

GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN

DERECHO A LA TUTELA  
JUDICIAL EFECTIVA  
Y AUTONOMÍA  
DE LA VOLUNTAD:  
LOS CONTRATOS  
PROCESALES

Prólogo de  
Fernando Gascón Inchausti

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO</b> .....	23
<b>ABREVIATURAS</b> .....	29
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	31
1. EL OBJETO DE ESTE TRABAJO .....	31
2. LA NATURALEZA COMPLEJA DE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....	33
3. LA SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA SEPARACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA Y ASPIRACIÓN CIENTÍFICA .....	34
4. LOS NEGOCIOS PROCESALES COMO UN INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO CIVIL: UNA PERSPECTIVA IDEOLÓGICA.....	35
5. LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL ESTUDIO.....	37

## PRIMERA PARTE

### **LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

<b>CAPÍTULO I. LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</b> .....	41
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	41
1.1. Las teorías abstractas y concretas de la acción .....	41
1.2. Una delimitación terminológica necesaria .....	43
1.3. La acción civil privada y la acción civil pública .....	44
1.4. La superación de la discusión en torno a las teorías clásicas de la acción .....	45

	Pág.
2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL: LA TUTELA JUDICIAL.....	47
2.1. El sistema de protección judicial.....	47
2.2. El Derecho de la UE y el sistema de protección judicial.....	48
2.3. La pretensión de tutela jurisdiccional.....	49
2.4. La pretensión de tutela jurisdiccional y la pretensión material.....	50
2.5. La pretensión de tutela jurisdiccional, el Derecho privado y el Derecho judicial.....	52
3. LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	53
3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción.....	53
3.2. El derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo del asunto.....	54
3.3. El derecho a la tutela jurisdiccional.....	54
3.4. La (mera) pretensión de tutela jurisdiccional como elemento unificador del sistema y el objeto del proceso.....	55
4. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL PRETENDIDA.....	57
4.1. El reconocimiento de un derecho a la tutela jurisdiccional no influye en la concesión de la tutela pretendida: inexistencia de consecuencias fenomenológicas.....	57
4.2. Razones que justifican el reconocimiento de un derecho a la tutela jurisdiccional concreta.....	58
4.3. El origen y el reconocimiento legal del derecho a la tutela jurisdiccional.....	60
4.4. El término «acción».....	61
 <b>CAPÍTULO II. LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....</b>	 <b>63</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.....	63
1.1. La constitucionalización de los derechos de los justiciables ante la Administración de Justicia.....	63
1.2. La delimitación del objeto de estudio.....	64
2. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	65
2.1. Una teoría integral de los derechos fundamentales.....	65
2.2. El fundamento de los derechos fundamentales.....	66
2.3. Los derechos fundamentales como concreciones de la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento jurídico.....	66
2.4. Una clasificación de los derechos fundamentales.....	67
2.5. Las posiciones jurídicas activas garantizadas por los derechos fundamentales: el derecho subjetivo, la libertad, la potestad y la inmunidad.....	68
2.6. Los derechos de prestación como derechos a acciones positivas del Estado.....	70

	Pág.
2.7. Las posiciones jurídicas activas desde el punto de vista de su disfrute y ejercicio .....	70
2.8. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales: las garantías de organización y procedimiento .....	71
3. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	71
3.1. El sustrato iusfundamental del derecho a la tutela judicial efectiva. ....	72
3.2. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de estructura compleja .....	73
3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho a acciones positivas del Estado .....	74
3.4. El Estado como único sujeto pasivo del derecho a la tutela judicial efectiva .....	75
3.5. Las estructuras y el ejercicio de los derechos que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva .....	76
<i>a)</i> El derecho de acceso a la jurisdicción.....	76
<i>b)</i> El derecho a una sentencia sobre el fondo .....	77
<i>c)</i> El derecho a una sentencia fundada en Derecho.....	77
<i>d)</i> El derecho a la invariabilidad y a la intangibilidad de los pronunciamientos.....	78
<i>e)</i> El derecho a la tutela cautelar .....	78
<i>f)</i> El derecho de acceso a los recursos .....	79
<i>g)</i> El derecho a la ejecución .....	80
<i>h)</i> El derecho de defensa: un derecho de libertad.....	80
3.6. La dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva: las garantías de procedimiento y organización.....	82
3.7. El proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.....	84
3.8. Los negocios procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva: una primera aproximación .....	85
<b>CAPÍTULO III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD .....</b>	<b>87</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	87
1.1. El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: una primera aproximación .....	87
2. UNA APROXIMACIÓN A LA DISPOSICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	90
2.1. La naturaleza y el objeto del negocio dispositivo de los derechos fundamentales.....	90
2.2. Una breve referencia a la disposición de los derechos de libertad y prestación.....	93
2.3. La libertad del individuo como justificación de las autolimitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales .....	94
2.4. La autonomía de la voluntad material —libertad y conocimiento reforzado— como criterio de validez de las autolimitaciones del ejercicio de derechos fundamentales.....	95

	Pág.
2.5. La dignidad de la persona y la dimensión objetiva del derecho fundamental como criterio de validez abstracto.....	99
2.6. El ámbito objetivo y temporal de las autolimitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales .....	101
2.7. La obtención de una ventaja o un beneficio en la disposición de los derechos fundamentales .....	102
2.8. La irradiación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a través de la cláusula de orden público.....	103
2.9. La disposición negocial de los derechos fundamentales y la teoría de la <i>Drittwirkung</i> .....	104
2.10. La autonomía de la voluntad y la responsabilidad: la falsa «revocación» de la autolimitación al ejercicio de los derechos fundamentales .....	107
2.11. La naturaleza de la prestación debida y la imposibilidad de exigir el cumplimiento <i>in natura</i> .....	109
<b>3. LA DISPOSICIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....</b>	<b>110</b>
3.1. Las disposiciones al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva institucionalizadas y no institucionalizadas .....	110
3.2. El arbitraje como una disposición del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva .....	111
<i>a)</i> El objeto de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva .....	112
<i>b)</i> La naturaleza obligacional de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	113
<i>c)</i> La delimitación de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	114
<i>d)</i> La libertad y la autonomía de la voluntad de las partes como fundamento constitucional del arbitraje .....	114
<i>e)</i> Los elementos y los requisitos del convenio arbitral como un medio para asegurar la libertad de la persona.....	116
<i>f)</i> El juicio de ponderación entre la dignidad de la persona y la libertad.....	116
<i>g)</i> El beneficio de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental .....	117
<i>h)</i> La vinculación del pacto y el cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación debida.....	118
<i>i)</i> Excurso: la proyección del art. 24 CE al procedimiento arbitral.	118
3.3. La renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho administrativo sancionador .....	120
<i>a)</i> El objeto de la autolimitación .....	121
<i>b)</i> La naturaleza obligacional de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	121
<i>c)</i> La delimitación de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	122

	Pág.
d) La libertad como fundamento constitucional del negocio jurídico .....	122
e) El beneficio de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental .....	123
f) La ponderación entre la dignidad de la persona y la libertad como fundamento del negocio autolimitativo .....	124
g) La vinculación del pacto y el cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación debida.....	124
3.4. Una referencia a la renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías procesales en el orden jurisdiccional penal .....	126
3.5. Las prohibiciones de impugnar el testamento.....	127
a) La cautela <i>socini</i> y las prohibiciones de impugnar el testamento: una diferenciación necesaria.....	128
b) El objeto de la prohibición de impugnar el testamento .....	130
c) La naturaleza obligacional de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	130
d) La delimitación de la autolimitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.....	131
e) La libertad y la autonomía de la voluntad del sucesor .....	132
f) El beneficio de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental.....	132
g) La ponderación entre la dignidad de la persona y la libertad como fundamento del negocio autolimitativo .....	133
3.6. A modo de síntesis .....	133

SEGUNDA PARTE

**LOS NEGOCIOS Y LOS CONTRATOS PROCESALES:  
ASPECTOS GENERALES**

<b>CAPÍTULO IV. LOS NEGOCIOS PROCESALES.....</b>	<b>137</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	138
1.1. Los negocios procesales como categoría jurídica.....	138
1.2. La autonomía de la voluntad procesal .....	139
1.3. La naturaleza compleja y multidimensional de los negocios procesales.....	140
1.4. La eficacia procesal de la autonomía de la voluntad.....	142
1.5. Delimitación.....	143
2. LOS NEGOCIOS PROCESALES.....	144
2.1. El negocio procesal es un negocio jurídico que pretende producir efectos procesales en un proceso determinado.....	144
2.2. Los negocios procesales dispositivos.....	147
2.3. La norma procesal imperativa y dispositiva: la vinculación del órgano jurisdiccional al Derecho objetivo .....	148
2.4. Los negocios procesales obligacionales.....	150

	Pág.
2.5. La disposición de los poderes procesales: las normas procesales de libertad.....	151
2.6. La naturaleza contractual de la disposición sobre los poderes procesales (remisión).....	153
2.7. Los negocios procesales: un análisis social y económico del Derecho.....	154
<b>3. LA EFICACIA DE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....</b>	<b>157</b>
3.1. La eficacia material y procesal de los negocios procesales .....	157
3.2. La eficacia procesal de los negocios procesales a través de herramientas procesales.....	158
3.3. La concurrencia del efecto obligacional y dispositivo de algunos negocios procesales.....	161
3.4. La eficacia procesal mediata o indirecta de los negocios procesales: la abstracción de la obligación .....	162
3.5. La incidencia de las herramientas procesales en la dinámica del negocio procesal: de la obligación material a la carga procesal ...	163
3.6. La evolución de la institución arbitral como una muestra de la naturaleza compleja de los negocios procesales .....	164
3.7. La indemnización de los daños y los perjuicios derivados del incumplimiento de un pacto de sumisión expresa como manifestación de su naturaleza obligacional .....	168
3.8. Un apunte comparado adicional: el <i>enforcement</i> de los convenios arbitrales y los pactos de sumisión expresa en Reino Unido .....	171
3.9. La <i>exceptio doli processualis</i> como una herramienta para conseguir la eficacia procesal de las obligaciones de no hacer que nacen de los negocios procesales .....	173
3.10. La exigibilidad del cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación que nace del negocio procesal.....	179
3.11. La resolución del negocio procesal: el sinalagma genético y funcional .....	181
3.12. La indemnización de los daños y los perjuicios derivados del incumplimiento de un negocio procesal.....	183
<b>4. LA INCIDENCIA DEL DERECHO MATERIAL SOBRE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....</b>	<b>185</b>
4.1. El poder de disposición sobre la relación jurídica y sobre los derechos y los intereses jurídicos que nacen de ella .....	186
4.2. Las normas imperativas y los derechos indisponibles .....	187
4.3. El principio dispositivo y la disposición del objeto del proceso .....	190
4.4. Los negocios procesales y la disponibilidad de los derechos y los intereses objeto de tutela.....	192
4.5. El derecho de consumo y los negocios procesales.....	193
a) El arbitraje .....	193
b) La sumisión expresa .....	195
c) La renuncia de acciones .....	196
4.6. Los negocios procesales y el fraude de ley material .....	198

	Pág.
5. UN ESTUDIO CONCRETO DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO PROCESAL .....	199
5.1. La obligación procesal.....	199
5.2. El objeto del contrato procesal .....	201
5.3. El consentimiento.....	203
5.4. La causa.....	205
5.5. La forma.....	206
5.6. La separabilidad de los contratos procesales.....	208
5.7. El contrato procesal como una condición general de la contratación.	208
5.8. El ámbito subjetivo de los contratos procesales .....	212
6. LA IMPUGNACIÓN DE LOS NEGOCIOS PROCESALES .....	213
6.1. La impugnación a título principal de los negocios procesales .....	214
6.2. La impugnación incidental de los negocios procesales.....	215
6.3. La relación entre la impugnación a título incidental y a título principal de los negocios procesales.....	216
6.4. La imposibilidad de modificar situaciones procesales consolidadas: los efectos restitutorios derivados de la resolución, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión de los negocios procesales (remisión) .....	217
7. LOS NEGOCIOS PROCESALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	217

TERCERA PARTE

**CONTRATOS PROCESALES EN PARTICULAR**

<b>CAPÍTULO V. LA DISPOSICIÓN NEGOCIAL DE ACCIONES JUDICIALES.....</b>	<b>223</b>
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	223
1.1. La pretensión material: <i>Anspruch</i> .....	224
1.2. Las funciones del deber y la responsabilidad .....	225
1.3. Las obligaciones naturales.....	226
1.4. La prescripción como un contraderecho que permite enervar la pretensión material.....	227
1.5. La <i>Verwirkung</i> como un contraderecho que permite enervar la pretensión y el ejercicio de los derechos .....	230
1.6. La exigibilidad extrajudicial de la pretensión material.....	231
1.7. La protección judicial de los derechos y los intereses materiales: la accionabilidad.....	232
1.8. La falta de pretensión material, de accionabilidad y las excepciones materiales: una diferenciación necesaria .....	235
2. EL PACTO DE <i>NON PETENDO</i> .....	235
2.1. El objeto del pacto .....	235
2.2. Los efectos jurídico-materiales del pacto.....	236
2.3. Los efectos jurídico-procesales del pacto.....	237
2.4. El pacto temporal de no pedir .....	238
2.5. Excurso: las obligaciones naturales y la autonomía de la voluntad.	240

	Pág.
3. LA RENUNCIA CONTRACTUAL AL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES.....	240
3.1. El objeto de la renuncia contractual al ejercicio de acciones judiciales.....	240
3.2. La eficacia procesal y material de la renuncia contractual al ejercicio de acciones judiciales .....	241
3.3. Los requisitos de validez y los límites de la renuncia contractual al ejercicio de acciones judiciales .....	241
4. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN JUDICIAL: LA EXCLUSIÓN NEGOCIAL DE LA ACCIONABILIDAD.....	242
4.1. El objeto de la renuncia a la acción judicial .....	242
4.2. La exclusión contractual de la accionabilidad.....	243
4.3. La exclusión contractual de la accionabilidad y la disposición del derecho a la tutela judicial efectiva .....	245
4.4. La renuncia de acciones declarativas .....	246
4.5. Los efectos jurídico-materiales y procesales de la exclusión de la accionabilidad .....	248
4.6. La accionabilidad como un presupuesto material de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en sentido estricto .....	248
4.7. El tratamiento procesal de la falta de interés legítimo.....	251
4.8. El tratamiento procesal de la falta de accionabilidad como una cuestión incidental de previo pronunciamiento .....	253
4.9. La falta de accionabilidad como una cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC).....	256
4.10. La necesaria alegación a instancia de parte de la exclusión contractual de la accionabilidad y la concreción de la carga de la prueba.....	257
4.11. Un análisis constitucional del tratamiento procesal de la accionabilidad propuesto.....	258
4.12. La renuncia intraprocesal de acciones judiciales: el art. 20 LEC .	259
4.13. Los requisitos de validez y los límites de la renuncia de acciones judiciales .....	260
4.14. La exclusión temporal de la accionabilidad.....	262
5. LA CONCURRENCIA DE NEGOCIOS JURÍDICOS .....	263
5.1. La concurrencia de una renuncia al ejercicio de acciones judiciales y de acciones judiciales .....	263
5.2. La concurrencia de un pacto de no pedir, de renuncia de acciones judiciales y a su ejercicio .....	264
6. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RENUNCIA CONTRACTUAL A ACCIONES JUDICIALES.....	265
6.1. La renuncia de acciones judiciales de impugnación de negocios procesales .....	265
6.2. La renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral .....	265
6.3. El contrato de transacción y la disposición negocial de acciones judiciales.....	266

	Pág.
<b>CAPÍTULO VI. LOS CONTRATOS SOBRE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS.....</b>	273
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	273
1.1. Los contratos procesales sobre la fijación de los hechos y los principios jurídico-técnicos sobre los que se construye el proceso civil.	274
1.2. La formación del juicio de hecho .....	276
1.3. Los distintos contratos procesales y materiales que directa o indirectamente pueden influir en la formación del juicio de hecho .....	278
2. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL COMO UN CONTRATO PROCESAL.	278
2.1. El objeto de la confesión judicial: una disposición contractual del derecho de defensa (remisión).....	279
2.2. La eficacia procesal y material del contrato de reconocimiento judicial (remisión).....	279
2.3. El contrato de reconocimiento judicial y su influencia en la elaboración del juicio de hecho .....	280
2.4. El contrato de reconocimiento judicial y la confesión extrajudicial.	281
3. LOS NEGOCIOS MATERIALES SOBRE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS .....	282
3.1. Las presunciones <i>iuris et de iure</i> .....	282
3.2. Las ficciones legales.....	284
3.3. La modificación del supuesto de hecho de la norma dispositiva como una forma de incidir indirectamente en la fijación de los hechos: la creación contractual de ficciones.....	285
3.4. Los negocios de declaración y fijación como una forma de incidir indirectamente en la formación del juicio de hecho .....	286
3.5. Los negocios jurídicos de declaración.....	287
3.6. Los negocios jurídicos de fijación.....	288
4. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LA PRUEBA .....	290
4.1. El papel de las partes en el fenómeno probatorio: las normas sobre la proposición y la práctica de la prueba como normas de libertad.....	291
4.2. El objeto de los contratos sobre la prueba: una disposición contractual del derecho de defensa .....	292
4.3. La eficacia procesal y material de los contratos procesales sobre la prueba (remisión) .....	292
4.4. Los contratos sobre la prueba y su influencia en la elaboración del juicio de hecho.....	293
5. LOS CONTRATOS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA .....	294
5.1. La formulación positiva de la carga material de la prueba: la fijación del supuesto de hecho de la norma cuyos efectos se pretenden.	295
5.2. La relatividad de la carga de la prueba .....	295
5.3. La concreción de la carga de la prueba.....	297
5.4. Los cambios del supuesto de hecho o de las reglas sobre la carga de la prueba.....	298

	Pág.
5.5. La falsa inversión de la carga de la prueba: las presunciones <i>iuris tantum</i> .....	299
5.6. La falsa inversión de la carga de la prueba: las verdades interinas o «falsas» presunciones .....	302
5.7. Los negocios sobre la carga de la prueba: la modificación del supuesto de hecho de la norma .....	305
6. EL ARBITRIO DE UN TERCERO .....	308
6.1. El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos: un sistema de remisión negocial.....	308
6.2. La naturaleza jurídica de la actividad y del dictamen del arbitrio de un tercero .....	310
6.3. El arbitrio de un tercero y su influencia en el juicio de hecho .....	311
6.4. La eficacia del dictamen del tercero arbitrador: la vinculación material de las partes y del órgano judicial.....	313
6.5. La eficacia positiva y negativa del arbitrio de un tercero: los mecanismos de nombramiento del tercero y la exclusión del proceso judicial.....	314
6.6. El control del contenido del dictamen y del procedimiento seguido en el arbitrio de un tercero .....	316
 <b>CAPÍTULO VII. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LOS RECURSOS Y LA TERMINACIÓN DEL PROCESO.....</b>	 319
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	319
2. EL CONTRATO DE RENUNCIA A LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS .....	320
2.1. El objeto del contrato de renuncia a los recursos: una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (remisión).....	320
2.2. La eficacia procesal y material del contrato de renuncia a los recursos .....	321
2.3. Excurso: el recurso de casación directo .....	323
3. EL CONTRATO SOBRE EL ÁMBITO DE LOS RECURSOS.....	325
3.1. El objeto del contrato sobre el ámbito de los recursos: una disposición contractual del derecho de defensa (remisión).....	326
3.2. La eficacia procesal y material del contrato sobre el ámbito de los recursos .....	326
4. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE EL DESISTIMIENTO DEL JUICIO Y LOS RECURSOS .....	327
4.1. El objeto de los contratos.....	327
4.2. La eficacia procesal y material del contrato de desistimiento .....	328

	Pág.
<b>CAPÍTULO VIII. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	331
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	331
1.1. Las medidas cautelares en la LEC .....	332
1.2. La tutela cautelar y el procedimiento de medidas cautelares .....	333
1.3. La tutela sumaria en la LEC .....	334
1.4. La tutela cautelar y la tutela sumaria .....	336
2. EL CONTRATO DE TUTELA SUMARIA: LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.....	338
2.1. El objeto del contrato de tutela sumaria: una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (remisión) .....	338
2.2. La instrumentalización de la tutela cautelar .....	339
2.3. El efecto disuasorio de las medidas cautelares.....	340
2.4. La instrumentalización de la tutela cautelar en Alemania: la <i>Abschlussserklärung</i> .....	341
2.5. La instrumentalización de la tutela cautelar <i>ante demandam</i> en España: la importación de la <i>Abschlussserklärung</i> .....	345
2.6. La instrumentalización de la tutela cautelar solicitada con la demanda en España: la importación de la <i>Abschlussserklärung</i> .....	348
2.7. La eficacia material y procesal del contrato de tutela sumaria .....	348
2.8. Excurso: el contrato de conducta preprocesal y el contrato de tutela sumaria arbitral .....	349
3. EL CONTRATO DE RENUNCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	351
3.1. El objeto del contrato de renuncia a las medidas cautelares: una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva (remisión).....	351
3.2. La eficacia procesal y material del contrato de renuncia a las medidas cautelares .....	352
3.3. La renuncia a la tutela cautelar arbitral.....	352
3.4. La renuncia a la tutela judicial cautelar en el arbitraje.....	354
3.5. La renuncia a la tutela cautelar judicial en apoyo de un procedimiento judicial o arbitral extranjero .....	356
3.6. La tutela cautelar arbitral en un procedimiento judicial .....	357
4. EL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO DE LA EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA .....	357
4.1. El objeto del contrato sobre el aseguramiento de la efectividad de la sentencia.....	357
4.2. La cláusula de sumisión a arbitraje del contrato de aseguramiento de la efectividad de la sentencia: la tutela cautelar arbitral .....	358
<b>CAPÍTULO IX. LOS CONTRATOS SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA</b> .....	361
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....	361
1.1. Los efectos procesales de la sentencia: la cosa juzgada material ...	362

	Pág.
1.2. Los efectos procesales de la sentencia: la ejecutividad de los pronunciamientos condenatorios.....	363
1.3. La prescripción de la pretensión material reconocida judicialmente y la caducidad de la acción ejecutiva.....	365
1.4. La eficacia material directa o inmediata de la sentencia .....	367
1.5. La eficacia material refleja o mediata de la sentencia: la sentencia como supuesto de hecho .....	369
<b>2. LOS CONTRATOS SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA .....</b>	<b>372</b>
2.1. Los contratos procesales sobre la cosa juzgada material.....	372
2.2. Los contratos materiales sobre los efectos de la sentencia .....	373
<b>3. EL CONTRATO DE PROCEDIMIENTO MODELO .....</b>	<b>376</b>
3.1. Los elementos del contrato de procedimiento modelo: la renuncia de acciones y/o a su ejercicio .....	377
3.2. Los elementos del contrato de procedimiento modelo: la extensión contractual de los efectos de la sentencia .....	379
3.3. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la configuración y la disposición del objeto del proceso .....	382
3.4. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la prueba.....	384
3.5. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la interposición y la renuncia de los recursos ordinarios y extraordinarios.....	384
3.6. La regulación del proceso modelo: los contratos procesales sobre la intervención voluntaria y provocada .....	385
3.7. El mecanismo de extensión de los efectos de la sentencia y el procedimiento modelo regulado legalmente .....	388
<b>4. LOS CONTRATOS SOBRE LA EJECUCIÓN.....</b>	<b>393</b>
4.1. El pacto de no ejecutar: la exclusión contractual de la responsabilidad que deriva de la pretensión material reconocida judicialmente.	395
4.2. La renuncia al ejercicio de la acción ejecutiva .....	397
<b>5. LOS CONTRATOS PROCESALES SOBRE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN .....</b>	<b>399</b>
5.1. La defensa jurídica del deudor antes de la incoación del procedimiento ejecutivo.....	400
5.2. La defensa jurídica del deudor después de la incoación del procedimiento ejecutivo .....	403
5.3. La naturaleza de la oposición al despacho de la ejecución y de la oposición a la ejecución .....	404
5.4. El arbitraje y la oposición a la ejecución .....	405
5.5. El contrato procesal de suspensión de la ejecución .....	408
5.6. El contrato de renuncia de oposición a la ejecución.....	408
 <b>CAPÍTULO X. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL .....</b>	 <b>411</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO .....</b>	<b>411</b>

	Pág.
2. LA INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS Y LOS INTERESES MATERIALES .....	412
2.1. La realización extrajudicial de la pretensión o el derecho material: los mecanismos jurídicos de autotutela .....	412
2.2. Las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual.....	412
2.3. La iniciativa procesal y su relación con las cargas materiales, procesales y económicas .....	414
2.4. Las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual y su incidencia en la carga de la demanda.....	416
3. UN ESTUDIO DINÁMICO DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.....	419
3.1. La venta extrajudicial del bien hipotecado .....	419
3.2. El pacto marciano .....	421
3.3. El contrato de <i>escrow</i> .....	423
3.4. Los <i>smart contracts</i> o contratos autoejecutables .....	425
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>431</b>

## INTRODUCCIÓN

¿Es válido un contrato por el que las partes se obligan a no ejercitar determinadas acciones judiciales? ¿Lo es un contrato por el que las partes se obligan a no proponer un documento como medio de prueba? ¿Y 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? ¿Cuál es realmente el objeto de estos contratos? ¿Qué consecuencias procesales o materiales tendría su incumplimiento?

Todos estos contratos tienen un elemento en común: en todos ellos la prestación debida la constituye un comportamiento procesal con trascendencia constitucional. A través de estos contratos las partes se obligan a hacer o no hacer un acto por el que se ejercita alguno de los derechos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva: 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. Se puede decir, por ello, que son *contratos procesales que comportan una disposición contractual del art. 24 CE*.

Este trabajo se propone estudiar en profundidad este tipo de negocios procesales. En la primera parte se analiza la relación entre la autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva. A partir de ahí, el análisis se centra en la articulación de la disposición del derecho fundamental a través de los negocios procesales. En la segunda parte se desarrolla una teoría general del negocio procesal y en la tercera se examinan contratos procesales específicos. Se aspira, de este modo, a identificar los elementos necesarios para poder fijar su objeto, sus criterios de validez y su eficacia procesal y material.

### 1. EL OBJETO DE ESTE TRABAJO

Hace ya mucho tiempo que la doctrina alemana definió la categoría de los contratos procesales para referirse a aquellos acuerdos en los que la voluntad de las partes pretende la producción de determinados efectos procesales<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El estudio aborda los negocios procesales desde una perspectiva nacional, es decir, dentro de las posibilidades negociales que delimita el ordenamiento jurídico español. Ahora bien, es evidente el peso que la doctrina alemana tiene en el desarrollo de la investigación. Esto responde a varias razones. La principal

Desde luego, los negocios procesales tampoco son una realidad desconocida en nuestro ordenamiento. El arbitraje o el pacto de sumisión expresa, sin ir más lejos, son negocios jurídicos con efectos procesales a los que indudablemente se les puede calificar como contratos procesales. Son, además, contratos procesales típicos o institucionalizados, respecto de los cuales el ordenamiento contempla herramientas jurídicas para asegurar su eficacia procesal.

Aunque existen estudios sobre el convenio arbitral o el pacto de sumisión, no se ha contado, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacionales, con un intento claro de desarrollar los *negocios procesales como una categoría jurídica*, esto es, como un conjunto de negocios jurídicos que comparten una serie de elementos estructurales y unos criterios de validez y eficacia comunes.

Esto determina que para cumplir con la finalidad de este estudio se haya considerado necesario desarrollar una *teoría general del negocio procesal*. Solo desde esta base podrá abordarse un estudio completo de los concretos contratos procesales que constituyen una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay que tener bien presente que los contratos procesales no se agotan conceptualmente en aquellos que aquí se examinarán. Es necesario, pues, delimitar con claridad el objeto del estudio. No se pretende examinar aquí todos los negocios procesales en abstracto posibles, sino únicamente aquellos que suponen o pueden suponer la referida disposición contractual del art. 24 CE.

Debe señalarse igualmente que la figura del contrato procesal no es el único medio a través del cual los individuos pueden desarrollar su autonomía de la voluntad en el marco de un proceso. Existen otros tipos de negocios jurídicos que, en abstracto, también son susceptibles de articular disposiciones del derecho a la tutela judicial efectiva —*v. gr.*, la prohibición de impugnar el testamento—.

A pesar de ello, la realidad demuestra que el contrato es el instrumento principal a través del que los individuos regulan negocialmente su esfera jurídica. Por ello, inevitablemente se centrará la atención en la obligación procesal y en el contrato procesal —el negocio procesal de mayor importancia económica y social en el tráfico—. A partir de aquí podrá empezarse a construir una teoría general del negocio procesal que, en su caso, podrá servir de base para un estudio futuro de otros negocios jurídicos, *inter vivos* o *mortis causa*, gratuitos u onerosos.

Se ha de advertir igualmente que, en algunas ocasiones, se examinarán negocios materiales o procesales que no comporten una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva. El interés en ello se halla, justamente, en determinar por qué en esos casos no hay una disposición del derecho fundamental, lo cual ayudará a delimitar con claridad los entornos de aquellos otros en que sí sucede.

---

y más evidente es el espectacular desarrollo científico que los negocios procesales han tenido en la doctrina germana, en la que la categoría de los contratos procesales está desde hace años consolidada dogmáticamente. En todo caso, y se debe insistir en ello, tratándose de un estudio que se enmarca en el ordenamiento español, ha sido necesario en todo momento un proceso de asimilación y adaptación. Este «filtrado» es especialmente necesario en relación con los negocios procesales que constituyen una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene en nuestro ordenamiento un contenido complejo y muy concreto que ha sido fruto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Los derechos que conforman el art. 24 CE —y con ello, los comportamientos procesales de las partes con trascendencia constitucional— no son los mismos que aquellos reconocidos en el *Grundgesetz* alemán o en cualquier otra constitución europea. Lo anterior supone que, en relación con los concretos negocios procesales que aquí se examinan, no sea asimilable directa e indiscriminadamente todo lo que se ha desarrollado sobre ellos en la bibliografía extranjera. El distinto ámbito de nuestro art. 24 CE cualifica su objeto y, con ello, influye en sus criterios de validez y eficacia. Junto con las evidentes particularidades de nuestro ordenamiento, este es un elemento importante que se debe tener presente a la hora de incorporar el Derecho comparado como herramienta metodológica en la investigación de los negocios procesales.

Debe señalarse también que el estudio se enmarca en los *procesos civiles declarativos y ejecutivos de carácter ordinario*, es decir, aquellos contruidos técnicamente sobre los principios dispositivo y de aportación de parte.

El estudio no aborda directamente la dinámica de los contratos procesales en determinados sectores del ordenamiento como el Derecho de consumo o el Derecho laboral, en los que la aplicación de normas tuitivas de naturaleza imperativa altera el funcionamiento ordinario de la autonomía de la voluntad. La investigación se fija, pues, en el contexto de relaciones materiales y procesales en las cuales el ordenamiento no parte de una situación de asimetría.

El estado de la ciencia y la escasa implantación de los negocios procesales atípicos hacen que resulte necesario, antes que nada, consolidar la categoría en un entorno «normal». Solo posteriormente podrá someterse la institución a las dinámicas materiales y procesales propias de sectores del ordenamiento en las que se crean determinadas estructuras de protección que repercuten en el fenómeno contractual.

Ahora bien, aunque las relaciones en los que intervenga un consumidor o un trabajador no son el objeto directo de este trabajo, su examen es una herramienta útil para determinar cuál es en general la relación de los negocios procesales con el Derecho material. Y es que la distinta naturaleza del Derecho que regula la relación jurídica que une a las partes —dispositivo, imperativo o de orden público— repercute irremediabilmente en la dinámica de los negocios procesales. De ahí que no se renuncie a analizar puntualmente determinados elementos del negocio procesal desde la perspectiva que ofrecen estos sectores del ordenamiento.

## 2. LA NATURALEZA COMPLEJA DE LOS NEGOCIOS PROCESALES

*Los negocios procesales tienen una naturaleza compleja* que exige su estudio desde distintas parcelas del ordenamiento. Esto impone que la investigación tenga un inminente carácter multidisciplinar.

El negocio procesal es una categoría conceptual que se sitúa en la intersección entre el Derecho civil y el Derecho procesal, es decir, entre el Derecho privado y el Derecho público. Se nutre de instituciones básicas, como el negocio jurídico, el contrato, los actos procesales, el proceso o las normas jurídicas imperativas y dispositivas —civiles y procesales—. Los negocios procesales ponen en relación distintas áreas del ordenamiento y someten instituciones jurídicas civiles y procesales a dinámicas específicas. Es justamente esta naturaleza compleja lo que les dota de un interés científico añadido.

Los negocios procesales pueden producir efectos materiales y procesales de distinto tipo. Esta naturaleza compleja y multidimensional les es propia y se debe tener presente a lo largo de todo el estudio. En otro caso se caerá en una visión reduccionista que impida alcanzar un entendimiento abstracto y concreto de los negocios procesales —*i. e.*, como una categoría jurídica, pero también como un instrumento llamado a operar en la realidad—.

Por todo lo anterior, el estudio de los negocios procesales que suponen una disposición del derecho a la tutela judicial efectiva tiene varias dimensiones. Una *dimensión constitucional*, que se proyecta sobre la validez de la disposición del derecho fundamental. Una *dimensión jurídico-material*, relativa a los elementos esenciales del negocio y a la eficacia material de las obligaciones que nacen de él. Y, finalmente, una *dimensión jurídico-procesal*, relativa a la producción de los efectos procesales que las partes pretenden.

El Derecho constitucional, el Derecho privado y el Derecho procesal confluyen —y en algunas cuestiones se sobrepone— en el estudio de los negocios procesales.

### 3. LA SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA SEPARACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA Y ASPIRACIÓN CIENTÍFICA

Desde hace tiempo existe una aproximación intelectual al fenómeno procesal cada vez más generalizada que consiste en una separación casi absoluta entre el Derecho procesal y el material. Es lo que Konzen ha denominado *dogma de la separación (Trennungsdogma)*<sup>2</sup>. Se trata de un punto de partida erróneo que puede falsear el análisis del papel que ambas parcelas del ordenamiento desempeñan en la realidad. En concreto, dificulta el entendimiento de lo que es la función instrumental del proceso como una herramienta para la realización del ordenamiento material —que es, después de la satisfacción del art. 24 CE y la disolución del conflicto intersubjetivo, uno de sus fines institucionales—.

El proceso civil debe estar construido técnicamente sobre las mismas valoraciones que impregnan el Derecho material. Por ello, el principio dispositivo (art. 19 LEC) refleja el poder de disposición material que las partes tienen sobre sus derechos e intereses (art. 1255 CC): es un principio reflejo. Desde una perspectiva técnica, prolonga en el proceso las valoraciones sobre las que se construye el Derecho material, manteniendo la unidad y la coherencia en el ordenamiento<sup>3</sup>.

La superación del dogma de la separación y el entendimiento de la función instrumental del proceso permiten asumir con mayor claridad por qué la distinta naturaleza del Derecho material aplicable —dispositivo, imperativo o de orden público— puede influir en el alcance de los distintos principios jurídico-técnicos del proceso, que funcionan a modo reflejo.

Además, la superación del dogma de la separación ayuda a entender el fenómeno de la *materialización del Derecho procesal*. El ordenamiento procesal ha dejado de ser desde hace tiempo un sistema formal y conceptualmente cerrado. Es un sistema abierto y vinculado a elementos «externos» como lo son la Constitución, el Derecho de la Unión Europea o el Derecho material que se tutela en el proceso<sup>4</sup>. El proceso se convierte así en una herramienta más de política legislativa para la realización de determinados intereses protegidos por la norma constitucional, europea o nacional.

El nacimiento de la ciencia procesal y su progresiva «emancipación» del Derecho privado ha llevado en ocasiones a una visión reduccionista y aislada del fenómeno procesal. Se ha entendido que la independencia de la dogmática procesal se consigue rompiendo todas las ataduras conceptuales con el Derecho material, cuando lo cierto es que en la realidad ambos están en constante interacción.

Los negocios procesales son un área en la que la interrelación entre el Derecho material y el Derecho procesal es evidente. Solo a través de ambos es posible aproximarse a su esencia. Por ello, el estudio incorpora como criterio metodológico y aspiración científica la superación del dogma de la separación: *se parte de y se aspira a* alcanzar una visión de conjunto del ordenamiento —constitucional, material y procesal—.

<sup>2</sup> H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Berlin, Dunker and Humblot, 1976, pp. 19-23, 173 y 331-336, y M. TRENKER, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, View, Manz'sche Verlags-Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 63-120.

<sup>3</sup> M. TRENKER, *Einvernehmliche Parteidisposition...*, *op. cit.*, pp. 100-103 y 190.

<sup>4</sup> En relación con el fenómeno de la materialización del Derecho procesal *vid.* R. F. KEHRBERGER, *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

Con profundo acierto dice De la Oliva Santos «los procesalistas (al menos en mi escuela) no ocultamos, sino que nos enorgullece, el carácter siempre ancilar, instrumental, del Derecho procesal. Por eso procuramos saber algo de aquello a lo que el proceso debe servir: el Derecho a secas, el Derecho sustantivo. Y, en todo caso, consideramos de capital importancia poseer una sólida formación jurídica general o básica, a la que atribuimos mucho más valor y utilidad que al exhaustivo conocimiento de cambios y pormenores. Así pues, siempre *back to basics*, siempre en búsqueda humilde del saber jurídico esencial, sin desdeñar nada especial, pero sin creer en compartimentos estancos, ni incurrir en una especialización que, como advertía Baroja, tiende a favorecer la miopía intelectual»<sup>5</sup>.

#### 4. LOS NEGOCIOS PROCESALES COMO UN INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO CIVIL: UNA PERSPECTIVA IDEOLÓGICA

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. El reconocimiento y la admisibilidad de los negocios procesales no supone, debe dejarse claro desde ahora, 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. Es en este ámbito de autonomía reconocido al individuo en el que se desenvuelven los negocios procesales. *Los negocios procesales parten y se integran necesariamente en el ordenamiento procesal positivo, no aspiran en modo alguno a subvertirlo.*

El proceso civil es un *instrumento artificial* que crea el legislador para que se dispense la tutela judicial efectiva<sup>6</sup>. Por ello, a diferencia de determinados principios jurídico-naturales como el de defensa o el de igualdad, los principios jurídico-técnicos responden a decisiones de *política legislativa* —i. e., a valoraciones— que pueden variar en un espacio y tiempo determinado<sup>7</sup>. Son, como sostiene De la Oliva, principios contingentes<sup>8</sup>.

La configuración de las instituciones jurídicas suele responder a razones ideológicas —entendidas no de forma peyorativa, sino como un «conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época»—<sup>9</sup> y/o técnicas —aquellas que racionalmente se consideran las «mejores» para el sistema en un contexto histórico determinado—<sup>10</sup>.

Desde luego, son también razones ideológicas y técnicas las que subyacen a la admisión de negocios procesales atípicos y a su posterior institucionalización. Los negocios procesales son un instrumento para la realización de la autonomía de la

<sup>5</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, «Justicia predictiva, interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del “Justizklavier”», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 80, 2019, p. 30.

<sup>6</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, curso académico 2020-2021, p. 68, disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>.

<sup>7</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 39-42.

<sup>8</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, «El papel y los poderes del juez en el proceso civil», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 2010, p. 39.

<sup>9</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed.

<sup>10</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez...*, op. cit., pp. 51-54, 57-58 y 81-82.

voluntad en el proceso civil que, como se ha dicho, está delimitada por el propio ordenamiento a través de normas dispositivas y de libertad.

Como se sabe, el negocio jurídico está construido sobre el dogma de la autonomía de la voluntad. El Código Civil es el fruto de la sociedad liberal y burguesa del siglo XIX. En la actualidad, y como consecuencia de las ideas propias de un Estado social como el nuestro (art. 1 CE), el Derecho privado se ve influido por ideas de justicia social. La libertad del individuo no se protege ya solamente frente al poder estatal —a través de los derechos fundamentales—, sino también frente al poder social o económico que la puede debilitar o anular. Es en este ámbito en el que aparecen parcelas del ordenamiento privado protectoras de la parte contractual débil —*v. gr.*, el agente, el asegurado, el consumidor o el trabajador—.

En una economía de la contratación en masa como en la que vivimos, el Derecho privado se adapta a esta nueva dinámica contractual. Supera el dogma de la autonomía de la voluntad formal e incorpora progresivamente estructuras para garantizar la justicia del fenómeno negocial. Esto se materializa en la exigencia de una autonomía de la voluntad material que aumenta la libertad y el conocimiento exigibles para que los pactos sean válidos. Igualmente se traduce en la imposición de un determinado contenido negocial al configurar las normas que regulan una parcela de la vida como imperativas o de orden público, excluyéndose así la eficacia de la autonomía de la voluntad en relación con la ley aplicable (art. 6.2 CC)<sup>11</sup>. También se puede controlar, directamente, el contenido de los pactos (art. 82.1 TRLGDCU). Se reconfiguran y adaptan así los mecanismos de justicia contractual.

Como no podía ser de otra manera, este estudio parte de la concepción liberal incorporada por el legislador en la LEC. Se ha dicho ya que el carácter privado y dispositivo de los derechos y los intereses materiales que se tutelan en el proceso se prolonga a través de los principios jurídico-técnicos sobre los que este se construye.

En este marco, la idea que late en el estudio que aquí se propone es la de dotar de mayor eficacia procesal a la autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, como se verá, la disposición del derecho a la tutela judicial efectiva que constituye el objeto de los negocios que se examinan exige la concurrencia de una *autonomía de la voluntad material*. No basta para disponer válidamente de los derechos fundamentales con el nivel de conocimiento y libertad que exige ordinariamente el CC.

Se acaba de decir que en la actualidad el Derecho privado se ve influido por ideas de justicia social que repercuten en el mecanismo contractual: la libertad del individuo no se protege ya solamente frente al poder estatal —a través de los derechos fundamentales—, sino también frente al poder social o económico que la puede debilitar o anular. Las disposiciones de los derechos fundamentales se desenvuelven también en este paradigma.

Se pretende así ampliar la operatividad de la autonomía de la voluntad, pero sobre la base de una autonomía de la voluntad real. Lo contrario sería aceptar por la puerta de atrás renuncias contractuales al ejercicio de los derechos fundamentales con base en el nivel de conocimiento y libertad que exige el CC para considerar válido cualquier otro pacto entre los individuos (arts. 1266 y 1267 CC). Este es un nivel más bien bajo, cuya justificación está en facilitar el desenvolvimiento del tráfico, pero que en principio no es suficiente para que el ordenamiento reconozca una disposición negocial del art. 24 CE.

---

<sup>11</sup> L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, 1956, pp. 1149-1181.

Si fuera suficiente con el nivel de conocimiento y libertad que exige el Código Civil para aceptar la validez de los negocios dispositivos del art. 24 CE se podrían producir resultados injustos que podrían acabar con su rechazo *in toto*. *El exigir una autonomía de la voluntad material supone incorporar con garantías una mayor liberalización de los derechos procesales de naturaleza constitucional*. Metafóricamente podría decirse que, o no se deja pasar a nadie, o se deja pasar a algunos aumentando los controles en la puerta.

## 5. LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL ESTUDIO

Los contratos procesales son una realidad en el tráfico jurídico desde hace tiempo en países de nuestro entorno. En un mundo en el que las relaciones jurídicas están cada vez más interconectadas, cabe esperar que los órganos judiciales españoles se encuentren con contratos procesales atípicos con mayor frecuencia.

La realidad demuestra que los protagonistas del tráfico jurídico intentan que su autonomía de la voluntad se proyecte sobre elementos del derecho a la tutela judicial efectiva y del proceso que de forma generalizada y casi automática se han venido considerando imperativos o indisponibles. Ante la inexistencia de un estudio integral de estas disposiciones, los operadores jurídicos y los órganos judiciales se encuentran sin criterios claros para celebrar sus pactos y resolver las controversias jurídicas que surjan en torno a ellos. Esta es otra de las razones que justifican el estudio que aquí se aborda.

El tráfico jurídico necesita seguridad y rapidez, ya que sin ambos elementos la actividad económica no puede desarrollarse en un entorno global y competitivo. Estas necesidades se proyectan también sobre los mecanismos de resolución de las controversias. Es deber del Estado ofrecer a todos los operadores jurídicos y económicos un sistema judicial que tutele eficazmente sus derechos e intereses materiales y que les permita solucionar sus controversias de forma eficiente.

En el contexto internacional, se advierte cada vez con mayor claridad una tendencia a tratar de desarrollar al máximo los potenciales de la voluntad de las partes sobre los mecanismos de solución de controversias. No se trata solo de fomentar los mecanismos extrajudiciales y alternativos, sino también de hacerlo sobre los procesos judiciales en sentido estricto. Se aspira con ello a trasladar al ámbito de la jurisdicción estatal ciertas dosis de flexibilidad y adaptabilidad que, tradicionalmente, parecían ser exclusivas del arbitraje o de otros mecanismos de *ADR*.

En este marco, los negocios procesales potencian el atractivo de la jurisdicción ordinaria frente a otros sistemas alternativos de resolución de controversias. Su desarrollo y consolidación, por tanto, también puede servir para posicionar a España como un ordenamiento moderno integrado en las tendencias de litigación internacional.

Además, los negocios procesales ayudan a adecuar la resolución de la controversia jurídica a su naturaleza, aumentan la cooperación entre las partes y un cierto grado de certeza en el resultado del pleito, reducen la litigación oportunista o abusiva, incentivan el cumplimiento voluntario de los pactos y crean valor económico.

Todo lo anterior justifica un estudio que aborde los negocios procesales como categoría jurídica en el ordenamiento español. Esto permitirá hacer futuras propuestas *de lege ferenda* en relación con la institucionalización de determinados negocios procesales atípicos y continuar la investigación en torno a otros distintos de aquellos que constituyen el objeto de este estudio.

PRIMERA PARTE  
**LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO  
A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**