Arizona Law Review*, 1997, pp. 534-536.

FLEMING, John: *The law of torts*, The Law Book Company, Sydney, 9ª ed., 1998.

FOLGUERA CRESPO, José Ángel, SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa y SALINAS MOLINA, Fernando: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012.

FRADEANI, Francesco: "Note sulla «lite temeraria attenuata» ex art. 96, comma 3, cpc", en *Giurisprudenza Italiana*, nº 47, 2011, pp. 143-149.

FRANZOSI, Mario: "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *EIPR* 1997, pp. 382-385.

--- "Torpedoes are here to stay", *IIC*, 2002, pp. 154-163

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay y MILLER, Arthur R.: *Civil procedure*, 4ª ed., Thomson West, St. Paul, 2005.

FUKUYAMA, Francis: *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011.

GALLIE, Walter B.: "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, 1955, pp. 167-198.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: "El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Barcelona, 2008.

--- *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: “La revocación de sentencias de primera instancia ejecutadas provisionalmente”, *Diario la Ley*, nº 5584, Tomo V, 2002, pp. 1498-1505.

GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, Alfonso: *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power C. o Ltd.*, Elzeviriana, Barcelona, 1953.

--- “Aspectos del fraude procesal”, *Revista de Derecho Privado*, Enero, 1958, pp. 107-123.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ Francisco J. y SÁNCHEZ, Sara: “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013, pp. 9-35.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: “La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica”, en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, VVAA (dir. Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel y Rodrigo Tena Arregui), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. Acción rescisoria concursal: ejercicio abusivo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 100, 2016, pp. 619-632.

GARNICA MARTÍN, Juan: *Comentarios a la Ley Concursal*, VVAA, Bosch, Barcelona, 2004.

GAROUPA, Nuno y GÓMEZ LIGUERRE, Carlos: “The Syndrome of the Efficiency of the Common Law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 29, nº 2, 2011, pp. 321-334.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el Derecho*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Comares, Granada, 1998.

--- *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999.

--- “Régimen de la acción civil en los procesos penales por el delito de alzamiento de bienes”, *Tribunales de Justicia*, 2002, pp. 1-20.

--- “Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo civile spagnolo: il ruolo delle associazioni dei consumatori”, en *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, VVAA, (coord. Sergio CHIARLONI y Paolo FIORIO), Giappichelli, Turín, 2005, pp. 129-157.

--- “La protección de los consumidores en el proceso civil español”, publicado en la página web del Institut André Tunc de la Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2005. Accesible en <http://eprints.ucm.es/23856/>

--- “Acción colectiva de usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la STS de 15 de julio de 2010)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6, 2011, pp. 51-73.

--- “Características de los grandes sistemas de investigación de Derecho comparado”, *Cuadernos Digitales de Formación* 4/2011, *Instrucción penal en el Derecho Comparado*.

--- “Medidas cautelares (art. 31 RB)”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, VVAA, Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 309-340.

--- “Eficacia de cosa juzgada material de la resolución sobre admisibilidad de un medio de prueba. Licitud y eficacia de los pactos sobre prueba”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 151, julio-septiembre 2011, pp. 805-815.

--- “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 (Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y iura novit curia. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios)”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, VVAA, (dir. Mariano Yzquierdo Tolsada; coord. Javier Espín Granizo), Boletín Oficial del Estado-Dykinson, Madrid, 2016, pp. 259-272.

GEIS I CARRERAS, Gemma: *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013.

GHIRGA, Maria Francesca: *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè, Milán, 2012.

GIL ESTELLÉS, Carlos: *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1949.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 5, 1984, pp. 1509-1524.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 61, 2008, pp. 5-30.

GIMENO GAMARRA, Rafael: “La oposición de tercero a la sentencia y a la ejecución en el Derecho Español”, *Revista de Derecho Privado*, abril, 1950, pp. 326-337.

GIMENO SENDRA, Vicente: *La Querrela*, Bosch, Barcelona, 1977.

- *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004.
- “El recurso de casación civil”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, VVAA, Iustel, Madrid, 2007, pp. 277-269.
- *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.
- *Proceso civil práctico*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2010, Tomo V.
- GIMENO SENDRA, Vicente (dir. Jose Maria Asensio Mellado, Tomás López-Fragoso Álvarez, Manuel Ortells Ramos, Ernesto Pedraz Penalva): *Proceso Civil Práctico*, La Ley, Madrid, 2002, Tomo VII.
- GIMENO SENDRA, Vicente y FUENTES SORIANO, Olga: *Proceso civil práctico*, La Ley, Madrid, 2010, Tomo V.
- GOLDSCHMIDT, James: *Der Prozess als Rechtslage*, Neudruck Aalen, Berlín, 1925.
- GOLDSTEIN, Jacob Paul: “From the Exclusionary Rule to a Constitutional Tort for Malicious Prosecutions”, *Columbia Law Review*, Vol. 106, nº 3, 2006, pp. 643-678.
- GÓMEZ CALLE, Esther: “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil* (coords.: Luis Reglero Campos y José Manuel Busto Lago), Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2014, pp. 137 a 160.
- GÓMEZ DE LA PLAZA, María del Carmen: “Abuso de derecho”, *Revista de Derecho Privado*, nº 90, 2006, pp. 2-73.
- GÓMEZ DEL CASTILLO, Manuel M.: *El comportamiento procesal del imputado (silencio o falsedad)*, Bosch, Barcelona, 1979.
- GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén: *El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo*, tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2014.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: “Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 1/2016.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J. y SIMÓN YARZA, Fernando: “La influencia del Derecho extranjero en el Derecho público español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 106, 2016, pp. 73-118.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: “El sudor de la frente y el daño moral”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 1/2005.
- “¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 4/2015.

GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (dir.): *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, VVAA, 2015.

GÓMEZ POMAR, Fernando y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José: "A vueltas con las competencias normativas sobre Derecho privado", *Revista para el análisis del Derecho*, *InDret*, 3/2016.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*, Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral inédita (dir. Juan José Solozábal Echevarria), marzo, 2012.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: "Nulidad e infracción de patentes en Europa después de GAT y Roche", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo VI, 2006, pp. 269-284.

GONZALEZ GARCÍA, Jesús María: "Abuso del proceso", en *Temas de Derecho Procesal*, VVAA, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Invedepro, Caracas, 2004, pp. 337-403.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

GONZÁLEZ-BUENO, Carlos y LOZANO, Laura: "Anti-suit injunction: where does Gazprom leave us?", *Spanish Arbitration Review*, nº 24, 2015, pp. 91-105.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

---"El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pp. 191-215.

---*Ecos de la Inquisición*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis: "La prejudicialidad penal en el arbitraje", *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V.I, 2012, pp. 121-148.

GOODHEART, Arthur L.: "The foundation of Tortious Liability", *The Modern Law Review*, Vol. 2, nº 1, 1938, pp. 1-13.

GOTTWALD, Peter: "Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective", en *Civil Justice in Crisis*, VVAA (ed. Adrian Zuckerman), *Oxford University Press, Oxford*, 1999, pp. 207-234.

GRAZIOSI, Chiara: "Alcune notazioni sulla riforma del 2009", en *Giurisprudenza di Merito*, 2010.

GUASP, Jaime: *Derecho*, Gráficos Hergón, Madrid, 1971.

GUDE MENÉNDEZ, Emilio: "Naturaleza jurídica y procedimiento de la revocación parcial de condenas de pago de sentencias de apelación ya ejecutadas provisionalmente en la primera instancia", en *Práctica contenciosa para abogados 2015*, Wolters Kluwer España, S.A., Las Rozas (Madrid), 2015, pp. 200-219.

GUTIÉRREZ LÓPEZ, Francisco: *Gasto público y funcionamiento de la Justicia en España entre 2014 y 2013*, tesis doctoral inédita, Universidad de Sevilla, 2015.

HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 2010.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John: *El Federalista* (trad. Gustavo Velasco), Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1957.

HAZARD, Jr., Geoffrey C. y TARUFFO, Michele: *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. de Fernando Gascón Inchausti), Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

HERMAN, Shael: "Classical Social Theories and the Doctrine of `Abuse of Right`", *Louisiana Law Review*, Vol. 37, 1977, pp. 747-760.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: "1716. Sentencia de 1 de abril de 2003: legitimación para recurrir de la parte allanada en juicio cuya sentencia ordena la venta de la finca en pública subasta. Conocimiento de la irregular constitución de la *litis* tras haberse dictado sentencia en primera instancia. Conformidad "*post sententiam*" de los derechohabientes pretéritos", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 64, 2004, pp. 87-98.

HESS, Burkhard: "Abuse of procedure in Germany and Austria" en *Abuse of Procedural Rights Comparative Standards of Procedural Fairness*, (ed. Michele Taruffo), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 151-179.

HESS, Burkhard y JAUERNIG, Othmar: *Manuel de Derecho procesal civil* (trad. Eduardo Roig Molés), Marcial Pons, Madrid, 2015.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos: "La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo", *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 4/2014.

ILLESCAS RUS, Ángel Vicente: "Artículos 256 a 263", en *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, VVAA (coord. Juan Antonio Xiol Ríos), Sepín, Las Rozas, 2008, pp. 1605-1852.

INGMAN, Terence: *The English legal process*, 8ª ed., Blackstone Press Limited, Londres, 2000.

JEULAND, Emmanuel: *Droit processuel général*, 3ª ed., Lextenso éditions, Issy-les Moulineaux, 2014.

JOSELYN, Janet Eve: "The Song of the Sirens -- Sanctioning Lawyers Under 28 U.S.C. 1927", 31 Boston College Law Review, n° 477, 1990, pp. 477-500.

JOSSERAND, Louis: *De l'abus des droits*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1905.

JUDT, Tony (con SNYDER, Timothy): *Thinking the Twentieth Century*, Penguin, Londres, 2012.

KANT, Immanuel: "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" (1793). "En torno al tópico 'tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica'" (trad. M. Francisco Pérez López, Juan Miguel Palacios y Roberto Rodríguez Aramayo), *Teoría y Práctica*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1993.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1974.

LANZÓN MARTÍNEZ, Fernando: "Anti Suit Injunction y Anti Arbitration Injunction en el arbitraje comercial internacional", *Spanish Arbitration Review*, n° 17, 2013, pp. 69-76.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier: *Entre el Derecho y la Moral*, Distribuciones Fontamara, Méjico, 2000.

LARENZ, Karl: *Derecho justo*, (trad. Luis Díaz-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1985.

LAURENT, Francois: *Principes de droit civil*, 3ª ed., Hachette Livre-Bnf, París/Bruselas, 1878.

LLECIÑENA IBARRA, Ascensión: "Utilización perversa del interdicto de obra nueva y obligación de indemnizar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003", *Revista de Derecho Privado*, n° 1-2, 2004, pp. 117-128.

LIPSEY, Richard y LANCASTER, Kelvin: "The General Theory of Second Best", *The Review of Economic Studies*, Vol. 24, n° 1, 1956, pp. 11-32.

LOIS ESTÉVEZ, José: *Teoría del fraude en el proceso civil*, Porto, Santiago de Compostela, 1948.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, José Francisco: "Abuso de derecho: uso caprichoso de los cauces procesales. Comentario a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo n° 44/2006, de 25 de enero", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n° 5/2006, pp. 21003-21005.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel: “La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia”, *Revista penal*, nº 15, 2005, pp. 67-84.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio: “Litigios transfronterizos de propiedad industrial en la Comunidad Europea”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 29, 2008-2009, pp. 225-260.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: “Artículo 247”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, VVAA, (dir. Antonio María Lorca Navarrete), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1587-1593.

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: “La buena fe procesal: consideración doctrinales y jurisdiccionales”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 41-102.

MALLON, Cris y WAISMAN, Shai (ed.): *The law and practice of restructuring in the UK and US*, Oxford University Press, VVAA, Oxford, 2011.

MANRIQUE TORRES, Jorge Isaac: “Temeridad y malicia procesales al banquillo: crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse”, *Revista Jus Navigandi*, nº 2825, 2011, pp. 61-123.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: “La condena en costas en los procesos civiles de consumidores”, *Estudios sobre consumo*, nº 68, 2004, pp. 69-78.

MARKOVITS, Richard S.: “Second-Best Theory and Law&Economics: An introduction”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 73, 1998, pp. 3-10.

MÁRQUEZ PRIETO, Antonio: *El proceso de Seguridad Social y la reducción de privilegios administrativos*, Comares, Granada, 1999.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim: “Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 35, 2010, pp. 39-50.

---“La responsabilidad civil del abogado por la interposición de un proceso judicial infundado”, *Diario La Ley*, 1 de septiembre nº 7458, 2010.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: *El abuso del Derecho*, Montecorvo, Madrid, 1982.

MARTÍN SAGRADO, Óscar: “El uso patológico de la acción popular. Su inaplazable reforma”. *Diario La Ley*, nº 9743, 18 de abril de 2016.

MARTÍN VALVERDE, Antonio: “El abuso del proceso en la jurisdicción social”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, VVAA, (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 167-208.

MASCIORA, Mario: *La conducta procesal de las partes*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

MASSAGUER FUENTES, José: "Artículo 206. Legitimación para impugnar", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas* (coord. Javier Juste Mencía), VVAA, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 248-269.

MATÍA PRIM, Javier: *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

MEDINA CRESPO, Mariano: "La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 40, 2011, pp. 25-42.

MENCHINI, Sergio: "Artt. 96- Responsabilità aggravata", en *La riforma della giustizia civile*, VVAA, UTET giuridica, Turín, 2009.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2008, pp.127- 145.

---"Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y canon reforzado de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, VVAA, Universidad de Cantabria, 2009, pp. 635-656.

MIRANDA REYES, Diego: "Hacia una nueva delimitación del abuso del Derecho a partir de sus fundamentos", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 44, 2016, pp. 31-40.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María: "Comentario al art. 7.1", en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 37-56.

---"Sociedad y Comunidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 53, 2013, pp. 351-382.

MIQUEL SALA, Rosa: "Intervención voluntaria de aseguradora para demandar a otra aseguradora en el domicilio del perjudicado", *La Ley Unión Europea*, nº 37, 31 de mayo, 2016, pp. 1-13.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, VVAA, 2005, pp. 691-742.

MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

---"Ideología y proceso civil. Su reflejo en la 'buena fe' procesal", en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 251-320.

MONTERO AROCA, Juan (con GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Jurisdiccional*. Tomo II, Proceso Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTESINOS GARCÍA, Ana: "Últimas tendencias en la Unión Europea sobre acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR", *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 12, diciembre 2014, pp. 87-112.

MORA-SANGUINETTI, Juan S. y GAROUPA, Nuno: "Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010", *International Review of Law and Economics*, vol. 44, 2015, pp. 29-41.

MORA-SANGUINETTI, Juan S. y GÓMEZ POMAR, Fernando: "Males de la justicia: analizando los datos", *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, 1/2014.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: "Abuso de derecho y estado de necesidad como posibles límites al interdicto de recuperar la posesión", *Poder Judicial*, nº 2, 1986, pp. 59-66.

MORENO HELLÍN, José: "Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitutoria, daños y perjuicios", en *Medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil*, VVAA, Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ), Madrid, 2004, pp. 63-100.

MÖRSDORF-SCHULTE, Juliana: *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages*, Tübingen. Mohr Siebeck, 1999.

MORRELL, Mark T.: "Who Wants Nominal Damages Anyway? The Impact of an Automatic Entitlement to Nominal Damages Under § 1983", *Regent University Law Review*, 225, 2001.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: "La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 313 de la Ley Hipotecaria", *Diario La Ley*, Vol. 7, 2001, pp. 490-1494.

---"Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.: Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de "efficient breach", *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 2, 2012.

--- “La valoración judicial de la prueba de ADN: estadística y verdad procesal. A propósito de la STS nº 607/2012, de 9 de julio de 2012”, *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 30, 2013, pp. 277-310.

--- “Prejudicialidad civil e impugnación de acuerdos sociales” en *Práctica contenciosa para abogados 2013*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2013, pp. 713-726.

--- “La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, número 8634, 28 de octubre de 2015, pp. 13-17.

MANIRUZZMAN, Munir: “The Authority of a Truncated Arbitral Tribunal – Straight Path of Puzzle”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de Julio de 2012. Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=2107678>

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi: “Comentario a la Sentencia nº 142/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 14, de 23 de febrero de 2011”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V.I, 2012, pp. 495-501.

---*La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006.

NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

OLSON, Mancur: *The logic of collective action*, Harvard University Press, Cambridge, 1965.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *La ejecución de los laudos arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1996.

--- “La responsabilidad civil por alzamiento de medidas cautelares tras sentencia absolutoria. Reflexiones al filo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*, VVAA, (dir. Joan Picó i Junoy), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 343-358.

---*La brecha procesal civil entre EEUU y Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.

--- *Proceso Civil Práctico* (VVAA), La Ley, Madrid, 2002, Tomo VII.

--- “Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 38, 2016.

ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: "Análisis económico del Derecho y Política Criminal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004, pp. 31-73.

OVEJERO LUCAS, Félix: *El compromiso del creador*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014.

OWENS, David B.: "Civil rights foe or frivolous litigation enabler? An empirical study of Rule 11 Practice under the 1983 and 1993 versions", *working paper*, junio, 2010. Accesible en: <http://ssrn.com/abstract=1622061>.

PADURA BALLESTEROS, M^a Teresa: *Los intereses procesales por demora*, Trivium, Madrid, 1999.

PALOMBELLA, Gianluigi: "El abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 29, 2006, pp. 33-57.

PALOMINO SEGURA, Juan: "La prejudicialidad penal en el arbitraje", *Diariojuridico.com*, 30 de agosto de 2011.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en *Asociación de profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil*, Tomo 2, Madrid, 1990.

--- "Comentario al artículo 1902 del Código Civil", en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 1971-2002.

--- "El sistema de responsabilidad contractual. Materias para un debate", *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1092.

--- "*Persevere diabolicum* ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?", *Jueces para la Democracia*, nº 19, 1993, pp. 6-10.

--- "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pp. 167-192.

PASCAL, Blaise: *Pensamientos* (trad. Xavier Zubiri), Alianza Editorial, Madrid, 2004.

PASTOR PRIETO, Santos: *Análisis económico de la Justicia y reforma judicial*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2016.

PATON, George: *A text-book of Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1972.

PAZ RUBIO, José María: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: "La economía política como jurisprudencia racional", *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1981, pp. 601-708.

--- “El *enforcement* de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 5, 2003, pp. 19-43.

--- “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 1/2014, pp. 23-35.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040.

--- “Artículo 38”, en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, VVAA (coords. María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 980-1000.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Derechos Fundamentales*, Universidad de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1986.

PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel: “La competencia territorial disponible” (coord. Alonso Cuevillas Sayrol), en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*, Vol. I, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, pp. 311-360.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

--- “El alcance del principio de “los riesgos generales de la vida” como criterio de exclusión de la responsabilidad civil”, en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano Herrador Guardía), Sepin, Las Rozas, 2011, pp. 141-194.

PERYANO, Jorge W.: “Abuso de los derechos procesales” en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 75-85.

--- “El abuso procesal recursivo o situación del recurso *ad infinitum*”, *Ius et Veritas*, nº 33, 2006, pp. 195-197.

PEYRANO, Guillermo: “Abuso de derecho procesales”, en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 169-186.

PFENNIGSTORF, Wenner: “The European experience with attorney fee shifting”, 47, *Law and Contemporary Problems*, 1984, pp. 37-124.

PICÓ I JUNOY, Joan: *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003.

--- “El principio de buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de la ley procesal* (dir. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, VVAA, 2006, pp. 17-39.

--- "El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales", *Diario La Ley*, nº 6198, 2005, pp. 1427-1441.

--- "El principio de la buena fe procesal", *Justicia y Derecho*, 2009, pp. 1-39.

PINTO FONTANILLO, José Antonio: "La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del Derecho", en *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, VVAA, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 47-62.

POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven: "The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy", *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, nº 247, 1998, pp. 223-237.

--- "Economic Analysis of Law", *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, Working Paper nº 536, 2005.

POSNER, Richard A.: "A theory of Negligence", 1 *Journal of Legal Studies* nº 29, 1972, pp. 29-96.

--- *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

--- *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2010.

--- "What Is Obviously Wrong with the Federal Judiciary, Yet Eminently Curable, Part I", 19 *GREEN BAG 2D* 187, 2016, pp. 187-268.

POSNER, Eric A. y SUNSTEIN, Cass R.: "The Law of other States", 59 *Stanford Law Review*, nº 131, 2006, pp. 131-180.

POUND, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, New Hampshire, 1921.

PRADAS POVEDA, José Manuel y VÁZQUEZ MARTÍN, Ernesto: "El abuso del Derecho y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial" en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Tomo II (dir. por Manuel Aragón Reyes y Julián Martínez-Simancas), VVAA, Aranzadi, 1998, pp. 1671-1709.

PRIETO-CASTRO CASTILLO, Leonardo: "Naturaleza jurídica del concurso y de la quiebra", *Revista de Derecho Procesal*, Tomo XI, 1945.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 1973, Vol. I.

--- *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1985, Tomo II.

PROSSER, William Lloyd: *The Law of Torts*, 4ª ed., Lawyer's edition, St. Paul West, Minn., EEUU, 1971.

QUECEDO ARACIL, Pablo: "Comentario a los artículos 524 a 533 LEC" en *Comentarios a la nueva LEC*, VVAA, Iurgium, Barcelona, 2000.

QUICIOS MOLINA, Susana: "El daño moral: requisitos para que proceda su resarcimiento", en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano Herrador Guardía), Sepin, Las Rozas, 2011, pp. 559-606.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: "La acción tercera o cuasi criminal propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 868-877.

RAMÍREZ LÓPEZ, José Antonio: *La Quiebra*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1998.

RAMBALDO, Juan Alberto: "El abuso procesal" en *Abuso Procesal* (dir. Jorge W. Peyrano, coord. Juan Alberto Rambaldo), VVAA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 125-230.

RAMOS ROMEU, Francisco: *Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídicoeconómico*, Atelier, Barcelona, 2006.

--- "¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?", *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 385, 2006.

--- "Estudio empírico de algunos paradigmas procesales: la Iglesia, Damaska, y Chiovenda", en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*, VVAA (dir. Joan Picó i Junoy), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 81-106.

RAMSEYER, J. Mark y RASMUSEN, Eric B.: "Are American more litigious? Some quantitative evidence", en *The American Illnes. Essays on the Rule of Law*, Yale University Press, New Haven-Londres, 2013, pp. 69-99.

RAFFOUL, François: *The Origins of Responsibility*, Indiana University Press, Bloomington (Indiana), 2010.

RASCH, Meehan: "Not Taking Frivolity Lightly: Circuit Variance in Determining Frivolous Appeals Under Federal Rule of Appellate Procedure 38", *Arkansas Law Review*, Vol. 62, nº 249, 2009, pp. 101-134.

RAWLS, John: *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1971.

--- *El Liberalismo político* (trad. Antoni Domènech), Barcelona, Crítica, 2006.

REDISH, Martin H.: "The Allocation of Discovery Costs and the Foundations of Modern Procedure", *The American Illnes. Essays on the Rule of Law*, VVAA, New Haven-Londres, Yale University Press, 2013, pp. 201-210.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, 4^a ed., VVAA, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

REGO BLANCO, María Dolores: *La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, del urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

REQUEJO ISIDRO, Marta: *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Colección De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2000.

--- “Sobre la anti-suit injunction y la cláusula arbitral en el espacio europeo de justicia. Observaciones para la cuestión prejudicial en el as. C-165/07, *The Front Comor*”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I, nº 2, 2008, pp. 403-433.

----“West Tankers: otra vez no a las antisuits injunctions”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2, nº 2, 2009, pp. 429-438.

REYES MONTERREAL, José María: *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 2ª ed., Gráficas Menor, Madrid, 1956.

ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, María Ángeles: “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, Ponencia española (inérita) presentada en la reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España celebrada en Roma, octubre, 2013.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “El fraude de la ley (ensayo de una dirección pluralista)”, en *El Título Preliminar del Código Civil*, VVAA, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, Vol. I, pp. 277-437.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: “Acciones negativas, derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el asunto C-133/11 *Folien Fischer AG Fofitec AG C. Ritrama Spa*”, *Revista de Derecho Europeo*, nº 47, 2013, pp. 125-147.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J.: “Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 16, 1999, pp. 121-141.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *El abuso del Derecho*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 2ª ed., 1971.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *El abuso del Derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, primera reimpresión, 1999.

ROSENDE VILLAR, Cecilia: “A vueltas con las anti-suit injunctions. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, *Asunto Gazprom*”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2015, pp. 45-56.

ROVIRA VIÑAS, Antoni: *El abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983.

RUBIN, Paul H.: "Why is the Common Law Efficient?", *Journal of Legal Studies* 6, 1977, pp. 51-63.

RUIZ MORENO, José María: "Un intento de aclaración conceptual en el orden jurisdiccional civil: la interdicción de reforma en perjuicio del recurrente", *Revista digital de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 3, 2010.

RUTHERFORD, Romy G.: "La *aemulatio* y el abuso del Derecho", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 35, 2013, pp. 635-651.

SALVADOR CODERCH, Pablo: "Comentario al artículo 3.1 del Código Civil", en *Comentarios del Código Civil*, VVAA, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I. pp. 19-26.

--- "Punitive damages", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 4, 2000, pp. 139-152.

--- "Recensión a "Derecho de Daños" de Luis Díez-Picazo", *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 1/2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: "Causalidad y responsabilidad", *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, nº 1/2006.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz: "El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica", *Revista de Derecho Privado*, nº 90, 2006, pp. 27-54.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga: "El abuso de derecho: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución Española", en *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, VVAA, Universidad de Cantabria, 2009, pp. 827-842.

SÁNCHEZ FERLOSIO, Rafael: *God & Gun, Apuntes de polemología*, Destino, Barcelona, 2008.

SÁNCHEZ VEIGA, Jesús Ángel: "Timbre, letras de cambio y tutela judicial efectiva", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 17, 2004, pp. 9-12.

SEN, Amartya: *The Idea of Justice*, Penguin, Londres, 2009.

SHAVELL, Steven: "The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system", *Journal of Legal Studies*, nº 26, 1997, pp. 575-612.

SANZ RUBIALES, Íñigo: "Contenido y alcance de la prohibición de *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 190, 2013, pp. 241-276.

SARAZÁ JIMENA, Rafael: "El pagaré en blanco: La Historia interminable", *Jueces para la democracia*, n° 18, 1993, pp. 63-68.

SCARPANTONI, Claudia: *L'abuso del processo: configurabilità e sanzioni*, Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma, 2015.

SCARSELLI, Giuliano: "Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso", *Foro Italiano*, 2010, I.

--- "Sull c.d. abuso del processo", ponencia de 23 septiembre de 2011, impartida en Urbino con ocasión del XXVIII Congreso nacional de la Asociación italiana para el estudio del proceso civil. Accesible en: <http://www.studiolegalescarselli.com/>

SCHMITT, Carl: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.

SCIALOJA, Vittorio: *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "Artículo 538", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2521-2531.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *La responsabilidad civil del abogado*, 2ª ed. Aranzadi, Elcano, 2001.

SILVESTRI, Elisabetta, "Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission", *Russian Law Journal*, 2013, (1), pp. 46-56.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, n° 71, 1991, pp. 87-109.

SOTO NIETO, Francisco: "Principios éticos en el proceso: el fraude y estafa procesales", *Revista de Derecho Privado*, 1974, Vol. 58, n° 10, pp. 889-909.

SUMMERS, Robert S.: "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, n° 54, 1968, pp. 195-267.

--- "The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", *Cornell Law Review*, n° 63, 1978, pp. 707-788.

STINSON, Judith M.: "Why Dicta Becomes Holding and Why It Matters", *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, 2010, pp. 219-264.

STRAUSS, David A.: "Foreword: Does the Constitution mean what it says?", *Harvard Law Review*, Vol. 129, n° 1, noviembre, 2015, pp. 1-61.

SUDEROW, Julia: "Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: *forum shopping* y *demandas torpedo*", *Cuadernos del Derecho Transnacional*, Vol. II, 2010, pp. 317-331.

--- "Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad *versus* previsibilidad?", *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 5, marzo, 2013, pp. 184-198.

SUNSTEIN, Cass R.: *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

TAGGART, Michael: *Private property and abuse of rights in Victorian England*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 145-155.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *El objeto del proceso; alegaciones; sentencia; cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.

TARUFFO, Michele: "Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Año LX, 2006, pp. 451-482.

---*Páginas sobre justicia civil* (trad. Maximiliano Aramburo Calle), Madrid, Marcial Pons, 2009.

---"Abuso del processo", en *L'abuso del diritto*, VVAA, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, pp. 201-215.

---"Abuso del proceso", *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, v. 6, nº 2, 2016, pp. 6-29.

TENA ARREGUI, Rodrigo: "Hacia un salto evolutivo del Derecho civil: de la justicia conmutativa a la disuasión", *El Notario del Siglo XXI*, nº 70, 2016, pp. 56-62.

TESO GAMELLA, María Pilar: "Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales", *Cuaderno de Derecho Público*, nº 36, enero-abril, 2009, pp. 71-89.

TICHÝ, Luboš: "Protection against Abuse of Process", en *The Brussels Review Proposal Uncovered*, VVAA (ed. Eva Lein), 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, pp. 179-191.

VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: "La reforma de la potestad sancionadora del órgano jurisdiccional social", *Revista General del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social* nº 33, 2013.

VALLINES GARCÍA, Enrique: *La preclusión en el proceso civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

VAN RHEE, Cornelis Hendrik: *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia Antwerpen, Oxford, 2005.

--- “Evolución del Derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, nº 2, 2011, pp. 11-40.

VERDE, Giovanni: “L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)”, *Rivista di diritto processuale*, Vol. 70, nº 4-5, 2015, pp. 1085-1089.

---“Abuso del proceso e guirisdizione”, *Diritto Processuale Amministrativo*, nº 3, 2015, pp. 1138-1151.

VILAJOSANA RUBIO, Josep María: *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 33, 2010, pp. 471-502.

VON WICHMANN ROVIRA, Gerardo: “La responsabilidad extracontractual o Derecho de daños”, en *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, (coord. Vicente Simó Santonja), Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 849-1209.

WARAT, Luis Alberto: *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

WEBER, Max: *Economía y sociedad* (trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora), Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, segunda reimpresión, 2002.

WIEDERKEHR, Georges: “La notion d'action en justice d'après l'art. 30 du nouv. Code de procédure civile”, *Mélanges Hébraud*, Université Toulouse, Toulouse, 1981.

Juan Antonio XIOL RÍOS, “La responsabilidad civil de los profesionales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, 2009, pp. 561-584.

--- “Criterios de imputación en la responsabilidad contractual”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, nº 2132, 2011, pp. 1-9.

--- “Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños”, en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano José Herrador Guardía), Sepin, Las Rozas, 2011.

--- “El futuro de nuestra Administración de Justicia”, *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, mayo, 2013.

--- “El papel de los Tribunales Constitucionales en la actual crisis económica”, ponencia inédita presentada en el Encuentro entre los Tribunales Constitucionales de España y Alemania (Madrid, 17 a 19 de septiembre de 2014).

--- “El ocaso de la jurisprudencia constitucional sobre valoración del daño corporal”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 50, 2014, pp. 9-30.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1983.

--- “De nuevo sobre la buena fe”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), nº 6, 1988, pp. 633-681.

--- *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Editorial Reus, Madrid, 1989.

--- *Comentario del Código Civil*, VVAA (coord. Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, Tomo 8, pp. 368 y ss.

--- “2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 57, 2001, pp. 595-606.

--- “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliniana revestida de amenaza”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. Antonio Cabanillas Sánchez), Vol. 2, 2002, pp. 3339-3358.

----- “Querellas chantajistas y Derecho civil *light*. Sobre las disfunciones de la acción civil en el proceso penal”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 16, 2005.

----- “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista jurídica del Notariado*, nº 57, 2006, pp. 265-290.

--- *Responsabilidad civil extracontractual*. Dykinson, Madrid, 2014.

ZABALA-LÓPEZ GÓMEZ, Carlos: “Algunas cuestiones sobre la prejudicialidad penal en el arbitraje y los delitos societarios”, *Diario La Ley*, nº 7403, 17 de mayo, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil*, (trad. Marina Gascón), Trotta, Madrid, 2ª ed., 1995.

ZÁRATE CONDE FISCAL, Antonio y DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: “Reflexiones sobre la transacción en el marco de una Fiscalía Europea (1)”, *Diario La Ley*, nº 8862, 14 de noviembre de 2016.

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: “La audiencia al demandado rebelde y el recibimiento a prueba en segunda instancia: un supuesto de abuso procesal”, *Jueces para la democracia*, nº 9, 1990, pp. 47-49.

WIEACKER, Franz: *El principio general de la buena fe*, Cívitas, Madrid, 1982, pp. 21-12.

WHITT, Kelsey: “The Split on Sanctioning Pro Se Litigants Under 28 U.S.C. § 1927: Choose Wisely When Picking a Side, Eighth Circuit”, *Missouri Law Review*, v. 73, 2008, pp. 1366-1383.

