

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 20. Diciembre 1990

García de Enterría, Eduardo
Catedrático de Derecho administrativo

LA LUCHA CONTRA EL ABUSO DE LOS PROCESOS: JUICIOS PROVISIONALES Y MEDIDAS CAUTELARES

Estudios
Serie: *Procesal*

VOCES: ADMINISTRACION PUBLICA. PROTECCION JURISDICCIONAL. DILACION INDEBIDA. MEDIDAS CAUTELARES. INTERES LEGAL.

ÍNDICE

TEXTO

El Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas acaba de proclamar en una capital Sentencia reciente, la Sentencia *Factortame*, de 19 de junio de 1990, un nuevo principio general del Derecho, el que expresa así el Abogado General Tesouro sobre cuyas conclusiones esa Sentencia se dictó y por las que debe de interpretarse: «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un año para quien tiene la razón».

El principio así formulado procede (con independencia de otros antecedentes parciales, que el propio Abogado General reseña) de una Sentencia decisiva del Tribunal Constitucional italiano de 1965, a la que luego nos referiremos.

Es evidente que ese principio, hoy ya proclamado en todo el «espacio jurídico europeo», no se cumple en nuestra patria. El proceso está, con frecuencia, aunque esto suene extrañamente, positivamente estimulado por las Leyes, para que los deudores puedan no pagar (suspensión del devengo de intereses en las suspensiones de pagos) o pagar menos de lo que deben. Esto último encuentra un ejemplo paradigmático en el caso del escandaloso sistema de los «intereses legales», siempre inferiores a los intereses de mercado en varios puntos, diferencia que es un estímulo económico positivo - aparte del de la devaluación de la deuda cuando llegue la hora de la ejecutoria judicial- para que los deudores alarguen el momento del pago mediante la apertura de pleitos o de recursos en cadena en el seno de éstos. Quizá ello se vea de

manera especialmente expresiva en la diferencia palmaria que se da entre el interés legal que debe pagar la Administración deudora condenada en un pleito (no siempre, por cierto, según el viejo *privilegium fisci* de que «la Administración no debe intereses») y el 14,50 por 100 con que está ofertando públicamente sus emisiones de deuda en el mercado, aun sin contar con la incoercibilidad virtual de las Sentencias condenatorias contra ella, que le permite de hecho retrasar indefinidamente su ejecución, todo lo cual, como se comprende, es un fuerte estímulo para que imponga un «empréstito forzoso» a sus deudores mediante la negativa más absurda a pagar que fuerza a dichos deudores a seguir un proceso de varios años; ese «empréstito forzoso es mucho más barato que lo que el mercado le permite negociar, además de virtualmente sin plazo. En el mismo orden: el artículo 1.101 del Código Civil impone, fuera de ciertos casos, la demanda judicial para que el deudor incurra en mora, momento hasta el cual su deuda no devenga intereses, según una jurisprudencia sumamente cuidadosa de los intereses del deudor. Otro ejemplo notable es el del efecto suspensivo de los fallos que producen los recursos por regla general, lo que es un claro estímulo para que los vencidos en el proceso interpongan toda clase de recursos absurdos, sucesivamente, hasta agotar cualquier posibilidad meramente formal de recurrir. En el mismo sentido va la jurisprudencia y la práctica judicial tan rigurosamente restrictiva para valorar los daños y perjuicios producidos por la prolongación de un proceso a quien lo ha ganado. La única sanción de que el sistema dispone es la condena en costas, lo que no afecta para nada a los perjuicios sustanciales sufridos por el vencedor en el objeto del proceso como consecuencia de su alargamiento abusivo.

En los estudios y debates sobre la reforma de la justicia no suele considerarse demasiado este aspecto de la cuestión, que, sin embargo, juzgo de primera importancia.

Pero el asunto es aún bastante más grave si se para mientes en el criterio con que el ordenamiento asigna la carga de accionar. Ese criterio es, normalmente, el de la posesión de hecho. Sólo quien pretenda remover al poseedor deberá abrir contra él un juicio declarativo y esperar, tras largos años, a vencerle para hacer valer su Derecho. El propietario tiene que accionar para desahuciar al inquilino que no paga, y que seguirá sin pagar durante todos los años que dure el proceso. El acreedor tiene que demandar a su deudor para que le pague la deuda menos problemática. Inquilino y deudor utilizan el proceso (cuya apertura eventual corresponde a la otra parte) para incumplir sus obligaciones, para alargar su incumplimiento, incluso, como notamos antes, para disminuir su importe -lo que será lo normal simplemente por la devaluación monetaria consiguiente a los largos años que costará Regar a la ejecución forzosa. La Ley es la que ha creado este extraño sistema. Las Administraciones públicas tienen aún el privilegio exorbitante de ganar para sí la posesión mediante decisiones unilaterales ejecutorias, o, simplemente, mediante su silencio, desplazando siempre a su oponente la carga de accionar y de recurrir sucesivamente durante muchos años, aun en los supuestos más manifiestos e injustos.

En un enorme número de casos, pues (yo me permito creer que quizás en la mayoría), el proceso se ha convertido en un instrumento de la injusticia, no de la justicia, aunque la expresión pueda sonar extrañamente. Es una perversión del sistema procesal, sin duda alguna.

Si recordamos ahora el nuevo principio proclamado por la máxima instancia judicial europea, es evidente que en nuestra patria dicho principio se encuentra en una escandalosa situación. Quien tiene razón suele estar gravado con penosísimas cargas procesales que perjudican con normalidad a su derecho y que favorecen correlativamente y de manera sustancial al deudor de mala fe o al incumplidor doloso de sus deberes. La duración excesiva de los procesos perjudican prácticamente siempre a quien tiene razón.

Si el artículo 24 de la Constitución proclama el «derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas», la cuestión es entonces decidir sobre cuál de las partes debe recaer la carga enorme de la dilación escandalosa de los procesos. Es evidente que no sobre quien tiene razón para pretender esa tutela, sino sobre quien se opone deliberadamente a ella de una manera injustificada. Esto se dice muy fácilmente; la cuestión es cómo se puede ordenar de manera práctica ese postulado.

Pues bien, hay dos maneras conocidas para ello; no se trata de inventar cualquier arbitramento. Una, corregir de plano el régimen legal que, como hemos podido ver sumariamente, prima precisamente al injusto y no al justo (según la Sentencia final, naturalmente, no según cualquier criterio moral). Otra, sobre la que queremos sobre todo llamar la atención ahora, es la organización de procesos cautelares sumarios que permitan poner en inmediata posesión de su derecho a quien manifiestamente aparece como titular real del mismo, desapoderando al injusto desde el primer momento de la ventaja que le da la posesión de hecho en que se encuentra o que ha creado unilateralmente a su favor.

Esa técnica es hoy perfectamente conocida en la mayor parte de los Estados europeos. No en España, sorprendentemente, donde las medidas cautelares o los procesos rápidos:

- o son necesariamente incidentes en un proceso declarativo de fondo, lo que no excusa, pues, éste (excepción: el llamado «juicio ejecutivo» o los interdictos);
- o se consideran como un privilegio de ciertos títulos escritos, como en el caso del juicio ejecutivo o del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y ello aun en el reformado artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha querido ser tan generoso («cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que resulte con claridad una obligación»), y no como el derecho otorgado a quien desde el primer momento aparece que tiene *prima facie* la razón de fondo;
- se somete a costosas cauciones, no siempre disponibles por todos los acreedores y de cuyo sostenimiento luego no se les resarce;
- o, en fin, se condicionan a una sorprendente exigencia de que no se oponga a ello el interés público, como hoy interpreta el Tribunal Supremo (cierto es que con alguna base legal equivocada) las modestas suspensiones de ejecutoriedad que se prevén en el proceso contencioso-administrativo y que se otorgan de forma extremadamente parca y limitada.

La fórmula más autorizada de esos procesos cautelares rápidos e independientes en el actual panorama europeo es el *référé* francés, en constante e imaginativo desenvolvimiento normativo y jurisprudencial. El *référé* es, salvo excepciones, un proceso independiente y autónomo y no un incidente en un proceso declarativo y permite otorgar justicia en cuestión de días, incluso en horas (para lo cual se puede utilizar hasta el domicilio particular del juez), a quien aparece manifiestamente (*fumus boni iuris*) como el titular del derecho -o dicho inversamente, a quien no encuentra en frente suyo una oposición «seria» o consistente. Esto se extiende hasta la «provisión» inmediata por el deudor doloso de una parte o de todo el importe de la deuda reclamada. La sentencia de *référé* es revisable, naturalmente, en un proceso declarativo ulterior, cuya carga corresponderá al condenado en el *référé*, esto es, normalmente al injusto y no al justo; técnicamente, no produce fuerza de cosa juzgada material. Hay que decir, y esto me parece capital, que la mayor parte de estos ulteriores procesos declarativos no tienen lugar, como ocurre entre nosotros respecto a las Sentencias interdictales o las de remate en juicio ejecutivo. El sistema produce, pues, una más que saludable eliminación de los procesos abusivos, que son, sobre todo, los que inundan y paralizan nuestros juzgados y Tribunales.

En cierto modo se puede decir que estos *référés* autónomos son interdictos *au rébours*, esto es, lo contrario del interdicto, en el sentido de que desapoderan de la posesión de hecho a quien se apoya únicamente --o preferentemente- en ella para desplazar la onerosísima carga de la dilación enorme de los procesos declarativos a quien *prima facie* se ve ya que tiene la razón. El desapoderamiento no es más que de esa ventaja de hecho, porque luego el condenado en *référé* puede perfectamente abrir (pero ya él y no el contrario, lo que ya hemos notado que normalmente no hace.) un proceso declarativo para debatir en el fondo lo fundado de su posición de resistencia.

Se podría observar que esa estimación inmediata y expeditiva de cuál de las partes es la justa y cuál la

injusta comporta muchos riesgos. Comporta, ciertamente, algunos riesgos, pero no tantos, ni tan graves, desde luego, como los que juegan con el sistema que critico. Por otra parte, la sentencia de *référé* suele ser apelable, en un efecto, claro (aparte de revisable en un juicio declarativo) y, además, si la cosa no está clara, o la razón está repartida, el juez del *référé* denegará su asistencia o la otorgará sólo parcialmente.

En una ocasión, a mi conocimiento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado con un caso de un procedimiento de *référé*, la Sentencia *Van Droogenbroeck* de 24 de junio de 1982. Era un caso belga (se invocaba la recepción del *référé* en el Código Judicial belga de 1967, arts. 584 y 1.039), pero se trataba de un caso penal y no civil o contencioso-administrativo y de la pertinencia de ese proceso sumarlo para cumplir las exigencias del artículo 5.4 del Convenio Europeo («toda persona privada de su libertad... tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal») y no, de las condiciones del artículo 6 (que es el equivalente del artículo 24 de nuestra Constitución), que es lo que más nos hubiera interesado. El Gobierno belga excepcionaba que el recurrente no había agotado las vías internas de recurso disponibles, citando entre ellas la de ese *référé*, con la que una jurisprudencia reciente admitía la posibilidad de ser utilizada frente a detenciones arbitrarias, al modo de un *habeas corpus*. Pero la Sentencia rechaza esta consideración en razón, no ya a la singularidad o sumariedad del proceso, sino por la novedad de esa jurisprudencia, «muy reciente, que está formándose y que se presta a controversia» (la primera Sentencia aportada por el Gobierno era de 1980, cuando el recurrente ya estaba en Estrasburgo), teniendo en cuenta que «una vía de recurso debe existir con un grado suficiente de certeza, sin la cual le faltan la accesibilidad y la efectividad requeridas por el artículo 5.4». Está, pues, implícito en esta Sentencia que, si la Ley o la jurisprudencia establecida hubiesen sido claras sobre la disponibilidad del *référé* en este caso, el procedimiento mismo del *référé* cumpliría sobradamente las condiciones del Convenio Europeo.

Lo esencial del *référé* son dos notas: la estimación del *fumus boni iuris* o de la apariencia del derecho que se invoca, y la provisionalidad de la decisión, que puede siempre ser revisada en un proceso declarativo, y que es lo que justifica su sumariedad extrema. Ello obliga al juez a una apreciación *prima facie* del fondo, algo más, desde luego, que el control mecánico de la suficiencia de unos determinados documentos formales, que es en lo que suele quedar la decisión de las medidas cautelares civiles entre nosotros. No es un plus valor otorgado a ciertos documentos, sino una decisión que resitúa a las partes en la posición que parece más justa si quieren abrir un proceso de fondo.

En el caso del contencioso-administrativo, el ejemplo más claro de esa técnica es hoy el italiano. El Tribunal Constitucional italiano en una capital Sentencia, la núm. 180, de 26 de junio de 1985, declaró inconstitucional la limitación de las medidas cautelares disponibles contra la Administración únicamente a la suspensión del acto impugnado (que es lo mismo que ocurre entre nosotros) y habilitó la posibilidad de que, en base al simple *fumus boni iuris*, el juez contencioso pudiese dictar medidas positivas en sustitución de una denegación arbitraria por la Administración de la pretensión del recurrente (en Francia, desde 1988, se admite incluso el *référé provision* contra la Administración obligándola al pago anticipado de sus deudas, en todo o en parte, cuando su oposición no parece inicialmente «seria» o consistente). Desde entonces los Tribunales contencioso-administrativos italianos resuelven las pretensiones del proceso prácticamente en menos de un mes sobre la base de la protección al *fumus*, a la apariencia *prima facie* del derecho, y en -vía cautelar, remitiendo la decisión de fondo a los siete u ocho años que (como entre nosotros) puede durar un proceso en dos instancias y que quien tenga aparente razón puede esperar tranquilamente; y no, como entre nosotros, en que esa duración exorbitante juega prácticamente siempre en favor de la Administración, a la que se estimula así a las decisiones arbitrarias, al abuso de su potestad ejecutoria, o, lo que suele ser más frecuente, a negociar con el administrado en situación de absoluta desventaja de éste, que le obliga a aceptar, e incluso a convenir, acuerdos que ningún juez podría amparar.

De esta manera, en toda Europa se está generalizando la técnica de habilitar una «Justicia provisional»

inmediata y rápida, dejando la «justicia definitiva» remitida, ya sin grave daño, y sólo en los casos en que pueda existir un litigio serio y no abusivo, a los largos y dilatados procesos (Zagrebelski).

Ese es también, justamente, el sentido de la Sentencia europea *Factortame* que comenzamos citando. Esta Sentencia, que me parece trascendental (y que he comentado más ampliamente en el número 67 de *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA, y sus antecedentes en los números 63 y 64 de la misma revista; permítaseme remitirme a estos trabajos más amplios), ha definido la obligación de los jueces nacionales en su aplicación del Derecho comunitario de suspender cautelarmente su propio Derecho nacional, aun el de mayor rango, dando órdenes o *injunctions* positivas a sus Administraciones respectivas, y todo ello en base al *fumus boni iuris*. La razón de esta regla la funda el Tribunal de justicia en la exigencia precisamente de la «tutela judicial efectiva», que, por cierto, no es un concepto formulado en ninguno de los Tratados ni normas del Derecho comunitario, así como sí lo está, categóricamente, en el texto del artículo 24 de nuestra Constitución. Esa exigencia obliga a privar de la ventaja del alargamiento del proceso a quien abusivamente se prevale de éste, no obstante la falta de seriedad aparente de su posición.

En cumplimiento de esta Sentencia los Tribunales ingleses, que habían suscitado sobre el tema la cuestión prejudicial (art. 177 del Tratado CEE) decidida por la sentencia europea, han dictado, en efecto, *injunctions* contra su Administración intimándola a deshacer los efectos de la aplicación de una Ley de su Parlamento (*Order* de la Cámara de los Lores de 26 de julio de 1990).

La doctrina de la Sentencia afecta, naturalmente, a los Tribunales españoles en cuanto tengan que aplicar cualquier norma del Derecho comunitario.

Ahora bien, resultará realmente sorprendente que los Tribunales españoles dispongan al aplicar el Derecho comunitario de más facultades que cuando aplican únicamente, como es lo normal, su propio Derecho nacional. Será éste un caso de discriminación *in peius* de los justiciables españoles, que presumiblemente violaría o el artículo 7 del Tratado CEE o los artículos 6 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o los dos instrumentos -además, evidentemente, del art. 24 de la Constitución, que no parece admitir grados de «efectividad de la tutela» más reducida en unos procesos que en otros*.

Sería bueno que quienes están reflexionando sobre nuestra reforma procesal y sobre la inexcusable mejora de la situación de la justicia meditaran con alguna atención sobre estos problemas.

He citado, en mi artículo del núm. 67 de REDA, la frase de un autor francés, Magistrado con experiencia en la materia, además, P. ESTOUP, que no ha dudado en decir que hoy «el honor de la justicia», nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos.

NOTAS:

* Este será inmediatamente el caso de Gran Bretaña, a cuyos Tribunales, por la vía de una cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE planteada por la Cámara de los Lores, se ha dirigido la Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia a que el texto se ha referido. El caso será paradigmático, puesto que en la Sentencia de la Cámara de los Lores que planteó la cuestión prejudicial al Tribunal europeo (Sentencia *Factortame*, de 18 de mayo de 1989) se afirmó con toda rotundidad, y por vez primera desde la instauración de la *judicial review* o contencioso-administrativo inglés en 1977, que un juez inglés no disponía del poder de dirigir *injunctions* u órdenes positivas a la Corona, lo que excluía la técnica del *interim relief* o medidas cautelares en el contencioso. Vid. sobre ello mi artículo en el número 63 de REDA. No obstante, por virtud del Derecho comunitario, tras la sentencia europea, la Cámara de los Lores; acaba de suspender cautelarmente la aplicación de la Ley inglesa de que se trataba en el proceso *Factortame*, la *Merchant Shipping Act* de 1985, mediante Auto de 26 de julio de 1990. ¿Admitirá la jurisdicción superior

Revista del Poder Judicial.

Revista del Poder Judicial nº 20. Diciembre 1990
Páginas 9-14

inglesa que esa posibilidad de dirigir cautelarmente *injunctions* de suspensión a la Corona -la Administración- quede limitada sólo a los supuestos en que esté en cuestión el Derecho comunitario? Me cuesta creerlo, pero la respuesta exacta no tardaremos en conocerla.