

# **APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS PROCESALES**

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN  
Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid

Trabajo publicado en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2023, pp. 321-351.

## APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS PROCESALES

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho procesal y Derecho penal

Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. — 2. LOS CONTRATOS PROCESALES. 2.1. Los contratos procesales como categoría jurídica. 2.2. La naturaleza compleja de los contratos procesales. — 3. LOS CONTRATOS PROCESALES: UNA CLASIFICACIÓN. 3.1. Los contratos procesales dispositivos: la regulación contractual del proceso y la actuación del tribunal; 3.2. Los contratos procesales obligacionales: la regulación contractual del comportamiento de las partes. — 4. LOS CONTRATOS PROCESALES: CRITERIOS DE VALIDEZ. 4.1. Los contratos procesales dispositivos: criterios de validez; 4.2. Los contratos procesales obligacionales: criterios de validez; 4.3. Excurso: la disposición contractual del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). — 5. LOS CONTRATOS PROCESALES: SU EFICACIA PROCESAL Y MATERIAL. 5.1. La eficacia procesal de los contratos procesales dispositivos; 5.2. La eficacia procesal y material de los contratos procesales obligacionales; 5.3. La *exceptio doli processualis* como una herramienta para conseguir la eficacia procesal de las obligaciones de no hacer. — 6. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS PROCESALES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL POSITIVO. — 7. EL ESTUDIO DE LOS CONTRATOS PROCESALES EN PARTICULAR. 7.1. El contrato procesal sobre el recurso de casación directo (*per saltum*); 7.2. El contrato procesal sobre los medios de prueba. — 8. LOS CONTRATOS PROCESALES: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. — 9. CONCLUSIÓN.<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

¿Es válido un contrato por el que las partes se obligan a no proponer un documento como medio de prueba? ¿Lo es un contrato por el que las partes se obligan a no recurrir una futura sentencia, a no solicitar medidas cautelares o a no ejercitar acciones ejecutivas? ¿Y un contrato por el que las partes modifican el plazo procesal para contestar a la demanda o para presentar un recurso ordinario? ¿Cuál es el objeto de estos contratos? ¿Qué consecuencias procesales o materiales tiene su incumplimiento? Todos estos contratos tienen algo en común: son contratos procesales a través de los que las partes pretenden influir en un proceso.

El presente trabajo pretende aproximarse a una *teoría general del contrato procesal*. En concreto, se abordarán cuestiones como (i) qué es un contrato procesal; (ii) de qué depende su validez; (iii) qué eficacia tiene; y (iv) cómo se integra en el ordenamiento procesal positivo. Por último se examinarán (v) dos contratos procesales particulares — lo cual permitirá aplicar la teoría general expuesta a dos supuestos concretos—; y (vi) qué función económica cumplen los contratos procesales en la realidad.

### 2. LOS CONTRATOS PROCESALES

Los contratos procesales son negocios jurídicos —*i.e.*, acuerdos de voluntad— a través de los que las partes pretenden influir en un proceso determinado.<sup>2</sup> El papel central

<sup>1</sup> Este artículo sintetiza una parte de la tesis doctoral del autor publicada recientemente: SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022 [ISBN: 978-84-1381-411-7].

<sup>2</sup> HELLWIG, H. J., *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968, p. 129. STEIN-JONAS/KERN, “vor §128”, 23ª ed., Rn. 330-335; WAGNER, G.,

de la autonomía de la voluntad y la posibilidad de celebrarlos fuera y antes del proceso en el que pretende influir es lo que diferencia a los contratos procesales de los (meros) actos procesales.<sup>3</sup> En este sentido, lo relevante para definir qué es un contrato procesal es que la autonomía de la voluntad *pretenda idealmente* la producción de determinados efectos procesales —*gewollten prozeßrechtlichen Wirkungen*—. <sup>4</sup>

A y B celebran un contrato por el que se obligan a no recurrir una futura sentencia. El contrato debe calificarse de procesal, por cuanto la voluntad de las partes se proyecta sobre la esfera procesal y pretende la producción de determinados efectos procesales —*i.e.*, la exclusión de una segunda instancia—.

## 2.1. Los contratos procesales como categoría jurídica

Ha sido en Alemania donde mayor atención y desarrollo han recibido los contratos procesales —*Prozeßverträge*—. En la actualidad, se incluyen referencias de los contratos procesales como categoría jurídica en la mayoría de los manuales de Derecho procesal civil y los códigos procesales comentados de aquel país. La jurisprudencia alemana —y, en concreto, el BGH— ha tenido un papel indiscutible en la recepción y la consolidación de los contratos procesales. Desde luego, este desarrollo ha sido también fruto de años de investigación científica. Las contribuciones de KOHLER<sup>5</sup>, NIESE<sup>6</sup>, SCHIEDERMAIR<sup>7</sup>, BAUMGÄRTEL<sup>8</sup>, HELLWIG<sup>9</sup>, SCHLOSSER<sup>10</sup> o WAGNER<sup>11</sup>, entre muchas otras, son una muestra del interés que ha existido en la doctrina germana en torno al contrato procesal.

Desde luego, los contratos procesales no son una realidad desconocida en el ordenamiento español. El arbitraje o el pacto de sumisión expresa, sin ir más lejos, son negocios jurídicos que indudablemente se pueden calificar como contratos procesales.

---

*Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 46-47; HELLWIG, H. J., *Zur Systematik*, op. cit., p. 41; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen in Zivilprozess*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1935, p. 37.

<sup>3</sup> BERNARDO SAN JOSÉ, A., *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Comares, Granada, 2002, pp. 14-15; DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Aranzadi, Madrid, 2010, p. 73.

<sup>4</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., p. 29; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, op. cit., p. 34; TRENKER, M., *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 2020, pp. 5-7, 814-817; NIESE, W., *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1950, pp. 91-93; HELLWIG, H. J., *Zur Systematik*, op. cit., p. 44, 79; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, op. cit., pp. 23, 39, 167; KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Dunker and Humblot, Berlin, 1976, p. 189; KNECHT, O., *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, [s.n.], Freiburg im Br., 1937, pp. 61-62, 66; DICKHOFF, V., *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozess*, F. Linke, Berlin, 1941, pp. 30-33, 64-65; WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., pp. 28 y ss.; HELLWIG, H. J., *Zur Systematik*, op. cit., p. 79; ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción* (trad. CARLOS, E., KROTOSCHIN, E.), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 360; CADIET, L., “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justificación en Francia”, *Civil Procedure Review*, vol. 3, núm. 3, 2012, p. 3; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, 2ª ed., JusPodivm, Salvador da Bahia, 2018, pp. 71-72.

<sup>5</sup> KOHLER, J., *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1984.

<sup>6</sup> NIESE, W., *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Universitätverlag von Rober Noske, Borna-Leipzig, 1930.

<sup>7</sup> SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, op. cit.

<sup>8</sup> BAUMGÄRTEL, G., *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Verlag Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt, 1957.

<sup>9</sup> HELLWIG, H. J., *Zur Systematik*, op. cit.

<sup>10</sup> SCHLOSSER, P., *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968.

<sup>11</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit.

Son, además, contratos procesales típicos o institucionalizados respecto de los cuales el ordenamiento contempla herramientas jurídicas para asegurar su eficacia procesal en caso de incumplimiento (*vid. infra*).

A pesar de ello, no ha existido en España un intento claro de desarrollar *los contratos procesales como una categoría jurídica* en sí, esto es, como un conjunto de negocios jurídicos que comparten una serie de elementos estructurales y unos criterios de validez y eficacia comunes.<sup>12</sup>

## 2.2. La naturaleza compleja de los contratos procesales

El contrato procesal es una institución de naturaleza compleja que se sitúa en la intersección entre el Derecho civil y el Derecho procesal, es decir, entre el Derecho privado y el Derecho público.<sup>13</sup> Se nutre de instituciones básicas para ambas áreas como lo son el negocio jurídico, el contrato, los actos procesales, la actividad jurisdiccional, el proceso o las normas jurídicas imperativas y dispositivas —civiles y procesales—. Esta categoría conceptual pone así en relación distintas parcelas del ordenamiento y somete instituciones jurídicas civiles y procesales a dinámicas específicas. Esto explica la naturaleza compleja que tienen los contratos procesales.

Un contrato procesal válidamente celebrado puede producir efectos materiales y procesales de distinto tipo. Esta naturaleza compleja les es propia y se debe tener presente en todo momento. Por ello, el estudio de los contratos procesales impone *diferenciar y examinar por separado la validez, la eficacia procesal y, como se verá, la eficacia material* de cada uno de ellos.

Es posible que exista un contrato procesal *válido* que sea *ineficaz procesalmente*; pero que tenga consecuencias en el plano material —*v.gr.*, haga nacer la obligación de indemnizar los daños derivados de su incumplimiento (*vid. infra*)—.

Imagínese que A y B se obligan a no presentar un recurso frente a la sentencia que se dicte en primera instancia. B incumple su obligación y, una vez dictada la sentencia de primera instancia, interpone un recurso de apelación. A no ser que el ordenamiento incorpore alguna herramienta específica para conseguir la inadmisión del recurso de B interpuesto en contra del acuerdo, lo usual será que el contrato no tenga consecuencias procesales —*i.e.*, que no despliegue los efectos que las partes pretendían: la exclusión de la segunda instancia—. No obstante, se está ante un contrato válido. La interposición del recurso de apelación por parte de B supone el incumplimiento de una obligación material que tendrá efectos en el plano sustantivo (*vid. infra*).

## 3. LOS CONTRATOS PROCESALES: UNA CLASIFICACIÓN

Los contratos procesales se suelen clasificar en dos grandes grupos: los contratos procesales dispositivos —*prozessuale Verfügungsverträge*— y los contratos procesales obligacionales —*prozessuale Verpflichtungsverträge*—. <sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., *El convenio arbitral*, *op. cit.*, p. 75; CAPONI, R., “Autonomía privada e processo civile: gli accordi procesual”, *Revista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, núm. 11, 2008, p. 109.

<sup>13</sup> NIESE, W., *Prozesshandlungen*, *op. cit.*, pp. 6, 59.

<sup>14</sup> WAGNER, G., *Prozessverträge*, *op. cit.*, p. 35; STAUDINGER/RODI (2019), “Anh zu §§ 305-310”, Rn. 5; KERN, C. A., “Procedural contracts in Germany” en DO PASSO CABRAL, A., HENRIQUE NOGUEIRA, P. (coords.), *Negócios Processuais*, Jus Podivm, Salvador, 2015, pp. 181-184; PONDÉ

En abstracto, los contratos procesales pretenden influir en (i) la ordenación del proceso, (ii) la actuación del órgano jurisdiccional o (iii) el comportamiento procesal de las partes. Los contratos que pretenden influir en el proceso o la actuación del tribunal son dispositivos. La regulación del comportamiento de las partes suele articularse a través de contratos obligacionales.<sup>15</sup>

Desde luego, como cualquier clasificación, se trata de una sistematización artificial. Ahora bien, su finalidad no es simplemente teórica. Estas dos subcategorías ayudan a identificar aquellos elementos, criterios de validez y eficacia que suelen ser comunes a varios contratos procesales.

### **3.1. Los contratos procesales dispositivos: la regulación contractual del proceso y la actuación del tribunal**

Los contratos procesales sobre la ordenación del proceso son todos aquellos en los que las partes pretenden influir en la forma en la que este se desarrolla. La voluntad de las partes se proyecta directamente sobre la ordenación del proceso como conjunto de actos y trámites reglados.

Un hipotético contrato procesal por el que se amplían o reducen los plazos procesales, por el que se acuerda la supresión de alguna fase del procedimiento —*v.gr.*, la audiencia previa al juicio— serían ejemplos de este tipo de contratos.

En los contratos procesales sobre la actuación del órgano jurisdiccional, las partes pretenden influir en comportamientos activos o pasivos que debe llevar a cabo el juez o el tribunal.

Un contrato procesal por el que se acuerda que el tribunal no podrá preguntar a los testigos o por el que se acuerda que ordene la práctica de los medios de prueba que considere pertinentes son algunos ejemplos de este tipo de negocios.

Los contratos procesales sobre la ordenación del proceso y la actuación del órgano jurisdiccional —cuya admisión es la más controvertida— son negocios procesales dispositivos. Su *validez* y *eficacia* depende de la existencia de una *norma procesal dispositiva* que le dé a la autonomía de la voluntad tal fuerza normativa (*vid. infra*).<sup>16</sup> Por ello, estos contratos presuponen que las partes tengan un poder de disposición sobre el proceso o sobre el comportamiento del tribunal.<sup>17</sup>

### **3.2. Los contratos procesales obligacionales: la regulación contractual del comportamiento de las partes**

Los contratos procesales también pueden influir en un proceso concreto regulando el comportamiento de las partes. Esto se lleva a cabo mediante la constitución de obligaciones de hacer o no hacer determinados actos procesales en un proceso actual o futuro.

---

FONSECA, J., “The Changing Role OF Courts between the Privatization of Adjudication and the Privatization of Procedure” en CADIET, L., HESS, B., REQUEJO ISIDRO, M. (eds.), *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 154-155; KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse*, *op. cit.*, pp. 66-71; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 79-82.

<sup>15</sup> DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 194-203.

<sup>16</sup> SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>17</sup> STEIN-JONAS/KERN “vor §128”, *op. cit.*, 23ª ed., Rn. 346.

Un contrato procesal por el que las partes se obligan a no presentar un medio de prueba, a no solicitar la adopción de medidas cautelares, a no recurrir o ejecutar una sentencia serían ejemplos de este tipo de contratos.

Los contratos procesales obligacionales son acuerdos de voluntad en los que las partes se obligan a hacer o no hacer determinados actos.<sup>18</sup> Su objeto lo constituye cualquier comportamiento activo o pasivo que las partes son libres de llevar a cabo en la esfera procesal. La validez de estos contratos, como se verá, depende de la válida disposición de los poderes procesales de las partes.<sup>19</sup>

#### 4. LOS CONTRATOS PROCESALES: CRITERIOS DE VALIDEZ

Clasificar los contratos procesales en dispositivos y obligacionales sirve para diferenciar y examinar los criterios de validez de los que depende cada uno.

##### 4.1. Los contratos procesales dispositivos: criterios de validez

Como se acaba de decir, los contratos procesales dispositivos suponen la disposición de situaciones jurídico-procesales permitida por una norma procesal. Su *validez* depende de la existencia de una *norma procesal dispositiva* que le dé a la autonomía de la voluntad tal fuerza normativa.

En el ordenamiento procesal existen normas procesales imperativas y dispositivas. Esta distinción se remonta a los estudios de VON BULÖW de hace más de un siglo.<sup>20</sup> Un examen en torno a la admisibilidad de los contratos procesales dispositivos inicia por una debida identificación de qué es el *Derecho procesal dispositivo*.

Las normas procesales dispositivas autorizan a los sujetos procesales a influir en la situación procesal que se deriva de la norma. La norma dota de eficacia jurídico-procesal a la autonomía de la voluntad de las partes.<sup>21</sup> La norma jurídica dispositiva está formada por dos elementos, la habilitación legal o la autorización para modular los efectos jurídicos de la norma —*Ermächtigungsnorm*— y una regulación subsidiaria que se aplicará en el caso de que las partes no hagan uso de la autorización que la norma les otorga —*subsidiäre Regelung*—. <sup>22</sup>

Un ejemplo hipotético de norma procesal dispositiva sería el siguiente: «Las partes, de común acuerdo, podrán acordar que el procedimiento se tramite por los cauces del juicio verbal u ordinario. En defecto de pacto, el procedimiento se tramitará por el juicio que corresponda según las reglas generales de la Ley

---

<sup>18</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., p. 35; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, op. cit., p. 80; ROSENBERG, L., *Tratado I*, op. cit., p. 36; BELOHLAVEK, A. J., “The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration”, *Yearbook on International Arbitration*, núm. 2, 2012, p. 36; TRENKER, M., *Einvernehmliche*, op. cit., pp. 823-824.

<sup>19</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., pp. 55-56; CAPONI, R., “Autonomía privada e processo”, op. cit., pp. 102-103.

<sup>20</sup> BULÖW, O., “Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *AcP*, núm. 64, 1881, pp. 1-109; HELLWIG, H. J., *Zur Systematik*, op. cit., p. 82; NIESE, W., *Prozesshandlungen*, op. cit., pp. 63-70; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, op. cit., pp. 50-53; ROSENBERG, L., *Tratado I*, op. cit., pp. 35-36; CHIZZINI, A., “Koventionalprozess e poteri delle parti”, *Rivista di Diritto Processuale*, año LXX, enero-febrero 2015, pp. 49-50; FABBI, A., “New «Sources» of Civil Procedure Law: First Notes of a Study” en CADIET, L., HESS, B., REQUEJO ISIDRO, M. (eds.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 79-80. Notas al pie 33 y 34; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, op. cit., pp. 109-112, 122-126.

<sup>21</sup> STEIN-JONAS/KERN “vor §128”, op. cit., 23ª ed., Rn. 330-335.

<sup>22</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., p. 55.

de Enjuiciamiento Civil». En este ejemplo existe una norma de habilitación y una regulación subsidiaria.

En estos casos, la autonomía de la voluntad no tiene un poder invalidante de la norma jurídica. La validez de la norma —y, desde luego, también de la norma procesal dispositiva— está fuera de todo poder dispositivo de las partes. Cuando existe una norma dispositiva y las partes se desvían de lo que en ella se dispone no la están derogando, sino que simplemente están haciendo uso del poder dispositivo que la propia norma les otorga.<sup>23</sup>

*La validez de los contratos procesales dispositivos depende así de la válida disposición de una norma procesal —Normdisposition—.*<sup>24</sup> La norma incorpora la facultad de disposición y el contrato procesal supone el medio a través del cual se ejercita tal facultad.<sup>25</sup>

En los ordenamientos procesales rige el principio de legalidad —v.gr. artículo 1 Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»)—. Los contratos procesales se han de desenvolver necesariamente dentro de ese marco positivo (*vid. infra*). Solamente cuando la propia norma procesal otorgue eficacia jurídica a la autonomía de la voluntad para influir en la ordenación del proceso o en la actuación del tribunal serán válidos y eficaces estos negocios procesales.

El órgano jurisdiccional, a diferencia de los particulares, está vinculado de forma positiva a la ley: solo puede llevar a cabo los comportamientos permitidos por el ordenamiento. En el caso de que existan normas dispositivas que doten a la voluntad de las partes de eficacia procesal, la vinculación del órgano jurisdiccional al contenido del contrato procesal no deriva del propio negocio, sino de la vinculación objetiva a la norma procesal dispositiva que permite a las partes disponer negocialmente sobre su actuación.<sup>26</sup>

Un estudio sobre los contratos procesales dispositivos supone analizar la naturaleza jurídica de la norma procesal en abstracto, determinar qué normas del ordenamiento procesal tienen naturaleza dispositiva y, posteriormente, examinar cómo se articula el ejercicio de ese poder de disposición que las partes tienen a través de los negocios procesales.<sup>27</sup>

#### **4.2. Los contratos procesales obligacionales: criterios de validez**

Como también se ha dicho, los contratos procesales obligacionales son acuerdos de voluntad en los que las partes se obligan a hacer o no hacer determinados actos procesales relativos a un proceso actual o futuro.<sup>28</sup> La validez de estos contratos depende de la válida disposición de los poderes procesales de las partes.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> FENECH, M., CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962, p. 436.

<sup>24</sup> DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 79-80; KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse*, *op. cit.*, pp. 191-192.

<sup>25</sup> NIESE, W., *Prozesshandlungen*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>26</sup> DIDIER, JR. F., “Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño”, *International Journal of Procedural Law*, Vol. 7, Núm. 1, 2017, p. 41.

<sup>27</sup> SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, *op. cit.*, p. 62; WAGNER, G., *Prozeßverträge*, *op. cit.*, p. 57; HELLWIG, H. J., *Zur Systematik*, *op. cit.*, pp. 83-84; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>28</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, *op. cit.*, p. 35; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, p. 80; ROSENBERG, L., *Tratado I*, *op. cit.*, p. 36; BELOHLAVEK, A. J., “The Definition of Procedural Agreements”, *op. cit.*, p. 36; TRENKER, M., *Einvernehmliche*, *op. cit.*, pp. 823-824.

<sup>29</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, *op. cit.*, pp. 55-56; CAPONI, R., “Autonomía privada e processo”, *op. cit.*, pp. 102-103.

En palabras del profesor DE LA OLIVA, «el legislador no construye la serie o sucesión de actos que componen el proceso previniendo los actos de las partes como obligaciones (entonces establecería verdaderos *deberes jurídicos*): los considera actos libres».<sup>30</sup>

El ordenamiento procesal reconoce al justiciable la *libertad* de realizar ciertos comportamientos procesales y de ejercitar o no los derechos procesales —derechos subjetivos públicos de naturaleza legal y constitucional— reconocidos por el ordenamiento. Las normas procesales que regulan estos comportamientos procesales que las partes son libres de hacer o no hacer son las denominadas *normas de libertad* —*freistellende Normen*—. <sup>31</sup>

El justiciable, a modo de ejemplo, «podrá pretender de los tribunales» tutelas jurisdiccionales concretas (art. 5 LEC); «podr[á] renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo» (art. 19 LEC); el demandante «podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado» (art. 71 LEC); «todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal [...] la adopción de las medidas cautelares» (art. 721 LEC); «las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley» (art. 448 LEC).

La libertad de las partes —que hunde sus raíces en el principio dispositivo y de aportación de parte sobre el que se construye técnicamente el proceso— impregna sus posibilidades de actuación.<sup>32</sup> Por ello, las normas que regulan el comportamiento procesal de las partes son en su mayoría normas de libertad. Sobre esta concepción se construyen las ideas de acto, derecho y carga procesal y, desde luego, es la base de nuestro ordenamiento procesal.

Como es de sobra sabido, el proceso civil dispositivo tiene como objeto la tutela de los derechos y los intereses *privados*. No existe un interés público en la realización del ordenamiento —*nemo iudex sine actore*—. <sup>33</sup> La naturaleza privada del objeto que se tutela inspira los principios jurídico-técnicos sobre los que se edifica el proceso civil y las actuaciones de las partes en él.<sup>34</sup>

En vista de lo anterior, puede concluirse que la validez de los contratos procesales obligacionales dependerá de la posibilidad del individuo de disponer jurídicamente de su conducta dentro del proceso —*Befugnisdisposition*—. <sup>35</sup>

Se debe resaltar, asimismo, que las disposiciones o las renunciaciones de derechos procesales tienen *naturaleza obligacional* —*Die Befugnisdisposition ist folglich als Verpflichtungsgeschäft zu qualifizieren*—. <sup>36</sup> No se dispone técnicamente de ningún derecho procesal. *Las partes disponen jurídicamente de su conducta* obligándose a hacer o no hacer aquello que les permite la ley procesal. *Las disposiciones negociales se*

<sup>30</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2019, p. 246; NIESE, W., *Doppelfunktionelle*, op. cit., p. 64.

<sup>31</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., p. 56; BAUMGÄRTEL, G., *Wesen und Begriff*, op. cit., pp. 188-189, 209, 268.

<sup>32</sup> Exposición de Motivos VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen*, op. cit., pp. 79-80; SCHLOSSER, P., *Einverständliches Parteihandeln*, op. cit., pp. 9-11; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, op. cit., p. 127.

<sup>33</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., p. 56; NIESE, W., *Doppelfunktionelle*, op. cit., p. 82.

<sup>34</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., p. 64.

<sup>35</sup> TEUBNER, E., KÜNZEL, T., “Prozeßverträge”, *MDR*, núm. 720, 1988, pp. 721,726; NIESE, W., *Prozesshandlungen*, op. cit., pp. 75, 80; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, op. cit., pp. 80-81, 108.

<sup>36</sup> WAGNER, G., *Prozeßverträge*, op. cit., pp. 86, 276.

*producen dentro del ámbito de libertad reconocido legalmente al individuo por el propio ordenamiento.*

Un análisis exhaustivo de la regulación contenida en la LEC permitiría extraer una lista de todas aquellas actuaciones procesales que las partes son libres de llevar a cabo y que, al menos en abstracto, serían susceptibles de constituir el objeto de un contrato procesal obligacional.

En síntesis, la validez de los contratos procesales que pretenden regular contractualmente el comportamiento de las partes depende de la válida disposición de los poderes procesales reconocidos por normas procesales de libertad.

Como sostiene KERN en relación con la admisibilidad de esta clase de negocios procesales: «*Less difficult are contracts which create obligations for a party with regard to this party's behavior in pending or future proceedings (“prozessuale Verpflichtungsverträge”) [...] In this case, the contract does not alter the procedural rules as such. It only demands a certain behavior of a party when the procedural rules allow the party to act in one or another way. In other words, the contract remains within the boundaries of the procedural rules and only stipulates for a certain behavior within the range of possible behavior provided for by the procedural law. [...] They create obligations with respect to the proceedings, but they do not immediately modify the applicable procedural rules [...] for contracts creating an obligation with respect to proceedings, the principle of freedom of contract applies. This means that such contracts can be concluded with respect to any admissible procedural behavior of the parties. A special provision granting parties the power to agree on a certain issue is not necessary*».<sup>37</sup>

#### **4.3. Excurso: la disposición contractual del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)**

Debe señalarse que existen algunos contratos procesales obligacionales que, por su objeto, suponen una *disposición contractual del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva* (art. 24 CE). A través de ellos las partes se obligan a hacer o no hacer un acto procesal por el que se ejercita alguno de los derechos que integran el derecho fundamental: el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a usar los medios de prueba pertinentes, el derecho de acceso a los recursos, el derecho a la tutela cautelar o el derecho a la ejecución.

De este modo, un contrato procesal por el que las partes se obligan a no presentar un documento como medio de prueba, técnicamente es un negocio a través del cual las partes se obligan a no ejercitar puntualmente el derecho de defensa y a proponer los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE).

Por su objeto concreto, la validez de estos contratos procesales estará condicionada a la existencia de una autonomía de la voluntad material: esto es, una libertad y un conocimiento reforzados.<sup>38</sup> Y esto se concreta en que no existan vicios de debilidad, en que existan alternativas razonables al pacto y en que las partes puedan representarse mentalmente sus consecuencias económicas y jurídicas.

<sup>37</sup> KERN, C. A., “Procedural contracts”, *op. cit.*, p. 184.

<sup>38</sup> En relación con la validez de los contratos procesales cuyo objeto supone una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) *vid.*, SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

## 5. LOS CONTRATOS PROCESALES: SU EFICACIA PROCESAL Y MATERIAL

Una vez identificados los tipos de contratos procesales y los criterios de validez de los que depende cada uno, corresponde ahora centrarse en su eficacia. En abstracto *los contratos procesales pueden tener eficacia material o procesal, esto es, producir efectos en el plano procesal o sustantivo*.

Como se ha dicho, tradicionalmente se ha cometido el error de considerar que solo son válidos los contratos procesales que son eficaces procesalmente. Se trata de una visión reduccionista que impide entender cómo opera en la realidad una institución compleja como lo son los contratos procesales. Solo una correcta delimitación entre su validez, eficacia procesal y material permitirá aprehenderlos en su integridad.

### 5.1. La eficacia procesal de los contratos procesales dispositivos

Los contratos procesales dispositivos no crean ninguna obligación entre las partes: no tienen ningún sustrato material. A través de ellos las partes (solo) disponen de una situación jurídico-procesal —*v. gr.*, la norma procesal dispositiva que les faculta a ampliar o reducir un plazo procesal o a suprimir una fase del proceso—.

En la medida en que no existe en ellos ningún sustrato material, este tipo de negocios solo tienen eficacia procesal. Por tanto, solo aquellos contratos que son válidos por existir una norma procesal dispositiva serán eficaces procesalmente. Será la propia norma dispositiva la que contemple los efectos procesales que producirá el contrato.

### 5.2. La eficacia procesal y material de los contratos procesales obligacionales

De mayor interés es el estudio de la eficacia de los contratos procesales obligacionales —recuérdese, aquellos a través de los que las partes regulan su comportamiento dentro del proceso—.

Los contratos procesales obligacionales tienen eficacia procesal y material. En la medida en que un contrato procesal válido comporta el nacimiento de *obligaciones materiales*, como regla general, *todos los contratos procesales obligacionales válidos tienen eficacia obligacional*. De ellos nace una obligación material a *v. gr.* presentar o no un medio de prueba, no solicitar determinadas medidas cautelares o a no recurrir una sentencia.

En el caso de que estos contratos procesales sean cumplidos voluntariamente, normalmente se producirán los efectos procesales pretendidos por las partes. Existe por ello una abstracción de la obligación material: los efectos procesales pretendidos por las partes derivan del acto procesal debido y no de la perfección del contrato mismo.<sup>39</sup>

A y B acuerdan no interponer un recurso de apelación contra la sentencia que se dicte en primera instancia. En el caso de que ambas partes cumplan con la prestación debida, el contrato habrá desplegado los efectos procesales pretendidos por las partes —*i. e.*, excluir una segunda instancia y conseguir la firmeza de la sentencia—.

---

<sup>39</sup> Por usar un parangón, así como en nuestro sistema del título y el modo el contrato de compraventa no supone la transmisión de la propiedad, el contrato procesal no supone la producción de los efectos procesales pretendidos. El contrato de compraventa obliga a las partes a transmitir la propiedad y el contrato procesal a llevar a cabo el acto procesal del que se derivarían los efectos procesales pretendidos.

En el caso de que el contrato no sea cumplido voluntariamente, existen dos posibilidades. La primera, que el ordenamiento contemple herramientas para conseguir los efectos procesales que el cumplimiento *in natura* del pacto habría tenido. En ese caso, si la parte interesada activa la herramienta pertinente en tiempo y forma, el contrato tendrá efectos procesales. En estos casos se está ante *contratos procesales típicos o institucionalizados*, pues el ordenamiento contempla herramientas específicas para asegurar su eficacia procesal en caso de incumplimiento.

A y B acuerdan que, antes de pretender tutelas judiciales, deberán intentar resolver su controversia ante un mediador. En el caso de que A interponga una demanda y, por tanto, incumpla su obligación, B podrá obtener los efectos procesales que el cumplimiento voluntario del pacto habría tenido a través de la interposición de una declinatoria (art. 39 LEC).

La segunda posibilidad es que el ordenamiento no contemple herramientas procesales para conseguir la eficacia procesal del pacto. En estos casos, si el contrato no es cumplido voluntariamente no tendrá ninguna eficacia procesal. La única opción de la otra parte para satisfacer su interés será pretender en un proceso secundario tutelas jurídico-civiles: exigir el cumplimiento *in natura* de la obligación de hacer o no hacer, la resolución del contrato y la indemnización de los daños y los perjuicios ocasionados. En ese caso, el contrato procesal (válido) tendrá (solo) *efectos materiales*.

A y B acuerdan no presentar un documento como medio de prueba en un proceso. A incumple el acuerdo y aporta el documento. En la medida en que, en principio, en el ordenamiento español B no tiene a su disposición ninguna herramienta procesal específica para impedir que el documento sea admitido como prueba, el contrato no habrá desplegado los efectos procesales pretendidos. No obstante, B podrá demandar a A exigiéndole la resolución del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios que la aportación del documento al proceso le ha ocasionado.

En estos casos de *contratos procesales atípicos o no institucionalizados*, es de especial interés la posibilidad de que las partes incorporen en sus contratos cláusulas penales que refuercen el cumplimiento voluntario de las obligaciones materiales asumidas.

El proceso en el que el contrato procesal pretende desplegar sus efectos se le puede llamar proceso primario. El proceso a través del que se hace valer su eficacia material — *v.gr.*, pretendiendo la condena al pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento— se le denomina proceso secundario.<sup>40</sup>

### **5.3. La *exceptio doli processualis* como una herramienta para conseguir la eficacia procesal de las obligaciones de no hacer**

Tradicionalmente se ha planteado si el deber de buena fe procesal —y, en concreto, la *exceptio doli processualis*— es un mecanismo que puede servir para conseguir la eficacia procesal de las obligaciones de no hacer que nacen de los contratos procesales obligacionales.<sup>41</sup> Se plantea pues si una vez realizado el acto procesal contrario al

---

<sup>40</sup> WAGNER, G., *Prozessverträge*, *op. cit.*, p. 212; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 272-274.

<sup>41</sup> NIESE, W., *Prozesshandlungen*, *op. cit.*, pp. 84-87; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013, p. 119.

contrato, la parte perjudicada y ligada al mismo puede enervar sus efectos a través de la *exceptio doli processualis*.

En el ordenamiento español debe considerarse posible el recurso a la *exceptio doli processualis* para conseguir la eficacia de las obligaciones de no hacer nacidas de los contratos procesales (art. 247 LEC) —*v.gr.*, no presentar un documento como medio de prueba o un recurso frente a la sentencia de primera instancia—. <sup>42</sup> Es contrario a la buena fe procesal por ir en contra de los propios actos una conducta opuesta a otra anterior firme y concluyente —en este caso, la celebración del contrato procesal— que generó en la otra parte la confianza legítima de que no se llevaría a cabo.

El acto procesal llevado a cabo incumpliendo el contrato procesal supone una actuación contraria a la buena fe que debería ser impedido o enervado a través de la *exceptio doli processualis*. En el caso de que no se pudiera conseguir la eficacia procesal del contrato a través de esta u otra herramienta, el contrato procesal solo desplegará su eficacia material. Y, por tanto, tendrían que pretenderse en un proceso secundario las tutelas jurídico-civiles tradicionales frente al incumplimiento contractual (*vid. supra*).

## 6. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS PROCESALES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL POSITIVO

El estudio de los negocios procesales siempre ha estado rodeado de una serie de ideas preconcebidas que empañan el análisis y el correcto entendimiento de su verdadera naturaleza.

Expuesto todo lo anterior, ahora se puede explicar en qué medida *el reconocimiento y la admisibilidad de los negocios procesales no suponen una privatización del proceso. Y, desde luego, tampoco una subversión del orden público y del principio de legalidad procesal* (art. 1 LEC).

Cada ordenamiento procesal, en función de decisiones de política legislativa, otorga un mayor o menor ámbito de operatividad a la autonomía de la voluntad a través de normas dispositivas o normas de libertad (*vid. supra*). Es en este ámbito de autonomía reconocido al individuo en el que se desenvuelven los negocios procesales. *Los contratos procesales parten y se integran necesariamente en el ordenamiento procesal positivo, no aspiran en modo alguno a subvertirlo.*

Como explica el profesor GASCÓN INCHAUSTI, el proceso civil es un *instrumento artificial* que crea el legislador para que se dispense la tutela judicial efectiva. <sup>43</sup> Por ello, la configuración de los principios jurídico-técnicos responden a decisiones de *política legislativa* —*i.e.*, a valoraciones— que pueden variar en un espacio y tiempo determinado: son principios contingentes. <sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 126-130; FUENTES SORIANO, O., “Comentario del art. 247” en GIMENO SENDRA, V., (dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo I. Volumen II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 1112; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario del art. 7” en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. et al. (dirs.), *Comentario del Código Civil. Tomo I*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 53.

<sup>43</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, Madrid, 2022, p. 71 [Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/74258/>].

<sup>44</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 39-42; DE LA OLIVA SANTOS, A., “El papel y los poderes del juez en el proceso civil”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 2010, p. 39.

Los contratos procesales son un instrumento para la realización de la autonomía de la voluntad en el proceso civil que, como se ha dicho, está delimitada por el propio ordenamiento positivo a través de normas dispositivas y de libertad. Los contratos procesales, por ello, se integran y desenvuelven necesariamente dentro del ámbito que le delimita el legislador procesal.

## 7. EL ESTUDIO DE LOS CONTRATOS PROCESALES EN PARTICULAR

Una teoría general sobre los contratos procesales debería permitir identificar los criterios de los que depende su validez, explicar su eficacia procesal y material —y su relación entre ambas—, analizar sus elementos esenciales —consentimiento, objeto y causa— y explicar su funcionamiento en supuestos de litigación transfronteriza, entre otras cuestiones. Solo entonces será posible llevar a cabo un estudio sobre contratos procesales concretos.

Respecto de cada contrato procesal deberá examinarse la operatividad que tiene la autonomía de la voluntad de las partes a través de normas de libertad o dispositivas sobre la institución en cuestión —*v.gr.*, la prueba, las medidas cautelares, los recursos, etc.—. Será posteriormente cuando se tendría que analizar cómo se encausa esa disposición a través del concreto contrato procesal.

Una exposición completa de la teoría general de los contratos procesales o de un contrato procesal en particular excede por mucho la intención de este trabajo. No obstante, para concretar algunas de las cuestiones ya expuestas, puede ser de interés examinar superficialmente dos contratos procesales distintos y ver cómo influye en su análisis lo explicado hasta ahora.

### 7.1. El contrato procesal sobre el recurso de casación directo (*per saltum*)

El recurso de casación directo o *per saltum* es aquel que se interpone de forma inmediata frente a las sentencias dictadas en primera instancia. A través de esta modalidad del recurso de casación se «salta» la segunda instancia que se suele abrir por el recurso de apelación.<sup>45</sup>

El contrato procesal sobre el recurso de casación directo es aquel por medio del cual las partes acuerdan contractualmente que una eventual sentencia dictada en primera instancia solo sea susceptible de ser recurrida directamente en casación. Por su finalidad, puede considerarse que en esencia este es un contrato procesal dispositivo a través del que las partes disponen de la ordenación del proceso: el salto de la segunda instancia y el acceso directo al recurso extraordinario.<sup>46</sup>

Por ello, la validez y la eficacia de este contrato dependerá de que exista una *norma procesal dispositiva* que permita expresa o implícitamente a las partes saltarse la segunda instancia.

En la medida en que no existe en el ordenamiento jurídico español una norma similar, debe considerarse que en España el contrato es nulo e ineficaz. En Alemania, por el contrario, el recurso de casación directo en el orden jurisdiccional civil está expresamente

---

<sup>45</sup> SCHUMANN BARRAGÁN, G., “El recurso de casación directo: de un análisis histórico y comparado a una propuesta de lege ferenda”, *Justicia. Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2021, p. 252. [Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/66900/>]

<sup>46</sup> En realidad se trata de un contrato de naturaleza mixta —obligacional y dispositivo—, pues las partes además de disponer del proceso se obligan a no interponer el recurso de apelación y a interponer el recurso de casación directo. Sin embargo, corresponde ahora centrarse solo en la dimensión dispositiva del contrato.

contemplado en el § 566 ZPO. La existencia de una norma procesal que permite a las partes disponer de la segunda instancia supone que en el ordenamiento alemán este contrato es válido y eficaz.<sup>47</sup>

De esta forma se ve en qué medida la existencia o no de la norma procesal dispositiva influye en la validez y la eficacia del contrato procesal sobre el recurso de casación directo: un contrato procesal dispositivo.

## 7.2. El contrato procesal sobre los medios de prueba

Los contratos sobre los medios de prueba —*Beweismittelverträge*— son aquellos a través de los que las partes se obligan a proponer o no durante el procedimiento un determinado medio de prueba.

A través de estos contratos las partes pueden obligarse *v.gr.*, a no presentar un determinado documento que consideren confidencial por incluir un secreto empresarial, a no llamar a declarar a un determinado testigo o representante de la persona jurídica que está bajo una obligación contractual de confidencialidad, a que un hecho solo pueda ser probado mediante un determinado medio de prueba, a que a un testigo no se le pregunte sobre un determinado hecho que las partes quieren mantener en secreto, entre otros posibles ejemplos.

Los contratos sobre los medios de prueba son obligacionales, pues pretenden influir en la actuación procesal de las partes: de ellos nacen obligaciones de hacer o no hacer algo.

Corresponde primero examinar la *validez* de este contrato. Como se sabe, la alegación y la fijación de los hechos fundamentales es una *carga procesal* para las partes, por cuanto las normas sobre la prueba son en su mayoría normas de libertad —*freistellende Normen*—.<sup>48</sup> Esto explica que sean ellas las que aleguen y prueben los hechos que fundamentan sus pretensiones (art. 216 LEC), que «[l]as pruebas se practi[quen] a instancia de parte» (art. 282 LEC). Es cada parte la que «podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás» (art. 301 LEC), la que «podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos» (art. 328 LEC), la que «podr[á] aportar al proceso el dictamen de peritos» (art. 335 LEC) o la que «podr[á] solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos» (art. 360 LEC). Es justamente la libertad de las partes de hacer o no hacer lo que cualifica su actividad procesal como una carga procesal. En la medida en que se está ante actuaciones que las partes tienen la libertad de hacer o no hacer, debe considerarse que los contratos sobre los medios de prueba son válidos.

En cuanto a su *eficacia*, y en caso de incumplimiento, primero debería identificarse si existe alguna herramienta procesal tipificada en el ordenamiento español que permita a las partes conseguir la inadmisión de un medio de prueba propuesto en contra de lo pactado. De no ser así —como es el caso—, tendría que analizarse si la *exceptio doli processualis* podría servir para obtener la eficacia de las obligaciones de no hacer que nacen de los contratos. Si tampoco se consiguiera los efectos procesales pretendidos a través de este mecanismo, el contrato (solo) desplegará su eficacia material. En ese caso, por tanto, tendría que pretenderse en un proceso secundario frente a aquella parte que incumplió el contrato su cumplimiento forzoso, la resolución del contrato y la indemnización de los daños ocasionados —*v.gr.*, la pérdida de un secreto comercial

---

<sup>47</sup> Sobre el recurso de casación directo en Alemania *vid.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., “El recurso de casación directo”, *op. cit.*

<sup>48</sup> NIESE, W., *Prozesshandlungen*, *op. cit.*, p. 80.

divulgado—. En este punto debe recordarse la utilidad que tiene la *incorporación de cláusulas penales* que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer determinados actos procesales (*vid. supra*).

La necesaria diferenciación entre la validez, la eficacia procesal y la eficacia material permite explicar el funcionamiento de una institución compleja como los contratos procesales. La inexistencia de una norma en el ordenamiento procesal español que permita a las partes pactar la exclusión de un medio de prueba suele llevar a la precipitada conclusión de que estos contratos son nulos. Y no es así, pues se ha visto ya en que medida su validez depende de la válida disposición de las partes sobre su comportamiento dentro del proceso —qué son libres de hacer o no hacer y, en consecuencia, a qué se pueden obligar—. La inexistencia de una norma que permita conseguir la inadmisión del medio de prueba que la parte se ha obligado a no proponer, supondrá la ineficacia procesal del contrato; pero desde luego no su nulidad o la posibilidad de que el contrato se haga valer sustantivamente.

En este caso se ve en qué medida limitar los contratos procesales a su eficacia procesal supone una visión reduccionista que impide contemplarlos en su integridad.

## 8. LOS CONTRATOS PROCESALES: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Los contratos procesales cumplen una función económica en el tráfico. A través de ellos las partes pueden influir en el proceso y, con ello, en determinados riesgos asociados con el litigio.<sup>49</sup> Esta justificación social y económica de los contratos procesales es uno de los principales motivos de política legislativa que influyen en su institucionalización —*i.e.*, en su tipificación y en la incorporación de herramientas procesales para conseguir su eficacia procesal—. Corresponde ahora centrarse en este análisis económico de los contratos procesales.

Desde una perspectiva funcional, los contratos procesales permiten alcanzar alguno o varios de los siguientes objetivos: *(i)* adecuar la resolución de la controversia jurídica a su naturaleza; *(ii)* aumentar la cooperación entre las partes; *(iii)* aumentar la certeza en el resultado del pleito; *(iv)* reducir la litigación oportunista o abusiva; *(v)* incentivar el cumplimiento contractual; y *(vi)* crear valor económico. Es de interés ahora examinar cada uno de ellos con detenimiento.

Como regla general las leyes procesales regulan un proceso declarativo ordinario como cauce para tramitar la mayoría de las acciones.

Es evidente que ni todas las controversias jurídicas ni todas las tutelas judiciales que se pretenden son iguales. La LEC, consciente de lo anterior, incorpora algunos procedimientos ordinarios con especialidades cuya finalidad es adecuar el procedimiento a un concreto tipo de tutela.

La cuantía del procedimiento, la materia de la que surge el conflicto o la complejidad jurídica son, entre otras, algunas de las variantes que *cualifican* una controversia jurídica.

Los contratos procesales pueden servir a esta misma función, en la medida en que permiten a las partes *adecuar el procedimiento* a la naturaleza de su controversia.

---

<sup>49</sup> Como consecuencia del desarrollo del análisis económico del Derecho —*Law & Economics*—, ha sido en EE.UU. donde mayor atención se le ha prestado a la dimensión económica de los negocios procesales.

Según el art. 190 del Código procesal civil brasileño, «é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento *para ajustá-lo às especificidades da causa*» (énfasis añadido). Esta es una de las justificaciones de política legislativa que fundamentan la admisión generalizada de los contratos procesales en Brasil.<sup>50</sup>

Además de esta adecuación, los contratos procesales aumentan la cooperación entre las partes. La relación de los individuos no suele ser la misma antes y después del surgimiento de un conflicto. Como regla general, en el momento de la contratación —que de ordinario es cuando se celebrarán los contratos procesales— las partes están en un estado de cooperación que se proyecta hacia un objetivo: la satisfacción de un interés común a través del correcto desenvolvimiento de la relación contractual proyectada. Una vez que surge una controversia, la relación y los intereses entre las partes cambia: suelen estar en posiciones encontradas y se torna difícil llegar a acuerdos que permitan la disolución del conflicto.

La posibilidad de celebrar negocios procesales en el momento de la contratación fomenta la cooperación entre las partes y permite alcanzar acuerdos con trascendencia procesal que, satisfaciendo el interés de ambas, serían imposibles una vez surgido el conflicto.<sup>51</sup>

En el momento de la contratación las partes se encuentran en un *estado de ignorancia* —*behind a veil of ignorance*— respecto de un eventual procedimiento judicial. Esto les impide saber a ciencia cierta cómo les afectará el contrato procesal proyectado —aunque, por supuesto, en abstracto tendrán clara su posible eficacia si llega a haber un litigio—.

Una vez surgida la controversia, las partes pueden ya medir las probabilidades de que sean estimadas sus pretensiones en función de la realidad de lo acontecido, de las fuentes de prueba que posean y del sentido de la ley en relación con la cuestión controvertida. Por eso es más difícil llegar a acuerdos procesales después del surgimiento del litigio. En el momento de la contratación no suele haber ninguna certeza sobre un futuro litigio y, como se ha señalado, es esta «ignorancia» la que permitirá a ambas partes hacer una valoración del contrato procesal en términos más objetivos y abstractos.<sup>52</sup>

Es cierto que en algunos sectores de la economía existen relaciones de las que nacen controversias jurídicas que pueden considerarse «típicas». Un operador con experiencia puede pronosticar los riesgos de un eventual conflicto y sus características. En todo caso, *ceteris paribus*, esta información estaría al alcance de ambas partes contratantes —por lo que influiría de igual forma en la valoración objetiva *ex ante* del contrato procesal—. Además, las partes nunca podrán llegar a medir con exactitud el impacto real que el negocio procesal tendrá en términos de oportunidad procesal en el resultado del pleito.

El resultado del pleito depende de varios factores: el acierto en la defensa técnica, el acceso a fuentes de prueba, los antecedentes judiciales del foro, la capacidad económica de los contratantes, entre muchas otras circunstancias. La actividad jurisdiccional no

---

<sup>50</sup> DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 219-227.

<sup>51</sup> KLEMENT, A., KAPELIUK, D., “Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures”, *Texas Law Review*, Issue 6, 2013, p. 1484; KLEMENT, A., KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, 2008, p. 20; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 181, 189, 215-219.

<sup>52</sup> KLEMENT, A., KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, *op. cit.*, p. 17; BONE, R. G., “Party Rulemaking: Making Procedural Rules through Party Choice”, *Texas Law Review*, Issue 6, 2012, pp. 1355-1356; BGH (III. Zivilsenat), Urteil vom 17.10.2019 - III ZR 42/19.

supone una aplicación automática del ordenamiento jurídico. Por el contrario, implica para las partes un despliegue probatorio y argumental y una actividad enjuiciadora por parte del tribunal. Los contratos procesales permiten eliminar —o cuanto menos controlar— alguna de estas variables. Pueden dotar de *mayor previsibilidad al resultado del pleito* y, por tanto, reducir la incertidumbre que todo proceso acarrea.<sup>53</sup>

Una mayor certeza en el resultado del pleito supone también una *desincentivación de la litigación oportunista o abusiva*, ya que solo aquella parte que realmente se crea con razón iniciará un proceso judicial.<sup>54</sup> Y esto debería traducirse en mayores estímulos en el cumplimiento de la relación contractual proyectada o en la resolución extrajudicial de la controversia.<sup>55</sup>

A y B celebran un negocio procesal por el que acuerdan que, en caso de un litigio, se comprometen a proponer como prueba un perito designado previamente por ambas partes. Es previsible que las partes elijan como perito a un profesional que consideren un experto en la materia, objetivo e imparcial. Esto elimina la posibilidad de que se presenten peritos de parte que aumenten los costes del litigio, se complique el debate procesal y se intente «probar suerte» en el proceso. Es muy difícil que una vez surgida la controversia e iniciado el litigio —y, por tanto, medidas las fuerzas o probabilidades de éxito en la contienda judicial— las partes lleguen a un acuerdo similar.

Además, los negocios procesales permiten *crear valor económico*.<sup>56</sup> A través de ellos se crean obligaciones de hacer o no hacer en un proceso que pueden conectarse sinalagmáticamente con otras de contenido patrimonial, como *v.gr.*, una rebaja en el precio de la cosa. Con base en la teoría del marginalismo económico, puede afirmarse que una parte solo se obligará a hacer o no hacer algo en un eventual proceso judicial porque, para ella, lo que recibe a cambio supone un mayor valor que la prestación a la que se obliga.

A y B celebran un contrato de compraventa sobre un inmueble que tiene unos desperfectos: tiene sentido económico que A y B acuerden la renuncia al ejercicio de aquellas acciones judiciales relacionadas con aquel desperfecto a cambio de una rebaja en el precio.

Los contratos procesales no suponen un aumento del gasto público o afectación a la eficiencia de la Administración de Justicia. Estos negocios, como se ha visto ya, tienen como objeto comportamientos procesales de las partes dentro de las posibilidades ya previstas por el sistema.<sup>57</sup>

Por último, debe señalarse que los contratos procesales potencian el atractivo de la jurisdicción estatal frente a otros sistemas alternativos de resolución de conflictos. No hay duda de que *v.gr.*, la flexibilidad asociada al sistema arbitral es uno de sus principales atractivos. Las partes pueden adaptar el procedimiento arbitral a las características de su controversia. Y, con ello, influir en su coste, tiempo y en la previsibilidad del resultado.

---

<sup>53</sup> DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, pp. 228-231, 237-241; CABRAL, A., “Designing procedure by contract: litigation agreements in contemporary civil procedure”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 373-375.

<sup>54</sup> KLEMENT, A., KAPELIUK, D., “Changing the Litigation Game”, *op. cit.*, p. 1483; KLEMENT, A., KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, *op. cit.*, pp. 16, 19.

<sup>55</sup> KLEMENT, A., KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>56</sup> DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, *op. cit.*, p. 243; CABRAL, A., “Designing procedure”, *op. cit.*, p. 375.

<sup>57</sup> BONE, R. G., “Party Rulemaking”, *op. cit.*, pp. 1383, 1394.

La incorporación de esta flexibilidad como activo en el proceso civil a través de los negocios procesales potencia el valor de la jurisdicción estatal frente a esos otros sistemas heterocompositivos de resolución de controversias.<sup>58</sup>

La institucionalización de los negocios procesales influye también en la promoción de España como fuero internacional de resolución de controversias. En un contexto global de relaciones económicas interconectadas como el actual, se ha intensificado la competencia regulatoria entre los Estados.<sup>59</sup> En aquellos ámbitos en los que tengan la libertad para ello, se espera que las partes elijan una ley aplicable y un fuero que sea útil y eficaz para regular su relación comercial y disolver las controversias en torno a ella. Es en este escenario en el que surge una competencia entre los Estados para que sea su ordenamiento y jurisdicción los encargados de ello y, de esta manera, tener influencia en el comercio y la economía internacional. Los negocios procesales dotan al sistema de flexibilidad y suponen incorporar un activo al ordenamiento español frente a otros de nuestro entorno.

## 9. CONCLUSIÓN

Los contratos procesales no son realidades desconocidas en España. En el ordenamiento existen negocios jurídicos institucionalizados a través de los que las partes pretenden influir en un proceso determinado. A pesar de ello, no ha existido un intento claro de desarrollar los contratos procesales como una categoría jurídica en sí, esto es, como un conjunto de negocios jurídicos que comparten una serie de elementos estructurales y unos criterios de validez y eficacia comunes.

El contrato procesal es una institución compleja que pone en relación distintas parcelas del ordenamiento privado y procesal. Solo un examen diferenciado de su validez, eficacia procesal y eficacia material permitirá aprehenderlos en su totalidad.

El estudio de los contratos procesales ha estado históricamente rodeado de una serie de ideas preconcebidas que se repiten. Debe insistirse en la idea de que los contratos procesales se integran necesariamente en el ordenamiento positivo. No suponen una privatización del proceso, una subversión del orden público o del principio de legalidad procesal. Suponen, por el contrario, la realización de la autonomía de la voluntad que el legislador procesal reconoce a los individuos a través de normas de libertad y normas procesales dispositivas.

---

<sup>58</sup> CABRAL, A., “Designing procedure”, *op. cit.*, pp. 373-375.

<sup>59</sup> En relación con el fenómeno de la competencia regulatoria *vid.* EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, C. H. Beck-Hart-Nomos, München, 2013.