

JUSTIFICACIÓN

Una de las aportaciones más sobresalientes de la ley de enjuiciamiento civil, sin precedentes en la pretérita legislación procesal española, ha consistido en regular la pretensión procesal.

Su importancia estriba en que con su ejercicio se podrá pretender de los tribunales tutela jurisdiccional mediante su ejercicio inclusivo al ser un derecho que se reconoce a todas las personas entendido como un imperativo de orden público procesal que habilita, con carácter general, a que el tribunal ampare cualquier clase de tutela jurisdiccional que esté expresamente prevista por la ley.

Su trascendental irrupción en la ley de enjuiciamiento civil obliga a su definitiva delimitación conceptual respecto del derecho de acción como concepto constitucional, así como del derecho de acción como derecho subjetivo por lo que se hace imprescindible su vivificación que expulse de su ámbito los conceptos que la usurpan.

San Sebastián, agosto de 2022
Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Antonio María Lorca Navarrete
Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco/EHU
C. electrónico: secretaria@leyprocesal.com;
institutovascoderechoprocesal@leyprocesal.com

La pretensión procesal en la ley de enjuiciamiento civil

1. Introducción

Todo lo que afecta al derecho procesal es susceptible de ser contemplado desde muy diversas vertientes siendo, posiblemente, el concepto de pretensión procesal una de esas nociones de la normativa procesal que se presta a ser examinada a través de propuestas de muy variada índole. Que así suceda se debe a que, históricamente, el anidamiento de la pretensión procesal en el derecho procesal ha provocado dificultades de comprensión que obligan a realizar un examen particularizado de la misma para ubicarla en el preciso contexto en el que encontrar su justificación.

El tránsito histórico de la pretensión procesal a través de nuestro derecho procesal no ha sido afortunado. Su desolación, pesadumbre y aislamiento, que aún hoy es patente, no es nuevo porque `en el ámbito del proceso ha habido figuras que durante largo tiempo han mantenido una primacía intelectual muy discutible y otras, en cambio, han quedado escondidas¹, al margen de la atención de los estudiosos, prestando su savia esencial a otros falsos conceptos y convirtiéndose ellas en vanas sombras`. Porque `lo verdaderamente extraño dentro de la ciencia del proceso (...) es, sobre todo, que la anormalidad ha venido a recaer sobre una idea absolutamente vital para la construcción del instituto mismo del proceso y que, por lo tanto, el fenómeno de perturbación jerárquica ha incidido esta vez en la misma médula o entraña de la disciplina. Mientras que nociones más o menos importantes han hecho alegremente su carrera en la evolución científica del derecho procesal, otras han sido conservadas en un permanente y extraño silencio² tanto más difícil de explicar cuanto que la observación exacta de la realidad procesal clamaba a gritos por su auténtica entronación. Este ha sido claramente el destino³ de la pretensión procesal en cuanto concepto jurídico⁴. Estas expresivas indicaciones sobre la pretensión procesal, realizadas en 1952⁵, son aún una lamentable realidad.

¹ Según Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 8. También se puede consultar Guasp, J., *La pretensión procesal*. Cuadernos Civitas con prólogo de Alonso Olea. 1ª Edición 1981. En la cubierta interior del libro se puede leer: `Esta primera edición en forma de libro reproduce el texto publicado en el fascículo I del tomo V del Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1952`.

² Según Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 8.

³ Según Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 8.

⁴ En términos similares y siguiendo a Guasp, se expresa González Pérez cuando dice que `el concepto de pretensión ha permanecido largo tiempo olvidado por la Ciencia procesal. La razón de este fenómeno radica en que otras figuras distintas han

Que así ocurra se debe a que no son excesivas las indicaciones doctrinales en las que está presente el estudio de la pretensión procesal de tutela jurisdiccional aun cuando, el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil, opta decididamente por su novedosa implantación sin precedentes en la historia del derecho procesal español. Incluso, el legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, con una frivolidad rayana en la simpleza, se supera en ignominia respecto de su realidad existencial al no dedicarle ni una sola de sus indicaciones a la aportación, ciertamente sobresaliente que, a nivel metodológico, ha supuesto el reconocimiento que él mismo realiza de la pretensión procesal. La pretensión procesal se siente afligida ante el posicionamiento de ese legislador.

Al legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil sólo parece preocuparle, cuando redacta esa exposición, el uso lingüístico de la expresión 'pretensión procesal' respecto del uso, igualmente lingüístico, que se puede hacer de la expresión 'acción' "y, por ello -dice la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil-, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así, por ejemplo (...), se emplea en unos casos los vocablos 'pretensión' o 'pretensiones' y, en otros, el de 'acción' o 'acciones'⁶ como aparecían en la Ley [de enjuiciamiento civil] de 1881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno" (apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil)⁷.

desempeñado la misión que a aquélla correspondía. Estas figuras que, durante mucho tiempo, han suplantado a la pretensión procesal, no son otras que las de acción y demanda, que han ocupado un lugar destacado en todos los tratados de Derecho procesal'. González Pérez, J., *La pretensión procesal administrativa*, en Revista de administración pública, núm. 12 pág. 77, 78. Disponible en: [file:///C:/Users/Antonio/Downloads/Dialnet-LaPretensionProcesalAdministrativa-2111937%20\(2\)%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Antonio/Downloads/Dialnet-LaPretensionProcesalAdministrativa-2111937%20(2)%20(2).pdf).

⁵ Por Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 8.

⁶ La cursiva es mía.

⁷ Ese uso indiscriminado de la 'acción', confundida con la 'pretensión', se encuentra igualmente en la legislación venezolana. Según Zamora Hernández, 'el ordenamiento jurídico venezolano, en muchas situaciones emplea los términos acción, pretensión y demanda sin distinguirlos claramente, atendiendo a las diferencias que entre los mismos existen y que han sido producto de largas discusiones doctrinales. Efectivamente, algunos textos legales, en ocasiones usan correctamente dichos términos mientras que, en otras, no solamente los confunden, sino que, dentro de una misma ley, son usados para aludir a conceptos distintos'. Añade Zamora Hernández que 'la jurisprudencia del máximo tribunal de la república, al igual que la legislación venezolana, ha incurrido en la confusión entre acción y pretensión, diferenciando tipos de acciones, cuando en realidad deberían referirse a la índole de la pretensión'. Zamora Hernández, R., *Acción, pretensión y demanda en el derecho procesal venezolano*. 2017, pág. 20, 23.

No cabe duda. Para el legislador de la ley de enjuiciamiento civil de 1881, la pretensión procesal `venía a yacer⁸ en un indefinido mutismo ajeno al progreso de la ciencia que ella misma sustentaba´ lo que llevó a afirmar⁹ que, `el concepto de pretensión procesal, es desgraciadamente un concepto preterido´. Y, otro tanto, es posible decir del legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil. Pero que, no obstante, y `si algún defecto puede hallarse a la obra de Guasp es precisamente¹⁰ su profundo carácter innovador´.

2. La pretensión procesal

No cabe duda que la pretensión procesal, que en su momento se diseñó¹¹, posee su encuadre normativo en el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil. Mediante una contribución normativa inédita para la pretérita legislación procesal civil, el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil aborda un nuevo diseño de la pretensión procesal con la que `se podrá pretender de los tribunales´ una de las `*Clases de tutela jurisdiccional*'¹² que regula.

Para comprender esta innovadora aportación de la pretensión procesal que, sin duda, constituye una de las aportaciones más sobresalientes de la ley de enjuiciamiento civil, es preciso referirse a sus características tal y como son reguladas, ahora, por la propia ley de enjuiciamiento civil.

En primer lugar, la pretensión procesal se justifica en la libre disposición de la parte y, por tanto, responde a la aplicación del principio dispositivo ya que la parte la `podrá pretender de los tribunales´ (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil). Para la ley de enjuiciamiento civil, la pretensión procesal es el derecho de poder pretender de los tribunales tutela jurisdiccional de las `*Clases de tutela jurisdiccional*'¹³ que regula el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

⁸ Según Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 9.

⁹ Por Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 9.

¹⁰ Según Serra Domínguez. M., *Jurisdicción, acción y proceso*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2008, pág. 217. Sigue diciendo Serra Domínguez que `la doctrina extranjera, con una rara excepción, ha pretendido ignorar dicha obra, manifestando simplemente que ha llegado a resultados inaceptables, pero sin justificar en absoluto tal afirmación, contraria a la misma realidad. Contrasta esta ignorancia extranjera, sólo explicable por el carácter innovador de la doctrina de GUASP, con la expectación que ha despertado en nuestra patria, tanto por parte de sus adeptos, cuanto por sus contradictores´. Serra Domínguez. M., *Jurisdicción, acción y proceso*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2008, pág. 217.

¹¹ Por Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952).

¹² Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

¹³ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

En según término, con la pretensión procesal `se podrá pretender de los tribunales` tutela jurisdiccional` siempre que se justifique en el principio de legalidad procesal (artículo 1 de la ley de enjuiciamiento civil).

En tercer lugar, el destinatario natural de la pretensión procesal es el tribunal del que `se podrá pretender` una de las `Clases de tutela jurisdiccional`¹⁴ que regula la ley de enjuiciamiento civil siempre `que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida` (artículo 5.2. de la ley de enjuiciamiento civil).

En cuarto lugar, la pretensión procesal tiene por objeto alguna de las `Clases de tutela jurisdiccional`¹⁵ que regula la ley de enjuiciamiento civil.

En quinto lugar, con las `Clases de tutela jurisdiccional`¹⁶ que `se podrá pretender de los tribunales` (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil), la pretensión procesal permite adentrarse en la proyección funcional del proceso `con todas las garantías` procesales (artículo 24.2. de la Constitución) mediante el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional (artículo 117.3. de la Constitución) sin tener que identificarla con el derecho constitucional de accionar¹⁷ ya lo sea en su versión concreta o en su versión abstracta (artículo 24 de la Constitución) ni con la `acción` entendida como derecho del sujeto o derecho subjetivo¹⁸.

¹⁴ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

¹⁵ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

¹⁶ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

¹⁷ Dice González Pérez, siguiendo a Guasp, que `el concepto de acción es irrelevante para el Derecho procesal` de modo que `para evitar confusiones, se emplea el término de pretensión procesal, reservando la palabra acción para el poder o derecho- concepto extraprocesal- de promover la actividad jurisdiccional del Estado`. González Pérez, J., *La pretensión procesal administrativa*, en Revista de administración pública, núm. 12 pág. 84. Disponible en: [file:///C:/Users/Antonio/Downloads/Dialnet-LaPretensionProcesalAdministrativa-2111937%20\(2\)%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Antonio/Downloads/Dialnet-LaPretensionProcesalAdministrativa-2111937%20(2)%20(2).pdf).

¹⁸ Dice González Pérez que “la primera concepción de la acción que puede señalarse en el tiempo es la llamada monista o, también, civilista u obligacionista. Fue la predominante hasta mediados del siglo XIX. Identifica la acción con el derecho material; la acción es -se decía- un derecho puesto en movimiento. SAVIGNY incurrió en esta confusión; para él, la acción es un derecho nuevo, pero cuyo nacimiento depende de la violación de otro derecho. En la doctrina española, MANRESA cree correlativos los términos de acción y derecho, siguiendo la doctrina más antigua, y PRIETO CASTRO, desde la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, ha afirmado que `tenemos que volver a meditar si CELSO, tal como habla en el Digesto (*Nihil aliud est actio quam ius quod debetur iudicio persequendi*), resulta estar más cerca de la verdad que WACH, los DEGENKOLB, los PLOZS, etc. Esta concepción es la que ha inspirado -según González Pérez- a nuestra legislación civil: la sigue el código civil, entre otros, en los artículos 44, 348, 1.141, 1.144, 1.186 y 1.206; ...”. Sigue diciendo González Pérez que “los autores modernos opinan que la nota de perseguibilidad judicial debe eliminarse del contenido del derecho subjetivo, ya que son conceptos autónomos: puede iniciarse un proceso sin valerse de la asistencia de un derecho (...) o fundado en varios derechos, y, a su vez, hay derechos sin acción -derechos de obligaciones naturales- y

En sexto lugar, las '*Clases de tutela jurisdiccional*'¹⁹ que 'se podrá pretender de los tribunales' (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) son las que permiten acceder al núcleo irreductible de garantías procesales del proceso al garantizar la pretensión procesal, mediante su ejercicio, ese acceso a las '*Clases de tutela jurisdiccional*' a través de un proceso 'con todas las garantías' procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

En séptimo lugar, con el ejercicio de la pretensión procesal no se discriminan las '*Clases de tutela jurisdiccional*'²⁰ que 'se podrá pretender de los tribunales' (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil). Tampoco, es discriminada por el tribunal porque la ley de enjuiciamiento civil ni discrimina su uso ni su uso es indiscriminado por parte del tribunal al otorgar tutela jurisdiccional en el modo en que es diseñada por el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil. La pretensión procesal es inclusiva.

En octavo lugar, la pretensión procesal se regula en la ley de enjuiciamiento civil como una cláusula general que habilita, desde la perspectiva de las '*Clases de tutela jurisdiccional*'²¹ que 'se podrá pretender de los tribunales', tutela jurisdiccional (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil). Entendida esa habilitación como un imperativo de orden público procesal que obliga al tribunal a amparar²².

derechos con varias acciones- letras de cambio, con acciones cambiarias y ordinarias-. La autonomía de la acción en sentido procesal nació, como ya es de sobra sabido, de una famosa polémica entre WINDSCHEID y MÜLLER. La acción en sentido procesal se configuró como 'poder protegido', como derecho subjetivo, y en razón al contenido de este derecho autónomo, han surgido muy diversas posiciones: a') La acción como derecho de carácter concreto: el contenido de tal derecho viene integrado por la conducta que en cada caso concreto cabe exigir del sujeto pasivo. Dentro de esta dirección, cabe distinguir dos posiciones: a'') La acción como *Rechtsschutzanspruch* (pretensión de tutela de derecho): el sujeto pasivo es el órgano jurisdiccional. Su fundador fue WACH, y le siguieron PLANCK, STEIN y HELWIG. b'') La acción como derecho potestativo- dirigido a dar vida a la condición necesaria para la actuación de la ley- que corresponde frente al adversario, el cual queda 'sujeto', no 'obligado', por los efectos de la actuación jurisdiccional. Esta es la doctrina de CHIOVENDA, de influencia notoria en nuestra patria, incluso en el Tribunal Supremo. b') La acción como derecho de carácter menos concreto: se distingue por estas dos características: este derecho, en su contenido concreto, sólo se presenta iniciando el proceso- sin proceso no cabe hablar de derecho a una sentencia-, y su contenido no es una sentencia favorable (*Rechtsschutz*), sino una sentencia justa; frente a las posiciones anteriores, el derecho en que la acción consiste pierde concreción. Esta es la doctrina de BÜLOW. c') La acción como derecho de carácter abstracto. Para esta dirección, ni siquiera se tiene derecho a una sentencia justa, sino meramente a una sentencia de contenido *a priori* indeterminado, que corresponde a cualquiera que acude a los Tribunales de justicia". González Pérez, J., *La pretensión procesal administrativa*, en Revista de administración pública, núm. 12 pág. 78, 79, 81, 82. Disponible en: [file:///C:/Users/Antonio/Downloads/Dialnet-LaPretensionProcesalAdministrativa-2111937%20\(2\)%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Antonio/Downloads/Dialnet-LaPretensionProcesalAdministrativa-2111937%20(2)%20(2).pdf).

¹⁹ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

²⁰ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

²¹ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

²² Dice Guasp que 'todos los conceptos básicos de la institución procesal (...) vienen

En noveno lugar, la cláusula general, que habilita para obtener las diversas '*Clases de tutela jurisdiccional*'²³, se concreta en la pretensión procesal declarativa, ejecutiva, cautelar, así como en 'cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley'; siendo la pretensión procesal declarativa la que se presta a ser inventariada como declarativa de condena, declarativa constitutiva y meramente declarativa (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

En décimo lugar, la cláusula general, que habilita para obtener las diversas '*Clases de tutela jurisdiccional*'²⁴ mediante el ejercicio de la pretensión procesal, no cierra el paso a que existan otras clases de tutela no expresamente previstas por el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil, pero siempre que, esa otra clase de tutela jurisdiccional, 'esté expresamente prevista por la ley' sin que el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil indique cuál pueda ser esa ley que autorice esa 'otra clase de tutela'.

En definitiva, la pretensión procesal es un derecho de la parte de justificación dispositiva²⁵ con el que se podrá pretender tutela jurisdiccional sujeta al principio de legalidad que tiene por destinatario un tribunal siempre que sea competente y los sujetos a quienes haya de afectar²⁶ y cuyo

a reconducirse a la idea de pretensión procesal, a girar en torno a ella, alcanzando precisamente por su relación con esta idea su verdadero sentido. Ello demuestra el enorme valor sistemático del concepto de la pretensión procesal, el cual, no sólo es, en cada proceso concreto, el objeto de la figura jurídica creada, sino que, además, presenta la idea unitaria que reduce a armonía la compleja diversidad de las actividades procesales'. Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 54.

²³ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

²⁴ Rúbrica del artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil.

²⁵ Decía Guasp que 'la petición que encierra toda pretensión procesal es, pues, siempre una declaración de voluntad que solicita que se haga algo jurídico, esto es, que se operen o se manejen situaciones estrictamente de derecho. Cabe, a este respecto -según Guasp- formular muchas clases de peticiones. La primera distinción que hay que establecer en este punto es aquella en virtud de la cual se agrupan las peticiones posibles en dos grandes apartados, según que lo solicitado sea la emisión de una declaración de voluntad por el Juez o la realización de una conducta física por el Juez distinta del mero declarar: en el primer caso hablaremos de peticiones y, por ende, de pretensiones de cognición o declarativas, y en el segundo caso hablaremos de peticiones y, por ende, pretensiones de ejecución o ejecutivas'. Guasp, J., *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), pág. 46, 47.

²⁶ Respecto de esos sujetos se ha dicho que plantean 'resistencias'. Montero Aroca dice que 'como par alternativo de la pretensión aparece la noción de resistencia' que 'es la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante'. Montero Aroca, J., *et al. El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Tirant Lo Blanch Tratados. 2000. pág. 188. También Montero Aroca, J., *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. 2ª Edición. Tirant Lo Blanch Tratados. 2016. pág. 564. También Sanchís Crespo alude a la existencia de la 'resistencia' del demandado. Sanchís Crespo, C., *et al. Derecho procesal I Jurisdicción, acción y proceso*. Thomson Reuters Aranzadi. 2021, pág. 88. Y, de igual modo, la 'resistencia' del