

ADAPTACIÓN DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL A LA NORMATIVA EUROPEA Y A SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES

Director

FERNANDO JIMÉNEZ CONDE

Coordinadoras

OLGA FUENTES SORIANO

M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO



Asociación de Profesores de
Derecho Procesal de las
Universidades Españolas

Patrocina



FUNDACIÓN PRIVADA

**MANUEL
SERRA
DOMÍNGUEZ**



**tirant
lo blanch**

**Homenajes
& congresos**

**ADAPTACIÓN DEL DERECHO PROCESAL
ESPAÑOL A LA NORMATIVA EUROPEA
Y A SU INTERPRETACIÓN
POR LOS TRIBUNALES**

**I Congreso Internacional de la Asociación
de Profesores de Derecho Procesal
de las Universidades Españolas
Murcia, 2018**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ADAPTACIÓN DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL A LA NORMATIVA EUROPEA Y A SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES

DIRECTOR:

FERNANDO JIMÉNEZ CONDE

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia

COORDINADORAS:

OLGA FUENTES SORIANO

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Miguel Hernández. Elche

MARÍA ISABEL GONZÁLEZ CANO

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla



**Asociación de Profesores de
Derecho Procesal de las
Universidades Españolas**

PATROCINA:



FUNDACIÓN PRIVADA

**MANUEL
SERRA
DOMÍNGUEZ**

tirant lo blanch

Valencia, 2018

Copyright © 2018

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-9190-950-7
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/políticas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

AUTORES:

PAOLO BIAVATI

*Catedrático de Derecho Procesal Civil
Universidad de Bolonia (Italia)*

IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

FAUSTINO CORDÓN MORENO

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Navarra*

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Acreditada como Catedrática
Universidad de Valladolid*

JUAN F. HERRERO PEREZAGUA

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza*

MAR JIMENO BULNES

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Burgos*

JORDI NIEVA FENOLL

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona*

GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Gerona*

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

CARMEN SENÉS MOTILLA

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería*

FEDERICO ADÁN DOMÉNECH

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Acreditado como Catedrático
Universidad Rovira i Virgili*

M^a BELÉN AIGE MUT

*Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares*

RAQUEL BONACHERA VILLEGAS

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Almería*

FEDERICO BUENO DE MATA

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

ROSER CASANOVA MARTÍ

*Profesora doctora de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili*

M^a ÁNGELES CATALINA BENAVENTE

*Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

ELISABET CERRATO GURI

*Profesora agregada de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili*

JESÚS CONDE FUENTES

*Profesor contratado doctor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura*

SERGI COROMINAS BACH

*Profesor doctor de Derecho Procesal
Universidad Católica San Antonio (UCAN)*

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia*

LIDIA DOMÍNGUEZ RUIZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho
Procesal Acreditada como profesora
contratada doctora Universidad de Almería*

LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA

*Profesora doctora de Derecho Procesal
Universidad San Pablo CEU*

MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alicante*

GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia*

JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo*

IBÓN HUALDE LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Navarra*

MARÍA DE LAS NIEVES JIMÉNEZ LÓPEZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho
Procesal Universidad de Málaga*

ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA

*Profesor contratado doctor de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza*

JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza*

NÚRIA MALLANDRICH MIRET

*Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona*

JOSÉ MARTÍN PASTOR

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia*

LUCÍA MORENO GARCÍA

*Profesora contratada posdoctoral de Derecho
Procesal Universidad de Almería*

SUSANNA OROMÍ I VALL-LLOVERA

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Gerona*

JOAN PICÓ I JUNOY

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra*

MANUEL RICHARD GONZÁLEZ

*Profesor Titular Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra*

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz*

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

VICTORIA SÁNCHEZ POS

*Profesora contratada doctora
de Derecho Procesal
Universidad de Navarra*

ANA SÁNCHEZ RUBIO

*Profesora ayudante doctora
de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

PEDRO SÁNCHEZ RIVERA

*Profesor doctor adjunto de Derecho Procesal
Universidad CEU San Pablo*

MERCEDES SERRANO MASIP

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Lérida*

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia*

ALMUDENA VALIÑO CES

*Profesora doctora
de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

Índice

PRESENTACIÓN	23
CAPÍTULO 1. LAS CATEGORÍAS DEL PROCESO CIVIL A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO, PAOLO BIAVATI	25
1. INTRODUCCIÓN	25
2. LA CERTEZA	27
3. EL SILENCIO	30
4. LA PALABRA	32
5. EL TIEMPO	34
6. LAS REGLAS	37
7. EUROPA Y LOS TIEMPOS MODERNOS	39
8. LA JUSTICIA	40
CAPÍTULO 2. LOS EFECTOS EXPANSIVOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL, MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO	43
CAPÍTULO 3. LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DE UNA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN QUE REQUIERA MEDIDAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACIÓN, ESTHER PILLADO GONZÁLEZ	59
1. LEY 3/2018, DE 11 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UE, PARA REGULAR LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN ..	60
1.1. Consideraciones generales	60
1.2. Orden Europea de Investigación	61
2. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN	64
3. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA OEI QUE REQUIERA MEDIDAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACIÓN	69
3.1. La falta de consentimiento del afectado por la medida	70
3.2. La posible prolongación de la privación de libertad del investigado	71
3.3. La ejecución de la medida de investigación sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Derecho español	72
3.4. La falta de acuerdo entre las autoridades de emisión y ejecución sobre las condiciones de ejecución de la medida	73
4. BIBLIOGRAFÍA	74

CAPÍTULO 4. LA CESIÓN DE DATOS DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PARA SU USO EN INVESTIGACIONES CRIMINALES: UNA PROBLEMÁTICA EN CIERNES, IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ.....	77
1. PLANTEAMIENTO.....	78
2. LA SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016	79
2.1. Los hechos relevantes del caso	80
2.2. Los argumentos del TJUE	83
2.3. La decisión del TJUE	90
3. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA CONSERVACIÓN Y CESIÓN DE DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN.....	91
4. LA IMPOSIBILIDAD DE USO Y CESIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE AQUELLOS DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN OBTENIDOS A TRAVÉS DE UN RÉGIMEN LEGAL DE CONSERVACIÓN GENERALIZADA E INDISCRIMINADA COMO EL PREVISTO EN LA LEY 25/2007	95
5. LOS PROBLEMAS QUE SE CIERNEN ANTE ESTA SITUACIÓN.....	98
CAPÍTULO 5. EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES EUROPEO Y NACIONAL: SU INCIDENCIA EN DERECHO PROCESAL ESPAÑOL, MAR JIMENO BULNES.....	101
1. INTRODUCCIÓN	102
2. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA EXIGENCIA DE SU CONTROL DE OFICIO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA ..	108
3. LEGISLACIÓN ORGÁNICA Y PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. COMPATIBILIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DICTADA POR EL TJUE	119
3.1. El mandato del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.....	119
3.2. El respeto a los principios clásicos del proceso civil.....	124
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	131
CAPÍTULO 6. DERECHO COMUNITARIO, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y TRIBUNALES NACIONALES: ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS, FAUSTINO CORDÓN MORENO	137
CAPÍTULO 7. LA ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO, CARMEN SENÉS MOTILLA.....	151
1. PRELIMINAR.....	151
2. LA “PRETENDIDA” ADAPTACIÓN PRETÉRITA	152
3. BALANCE DE SITUACIÓN.....	154
4. LA ADAPTACIÓN EN CIERNES: EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.....	156
5. CONCLUSIÓN.....	161
6. BIBLIOGRAFÍA	161

CAPÍTULO 8. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL A LAS DIRECTIVAS ANTIDISCRIMINATORIAS DE LA UE. ESPECIAL ATENCIÓN A LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ.....	163
1. INTRODUCCIÓN	164
2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES	165
2.1. La discusión sobre la existencia de un derecho fundamental de los particulares a no ser discriminados frente a otros particulares y la prohibición de discriminar entre particulares en el derecho privado español	165
2.2. Especial referencia a la discriminación indirecta.....	169
2.3. Las consecuencias jurídicas del acto discriminatorio en las relaciones jurídico-privadas.....	170
2.3.1. La nulidad de pleno Derecho	170
2.3.2. Responsabilidad por daños y perjuicios	171
3. LA “LABORALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN. PARTICULAR REFERENCIA A LA PRUEBA.....	172
4. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CIVILES QUE VERSAN SOBRE DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES	173
4.1. La distribución de la carga de la prueba en el derecho de la UE	173
4.1.1. Preceptos relevantes de las directivas antidiscriminatorias	173
4.1.2. El mecanismo de facilitación probatoria introducido por las directivas antidiscriminatorias, ¿se pone en marcha mediante la acreditación de ciertos hechos o basta realizar meras afirmaciones?.....	174
4.1.3. ¿Inversión de la carga de la prueba, presunción o rebajamiento del grado de certeza?.....	176
4.2. El régimen de la carga de la prueba relativa a la discriminación entre particulares en derecho español	178
4.2.1. La fragmentaria legislación española sobre carga de la prueba en materia de discriminación entre particulares.....	178
4.2.2. Carga de la prueba en materia de no discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas.....	179
4.2.3. Carga de la prueba en materia de no discriminación en razón del sexo: Art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil	182
5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.....	185
5.1. La problemática importación de las instituciones probatorias norteamericanas al Derecho de la Unión Europea y de sus Estados miembros	186
5.2. Las presunciones y la inversión de la carga probatoria atendiendo a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria como forma idónea para afrontar los problemas probatorios en materia de Derecho antidiscriminatorio	187
 CAPÍTULO 9. LA ACTUACIÓN DE OFICIO DEL JUEZ NACIONAL EUROPEO, JORDI NIEVA FENOLL	189
1. INTRODUCCIÓN	189

2. BREVE REPASO A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA	191
3. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO	195
4. EL CONTEXTO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO	199
5. EL NUEVO CONTEXTO HISTÓRICO: EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR	201
6. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA ACTIVIDAD OFICIAL DEL JUEZ: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES	202
7. ¿PUEDE ENCUBRIR LA CLÁUSULA ABUSIVA UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO? ...	205
 CAPÍTULO 10. EXTENSIÓN, LÍMITES Y EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES CIVILES SEGÚN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EUROPEA, JUAN F. HERRERO PEREZAGUA	
1. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO	210
2. EL ENJUICIAMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LO NO PEDIDO	211
3. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO EN EL MONITORIO	218
4. LA PRETENDIDA EXTENSIÓN DEL ENJUICIAMIENTO EN EL DECLARATIVO ORDINARIO	223
5. LA PRETENDIDA UTILIZACIÓN DE UN PROCESO SUMARIO PARA CORREGIR ACTUACIONES ANTERIORES	225
6. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO....	227
7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR EXCLUYENTE DEL ENJUICIAMIENTO	230
8. EL RESTABLECIMIENTO DE LO MAL DECIDIDO	231
9. BIBLIOGRAFÍA	238
 CAPÍTULO 11. DECONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, FEDERICO ADÁN DOMÉNECH	
1. INTRODUCCIÓN	241
2. CADA CUAL EN SU CASA Y DIOS EN LA DE TODOS.....	242
3. A CADA PAJARILLO, LE GUSTA SU NIDILLO	242
4. ANTES DE QUE TE CASES, MIRA LO QUE HACES	243
5. LAS CUENTAS CLARAS Y EL CHOCOLATE ESPESO.....	243
6. REFLEXIÓN FINAL.....	248
 CAPÍTULO 12. ADAPTACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL A LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO TURÍSTICO, M^a BELÉN AIGE MUT	
1. INTRODUCCIÓN	251
2. LA LEY 7/2017, DE 2 DE NOVIEMBRE.....	253
3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA	254
4. LA IMPORTANCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN	256

5. CONCLUSIONES.....	258
6. BIBLIOGRAFÍA.....	258
CAPÍTULO 13. EL PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL POR EL QUE SE REGULA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE TRANSPORTE AEREO, RAQUEL BONACHERA VILLEGAS.....	261
1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO	262
2. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS POR LA DENEGACIÓN DE EMBARQUE, CANCELACIÓN, O RETRASO DE VUELOS ANTE AESA	263
2.1. Ámbito de aplicación	264
2.2. Procedimiento	266
3. SOMETIMIENTO A OTRAS ENTIDADES ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ACREDITADAS	268
CAPÍTULO 14. EL DESAFÍO INMINENTE DE LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL: LA PRUEBA ELECTRÓNICA, FEDERICO BUENO DE MATA.....	269
1. LA SEGURIDAD EN INTERNET COMO PRIORIDAD LEGISLATIVA EUROPEA.....	270
2. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPOSITIVO DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBA ELECTRÓNICA	271
3. REFLEXIONES FINALES	275
CAPÍTULO 15. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN LA DOCTRINA DEL TEDH: EXIGENCIA DE PREVISIÓN LEGAL EN DERECHO INTERNO, ROSER CASANOVA MARTÍ.....	277
1. INTRODUCCIÓN	278
2. REGULACIÓN DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN ESPAÑA	278
3. EXIGENCIAS DEL TEDH PARA LA PROTECCIÓN DEL ART. 8 CEDH.....	280
3.1. Necesidad de previsión legal en el derecho interno.....	280
3.2. Calidad de la ley: accesibilidad y previsibilidad	283
3.3. Claridad y precisión de la ley	284
4. CONCLUSIONES.....	285
CAPÍTULO 16. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LOS DATOS DEL REGISTRO DE NOMBRES DE PASAJEROS PARA LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS DE TERRORISMO Y DELITOS GRAVES, M^a ÁNGELES CATALINA BENAVENTE.....	287
1. INTRODUCCIÓN	288
2. SUJETOS OBLIGADOS A LA RECOPIACIÓN DE LOS DATOS PNR.....	289
3. DATOS QUE VAN A SER RECOPIADOS.....	290

4. LA UNIDAD DE INFORMACIÓN SOBRE LOS PASAJEROS: EL CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO (CITCO)	291
5. DELITOS PARA CUYA PREVENCIÓN, DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO SE PUEDEN UTILIZAR LOS DATOS PNR.....	293
6. PLAZO DE CONSERVACIÓN DE LOS DATOS PNR Y SU DESPERSONALIZACIÓN...	294

CAPÍTULO 17. EL PROCEDIMIENTO DE EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN, ELISABET CERRATO GURI	297
1. INTRODUCCIÓN	297
2. EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN	299
2.1. Autoridad competente	299
2.2. <i>Dies ad quem</i> para la emisión de una EPO	301
2.3. La “permanencia” como elemento a considerar por el órgano emisor.....	302
2.4. El derecho de audiencia e impugnación	303
2.5. Idioma de emisión.....	303
2.6. Gastos del procedimiento	304
2.7. Impugnación de la emisión de una EPO.....	305
3. REFLEXIÓN FINAL.....	305

CAPÍTULO 18. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL AL MARCO EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO, JESÚS CONDE FUENTES	307
1. INTRODUCCIÓN	308
2. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO.....	309
3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN EL DERECHO ESPAÑOL	311
4. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SUS RESPECTIVAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSUMO	313

CAPÍTULO 19. LA LEGITIMACIÓN Y LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA DE UN PROCESO COLECTIVO SOBRE EL INDIVIDUAL POSTERIOR, SERGI COROMINAS BACH.....	317
1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA ANTE ESTA EXCEPCIÓN.....	318
2. TIPOLOGÍA DE INTERESES COLECTIVOS Y SU RESPECTIVA TUTELA.....	318
3. LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN COMO TUTELA DE LOS INTERESES PROPIAMENTE GRUPALES: UNA LEGITIMACIÓN ORDINARIA <i>SUI GENERIS</i>	320
IV. CONCLUSIÓN: ESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PLANTEADA	325

CAPÍTULO 20. IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS SINDICATOS EN CASOS DE DISCRIMINACIONES MASIVAS, LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA	327
1. INTRODUCCIÓN	328
1.1. Reforma legislativa realizada en 2007	328
1.2. Impacto normativo en la LEC.....	329
1.2.1. Suspensión de vistas	329
1.2.2. Prueba.....	330
2. CUADRO GENERAL DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ART. 11 BIS LEC.....	331
2.1. Cuando las personas afectadas estén determinadas.....	332
2.2. Cuando las personas afectadas sean indeterminadas o de difícil determinación....	334
2.3. Ausencia de regulación procesal específica para atender a los casos de pluralidad de procesos por conductas o actos discriminatorios	334
CAPÍTULO 21. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN: EL CAMINO HACIA UN RÉGIMEN EUROPEO UNIFORME EN MATERIA DE PRUEBA PENAL, LIDIA DOMÍNGUEZ RUIZ	337
1. LA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL A NIVEL EUROPEO	337
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE PRUEBA PENAL.....	338
2.1. Los acuerdos de Asistencia Judicial sobre obtención de pruebas penales en la Unión Europea	338
2.2. Iter legislativo de la Directiva sobre la orden europea de investigación.....	341
3. LA INCORPORACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	344
CAPÍTULO 22. EURO-ORDEN: PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN POR TRIBUNALES ESPAÑOLES, LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA	347
1. INTRODUCCIÓN	347
2. ¿QUÉ ES Y CÓMO SE USA UNA EURO-ORDEN?	348
3. UTILIZACIÓN RECIENTE: PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN POR TRIBUNALES ESPAÑOLES	350
3.1. Refundición de condenas	352
3.2. Principio de especialidad	352
3.3. Cuestiones temporales	353
3.4. Entrega condicionada de nacionales	353
3.5. Cuestiones derivadas de las órdenes de detención emitidas en relación al proceso de independencia de Cataluña	353
4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES	355
CAPÍTULO 23. ESPECIALIDADES PROCESALES DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. EN PARTICULAR, EL EFECTO VINCULANTE DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA INFRACCIÓN Y LA PRUEBA DE LAS DEFENSAS <i>PASSING-ON</i>, MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ	357
1. PLANTEAMIENTO	358

2. EFICACIA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES FIRMES EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	359
3. LA PRUEBA DE LAS DEFENSAS <i>PASSING-ON</i> EJERCITADAS POR EL DEMANDADO INFRACCTOR.....	364
4. CONCLUSIONES.....	364
CAPÍTULO 24. EFICACIA TRANSFRONTERIZA DEL TRÁMITE DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN RELACIÓN CON PROCESOS EXTRANJEROS CONFORME A LA NORMATIVA EUROPEA, GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN.....	367
1. INTRODUCCIÓN.....	367
2. EL RECONOCIMIENTO DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL EN RELACIÓN CON PROCESOS DE EJECUCIÓN SINGULAR EN OTROS ESTADOS MIEMBROS.....	371
3. EL TRÁMITE DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y LA APERTURA DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SECUNDARIOS.....	374
4. CONCLUSIÓN.....	375
CAPÍTULO 25. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE AL DERECHO PROCESAL: EL <i>BLINDAJE</i> DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA, JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA.....	377
1. INTRODUCCIÓN.....	378
2. LA PREOCUPACIÓN DE LA DIRECTIVA POR LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS.....	380
3. EL <i>BLINDAJE</i> DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	382
4. BIBLIOGRAFÍA.....	385
CAPÍTULO 26. LA VALIDEZ DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 6 DE MARZO DE 2018 (ASUNTO C-284/16), IBON HUALDE LÓPEZ y VICTORIA SÁNCHEZ POS.....	387
1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA PLANTEADA, MEDIANTE RESOLUCIÓN DE 3 DE MARZO DE 2016, POR EL <i>BUNDESGERICHTSHOF</i> (TRIBUNAL SUPREMO CIVIL Y PENAL ALEMÁN).....	388
2. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 6 DE MARZO DE 2018.....	389
3. LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN ESPAÑA.....	392
CAPÍTULO 27. INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: ¿ES NECESARIO UN NUEVO RÉGIMEN NORMATIVO?, MARÍA DE LAS NIEVES JIMÉNEZ LÓPEZ.....	397
1. INTRODUCCIÓN.....	398

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO	399
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU ASIMILACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL	401
4. CONCLUSIONES.....	403

CAPÍTULO 28. LA FUERZA EXPANSIVA DE LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: CONSIDERACIÓN COMO EMPRESARIOS DE ENTIDADES PÚBLICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y CONSIDERACIÓN COMO CONSUMIDORES DE SUJETOS “PROFESIONALIZADOS” EN EL EJERCICIO DE ACCIONES, ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA.....	405
1. INTRODUCCIÓN	406
2. INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE “PROFESIONAL”: LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2018 (C-147/16)	406
3. INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE “CONSUMIDOR”: LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2018 (C-498/16)	408

CAPÍTULO 29. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y EL ÁMBITO DE REPRESENTACIÓN DE LAS ENTIDADES HABILITADAS PARA SU EJERCICIO, JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ.....	413
1. INTRODUCCIÓN	414
2. TIPOS DE ACCIONES COLECTIVAS: DE CESACIÓN Y DE REPARACIÓN.....	414
3. TIPOS DE LEGITIMACIÓN REPRESENTATIVA: CON O SIN “MANDATO” DE LOS CONSUMIDORES.....	417
4. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS Y LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES HABILITADAS.....	420

CAPÍTULO 30. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: LA NECESARIA COORDINACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y PROCESAL ESPAÑOLA, NÚRIA MALLANDRICH MIRET	423
1. INTRODUCCIÓN	424
2. ESPAÑA COMO PAÍS DE ORIGEN DEL MENOR: EL ART. 778 <i>SEXIES</i> LEC.....	425
2.1. Delimitación normativa del precepto	425
2.2. Los “cauces procesales” previstos para la obtención de la certificación del art. 15 CHSIM	426
A) La sustracción del menor se produce cuando ya ha finalizado con sentencia firme el proceso	427
B) La sustracción se produce cuando se ha dictado sentencia en primera o segunda instancia, pero ésta se halla pendiente de recurso.....	428
C) La sustracción del menor se produce cuando se está tramitando el procedimiento en primera instancia, habiéndose adoptado en el seno del mismo medidas provisionales que regulan temporalmente las relaciones paterno-filiales.....	429

D) La sustracción se produce cuando, habiéndose iniciado un procedimiento tendente a regular las relaciones paterno-filiales, no se han adoptado medidas provisionales en el seno del mismo.....	429
E) La sustracción se produce cuando no se ha iniciado un proceso dirigido a regular las relaciones paterno filiales.....	429
3. CONCLUSIONES.....	430

CAPÍTULO 31. LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITAN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: PREVISIONES LEGISLATIVAS, E INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL, JOSÉ MARTÍN PASTOR.....	431
1. EL PROPÓSITO INICIAL DEL LEGISLADOR: LA TRAMITACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ÚNICO DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA ACUMULACIÓN INICIAL DE LAS DEMANDAS COLECTIVAS E INDIVIDUALES. LA PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES JURÍDICOS COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, Y LA CARGA PROCESAL DE INTERVENCIÓN DE LOS MISMOS EN DICHS PROCESOS COLECTIVOS.....	432
2. LA DESAPARICIÓN DE LA CARGA PROCESAL DE INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL PROCESO COLECTIVO EN EL QUE SE EJERCITE ÚNICAMENTE UNA ACCIÓN DE CESACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES JURÍDICOS COLECTIVOS DE AQUÉLLOS. LA ADMISIBILIDAD DE LA TRAMITACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DISTINTOS DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA JURISPRUDENCIA CONTRARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL ARCHIVO O SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO INDIVIDUAL POR LA PENDENCIA DEL PROCESO COLECTIVO.....	434
3. EL SEGUNDO INTENTO DEL LEGISLADOR PARA LA TRAMITACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ÚNICO DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LA PRECEPTIVA ACUMULACIÓN DE PROCESOS.....	436
4. LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR CUANDO NO RESULTE POSIBLE LA TRAMITACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ÚNICO DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LA ADMISIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO INDIVIDUAL POR PREJUDICIALIDAD CIVIL HASTA QUE SE RESUELVA EL PROCESO COLECTIVO. LA JURISPRUDENCIA CONTRARIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO INDIVIDUAL POR PREJUDICIALIDAD CIVIL DEL PROCESO COLECTIVO.....	437

CAPÍTULO 32. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS: PREVISIONES LEGISLATIVAS, E INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL, JOSÉ MARTÍN PASTOR.....	439
1. INTRODUCCIÓN	440
2. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN.....	440
2.1. Eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de una cláusula abusiva, respecto de un posterior litigio en que se ejercitaba por otra asociación de consumidores una acción colectiva respecto de la misma cláusula predisuelta por el mismo banco.....	442
2.2. No extensión de los efectos de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva respecto de “cláusulas similares”	442
2.3. Inexistencia de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva, en un posterior proceso individual en el que un consumidor ejercitó una acción de nulidad de otra cláusula por abusiva y una acción de reclamación de cantidad, en un supuesto en el que, además, los predisponentes de las cláusulas fueron sujetos distintos	443
2.4. Relativa eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de una condición general de la contratación, en un posterior litigio en el que se ejercitó una acción individual de nulidad de esa condición general abusiva por falta de transparencia, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso	443
3. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE ACCIONES COLECTIVAS DISTINTAS A LA DE CESACIÓN –EXCLUSIVAMENTE O EN UNIÓN CON DICHA ACCIÓN DE CESACIÓN–	445
 CAPÍTULO 33. ADAPTACIÓN DEL PROCESO MONITORIO A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS, LUCÍA MORENO GARCÍA	449
1. INTRODUCCIÓN	450
2. EL CONTROL JUDICIAL, DE OFICIO, DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO MONITORIO.....	451
2.1. La constatación por el LAJ de la relación de consumo.....	452
2.2. El trámite de audiencia a las “partes” procesales.....	454
2.3. La decisión sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual	455
3. VALORACIÓN DE LA REFORMA DE 2015.....	457
 CAPÍTULO 34. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL PROCESO JUDICIAL SEGÚN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE. (COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TJUE (SALA PRIMERA), DE 14 DE JUNIO DE 2017, EN EL ASUNTO C-75/16 LIVIO MENINI Y MARIA ANTONIA RAMPANELLI / BANCO POPOLARE SOCIETÀ COOPERATIVA, SUSANNA OROMÍ I VALL-LLOVERA	459
1. INTRODUCCIÓN	460

2. REGULACIÓN APLICABLE	461
2.1. Regulación europea	461
2.2. Regulación española.....	462
2.3. Regulación de las Comunidades Autónomas: en concreto la regulación de Cataluña.....	463
3. LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL PROCESO JUDICIAL.....	464
3.1. Carácter voluntario de la mediación y derecho de acceso al proceso judicial	465
3.2. Condiciones de la mediación como requisito de admisibilidad del proceso judicial.....	466
4. CONCLUSIÓN.....	468
CAPÍTULO 35. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LAS NORMAS MÍNIMAS COMUNES DEL PROCESO CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PRUEBA PERICIAL, JOAN PICÓ I JUNOY.....	469
1. INTRODUCCIÓN	469
2. VALORACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS MÍNIMAS COMUNES: EL INEXPLICABLE OLVIDO DE LA EJECUCIÓN CIVIL	470
3. LA INICIATIVA DEL JUEZ CIVIL RESPECTO DE LA PRUEBA PERICIAL	472
4. LA INDEPENDENCIA PERICIAL.....	472
5. CONCLUSIÓN.....	474
CAPÍTULO 36. LA CONSERVACIÓN Y UTILIZACIÓN DE DATOS DE LAS COMUNICACIONES EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL. PROBLEMAS QUE RESULTAN DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE, MANUEL RICHARD GONZÁLEZ.	475
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	475
2. SOBRE EL DERECHO A LAS COMUNICACIONES Y LA CONSERVACIÓN DE DATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	476
3. ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CONSERVACIÓN Y CESIÓN DE DATOS	481
CAPÍTULO 37. LA VÍCTIMA DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL COMETIDOS A TRAVÉS DE LAS TICs: LA DIRECTIVA 2011/93/UE Y LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA, ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	485
1. LA DIRECTIVA 2011/93/UE, LA VÍCTIMA DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL E INVESTIGACIÓN PENAL	486
2. DIRECTIVA 2011/93/UE Y DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA COMISIÓN DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL	489

CAPÍTULO 38. LA COOPERACIÓN PENAL EN LA NEUTRALIZACIÓN DE LOS PATRIMONIOS CRIMINALES: UNA MIRADA A EUROPA , NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA.....	495
CAPÍTULO 39. LA NECESARIA ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO A LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE TRATAMIENTO DE DATOS DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL , ANA SÁNCHEZ RUBIO.....	507
1. INTRODUCCIÓN	507
2. NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE DATOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS	509
2.1. Regulación nacional	509
2.2. Regulación europea	511
3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS CONTROVERSIAS LEGISLATIVAS	512
CAPÍTULO 40. NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN DEL PROCESO. ESPECIAL ATENCIÓN A LA TERCERA PARTE FINANCIADORA (<i>THIRD PARTY FUNDING</i>) , PEDRO SÁNCHEZ RIVERA	517
1. INTRODUCCIÓN	518
2. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA TERCERA PARTE FINANCIADORA (<i>THIRD PARTY FUNDING</i>)	518
3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA TERCERA PARTE FINANCIADORA	519
4. PERSPECTIVA DE APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 2013/396/UE Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO RELATIVA A ACCIONES COLECTIVAS.....	521
5. CONCLUSIÓN.....	524
CAPÍTULO 41. DESARROLLO DE ESTÁNDARES MÍNIMOS EUROPEOS AL AMPARO DE LA EFICIENCIA DEL PROCESO CIVIL , MERCEDES SERRANO MASIP	525
1. INTRODUCCIÓN	526
2. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL EN SECTORES ESPECÍFICOS DEL DERECHO PRIVADO	526
3. POSICIÓN DE LA UE FRENTE AL INCREMENTO DE NORMAS PROCESALES CIVILES GENERADO POR LA ARMONIZACIÓN MEDIANTE INSTRUMENTOS SECTORIALES	529
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	531
CAPÍTULO 42. DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES Y MEDIACIÓN OBLIGATORIA CON CARÁCTER PREVIO AL EJERCICIO DE ACCIONES ANTE LA JURISDICCIÓN. NORMATIVA EUROPEA , JULIO SIGÜENZA LÓPEZ	533

**CAPÍTULO 43. LA MEDIACIÓN EN CONSUMO Y LA ADAPTACIÓN AL DERECHO
PROCESAL ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE, DE 21 DE MAYO, ALMU-**

DENA VALIÑO CES	545
1. CON CARÁCTER PRELIMINAR.....	546
2. LA LEY 5/2012 Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	547
3. LA LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CON- SUMO	549
4. CONCLUSIONES.....	553

PRESENTACIÓN

No cabe duda de que, sobre todo en los últimos años, ha ido creciendo el impacto del Derecho de la Unión Europea en la órbita del Derecho procesal. Esta mayor proliferación de normas comunitarias ha incidido tanto en la regulación directa de instrumentos o aspectos relacionados con la administración de justicia –*v. gr.*, el proceso monitorio europeo, el proceso europeo de escasa cuantía o la orden europea de investigación– como en aquellos otros, también afectantes a este campo, que tienen su origen inmediato en exigencias de orden sustantivo –*v. gr.*, el control judicial *ab initio* de las cláusulas abusivas.

Al mismo tiempo, no puede olvidarse la indiscutible importancia que debe reconocerse, también en materia procesal, por un lado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su papel de máximo intérprete del Derecho comunitario, y por otro a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aplicar el Convenio Europeo de 1950.

La adaptación del Derecho procesal español a la referida normativa europea y a su interpretación por los tribunales supranacionales mencionados ha sido, últimamente, especial motivo de análisis e investigación por parte de especialistas en esta disciplina jurídica. Ello propició la organización, en la ciudad de Murcia, en junio de 2018, del I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, creada un año antes. El aludido encuentro científico, co-organizado por el Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, versó sobre el mismo tema a que se destina la presente obra, en la cual se recogen las ponencias y comunicaciones que fueron presentadas y debatidas en aquél, previa selección a cargo de un Comité Científico integrado por catorce prestigiosos doctores y doctoras de Universidades europeas. Como el lector podrá constatar, el éxito de aquella reunión de procesalistas queda claramente reflejado en el alto nivel científico de los estudios y aportaciones que a la misma fueron presentados y que conforman el presente volumen. Nadie pondrá en duda que los profesores y profesoras que intervinieron en dicho evento y que figuran como autores de los distintos capítulos de este libro son juristas de probada competencia en la materia que nos ocupa.

La estructura del trabajo responde a los siguientes criterios: los diez primeros capítulos coinciden con las ponencias del congreso y aparecen siguiendo el orden temporal conforme al cual fueron expuestas; los restantes capítulos están integrados por las comunicaciones presentadas y defendidas, y se han clasificado siguiendo el orden alfabético de autor.

Deseamos y confiamos en que la presente obra obtenga el justo reconocimiento que corresponde al esfuerzo desarrollado por sus artífices y pueda servir para orientar la actividad de los distintos operadores llamados a interpretar, aplicar, y, en su caso, reformar la legislación procesal española de acuerdo con las exigencias de la normativa europea y de la jurisprudencia supranacional derivada de ésta.

FERNANDO JIMÉNEZ CONDE
Presidente de la APDPUE

Murcia, septiembre de 2018

Capítulo 1

Las categorías del proceso civil a la luz del derecho europeo¹

PAOLO BIAVATI

*Catedrático de Derecho Procesal Civil
Universidad de Bolonia (Italia)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CERTEZA. 3. EL SILENCIO. 4. LA PALABRA. 5. EL TIEMPO. 6. LAS REGLAS. 7. EUROPA Y LOS TIEMPOS MODERNOS. 8. LA JUSTICIA.

RESUMEN: En el presente trabajo se reflexiona sobre las necesidades de adaptación de las categorías procesales clásicas nacionales al influjo del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TJUE. Este análisis, con vocación de generalidad, pivotará sobre cinco dimensiones que, aunque no exclusivas del proceso, influyen de manera notable sobre él.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, categorías procesales, transformación.

ABSTRACT: In this paper we reflect on the adaptation needs of the national classic procedural categories due to the influence of European Union Law and the jurisprudence of the CJEU. With a vocation of generality, this analysis will be carried out on five dimensions that although they are not exclusive of the process, they have a significant influence on it.

KEY WORDS: European Union, procedural categories, transformation.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que la integración europea ordena la cooperación judicial civil (y no solo la penal), la incidencia normativa y jurisprudencial europea sobre las legislaciones procesales nacionales ha adquirido dimensiones extraordinariamente relevantes.

¹ Traducción y comentarios realizados por Salvador Tomás Tomás, Profesor Contratado Doctor en Derecho procesal de la Universidad de Murcia, y Rafael Castillo Felipe, Profesor Ayudante Doctor en Derecho procesal de la Universidad de Murcia.

Se trata de un fenómeno complejo, de múltiples aristas: baste pensar en las relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales supremos de los distintos Estados miembros, en la formación de un embrión de Derecho procesal europeo a través de reglamentos de procedimiento de la Unión, en los intentos de armonización entre los procesos nacionales o en las consecuencias de los pronunciamientos de los tribunales europeos de Luxemburgo y de Estrasburgo. En torno a este fenómeno podemos encontrar un buen número de aportaciones doctrinales².

El objetivo de mi intervención de hoy no es –ni puede ser– resumir brevemente este fenómeno, sino plantearnos cuál es el impacto que el derecho europeo ha tenido y está teniendo no solo sobre las normas nacionales, sino también sobre las categorías mismas del proceso.

Desde hace un tiempo tengo la convicción de que el estudio y la exposición, incluso aquella que se lleva a cabo en los cursos universitarios, del Derecho procesal civil se halla fuertemente afectada por el influjo de los conceptos y categorías nacidas en el ámbito europeo, hasta el punto de modelar la cultura jurídica de nuestros países. Esto es, más allá del necesario trabajo dirigido a profundizar, en el plano técnico, sobre las relaciones entre el Derecho procesal de derivación europea y el nacional, en la actualidad podemos afirmar que el modo de razonar del procesalista recibe hoy una luz distinta por efecto de la propia normativa europea.

En realidad, el influjo de las fuentes europeas es mucho más profundo de lo que parece. No se trata solo de medir las consecuencias que sobre un determinado ordenamiento nacional vienen de este o aquel pronunciamiento del Tribunal de Justicia, o de trabajar sobre la coordinación entre

² TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011; BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003; TARUFFO-VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011, *passim*; BIAVATI-LUPOI (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2017; TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 928 ss.; WALTER, *L'influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 553 ss.; TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.

Sobre el debate en materia de armonización, v. STORME, *Perorazione per un diritto giudiziario europeo*, en *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 293 ss.; CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 1037 ss.; NORMAND, *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione europea*, en *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 682 ss.; HESS, *Die Integrationsfunktion des Europäischen Zivilverfahrensrechts*, en *IPRax*, 2001, p. 389 ss.; TULIBACKA, *Europeanization of civil procedures: in search of a coherent approach*, en *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009, p. 1527 ss.

las normas de los reglamentos procesales europeos y de los singulares Estados miembros: también es necesario entender que se está produciendo una mutación, lenta y a veces no perceptible de manera inmediata, de los conceptos clásicos.

Por supuesto, no puedo ocultar la presencia de motivos de crisis que ponen en entredicho el modelo europeo, tal y como hasta ahora lo hemos conocido. Sin embargo, al margen de cuál sea el escenario futuro de lo que hoy conocemos como Unión Europea, se han desarrollado procesos sociales, culturales y económicos no reversibles que, en buena medida, prescinden de esas formas institucionales.

No abordaré, directamente, ninguno de los institutos clásicos procesales pero revisaré cinco dimensiones, que son relevantes en el proceso, aunque no son exclusivas de este, a saber: la certeza, el silencio, la palabra, el tiempo y las reglas.

2. LA CERTEZA

En este recorrido partiré del estadio final. Como sabemos, el propósito del proceso declarativo es alcanzar un pronunciamiento estable, que en los sistemas romano-germánicos denominamos cosa juzgada. A la cosa juzgada se atribuye, como carácter esencial (y salvo situaciones que, no en vano, son definidas como extraordinarias), la intangibilidad, en relación a los hechos acaecidos (y deducidos o deducibles en el proceso)³.

Cuando el Tribunal de Justicia, en los conocidos casos Lucchini y Olimpiclub, en relación al derecho italiano, puso en entredicho esta configuración, la doctrina se preguntó con preocupación sobre los efectos y la amplitud del nuevo fenómeno. Ciertamente, los jueces del Kirchberg fueron los primeros en asegurar que estos pronunciamientos tenían carácter excepcional y, en definitiva, para muchos resultaba imperativo defender la prevalencia del derecho europeo respecto a decisiones nacionales discordantes. Los intérpretes, así pues, han buscado respuestas tranquilizadoras, convenciéndose de que la noción de cosa juzgada no quedaba afectada por estas directrices⁴.

³ V. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, Milano, 2009.

⁴ TJUE, 18 julio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.a.*, en *Guida al dir.*, n.35/07, p. 106 ss. Sobre el caso Lucchini, v. entre otros, CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e specie del nostro?*, en *Riv. dir. proc.*, 2008, p.

Sin embargo, es difícil negar que ha sido escrita una nueva página.

Detrás de la idea de cosa juzgada, se halla una aspiración de estabilidad de las relaciones y de la paz social: un fuerte anhelo, que pivota sobre el *dictum* judicial, cuya certeza no es discutible en ningún aspecto que haya podido ser introducido tempestivamente. El derecho europeo, sin embargo, razona de manera distinta y sitúa, en primer lugar, la aplicación de la norma o, mejor dicho, la realización de los objetivos de la Unión. Las disposiciones nacionales sobre la cosa juzgada no rigen frente a una flagrante violación de aspectos decisivos del derecho europeo.

A mi juicio, los asuntos jurisprudenciales en los que la cosa juzgada aparece como un instituto frágil evidencian, sobre todo, la fuerte afirmación de un ordenamiento superior, el de la Unión, que se impone frente a la tendencia a eludir su aplicación, en ocasiones puesta en práctica por los sistemas judiciales nacionales. La certeza, sin embargo, o rige siempre o no es certeza. Es suficiente invocar cualquier limitada excepción para que la construcción colapse. El Derecho procesal debe admitir que el resultado del proceso declarativo es solo tendencialmente estable y habituarse a convivir con decisiones dotadas de eficacia solamente sobre el plano fáctico.

Los tribunales de Luxemburgo confirman la plena validez de la cosa juzgada en el ámbito del derecho de la Unión. Pero, aun así, precisan que la eficacia de la cosa juzgada afecta exclusivamente a los hechos

225 ss.; ID., *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, en *Corr. giur.*, 2007, 9, p. 1189 ss.; BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, en *Rassegna tributaria*, 2007, n. 5, p. 1591 ss.; STILLE, *Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti*, en *Dir. com. e scambi internaz.*, 2008, p. 873 ss.; PETRILLO, *Il "caso Lucchini": il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, en *Diritto e pratica tributaria*, 2008, 3, p. 413 ss.; NEBBIA, *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, en *European Law Review*, 2008, p. 427 ss.

TJUE, 3 septiembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*.

Sobre el caso Olimpiclub, v. el interesante análisis de CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, en *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, p. 367 ss. V. también, entre otros, BASILAVECCHIA, *Il giudicato esterno cede all'abuso del diritto (ma non solo)*, en *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2010, p. 13 ss.; MICELI, *Riflessioni sull'efficacia del giudicato tributario alla luce della recente sentenza Olimpiclub*, en *Rassegna tributaria*, 2009, p. 1846 ss.; GLENDI, *Limiti del giudicato e Corte di giustizia europea*, en *Corr. trib.*, 2010, p. 325 ss.

y a las razones jurídicas deducidas en la causa y, por tanto, muestran que el perímetro del pronunciamiento está limitado a la resolución de la controversia por cómo se presenta a los jueces, sin comprender las eventuales futuras variaciones de la relación. La lección es clara: la sociedad globalizada e informática precisa de respuestas ajustadas a la actualidad y velocidad de los acontecimientos, mientras la estabilidad ya no constituye un valor central como sí lo fue en las sociedades agrarias de otro tiempo.

El fenómeno no tiene visos de detenerse. Si, hasta el momento, las fisuras en la estabilidad de la cosa juzgada civil, se han hecho visibles en relación al Tribunal de Justicia, muy pronto se harán notar los efectos de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo (cuyas repercusiones en la cosa juzgada penal son bien conocidas). A este respecto, véase la reciente decisión de la Corte Constitucional italiana sobre la inconstitucionalidad de los arts. 395 y 396 del *Codice di Procedura Civile*, en tanto que no se prevé la posibilidad de revisión de aquellas sentencias afectadas por las resoluciones vinculantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵.

La Corte Constitucional italiana ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad basándose en la interpretación que el mismo TEDH ha dado del Convenio⁶. De hecho, es distinta la posición de las víctimas de los delitos en los procedimientos penales y la de las partes en un proceso civil, dado que el pronunciamiento de Estrasburgo emitido en relación a un Estado miembro del Convenio normalmente se refiere a una sola de aquellas. De esta suerte, la reapertura de los procesos civiles internos, después del dictado de sentencias del TEDH que comprueben la violación de los derechos humanos, no es una tutela garantizada por el Convenio⁷.

Parece entenderse, en definitiva, que, por el momento, la cosa juzgada civil se mantiene firme respecto a una diferente y posterior decisión de Estrasburgo, si bien en el marco de un debate abierto, que podría variar ante un eventual cambio de orientación de los jueces del TEDH.

⁵ Sentencia n. 93 del 27 abril 2018, en www.cortecostituzionale.it.

⁶ En su motivación se hace referencia a la ausencia de novedad en la interpretación, por parte del Tribunal de Estrasburgo, del art. 46, párrafo 1º, CEDH en relación a la obligación de reapertura de los procesos civiles y administrativos.

⁷ Nota de los traductores: obsérvese que no se ha seguido el mismo planteamiento en el Ordenamiento jurídico español, donde, tras la reforma operada por la Ley 42/2015, el art. 510 LEC establece como motivo de revisión la existencia de una sentencia del TEDH declarando que la resolución ha sido dictada vulnerando alguno de los derechos reconocidos en el referido Convenio.

3. EL SILENCIO

Recibimos otra lección del Derecho europeo. En el proceso, el silencio no es simple inercia u obstáculo puesto frente al adversario para el cumplimiento de la carga probatoria: es, cada vez más a menudo, admisión de los hechos aducidos por la contraparte y elemento que el juez puede utilizar a la hora de tomar su decisión.

Los hitos normativos que evidencian esta idea son muchos. Sin embargo, me gustaría retrotraerme veinte años atrás: cuando la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento europeo una comunicación con el significativo título “Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea”⁸, en la cual se atribuía al “silencio consciente” de las partes concretas consecuencias en relación a la eficacia de las medidas judiciales.

Aparecen entonces las modalidades de inversión del contradictorio⁹, que se tradujeron especialmente en el Reglamento n. 805/04 sobre título ejecutivo europeo y en el Reglamento n. 1896/06 (y sucesivas modificaciones) sobre el proceso monitorio europeo¹⁰. Tampoco los ordenamientos nacionales han permanecido inmunes: basta observar el caso español, que

⁸ Comunicación del 22 diciembre 1997, en G.u.C.e., n. C 33, del 31 enero 1998.

Así indica el texto de la comunicación, en el n. 40: “El principio esencial es que un procedimiento pesado (sic) de pago de una suma de dinero debe evitarse en los asuntos que no sean realmente contenciosos y donde el deudor no impugne su deuda. Este principio de inversión del contencioso postula que la iniciativa del procedimiento ya no incumbe al demandante sino al demandado, que al notificársele una orden de pago dictada a petición del acreedor debe adoptar una actitud activa acudiendo al Tribunal. El procedimiento se caracteriza por los efectos jurídicos que atribuye al silencio consciente del deudor. Por lo tanto, deben adoptarse las precauciones específicas para que los intereses del deudor demandado se vean protegidos eficazmente. La notificación o traslado del título que legitima la demanda del acreedor reviste a estos efectos una considerable importancia, dado que hace correr el plazo que permite al deudor hacer valer su oposición e iniciar un debate contradictorio”.

⁹ V. CORREA DELCASSO, *Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 61 ss.

¹⁰ Sobre el Reglamento n. 1896/06, en la doctrina europea, v. CRIFO', *Cross-border enforcement of debts in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2009, *passim*; FREITAG, *Rechtsschutz des Schuldners gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach der EuMahnVO*, en *IPRax*, 2007, p. 509 ss.; GOMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, Cizur menor, 2008, *passim*; HESS, *Die Verordnungen zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens und eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen – ein substantieller Integrationsschritt im Europäischen Zivilprozessrecht*, en *IPRax*, 2008, p. 309; LOPEZ DE TEJADA – D'AVOUT, *Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer*, en *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 717 ss.; SUJECKI, *Das Europäische Mahnverfahren*, en *Neue Juristische*

ya en aquellos años veía como el procedimiento monitorio era introducido en el propio cuerpo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹.

Este enfoque ha reforzado la valoración del principio de no constestación, que se ha abierto paso en los sistemas latinos¹², después de haber adquirido un papel capital en los ordenamientos anglosajón y germánico.

La inactividad en la aportación de documentos requeridos en el proceso tampoco se halla privada de efectos, sino que cada vez más lleva aparejada la producción de consecuencias perjudiciales para aquella parte que no atiende el requerimiento. Por ejemplo, el art. 8 de la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, prevé sanciones (entre otras cosas) para el caso de negativa a respetar la orden de exhibición de un juez nacional o de destrucción de pruebas relevantes. Entre las sanciones que pueden imponer los órganos jurisdiccionales nacionales –como indica la norma–: “se incluirán, por lo que se refiere al comportamiento de una parte en un procedimiento de una acción por daños, la posibilidad de extraer conclusiones adversas, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente, y la posibilidad de condenar en costas”¹³.

Ciertamente, las disposiciones de la Directiva se enmarcan en el ámbito de una intensa protección del valor de la competencia en el seno de la Unión y, por tanto, deben ser interpretadas de un particular modo. Es claro, sin embargo, que cuanto más relevantes y significativos son los valores en juego (al menos, desde la óptica de este o de aquel legislador), tanto más se requiere que la participación de las partes en el proceso sea responsable¹⁴.

Wochenschrift, 2007, p. 1622 ss.; TSCHÜTSCHER-WEBER, *Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahren*, en *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2007, p. 303 ss.

¹¹ Por todos, v. BONET NAVARRO, en ORTELLS RAMOS (director), *Derecho procesal civil*, 16 ed., 2017, Cizur Menor, p. 743 ss.

¹² El tratamiento tradicional en los ordenamientos latinos es el contrario: para España, v. por ejemplo, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II, Proceso civil*, Madrid, 2015, p. 358.

¹³ La directiva ha sido implementada en Italia a través del d. lgs. n. 3 de 19 enero 2017. Sobre el tema, v. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 47 ss.; BONATTI, *Esibizione delle prove presso controparte o terzo e sanzioni per violazione della disciplina delle prove*, en MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017, p. 15 ss.; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 991 ss.

¹⁴ Se abre así el tema de la ética del comportamiento de las partes y del abuso del proceso. No por casualidad, la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil ha dedicado a estos temas dos Congresos consecutivos. Al respecto, veanse los volúmenes

La idea de proceso que surge de lo expuesto está muy lejos de constituir un simple juego, evoca un juez activo en la búsqueda de la verdad y unas partes que no pueden eludir la batalla leal entre posiciones contrapuestas. La instrumentalidad del proceso respecto a la actuación del derecho queda confirmada.

4. LA PALABRA

Los juristas, quizás incluso más que los literatos, han sido tradicionalmente los custodios de la palabra. La palabra empleada por el literato suele ser evocativa y fluida, mientras que la del jurista es exacta y rigurosa. No es imaginable un proceso civil sin palabra y es por ello por lo que, durante largo tiempo, el debate ha quedado circunscrito a la disyuntiva entre palabra escrita o palabra oral, pero siempre palabra¹⁵.

El escenario en el que se mueve el derecho de la Unión Europea impacta con fuerza sobre el lenguaje del jurista, al menos sobre dos aspectos.

El primero es la concisión. No es lícito comprometer el trabajo de los jueces con escritos largos y complejos, siendo necesario limitar la exposición, a veces incluso dentro de precisos parámetros en relación al número de páginas. Como es sabido, los reglamentos de procedimiento ante los Tribunales de Luxemburgo, a través de concretas instrucciones prácticas dirigidas a las partes, llevan aplicando esta limitación desde hace tiempo¹⁶.

La base jurídica de esta facultad se encuentra en los propios reglamentos de procedimiento, respecto a los cuales las instrucciones prácticas constituyen fuente subordinada: así, véase el art. 208 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia y el art. 224 del Reglamento de

L'abuso del processo – Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011), Bologna, 2012 (con intervenciones de Taruffo, Cordopatri, Ghirga y Scarselli) y *Etica del processo e doveri delle parti* – Atti del XXIX Convegno nazionale (Genova, 20-21 settembre 2013), Bologna, 2015 (con intervenciones de V. Ferrari, Salvaneschi, Menchini y Carratta).

¹⁵ Sobre la relación entre acto procesal y lenguaje, v. recientemente QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018.

¹⁶ Nota de los traductores: esta tendencia se observa también en el Tribunal Supremo español. Véanse, en este sentido, los Acuerdos de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 27 de enero de 2017, y de la Sala Tercera por el que se fijan criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación de 22 de julio de 2016.

procedimiento del Tribunal General¹⁷. Si bien se trata de disposiciones no incluidas en los textos reglamentarios y que pueden ser consideradas *soft law*, los tribunales europeos hacen una aplicación rigurosa y estricta de estas en tanto que les consideran un elemento de concreta realización de aquello que llaman el buen funcionamiento de los procesos y, por tanto, de la efectividad de la tutela¹⁸. Estas disposiciones versan, por un lado, sobre parámetros cuantitativos¹⁹ y, por otro, aluden a la claridad, a la simplicidad y al lenguaje en la redacción de los escritos²⁰.

Si, a este respecto, la palabra permanece, si bien privada de su plena capacidad expansiva, todavía más significativo es lo que ocurre cuando la palabra debe ser incluida en el interior de espacios prefijados o viene incluso sustituida por otras modalidades de la misma naturaleza, como es el relleno de una simple casilla.

Entra aquí en juego el empleo de formularios para el cumplimiento de determinada actividad procesal. Esta técnica es ampliamente utilizada por los reglamentos procesales europeos en materia civil, desde la óptica de facilitar una mejor comprensión y transmisión de un Estado miembro a otro.

Por ejemplo, cuando el demandado se quiere oponer a una demanda en un monitorio europeo le corresponde la carga de firmar el espacio apropiado en el formulario F adjunto al Reglamento n. 1896 del 2006²¹. Para hacer constar la ejecutividad de una decisión al juez nacional es sufi-

¹⁷ Al respecto, RASIA, *Il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, spec. p. 624 ss.

¹⁸ Incluso se declara la inadmisibilidad de los recursos que no respetan estas disposiciones. Sobre la cuestión, vid. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, 5°, Milán, 2015, p. 173 ss. En jurisprudencia, v. por ejemplo Corte giust., 22 septiembre 2011, en causa C-426/10 P, Bell & Ross c. Uami.

¹⁹ En las instrucciones prácticas dictadas por el Tribunal de Justicia el 25 de noviembre de 2013 (en DOUE 31 de 31 enero 2014) se puede leer, por ejemplo, en el punto 12, que la demanda que inicie el proceso no debe superar las 30 páginas; misma extensión está prevista para el escrito de contestación en los puntos 14 y 15; y, como dispone el punto 16, la réplica y la réplica deben estar contenidas normalmente en una decena de páginas.

²⁰ Los escritos procesales, se indica en el punto 36 de las instrucciones prácticas, deben estar redactados de tal modo “que sea posible comprender su estructura y su alcance desde las primeras páginas” y “comenzarán por un breve resumen del plan que va a seguir su autor o por un índice de contenido”. El punto 37 (que alude, en el sistema procesal de la Unión, a la necesidad de traducción en otras lenguas) invita a las partes a que los escritos estén redactados “en un lenguaje sencillo y preciso” así como que eviten “las repeticiones y preferir, en la medida de lo posible, las frases cortas frente a las frases largas y complejas, llenas de incisos y de oraciones subordinadas”.

²¹ GOMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 113.

ciente²² marcar una serie de casillas (así, entre otras cosas, para precisar si la decisión fue tomada en ausencia del demandado, o si es ejecutiva contra todos los demandados o solo contra alguno de ellos) en el primer formulario adjunto al Reglamento n. 1215 del 2012.

El empleo de formularios es a veces presentado como una opción particularmente adecuada en el uso de los reglamentos europeos incluso para sujetos distintos de los abogados. Nada más engañoso a mi juicio: difícilmente una persona no experta puede manejar de manera adecuada estos textos. Lo que se traduce, en puridad, en que es el jurista el que debe adaptar su lenguaje a las exigencias puestas por el formulario.

Es entonces cuando se descubre que el lenguaje del jurista no está hecho solo de palabras, sino también de signos diversos²³, lo que lleva consigo consecuencias relevantes en el plano de la transmisión del saber y de la educación de los futuros operadores del derecho.

Después de todo, así como el proceso constituye un instrumento para garantizar una tutela efectiva, también la palabra, sea escrita u oral, se erige en un instrumento rigurosamente funcional para la eficacia del juicio. Los escritos procesales no son campo para el bello ejercicio literario, sino vehículo sintético de las razones de hecho y de derecho esgrimidas por las partes; no constituyen la obra de arte de una justicia excluyente y de élite, sino un modo de comunicación, el más simple y transparente de una justicia de masas.

5. EL TIEMPO

Cuando como estudiante abría por primera vez los textos de Derecho procesal civil, la categoría del tiempo era objeto de estudio al analizar los plazos, sin embargo, más allá de ello, el factor tiempo no recibía un tratamiento particular. Incluso en la práctica judicial estaba comúnmente aceptada la idea de que los procesos duraban mucho y de que el actor debía ser paciente para obtener la razón.

Por entonces, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales estaba ya en vigor, habiendo

²² Algo debe indicarse: por ejemplo, una breve descripción del objeto del asunto, mencionado en el punto 4.6.1.1 del formulario.

²³ Sobre la cuestión, vid. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 467 ss., spec. p. 475 ss.

sido ratificado por el ordenamiento italiano y siendo plenamente aplicable su art. 6, con la referencia al *delai ragionevole*. Sin embargo, muchos años han tenido que pasar para que las cosas cambiaran.

Al fin, el derecho europeo hizo algunos avances y cuando esto aconteció nada volvió a ser como antes. La duración razonable fue introducida en 1999 en el texto de la Constitución italiana y en todos los países del Viejo Continente, incluso de maneras muy diversas, erigiéndose el tiempo en un criterio fundamental para medir la eficacia de la tutela jurisdiccional²⁴. Los *rankings* del mercado global, a partir del índice del *doing business*, consideran la duración de los procesos un elemento esencial de valoración.

La tendencia normativa procesal de la Unión empuja con fuerza este movimiento. El juez que decide sobre las solicitudes de denegación del reconocimiento y ejecutoriedad de pronunciamientos provenientes de otro Estado miembro debe decidir “sin demora” (art. 48 del Reglamento n. 1215 de 2012). Igualmente “sin demora” decide el juez competente en la emisión de una orden de retención de cuentas corrientes bancarias (art. 18 del Reglamento n. 655 del 2014). Las esperas no se contemplan y se impone un ritmo acelerado.

El verdadero problema que se oculta detrás de esta tendencia se halla en el equilibrio entre velocidad y justicia, entre rapidez y garantía. En este sentido, es necesario combatir la idea de que la velocidad es el elemento más importante²⁵. Es mejor una decisión exacta, incluso tomada con mucho retraso, que una decisión errónea adoptada con rapidez. Sin embargo, expuesta la cuestión en sus justos términos, si bien la justicia debe siempre prevalecer, no debemos olvidar que en el mundo veloz en el que vivimos una justicia demasiado lenta es inútil e incluso incomprensible.

²⁴ En literatura bien conocida, vid. por todos TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002, *passim*; MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89)*, en *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1068 ss.; BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, p. 12; VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, en *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 505 ss.

²⁵ Me gustaría reproducir las palabras de un gran jurista recientemente fallecido, Marcel Storme, en la clausura del coloquio de Salónica de 1997 organizado por la International Association of Procedural Law: “(..) above all we must return home in the conviction, that neither speed, nor speediness, nor universality are the ultimate ends of litigation. The ultimate end is justice” (citado por CARPI, *Marcel Storme*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 633 a 635).

De ahí deriva el exponencial crecimiento de las fórmulas procedimentales simplificadas y abreviadas²⁶. Me refiero al *fast track* de los tribunales ingleses, a los procedimientos abreviados y acelerados ante los tribunales de Luxemburgo, al *référé* francés²⁷ o al procedimiento sumario del *Codice di procedura civile* italiano²⁸.

Sin embargo, al mismo tiempo, es necesario que el derecho europeo preste una mayor atención a los medios de rescisión de sentencias firmes (revisión y audiencia al demandado rebelde): cuando una parte corre el riesgo de perder un derecho por un hecho del que no es culpable, las normas procesales imponen que el reloj del proceso dé marcha atrás²⁹. El tiempo no es un fin en sí mismo, pero es un elemento que contribuye a alcanzar la verdadera justicia.

La idea que late de fondo es la de la simplificación, que no coincide en absoluto con aquella de la cognición sumaria y superficial. Se trata de ahorrar energía, de dedicar a aquel concreto juicio el tiempo necesario y no más: pero se trata, asimismo, de obtener la decisión correcta. Naturalmente, se corre el riesgo de que, desde esta perspectiva, se hagan propuestas que mermen en exceso las garantías de la defensa o que la utilidad de las reformas procesales venga valorada en atención a parámetros económicos o, peor todavía, siguiendo los criterios de las agencias internacionales de *rating*³⁰. Sin embargo, es importante no atribuir al derecho de la Unión Europea la responsabilidad de las soluciones improvisadas adoptadas por los legisladores nacionales: Europa sugiere sobriedad en el uso del tiempo, pero no justifica ciertas modalidades que eluden una solución cuidadosa de cada caso individual³¹.

²⁶ Véase para un completo análisis de derecho comparado el reciente trabajo de LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018.

²⁷ V. C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005.

²⁸ Sobre el rito sumario, vid. entre otros CAPONI, *Commento agli artt. 702-bis ss.*, en BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 196 ss.; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, en *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1582 ss.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, *ivi*, 2010, p. 92 ss.; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011; TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013; LUPOI, *op. cit.*

²⁹ Por ejemplo, observando los reglamentos europeos en materia procesal, el art. 45 del Reg. n. 2015 de 2012, el art. 19 del Reg. n. 1393 del 2007; el art. 20 del Reg. n. 1896 de 2006; el art. 19 del Reg. n. 85 del 2004.

³⁰ Léase el atinado trabajo de CAPONI, *Doing business come scopo del processo civile?*, en *Foro it.*, 2015, V, p. 10 ss.

³¹ Véase la cita contenida en uno de mis trabajos, donde detecté que la tendencia europea emergente en la regulación procesal es aquella de “riportare le attività processuali

6. LAS REGLAS

Desde Europa nos llega el mensaje de que no debemos centrarnos en un concreto modelo, sino resolver el problema de las reglas en base a aquello que se necesita para lograr una justicia civil eficiente.

Nunca creí que Europa quisiese o pudiese desarrollar modelos procesales: las soluciones europeas (sean los procedimientos ante los tribunales de Luxemburgo, sean las disposiciones de los reglamentos de procedimiento) son más bien el espejo de las tendencias que emergen de la sociedad y de la cultura jurídica de los concretos países³².

De hecho, no solo las reglas de procedimiento dejan espacio a las diversas soluciones nacionales (con la consecuencia de que, si los legisladores no intervienen puntualmente, las lagunas vienen completadas por la jurisprudencia, de manera no siempre uniforme), sino que también las propias reglas procesales del Kirchberg aparecen dispersas.

Nacido como de una costilla del contencioso-administrativo francés frente al *Conseil d'Etat*³³, el proceso frente a los tribunales de la Unión ha evolucionado desarrollando fuertes rasgos de flexibilidad y de adaptabilidad a los casos individuales. No es inexacto afirmar que las partes saben como comienza un juicio, pero no saben como continuará, dadas las distintas posibilidades acontecibles: con fase oral o sin ella, por el procedimiento abreviado, acelerado u ordinario (si es que de ordinario podemos hablar todavía), con o sin posibilidad de contestación o reconvencción después de los primeros actos defensivos: y un largo elenco de posibilidades con las que podría continuar.

Pasamos de una regla predeterminada a una regla elástica, que, sujeta al respeto de las reglas del contradictorio, puede moldearse de forma diversa, teniendo en cuenta las particularidades del caso³⁴.

ad una rigorosa essenzialità” (*I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 757).

³² BIAVATI, *Processo comunitario e formazione di un processo comune europeo (le regole in materia di prove)*, en *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 769 ss.

³³ Así, desde los albores de la Comunidad, con anotación triunfal pero precisa, L'HUIILLIER, *Une conquête du droit administratif français: le contentieux de la Ceca*, en *Recueil Dalloz*, 1953, *Cronique*, p. 63 ss.

³⁴ TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. IV, Torino, 2008, p. 547 ss., spec. p. 553 ss. (el artículo versa sobre la elasticidad como “strategia (o scelta) fondamentale per avere un processo che funzioni”).

Son numerosas las experiencias nacionales que van en esta dirección, a menudo con apoyo en la capacidad gestora del juez, que debe conjugar, caso por caso, eficiencia y ahorro de los pocos recursos jurisdiccionales. Emblemático es el caso inglés³⁵, en concreto el *case management*, pero también desde otros sistemas vienen respuestas convergentes: en Francia, por ejemplo, tiene espacio el diálogo entre el juez y las partes para definir tiempos y objetivos del juicio, a través de la herramienta de los *contrats de procédure*³⁶.

El cambio de perspectiva cultural es evidente. De una concepción del procedimiento como camino idóneo para dirigir el proceso hacia un resultado en cierta medida imprevisible (*habent sua sidera lites*), se pasa a una idea de procedimiento como instrumento para obtener la decisión más justa y conseguir la aplicación más exacta del derecho sustantivo. Desde el derecho europeo emerge una clara toma de postura a favor de lo sustantivo en detrimento de las reglas del proceso. El procedimiento a seguir no es ya una variable independiente, si bien, dentro de ciertos límites en la previsión de los eventuales escenarios³⁷, es un aspecto que puede venir determinado en relación a aquello que se ventila en el caso concreto.

Este extremo nos lleva a cuestionarnos el papel que ostenta actualmente la disciplina procesal. No se puede hacer percibir el proceso como un complejo de normas ininteligibles y difícilmente descifrables para el ciudadano común, porque en tal caso sería fuerte (y en parte ya lo es) la presión para vaciar la justicia civil de todas las formas de garantía y reducirla a un procedimiento (quiero decir, a un algoritmo) que ofrezca soluciones automáticas. Solo un proceso que sea comprensible como modo útil de

³⁵ Según la *Rule 1(1)* de las *Civil Procedure Rules 1998*, “the Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. Dealing with a case justly includes, so far as is practicable, (a) ensuring that the parties are on equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

³⁶ FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the preparation of the Case in France*, en TROCKER-VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in comparative perspective*, Torino, 2005, p. 16 ss. e p. 21; CADIET, *D’un code à l’autre: de fondations en refondation*, en CADIET-CANIVET, *De la commémoration d’un Code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, *op. cit.*, p. 13 ss.; CROZE, *Les procédures civiles avec ou sans professionnels: une nouvelle dimension de la conception française du procès civil?*, *ivi*, p. 116.

³⁷ La elasticidad no se debe confundir con una total discrecionalidad del juez.

aplicación del derecho y de gestión de la contienda podrá llegar a tener un claro reconocimiento social³⁸.

Simultáneamente, el tema de las reglas se enlaza con el del tiempo. En una sociedad en la que los recursos destinados a la justicia son dramáticamente escasos, es necesario que el juez sea un buen administrador de su tiempo, evitando cualquier actividad inútil respecto a la decisión. De nuevo, el esquema de las reglas se relaciona con el de la palabra, conduciéndonos a una actividad defensiva y decisoria limitada a lo esencial y, por tanto, a lo sintético.

Europa, así, nos muestra que no existe un proceso mejor que otro y que sería inútil buscar el modelo preferible: muy al contrario, es necesario centrarse en aquello que sirve para decidir correctamente el caso, o, en expresión inglesa, *dealing with the case justly*.

7. EUROPA Y LOS TIEMPOS MODERNOS

Llegados a este punto, podríamos preguntarnos si las características evolutivas identificadas hasta ahora responden verdaderamente a la influencia del derecho europeo o más bien son la consecuencia inevitable de que los tiempos cambian y de la natural evolución social y tecnológica. En otras palabras, podríamos preguntarnos si es certero reconducir la transformación descrita a Europa.

En mi opinión, la adaptación a las categorías del proceso es consecuencia, en primer lugar, de las dinámicas culturales, económicas, sociales y tecnológicas. Es obvio, por ejemplo, que en un mundo que se mueve veloz es necesario analizar la cosa juzgada desde una nueva perspectiva, o que los mecanismos de comunicación que nos ofrece la informática impulsan la presentación de defensas sintéticas, incluso en esquemas preconstituidos. En suma, me parece, sin desvelar nada particularmente original, que el proceso cambia porque los tiempos cambian.

³⁸ Sobre la cuestión, vid. BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 153 ss. (donde me planteaba el riesgo del ocaso del Derecho procesal). Debo destacar en esta sede que es notable la responsabilidad de los estudiosos y de los métodos de la investigación científica. Así, se pueden encontrar muchos trabajos monográficos de jóvenes autores, que ciertamente demuestran notables capacidades técnicas, pero vinculadas a una concepción formal del Derecho procesal, del todo ineficaz desde una concepción más amplia de la Ciencia procesal.

Por supuesto, Europa no es extraña a esta evolución. Es más, se erige, si no en la primera causa, al menos, en un significativo multiplicador.

La explicación se halla en la dispar historia del Ordenamiento de la Unión Europea respecto a los concretos ordenamientos nacionales. Los sistemas jurídicos de cada uno de los países miembros son vetustos, cargados de historia, contruidos sobre tradiciones sólidas, que obviamente evolucionan con lentitud debido al peso de la continuidad y de la práctica. Sin embargo, el sistema de la Unión es mucho más reciente y mucho más sensible a las novedades, que incorpora con mayor inmediatez.

Idear escritos judiciales consistentes en formularios es lógico en un sistema multilingüe, que debe tratar de componer tradiciones jurídicas diferentes y que afronta las propuestas de la tecnología con la normal apertura de otros tipos de realidad económica y empresarial. Más difícil es hacerlo para sistemas añejos en los que la articulación de las defensas y las medidas judiciales han sido tradicionalmente distintas y en los que los operadores del derecho actúan bajo el influjo de hábitos bien arraigados. Cuando es el derecho europeo el que incorpora las novedades, los efectos de su supremacía y de la inmediata aplicación en los ordenamientos nacionales, junto al arrastre cultural de los nuevos modelos, comporta una exigencia más rápida de adaptación y cambio también para los sistemas de los países miembros.

8. LA JUSTICIA

Los cambios que he intentado describir, o quizás solo plantear, inciden de manera importante sobre el modo de trabajar y de pensar de todo estudioso del proceso. En algunos de nosotros pueden suscitar una comprensible reacción de perplejidad, que a veces se traduce en un intento de alejarlos, de reducirlos, limitando su impacto.

No me considero inmune a esta actitud, pero creo, visto en sus justos términos, que toda defensa de un pasado que no volverá o de un presente que no permanece, por cuanto se haya en constante evolución, es una elección perdida. Es necesario tener el coraje de aceptar los desafíos que el futuro y el derecho europeo nos proponen, sabiendo que, en un escenario que cambia rápidamente, permanece inalterada una idea de fondo: la justicia³⁹.

³⁹ El proceso no puede ser explicado sin la tensión (también susceptible de errores) para alcanzar la decisión justa. Entre los múltiples trabajos, vid. TARUFFO, *Idee per una teoria della*

Todo estudioso sabe que el objetivo del proceso (y por tanto, de sus estudios) es la justicia material. El proceso es un instrumento para la afirmación de la justicia y en tanto no encontramos otra vía mejor para alcanzar esta no dejaremos de ocuparnos de aquel. La justicia permanece, las formas cambian. Debemos procurar continuar promoviendo la justicia con las nuevas condiciones que los tiempos actuales nos ofrecen.

Estábamos habituados a una justicia que nos llevaba a un juicio estable y hoy debemos convivir con decisiones revocables, susceptibles de modificación, pero que deben ser justas. Estábamos habituados a buscar el resultado justo de la contienda sin preocuparnos demasiado por el tiempo necesario y hoy debemos alcanzar aquel resultado pero con prontitud. Estábamos habituados a exponer con amplitud las razones de las partes y hoy debemos expresarlas en síntesis y a veces sin palabras. Estábamos habituados a movernos según reglas predeterminadas y hoy el tratamiento de un asunto no es idéntico al siguiente. Podría continuar: pero cada una de estas situaciones nuevas y sobre todo cada una de aquellas que encontraremos en los años venideros constituye un desafío apasionante.

No me interesa discutir en esta sede si el impacto del derecho europeo sobre el Derecho procesal civil constituye o no un avance: creo que se debe ser lo suficientemente críticos como para no aceptar todo como un progreso imparable y lo suficientemente positivos como para valorar cuánto haya de mejora. Ahora bien, más allá de esto, lo realmente importante es que no podemos prescindir de los datos reales. Nuestro cometido consiste en comprender las posibilidades que nos ofrecen las nuevas categorías del proceso y transformar las dificultades en oportunidad, sin caer en el error de perder de vista la justicia del caso concreto.

No me gusta la retórica y no me gustaría que estas palabras sonasen a un intento de evadir, bajo un genérico optimismo, los problemas que objetivamente se presentan. Creo que el estudioso debe levantar la cabeza, no detenerse en el simple dato técnico (que, con realismo, siempre es necesario tener en cuenta) y llegar a ser un *leader* de opinión, capaz de alentar los esfuerzos y de promover, en un escenario en constante evolución, las soluciones más eficaces⁴⁰.

decisione giusta, ahora en *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 219 ss.; CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 142 ss.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, véanse las conclusiones de mi trabajo *Europa e processo civile*, cit., p. 178: "In primo luogo, occorre la lucida consapevolezza che molti dei profili dell'impalcatura della giustizia civile, così come siamo tradizionalmente abituati a conoscerla, suppongono una revisione che li renda accettabili alla società moderna. Perché i citta-

Es una tarea difícil, pero es también un servicio noble que hacemos a la sociedad, a los ciudadanos, a las personas más débiles, para ayudarles en la defensa de sus derechos⁴¹.

dini ritrovino fiducia nel processo, occorre che i loro casi siano trattati nel modo più adatto alle circostanze concrete; che le regole siano finalizzate ad una trattazione più consona e non diventino trappole ostative all'esercizio dei diritti; che vi sia adeguata informazione, in un linguaggio comprensibile e non iniziatico; che la trattazione sia snella, semplificata, scevra di ogni superfluità; che mezzi organizzativi adeguati consentano al giudice di risolvere i casi con tempestività. In questo senso, la lezione europea è certamente preziosa, in tutte le linee che ho cercato di porre in luce in questo saggio. L'Europa, oltre ad essere l'unico luogo, sociale e politico, in cui può essere seriamente affrontata la questione giustizia, offre anche un terreno fertile per un coraggioso rinnovamento".

⁴¹ Así, las palabras de DE LA OLIVA SANTOS, *La ciencia del Derecho y la Universidad en una encrucijada vital*, en *Derecho, justicia, universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, tomo I, Madrid, 2016, p. XLVI: "Firmes y derechos debemos estar. A cada uno de nosotros se pide firmeza y rectitud, no debilidad por miedo a la incorrección, ni desviación por comodidad. Estar "derecho", recht, right, dritto, droit, con la verdad y la justicia como norte, ésa es la firmeza que nos impone querer vivir honradamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo".

Capítulo 2

Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal¹

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

Profesora Titular de Derecho Procesal

Acreditada como Catedrática

Universidad de Valladolid

RESUMEN: Se analizan en este trabajo algunas consecuencias que produce la actual expansión del Derecho de la Unión, principalmente en relación con las Directivas sobre derechos y garantías procesales, y desde la perspectiva del juez español. Se ofrecen algunas pautas al operador jurídico nacional para poder determinar en qué supuestos se ha de optar por el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o ante el Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE: Aplicación Derecho Unión Europea – Directivas garantías procesales – Reenvío prejudicial– Diálogo de tribunales.

ABSTRACT: Some of the consequences caused by the current expansion of the European Union law are analysed in this paper, mainly with regard to the Directives on rights and procedural safeguards, and from the Spanish judge's perspective. Several guidelines are offered to the national legal practitioners to be able to determine in which cases they must opt for requesting a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union or before the Constitutional Court.

KEY WORDS: Application of European Union law– Directives on procedural safeguards – Preliminary ruling– Judicial dialogue.

En un momento como el actual, en el que es evidente el incremento exponencial de los efectos expansivos del Derecho de la Unión Europea,

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i –Excelencia– titulado “*Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea*” –DER 2016-78096-P–, del que soy Investigadora Principal, junto con la Prof^a C. Arangüena Fanego. También es resultado de la actividad investigadora desarrollada en el Proyecto de la Junta de Castilla y León: “*Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio*”, Ref.: VA-135-G18, igualmente bajo la dirección de la Prof^a Arangüena.

también sobre el ámbito procesal penal², resulta decisivo tratar de concretar, o al menos delimitar en la medida de lo posible, qué se entiende por “ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

En particular nos fijaremos en las consecuencias que para el operador jurídico conlleva situarse, o no, en dicho ámbito normativo y jurisprudencial, pues implica para el órgano jurisdiccional y para las partes la obligación de aplicar/invocar toda la normativa UE, desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE) hasta la última norma de la Unión específica sobre la cuestión en litigio, la correlativa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que venga al caso y, además, tener en consideración los principios rectores e informadores del Derecho de la Unión: primacía, unidad/integración, interpretación autónoma y máxima eficacia del sistema normativo UE.

Fuera de ese marco concreto de aplicación del Derecho de la Unión, los jueces nacionales aplicarán su Constitución y toda su normativa interna, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo, así como el resto de doctrina jurisprudencial nacional. Téngase en cuenta que cuando se opera en ese específico entorno estatal, la CDFUE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sólo son tratados de derechos fundamentales, a los efectos interpretativos del art. 10.2 de la Constitución española (CE)³.

La cuestión nuclear entonces será tratar de dar respuesta a la pregunta que se podría formular el Juez nacional, en este sentido: ¿cuándo se ha de entender que se está operando en el ámbito específico de aplicación del Derecho de la Unión?

Pues bien, en primer término, es claro que esto podrá afirmarse cuando haya de utilizarse directamente, para dar respuesta a las pretensiones o cuestiones planteadas en la causa, el derecho derivado de la Unión –Decisiones marco, Directivas, Reglamentos, Decisiones–, y también la correlativa normativa nacional de transposición / implementación del Derecho de la Unión –v.gr.: cuando se aplica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea–.

² Téngase en cuenta lo dispuesto en los arts. 81 y 82 TFUE –la cooperación judicial civil y penal podrá incluir medidas de aproximación de las legislaciones nacionales–, así como el hecho de que todo el “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” es un ámbito de competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros –vid. art. 4 TFUE–.

³ Véase el art. 2 L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa.

Pero además, claramente desde la STJUE 26 de febrero de 2013, Akerberg Fransson⁴, también se entiende que se está en el ámbito de actuación del Derecho de la Unión cuando se han de aplicar al caso normas nacionales que de alguna forma sirven para garantizar el cumplimiento y efectividad del ordenamiento de la Unión.

Es decir, no se trata de la utilización en la causa de normas nacionales de implementación o transposición directa del Derecho UE, pero se afirma la existencia de un vínculo comunitario si en el caso concreto tal normativa nacional sirve para asegurar o hacer efectivos los derechos y obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión. En definitiva, la necesaria invocación y utilización de ese concreto tipo de normas nacionales también nos situaría en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

En esta sentencia el TJUE dejó claramente sentando que la utilización de normativa interna que reprime infracciones de una Directiva, en cuanto garantiza su cumplimiento y efectividad, implica también aplicación del Derecho de la Unión, hubiese sido o no adoptada para trasponer éste.

Es preciso destacar también que si la norma nacional aplicable al caso no tiene que ver con los objetivos de la regulación que proviene de la Unión, el juez nacional no podrá apreciar esa vinculación con el Derecho UE, y por ello no será de aplicación directa la CDFUE, ni –entendemos, en buena lógica– deberá prevalecer la concreta interpretación que de un derecho allí contenido haya podido hacer el TJUE.

Sentadas estas premisas, debemos abordar entonces la cuestión relativa a los efectos y consecuencias prácticas de apreciar un vínculo del asunto litigioso con el Derecho de la Unión, y más en particular, en materia de derechos fundamentales⁵.

Sin duda la consecuencia más relevante será que si en un caso concreto se produjera una divergencia insalvable entre el nivel de protección que se dispensa a ese derecho fundamental por el Derecho de la Unión –incluida la jurisprudencia TJUE– y el resultante de la Constitución nacional –incluir

⁴ C-617/10, EU:C:2013:105, apdos. 17-27.

⁵ Recuérdese en todo caso el tenor del art. 53 CDFUE: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

da la jurisprudencia TC–, los derechos fundamentales de la norma interna se verían por principio *desplazados*, que no anulados, por lo establecido en el Derecho de la Unión y por la interpretación que hubiera hecho el TJUE en aquellas cuestiones en que pudiera haber disparidad o contradicciones entre ambos sistemas de derechos fundamentales.

Dicho de otra manera, si el juez nacional español apreciara divergencias determinantes entre la solución al caso ofrecida por el ordenamiento interno y aquella que resultaría de aplicar la CDFUE/Jurisprudencia TJUE, aquél deberá interpretar las normas nacionales de manera conforme con el contenido de la Carta y, en caso de discrepancias insalvables, deberá *desplazar* la aplicación de la regulación interna en ese caso concreto –que no se vería anulada– a favor del contenido y vigencia de la norma europea.

Ahora bien, este *desplazamiento* puede no ser total si el Derecho de la Unión permite a los Estados cierto margen de maniobra para otorgar mayor protección a los derechos en sus propios ordenamientos, siempre que no se ponga en peligro la eficacia del Derecho UE y la uniformidad en la aplicación de éste.

Un ejemplo de lo antedicho lo encontramos en el conocido asunto *Melloni*, STJUE 26 de febrero 2013⁶: si algunas de las garantías del enjuiciamiento en ausencia ya están armonizadas en el ámbito de la cooperación judicial UE –como era el caso–, los Estados miembros no pueden exigir *ad extra* un nivel de protección superior en esos ámbitos en los que la Unión ya ha definido el mínimo para considerar respetado el derecho a estar presente en el propio enjuiciamiento. Sin embargo, se podrán seguir aplicando estándares nacionales si éstos no afectan al nivel de protección previsto por la Carta en su interpretación por el TJUE.

Aclarados estos extremos, deberíamos plantearnos escenarios todavía más complejos que los apuntados *supra*.

¿Qué sucederá si el juez nacional piensa que la ley nacional aplicable al caso puede estar infringiendo Derecho de la Unión y también la Constitución? ¿Debe optar por el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo o plantear la cuestión de inconstitucionalidad a su respectivo Tribunal Constitucional?

Antes de dar respuesta concreta a esta pregunta, estimamos ineludible, por resultar decisivas sus consecuencias, que el juez nacional haga un esfuerzo por tratar de dilucidar y determinar el concreto ámbito de aplica-

⁶ C-399/11, EU:C:2013:107.

ción normativo en que se encuentra en ese asunto en particular, para así –llegado el caso y si se dan los presupuestos– dirigir la cuestión al tribunal correspondiente: si valoradas todas las circunstancias el juez nacional concluye que efectivamente está operando en el ámbito de aplicación del Derecho UE, podrá/deberá plantear la cuestión prejudicial; si considera que está aplicando Derecho nacional en sentido estricto, podrá/deberá hacer uso del reenvío prejudicial ante el Tribunal Constitucional.

Si finalmente el juez nacional no pudiera resolver por sí mismo la duda de si está aplicando Derecho UE o Derecho nacional en sentido estricto, o si la cuestión surge en relación con una materia armonizada, pero con margen de apreciación y de concreción estatal, no estando clara la amplitud de ese margen, o incluso si el juez nacional cree que realmente la norma aplicable al caso vulnera, tanto el Derecho de la Unión, como la Constitución nacional –supuestos de “doble vicio”–, ¿deberá optar por el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo o ante el Tribunal Constitucional?

En tales circunstancias se afirma como claramente prioritario el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, pues sólo éste es el intérprete máximo del Derecho de la Unión⁷. Además, si el Tribunal de Luxemburgo llegase a declarar que la norma nacional resulta contraria al ordenamiento de la Unión, ya no sería necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad por devenir aquella norma inaplicable. Los más elementales criterios de economía procesal y derecho a un juicio sin dilaciones innecesarias aconsejan también que la cuestión prejudicial sea prioritaria.

Una vez decidida la pertinencia/obligación de plantear la cuestión prejudicial, el paso siguiente será que efectivamente el Tribunal de Luxemburgo la admita a trámite.

Tengamos en cuenta en este punto el contenido del documento elaborado por el TJUE, “*Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*”⁸; en particular, los siguientes extremos que consideramos de especial trascendencia:

⁷ Vid. ATC 168/2016, de 4 de octubre, así como, entre otras, la STJUE 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10, EU:C:2010:363.

⁸ D.O.U.E. 25.11.2016. Este texto actualiza las “*Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales*” publicadas el 6.11.2012. Están basadas en la experiencia de aplicación del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia* (DO L 265 de 29.9.2012, pp. 1-42) y en la jurisprudencia dictada hasta la fecha.

La remisión prejudicial de los arts. 19.3.b) TUE y 267 TFUE tiene por objeto garantizar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho UE en el seno de la Unión, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter, con carácter prejudicial, al TJUE cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Dispone el apdo. 8º de este texto que “La petición de decisión prejudicial debe referirse a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de normas jurídicas nacionales o a cuestiones de hecho suscitadas en el litigio principal”. Además –vid. apdo. 9º– el TJUE “sólo puede pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial cuando el Derecho de la Unión sea aplicable al asunto controvertido en el litigio principal” y, en lo relativo a las peticiones de decisión prejudicial que se refieren a la interpretación de la CDFUE, el apdo. 10º de las referidas *Recomendaciones* destaca que “es preciso recordar que, con arreglo a su art. 51 apdo. 1, las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Es necesario que “de la petición de decisión prejudicial se desprenda de un modo claro e inequívoco que una norma de Derecho de la Unión distinta de la Carta es aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Como el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas por el órgano jurisdiccional remitente no pueden fundar por sí solas esta competencia”.

Finalmente –vid. apdo. 11º–, cuando el TJUE se pronuncie sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se deberá esforzar por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero “es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión”.

Por lo tanto, el TJUE deberá determinar si cae bajo su competencia la materia objeto del reenvío prejudicial y, a continuación, decidir si éste es admisible en los concretos términos formulados por el juez nacional –“juicio de relevancia”–.

Es decir, en primer lugar deberán haberse planteado dudas razonables en la aplicación del Derecho UE al litigio nacional en curso; dudas sobre la exégesis y/o aplicación uniforme de esas disposiciones, que además son es-

pecialmente relevantes para la decisión sobre el objeto del proceso concreto. En segundo término, se debe apreciar una imposibilidad por parte del juez nacional de resolver por sí mismo dichas dudas sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y aplicativa del Derecho de la Unión. Además, también deberá valorar el TJUE al decidir sobre la admisión y resolución de la cuestión prejudicial, que no se trate de la solicitud de una mera opinión consultiva, o de cuestiones genéricas o hipotéticas y, por supuesto, que no se esté ante un “acto claro” –no existe duda– o ante un “acto aclarado” –la duda ya fue previamente resuelta–.

En caso de que se cumplan todos esos presupuestos de admisibilidad, a partir de ahí el TJUE deberá entrar a analizar si la normativa europea cuestionada respeta la CDFUE y jurisprudencia TJUE, y/o si la norma nacional afectada por el reenvío, que es aplicable al supuesto enjuiciado, respeta el Derecho UE, valorando también si esa normativa europea de referencia deja margen de maniobra a los Estados miembros para otorgar una mayor protección, hasta qué punto lo permite, y si se han respetado esos límites o umbrales mínimos ya armonizados.

Expuestos estos planteamientos generales, pasaremos a centrar nuestra atención concretamente en la normativa que se puede calificar “de Derecho Procesal”, la cual se ha venido entendiendo *prima facie* materia perteneciente al ámbito de libre configuración del legislador nacional, en virtud del principio de “autonomía institucional”. Ahora bien, hemos de considerar que la aprobación algunas normas procesales nacionales puede haber tenido por finalidad el cumplimiento de la obligación de transponer o implementar Derecho de la Unión para aproximar las legislaciones procesales de los Estados miembros en el marco del ELSJ⁹. O más ampliamente, tal normativa nacional puede conformar el mecanismo procesal estatal que sirve para garantizar el cumplimiento y la efectividad los derechos y obligaciones derivados del Derecho UE en sentido estricto. En todos esos casos resultaría que –según se ha expuesto¹⁰– todas esas normas procesales nacionales podrían, o incluso deberían, ser consideradas Derecho de la Unión.

En consecuencia, habrían también estas normas nacionales de respetar especialmente los parámetros del art. 47 CDFUE –tutela judicial efectiva y juez imparcial–, del art. 48 CDFUE –presunción de inocencia y derechos

⁹ Recordemos los arts. 81 y 82 TFUE.

¹⁰ Tengamos presentes los pronunciamientos del TJUE en *Akerberg Fransson*, anteriormente expuestos.

de la defensa–, del art. 49 CDFUE –legalidad y proporcionalidad– y del art. 50 CDFUE –*ne bis in ídem*–, junto con toda la normativa UE de aproximación de ordenamientos nacionales en materia procesal y penal –DM y Directivas ya aprobadas, sobre garantías procesales, reconocimiento mutuo y cooperación judicial, armonización de tipos penales, etc.– y lógicamente, también tendrían que atender en su aplicación a los asuntos nacionales a la correlativa jurisprudencia del TJUE dictada interpretando todas esas normas, preceptos y principios rectores del Derecho de la Unión, *desplazando* al ordenamiento y jurisprudencia nacional en lo que pudiera resultar contradictorio. Sólo si el respeto a la unidad y primacía del Derecho de la Unión lo admitiese, podría el ordenamiento nacional dar una cobertura diferente –aunque no inferior, se entiende–; recuérdese de nuevo la jurisprudencia sentada en la STJUE asunto *Melloni*.

No obstante la aparente simplicidad aplicativa del guión anteriormente expuesto, debe llamarse la atención sobre varios extremos relevantes y potencialmente problemáticos: desde que se han ido aprobando –en su día las Decisiones marco y actualmente las Directivas– todas las normas UE de aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de garantías procesales de investigados y acusados¹¹, e incluso de víctimas¹², las “líneas divisorias” antes apuntadas –al menos teóricamente claras– entre los respectivos ámbitos competencias UE/Estados miembros, es decir, entre los distintos espacios de aplicación de las respectivas normas y jurisprudencias UE/Estados miembros, han quedado muy difuminadas, muy difíciles o casi imposibles de concretar y de delimitar en muchos casos. Desde luego, el contenido amplio y genérico de las Directivas sobre garantías procesales,

¹¹ Directiva 2010/64/UE, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales, de 20 de octubre de 2010 (DO L 280/1, 26.10.2010); Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, de 22 de mayo de 2012 (DO L 142/1, 1.6.2012); Directiva 2013/48/UE, relativa al derecho a la asistencia letrada en procesos penales y en procedimientos de orden europea de detención y entrega y sobre el derecho a comunicarse con terceros y con autoridades en situaciones de privación de libertad, de 26 de octubre de 2016 (DO L 297/1, 4.11.2016); Directiva 2016/343/UE, que refuerza la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, de 9 de marzo de 2016 (DO L 65/1, 11.3.2016); Directiva 2016/800/UE, sobre garantías procesales de menores sospechosos o acusados en un proceso penal, de 11 de mayo de 2016 (DO L 132/1, 11.5.2016); Directiva 2016/1919, sobre asistencia jurídica gratuita a sospechosos y acusados en procesos penales, y a personas buscadas en virtud de orden europea de detención y entrega, de 26 de octubre de 2016 (DO L 297/1, 4.11.2016).

¹² Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, de 25 de octubre de 2012 (DO L 315/57, 14.11.2012).

que abordan cuestiones nucleares de cualquier proceso penal, han atribuido una tremenda fuerza expansiva a lo que se pueda llegar a considerar “ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

Piénsese sin ir más lejos en lo que implica, por ejemplo, la aprobación de una Directiva sobre presunción de inocencia¹³, que incluye preceptos con tenores tan amplios como estos: art. 3: “Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”, o art. 7.2: “Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos”. Debemos cuestionarnos entonces si cada vez que un Estado miembro regule o aplique normas relativas a la presunción de inocencia, estará aplicando/implementando/asegurando la eficacia del Derecho de la Unión, con las consecuencias ya indicadas *supra*.

Podemos ver en el contenido de esas Directivas sobre garantías procesales, en los respectivos preceptos que determinan su ámbito de aplicación, así como en las “Exposiciones de motivos” o “Considerandos”, que estas normas UE no sólo se aprueban para ser aplicadas en asuntos “transfronterizos”, en el marco de la cooperación judicial/policial de la Unión, en los que como es sabido opera el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, sino que también tienen por finalidad aproximar/armonizar de forma general, y con objetivos más amplios, todos los ordenamientos procesales de los Estados miembros del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia –v.gr.: vid. expresamente la Directiva 2016/800, sobre garantías procesales de menores sospechosos o acusados en procesos penales¹⁴, o la Directiva 2012/13/UE, sobre el derecho a la información¹⁵–.

De otro lado, muchas reformas procesales que han tenido lugar en España en los últimos años, algunas de gran envergadura y calado, indican expresamente en sus Exposiciones de Motivos o Disposiciones Finales que se llevan a cabo precisamente en cumplimiento de las obligaciones provenientes de la Unión –implementación del Derecho UE que estaba pen-

¹³ Directiva 2016/343/UE, que refuerza la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, de 9 de marzo de 2016 (DO L 65/1, 11.3.2016).

¹⁴ Se aprecia más si cabe en esta Directiva que va más allá de la cooperación judicial y del reconocimiento mutuo. Se aplica cuando un menor sea sospechoso o acusado en un proceso penal o esté sujeto a un procedimiento de OEDE. Vid. Considerandos 8º y 9º: derechos del menor, interés superior del menor, desarrollo y reinserción, etc.

¹⁵ Aplicable no sólo a los asuntos con elementos transnacionales, sino a cualquier proceso penal y a todos los sujetos que puedan resultar detenidos, investigados o acusados.

diente de transposición¹⁶–, pero sin indicar generalmente qué concretos preceptos de la ley reformada –v.gr.: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– están atendiendo específicamente a ese mandato de la Unión. Es decir, no se detalla qué parte de la reforma tiene por finalidad garantizar el cumplimiento y efectividad del Derecho de la Unión en nuestro país; cuestión en absoluto menor, según se ha tratado de explicar anteriormente.

A la vista de lo expuesto, deberíamos plantearnos entonces si cualquier norma nacional procesal que regule cuestiones relativas al derecho a la información en los procesos penales, a la traducción e interpretación, a la defensa técnica, a la presunción de inocencia, al derecho a no declarar contra sí mismo, al derecho a estar presente en el propio enjuiciamiento, o a los derechos de los menores investigados o acusados –por citar algunas materias armonizadas en extremos relevantes– habrían de ser consideradas normas de desarrollo/aplicación/garantía del Derecho UE y, por tanto, si esa regulación nacional y su aplicación en los Estados miembros estaría sometida a los dictados de la jurisprudencia del TJUE interpretando los derechos de la CDFUE y las Directivas sobre garantías procesales, por encima o *desplazando* a la de nuestros tribunales, incluyendo la del TC, en el caso de que hubiera discrepancias o distintos niveles de protección en los respectivos sistemas jurídicos UE/Estado miembro, que los hay.

Al día de hoy, a nuestro modo de ver, no está suficientemente claro dónde empieza y dónde termina el “vínculo con el Derecho UE”. No es cuestión sencilla para el operador jurídico nacional –al menos en materia de garantías procesales– determinar *a priori* qué normativa y/o jurisprudencia prevalece en caso de divergencia, o cuándo habría de plantearse cuestión prejudicial ante el TJUE, o de inconstitucionalidad ante el TC.

Estimamos que no ha de considerarse “aplicación y desarrollo del Derecho de la Unión” o “garantía del cumplimiento y eficacia del Derecho UE” –con las consecuencias ya expuestas– cualquier norma nacional relativa a las garantías procesales sobre las que pueda existir un precepto en la CDFUE y/o normativa UE de aproximación de legislaciones nacionales, generalmente con contenidos muy vastos y poco precisos en su delimitación operativa.

¹⁶ Vid. por ejemplo L.O. 5/2015, de 27 de abril y L.O. 13/2015, de 5 de octubre, ambas de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito.

Por si esta complejidad no fuera ya suficiente, debemos tener en cuenta además la existencia de otras materias de amplísimo espectro que pueden servir también para justificar fácilmente ese “enganche” con el Derecho de la Unión. Por ejemplo, todo lo relativo a la protección de datos personales –art. 8 CDFUE –, la proporcionalidad en la limitación de derechos y libertades –art. 49 CDFUE y presente en prácticamente todas las normas de armonización–, o incluso materias de tipo jurídico-económico, como la defensa de la competencia, la estabilidad de los mercados, la protección de los intereses financieros de la Unión, o todo lo que pueda tener que ver con el I.V.A., cuestiones todas ellas con un enorme potencial efecto expansivo de lo que puede considerarse Derecho de la Unión, también en el específico contexto normativo nacional.

Las consecuencias de esta expansión del Derecho de la Unión ya han sido indicadas anteriormente: desplazamiento del Derecho interno en caso de discrepancias con el de la Unión y prevalencia de la jurisprudencia TJUE sobre la del TC en tales supuestos.

No perdamos de vista en ningún momento en nuestras valoraciones cuál es la función principal del TJUE: asegurar la integración europea a través de la primacía del Derecho UE y de la creación de “conceptos autónomos” del ordenamiento de la Unión, de aplicación obligatoria en ese ámbito.

Además, como afirmó con toda claridad el Abogado General en el asunto “Melloni”¹⁷, “En la valoración del nivel de protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse en el ordenamiento jurídico de la Unión es preciso tener en cuenta los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión. Ese es el caso en especial de la necesaria uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y de los imperativos ligados a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. *Esos intereses específicos llevan a graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales en función de los diferentes intereses en juego*” –cursivas añadidas–.

Nos parece oportuno traer a colación en este punto el que estimamos podría ser un ejemplo de las posibles consecuencias negativas de que el juez nacional no delimite correcta y precisamente el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de que plantee cuestiones prejudiciales al TJUE sobre aspectos esenciales de nuestro sistema procesal penal que probablemente no caigan en sentido estricto en dicho ámbito.

¹⁷ Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012 en el Asunto C-399/11, EU:C:2012:600, concretamente el párrafo 112.

La Audiencia Provincial de Tarragona –Secc. 4^a– planteó una cuestión prejudicial¹⁸ –Asunto C-207/16– sobre la interpretación del concepto “delitos graves” en el sentido de la jurisprudencia de TJUE derivada de las sentencias *Digital Rights Ireland Ltd*¹⁹ y *Tele2 Sverige AB*²⁰, en las que ese criterio se utilizó para determinar la legitimidad y proporcionalidad de una injerencia en los derechos consagrados en los arts. 7 y 8 de la CDFUE: derecho al respeto de la vida privada y familiar, y derecho a la protección de datos personales, respectivamente.

El tribunal español remitente pregunta, sustancialmente, acerca del modo de fijación del umbral de gravedad de los delitos a partir del cual, a la luz de esa jurisprudencia TJUE, puede estar justificada la restricción de los derechos fundamentales antes mencionados, en caso de que las autoridades nacionales competentes para la persecución penal necesiten acceder a datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas. El asunto, por cierto, no tenía componente transnacional alguno.

En nuestra modesta opinión, es dudoso que esa específica cuestión tuviera que haberse reenviado prejudicialmente al TJUE. El “enganche” o vínculo con el Derecho de la Unión, si bien existe a través de las Directivas europeas sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, parece endeble o insuficiente. Más bien estaríamos en presencia de un parámetro de concreción nacional: concepto o umbral de delito grave a los efectos de la obtención de datos personales en poder de operadoras de telefonía móvil para identificar a los posibles autores de un hecho delictivo. Todo lo más podría haber sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, del tipo: ¿es contrario al principio de proporcionalidad poder obtener los datos de identificación de investigados en supuestos de delitos de al menos tres años de privación de libertad?²¹

Ahora bien, una vez admitida a trámite por el TJUE esta cuestión prejudicial –la protección de datos personales es materia competencia de la

¹⁸ Por auto fechado el 6 de abril de 2016.

¹⁹ STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, EU:C:2014:238, asuntos acumulados C293/12 y C594/12.

²⁰ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, EU:C:2016:970, asuntos acumulados C203/15 y C698/15.

²¹ Vid. arts. 579, 588 ter a) y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por cierto, el legislador español exige otros requisitos además del umbral punitivo para poder adoptar una medida de este tipo: proporcionalidad, jurisdiccionalidad, motivación, etc.

Unión y hay Directivas aplicables al tema...-, tendremos que acatar la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo haga de nuestros preceptos de la LECrim a la luz de las Directivas UE y jurisprudencia TJUE, así como lo que resuelva acerca de la adecuación –o no– de nuestra LECrim a la normativa UE sobre esa materia.

Seguramente no hará falta que se le aclaren al lector los efectos de esta futura STJUE que decidirá sobre la cuestión prejudicial planteada por la AP de Tarragona: será vinculante y podrá afectar a un buen número de investigaciones penales en curso, a las ya realizadas y también a las futuras, con potenciales consecuencias de grandísima envergadura para nuestro proceso penal.

Pues bien, el día 3 de mayo de 2018 se han conocido las conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaardoe, en dicho asunto, las cuales –a nuestro juicio, por fortuna– nos permiten mitigar algunos temores, en el sentido de que éste ha manifestado –dicho muy resumidamente– que, puesto que los datos que se pretenden conocer en la causa son el nombre, apellidos y dirección de los usuarios de un teléfono móvil robado, en un periodo de días muy limitado, datos necesarios para una concreta investigación en curso, y no para su difusión general, la cual se acompaña de suficientes garantías procesales –control jurisdiccional–, “(...) el Derecho de la Unión no se opone a que las autoridades competentes puedan acceder a los datos personales o de filiación en poder de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que permitan encontrar a los supuestos autores de un delito que no revista carácter grave” –apdo. 90–.

Tranquiliza también que el Abogado General recuerde en sus conclusiones que “la legislación penal y las normas que rigen el proceso penal son competencia de los Estados miembros (...)” y que “en el estado actual del Derecho de la Unión, no existe una disposición de carácter general que proporcione una definición armonizada del concepto de delito grave” –apdo. 95–, por lo que “la facultad de determinar qué constituye un delito grave corresponde en principio a las autoridades competentes de los Estados miembros” –apdo. 96–, pues cada uno de ellos tiene sus tradiciones y prioridades, cambiantes en el tiempo en función de su política criminal, que se determina a escala nacional –apdo. 97–. “La cuestión de si un delito tiene carácter grave es muy relativa, en el sentido de que depende de la gradación de las sanciones que se aplican en general en el Estado miembro de que se trata” –apdo. 98–.

Concluye el AG reafirmando su opinión de que el concepto de delito grave, en el sentido de la jurisprudencia del TJUE citada, “no constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión cuyo contenido haya de

definir el Tribunal de Justicia” –apdo. 100–, por lo que manifiesta el AG expresamente su deseo de que “el Tribunal de Justicia se abstenga de adoptar posición a favor de una duración precisa de la pena impuesta” –apdo. 117–.

En fin, si la STJUE que finalmente resuelva esta cuestión prejudicial termina acogiendo en esencia tales conclusiones del Abogado General, se dictaminará la conformidad con el Derecho de la Unión del sistema español para la averiguación procesal de los datos personales que almacenan las compañías de telecomunicaciones, con los requisitos, amplitud y condiciones que establece nuestra LECrim, la cual, no lo olvidemos, contiene también una referencia expresa a la proporcionalidad de la injerencia y a su control jurisdiccional.

Formularemos a continuación algunas conclusiones y reflexiones finales sobre el objeto de este trabajo:

Sin duda resulta compleja la definición del concreto ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, concepto jurídico indeterminado con consecuencias teóricas y prácticas de grandísima amplitud. A pesar de los esfuerzos por tratar de delimitar *a priori* qué es o qué no es Derecho de la Unión, la respuesta precisa sólo se podrá obtener analizando el supuesto fáctico y jurídico concreto. También habrá que asumir que nos enfrentamos con problemas jurídico-constitucionales que son de muy difícil –o casi imposible– resolución: cómo articular la primacía del Derecho de la Unión, defendida como absoluta por el TJUE, y la suprallegalidad constitucional que se debe ver asegurada en todo caso por los tribunales constitucionales estatales.

En todo caso, y ciñéndonos ahora al ámbito de nuestra especialidad, estimamos que no se debería utilizar el reenvío prejudicial ante el TJUE para cuestionar una norma procesal nacional, simplemente por vulneración de derechos fundamentales o garantías procesales, aunque estén previstas en la CDFUE o contenidas en normativa UE. Para fundamentar la competencia del TJUE no basta con una genérica invocación de los derechos contenidos en la Carta, o la vinculación del asunto nacional con materias sobre las que existe regulación en el ámbito de la Unión.

Podemos concluir entonces que, si no resulta manifiesto el vínculo específico, concreto y directo con el Derecho de la Unión, y determinante la aplicación de éste para la resolución de la concreta duda surgida en el litigio, debería hacerse uso –en caso de que se dude de la amplitud o interpretación de un derecho o garantía fundamental– de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Puede ser que en ocasiones se haya optado por el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE por resultar algo más rápida su resolución:

las decididas en el año 2017 tardaron 15'7 meses de media en resolverse; en procedimiento de urgencia, 2'9 meses²². Por su parte, también en 2017, nuestro Tribunal Constitucional resolvió 37 cuestiones de inconstitucionalidad, con una media de 25 meses para el dictado de sentencia –hay varias que tardaron más de 40 meses²³–. Sin embargo, no creemos que la cuestión del tiempo medio de resolución de la cuestión, la mayor o menor lentitud del TJUE o del TC, haya sido determinante para que los órganos jurisdiccionales españoles optaran por un tipo de reenvío prejudicial o por otro.

Más bien nos inclinamos por pensar que el juez nacional español –sea de oficio o sea a instancia de parte– acude en ocasiones con su cuestión preferiblemente al TJUE por creer que va a obtener de éste una respuesta más acorde con su propia interpretación del derecho o garantía fundamental, que si opta por el reenvío prejudicial al Tribunal Constitucional. O incluso porque piensa que va a poder superar con menor dificultad el procedimiento de admisión de la cuestión por el TJUE, relativamente menos complejo si se compara con la cuestión de inconstitucionalidad, en la que el filtro del llamado “juicio de relevancia”²⁴ puede resultar *de facto* infranqueable.

Estas cifras que indicamos a continuación pueden resultar también muy significativas, y de alguna manera refuerzan la tesis que en este trabajo se sostiene:

En el año 2016 el TJUE había iniciado un total de 437 cuestiones prejudiciales provenientes de juzgados y tribunales españoles –8º país en número de planteamiento de estas cuestiones–; en 2017 la cifra se había incrementado hasta las 533. Es decir, 96 cuestiones prejudiciales planteadas en un año, 90 de ellas expresamente sobre materias del “espacio de libertad, seguridad y justicia”²⁵.

Por su parte, en el año 2016 entraron en el Tribunal Constitucional español 44 cuestiones de inconstitucionalidad, y en el año 2017, fueron 33

²² Vid. el Informe anual de la actividad judicial del TJUE en 2017. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_es_web.pdf

²³ Este dato lo hemos tenido que calcular, sentencia por sentencia, a la vista de las fechas de admisión de la cuestión de inconstitucional y de la resolución de la misma, ya que no hemos sido capaces de encontrar esa información tan importante en las Memorias anuales del TC, en las que sin embargo sí aparece abundante información de otro tipo, incluyendo numerosos gráficos, baremos, estadísticas, etc., etc.

²⁴ Vid. art. 35.2 LOTC.

²⁵ Vid. los informes anuales de 2016 y 2017 de la actividad judicial del TJUE, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_es_web.pdf

las presentadas²⁶. Téngase en cuenta la diferencia numérica, a pesar del hecho de que precisamente en 2015 se produjeron numerosas reformas procesales de gran calado en nuestro país; entre otras, justamente la relativa a la materia objeto de la cuestión prejudicial de la AP de Tarragona antes mencionada. Sin embargo, los jueces españoles plantearon en esos años casi el triple de cuestiones prejudiciales, si se comparan con las de inconstitucionalidad. Creemos que es pertinente y necesario reflexionar sobre lo que significan estos datos y cifras.

Personalmente no tenemos dudas sobre que la integración europea es un fin deseable, por muchas razones, también desde la perspectiva del Derecho procesal y penal, pero no olvidemos el principio de subsidiariedad del Derecho de la Unión y, hoy por hoy, *rebus sic stantibus*, la valiosa autonomía de los sistemas nacionales a la hora de definir su modelo procesal y su política criminal.

Las decisiones “externas”, las que provienen de órganos jurisdiccionales supranacionales, los cuales a nuestro juicio no en todos los casos han mostrado ser suficientemente buenos conocedores de cada sistema nacional sobre el que sus resoluciones surten importantes efectos, al menos en la medida en que sería deseable y necesario, pueden alterar el delicado equilibrio interno de tales sistemas, de forma no siempre totalmente atinada y en general con efectos de amplio calado.

En consecuencia, es preciso delimitar estrictamente el “ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”, en conjunción con los principios de subsidiariedad de este Derecho y de autonomía de los sistemas procesales y penales nacionales, en lo que no haya una norma expresa y clara de armonización/aproximación de legislaciones nacionales en un sentido concreto. Un tenor tan laxo, de contornos tan indefinidos en el Derecho de la Unión, como puede ser, por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia, a la protección de datos personales, o a la proporcionalidad de las injerencias en derechos y libertades fundamentales, no puede servir por sí solo para trasladar ante el TJUE la resolución de cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión. Al menos en el estado actual de la aproximación normativa tendente a la integración europea.

²⁶ Vid. las Memorias anuales de 2016 y 2017 del TC, accesibles en <http://www.tribunal-constitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Memoria-2016.pdf>
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2017.pdf>

Capítulo 3

Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. LEY 3/2018, DE 11 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UE, PARA REGULAR LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN. 1.1. Consideraciones generales. 1.2. Orden Europea de Investigación. 2. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN. 3. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA OEI QUE REQUIERA MEDIDAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACIÓN. 3.1. La falta de consentimiento del afectado por la medida. 3.2. La posible prolongación de la privación de libertad del investigado. 3.3. La ejecución de la medida de investigación sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Derecho español. 3.4. La falta de acuerdo entre las autoridades de emisión y ejecución sobre las condiciones de ejecución de la medida. 4. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, para regular la Orden Europea de Investigación, transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal. El objeto de este trabajo se centra en el análisis de los motivos de denegación por parte de las autoridades españolas de una OEI que requiere medidas específicas de investigación tal como están previstos en la redacción actual de la Ley 23/2014, destacando como su concreta regulación trae consigo una quiebra del principio de reconocimiento mutuo en materia de prueba y evidencia la desconfianza entre los Estados Miembros en la cooperación judicial penal.

PALABRAS CLAVE: reconocimiento mutuo, orden europea de investigación, prueba transnacional, denegación del reconocimiento y ejecución.

ABSTRACT: Law 3/2018 of June the 11th modifies Law 23/2014 of November the 20th, about mutual recognition of criminal resolutions in the EU, to regulate the European Investigation Order. The Law 3/2018 transposes to our legal system the Directive 2014/41 /

EU of the European Parliament and the Council of April the 3rd 2014, relative to the European Investigation Order in criminal matters. The purpose of this paper is focusing on analysing why the Spanish authorities denies an EIO that requires specific research measures as planned in the current drafting of Law 23/2014, highlighting its specific regulation it brings about a breach of the principle of mutual recognition in the matter of evidences, and demonstrates the distrust among the Member States in criminal judicial cooperation. Keywords:

KEY WORDS: mutual recognition, European investigation order, transnational evidence, denial of recognition and enforcement.

1. LEY 3/2018, DE 11 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UE, PARA REGULAR LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Consideraciones generales

La Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, para regular la Orden Europea de Investigación, transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (en adelante DOEI); en coherencia con ello, su objetivo es implementar un único instrumento para la obtención de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea, basado en el principio de reconocimiento mutuo. En concreto, se modifica el Título X Ley 23/2014 que ahora lleva como rúbrica “Orden Europea de Investigación”, sustituyendo el anterior Título rubricado “Exhorto Europeo de obtención de prueba”. Con esta reforma, se pone fin a la inseguridad jurídica generada por la falta de transposición de la DOEI, cuyo plazo límite expiró el 22 de mayo de 2017 (art. 36 DOEI)¹.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 3/2018, los criterios seguidos en la transposición se han basado en los principios de la buena re-

¹ Las dudas interpretativas derivadas del retraso de nuestro legislador obligaron a la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado a emitir un dictamen dirigido a las fiscalías para la tramitación de las órdenes europeas de investigación (Dictamen 1/17 de la Fiscalía de Sala de Cooperación Penal Internacional sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la DOEI).

gulación, comprendiendo el principio de necesidad y eficacia al cumplir la obligación de transposición con fidelidad al texto de la DOEI y con la mínima reforma de la actual normativa, de manera que se evite la dispersión en aras de la simplificación; así como en los principios de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, y de seguridad jurídica, ya que se realiza con el ánimo de mantener el marco normativo estable, predecible, integrado y claro, que produjo la compilación de la Ley 23/2014.

El nuevo Título X Ley 23/2014 mantiene la misma estructura que el derogado, dividiéndose en tres capítulos; el primero dedicado a las disposiciones generales sobre la orden europea de investigación (en adelante, OEI) y los capítulos segundo y tercero centrados, respectivamente en la emisión y transmisión, y en el reconocimiento y ejecución de una OEI.

Pues bien, el objeto de este trabajo será analizar los motivos de denegación por parte de las autoridades españolas de una OEI que requiere medidas específicas de investigación tal como están previstos en la redacción actual de la Ley 23/2014, destacando como su concreta regulación trae consigo una quiebra del principio de reconocimiento mutuo en materia de prueba y evidencia la desconfianza entre los Estados Miembros en la cooperación judicial penal. A tal efecto, se examinarán previamente de forma somera los caracteres generales de la OEI tal como aparece configurada en el nuevo Título X Ley 23/2014.

1.2. Orden Europea de Investigación

La OEI se define en el art. 186.1 Ley 23/2014, siguiendo lo establecido en el art. 1 DOEI, como “una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución”.

Por tanto, la OEI constituye un instrumento de investigación penal, superando claramente el objetivo perseguido por el exhorto europeo de obtención de pruebas que no era únicamente un instrumento para recabar objetos, documentos y datos que ya obren en poder de la autoridad de ejecución o que ésta pueda descubrir sin que medien investigaciones

complementarias (art. 4 DM 2008/978/JAI del diciembre Consejo de 8 de diciembre, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal)²; la OEI es mucho más ambiciosa, permitiendo la práctica de diligencias de investigación para la obtención de dichas pruebas transfronterizas, incluyendo la adopción de medidas cautelares para el aseguramiento de pruebas (art. 203 Ley 23/2014).

La OEI es aplicable a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas y en cualquiera de las fases del procedimiento; aunque de su ámbito de aplicación quedan excluidas la creación de los equipos conjuntos de investigación y la obtención de pruebas en dichos equipos, así como el régimen de transmisión de antecedentes penales que se registrará por su normativa específica (art. 186.4 Ley 23/2014).

Por lo demás, conforme al art. 186.2 Ley 23/2014, la OEI puede emitirse no sólo en el marco de un procedimiento penal incoado o que pueda incoarse, sino también en procedimientos incoados por autoridades administrativas o judiciales por hechos tipificados en el ordenamiento interno del Estado de emisión como infracciones administrativas, cuando la decisión sobre el mismo pueda dar lugar a un procedimiento ante un órgano jurisdiccional penal. No obstante, en el caso de España, la emisión de la OEI queda limitada a los procesos penales (arts. 188 y ss. Ley 23/2014).

De acuerdo con la definición de autoridad de reconocimiento y ejecución contenida en el art. 2 d) DOEI, el art. 187.2 Ley 23/2014 establece que el Ministerio Fiscal será la autoridad competente en España para recibir todas las OEI emitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros, debiendo registrarlas y acusar recibo de las mismas a la autoridad de emisión; además, será la autoridad competente para reconocer y ejecutar las OEI que no contengan medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales o que, aun conteniendo este tipo de medidas, considere el propio Ministerio Fiscal que pueden ser sustituidas por otras que no restrinjan dichos derechos.

Frente a lo expuesto, cuando la OEI contenga alguna medida de investigación limitativa de derechos fundamentales, que no pueda ser sustituida por otra que no restrinja tales derechos, o cuando en la misma OEI se indique expresamente por la autoridad de emisión que la medida de investigación debe ser ejecutada por un órgano judicial, ésta será remitida por

² DOUE L 350, de 30.12.2008.

el Ministerio Fiscal al Juez o Tribunal que proceda conforme a lo previsto en el art. 187.3 Ley 23/2014, que será la autoridad competente para su reconocimiento y ejecución.

En estos supuestos, el Ministerio Fiscal acompañará la remisión de la OEI de un informe preceptivo en el que se pronuncie sobre la concurrencia o no de causa de denegación de la ejecución de la misma, y si entiende o no ajustada a Derecho la adopción de cada una de las medidas de investigación que la orden contenga³.

Para finalizar esta visión general sobre la regulación sobre la OEI, debe señalarse que los requisitos que se exigen, con carácter general, para el reconocimiento y ejecución en España de una OEI se recogen en los arts. 205 y 206 Ley 23/2014. En concreto, que la EOI sea emitida por una autoridad competente, o validada en su caso por el Juez, Tribunal o fiscal competente del Estado de emisión (art. 205.2 Ley 23/2014); que el formulario de la OEI cumpla con las exigencias de traducción previstas en el art. 17.1 Ley 23/2014; que no concurra ninguno de los motivos de denegación o suspensión, previstos en los arts. 207 y 209 Ley 23/2014, respectivamente (art. 205.1 Ley 23/2014); que sea posible la ejecución de la OEI porque la medida de investigación solicitada existe en el Derecho español y está prevista para un caso interno similar; o, en otro caso, exista otra medida de investigación con la que se pueda obtener el mismo resultado que con la medida solicitada en la OEI (art. 206 Ley 23/2014). A estos efectos, Y, a estos efectos, el art 206.1 Ley 23/2014 establece un elenco de medidas de investigación cuya ejecución deberá ser ordenada en todo caso por la autoridad competente española, porque, conforme al art. 10.2 DOEI, siempre tienen que existir en el Derecho nacional del Estado de ejecución; y son las siguientes: a) La obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad competente española siempre que, de conformidad con el Derecho nacional, esa información o esas pruebas hubieran podido

³ La atribución de esta competencia al Ministerio Fiscal resulta criticable no sólo a la vista de que la instrucción es una competencia del juez instructor, sino también porque las decisiones del Ministerio Fiscal en esta materia no son susceptibles de recurso, lo que supone una gran limitación del derecho de defensa. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea, para regular la orden europea de Investigación* (de 28 de septiembre de 2017) (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/>, apdos. núm. 72 a 79); RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 398 a 400.

obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la orden europea de investigación; b) La obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles en el marco de un procedimiento penal; c) La declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o encausado o un tercero en territorio español; d) Cualquier medida de investigación no restrictiva de derechos fundamentales y garantías procesales definida con arreglo al Derecho español; e) La identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

Además de los presupuestos expuestos, que han de concurrir cualquiera que sea la medida de investigación requerida en la OEI, debe tenerse en cuenta que si la OEI tiene por objeto la práctica de determinadas medidas de investigación como pueden ser, por ejemplo, el traslado temporal de personas privadas de libertad, la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, o las investigaciones encubiertas), la Ley 23/2014 exigen la concurrencia de otros requisito añadido. Se trata de un acuerdo entre la autoridad de reconocimiento y ejecución española y la autoridad de emisión sobre las disposiciones prácticas relativas a la ejecución de la medida (arts. 214.2, 215, 219.2 y 220 Ley 23/2014). La falta de acuerdo sobre tales extremos supondrá la imposibilidad de ejecución de la medida, o, tratándose de las investigaciones encubiertas, la denegación de la ejecución de la OEI por la autoridad española⁴.

2. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

Como es bien sabido, la OEI es un instrumento de obtención de prueba penal entre Estados Miembros basado en el principio de reconocimiento mutuo; en coherencia con ello, y sobre la base de la confianza mutua entre Estados miembros, las autoridades competentes deben proceder al reconocimiento y ejecución automática de las resoluciones válidamente emitidas por autoridades competentes, salvo que concurra una causa de denegación prevista legalmente.

⁴ Vid., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., pág. 408.

Como garantía de la efectividad del principio de reconocimiento mutuo, la Ley 23/2014, de acuerdo con las previsiones de la DOEI establece motivos tasados por los que se puede denegar el reconocimiento y/o ejecución de una OEI por una autoridad española⁵. Al respecto, debe señalarse que la necesidad de alcanzar acuerdos entre los Estados Miembros requirió incrementar los motivos de denegación que estaban inicialmente previstos en la Propuesta de Directiva relativa a la OEI (art. 10)⁶; como señala el Considerando 6 de la DOEI este nuevo instrumento de cooperación penal se basa en el principio de reconocimiento mutuo, pero también tiene en cuenta la flexibilidad del sistema tradicional de asistencia judicial.

Pues bien, los motivos de denegación del reconocimiento y/o ejecución de la OEI previstos en la Ley 23/2014, además de su carácter tasado, son también imperativos, lo que contrasta con el carácter potestativo de los mismos previsto en la DOIE. En consecuencia, y tal como señala el art. 207.1 Ley 23/2014, *“la autoridad competente española denegará el reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación...”* cuando concorra alguno de esos motivos.

Con carácter general, y pese a su importancia, vinculada a la efectividad del principio de reconocimiento mutuo, no ha sido cuidadoso el legislador a la hora de plasmar en la Ley 23/2014 los motivos de denegación que adolecen de una falta de claridad y sistemática que dificulta en gran medida su correcta comprensión.

Aunque el objeto de estas páginas es el análisis de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de una OEI con medidas específicas de

⁵ En concreto el art. 29 Ley 23/2014 señala, en relación a todos los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados por la misma, que *“únicamente podrá denegarse, de manera motivada, el reconocimiento o la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo que haya sido transmitido correctamente por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea cuando concorra alguno de los motivos tasados previstos en esta Ley”*. Además, ya refiriéndose a la OEI, el art. 205.1 PLRM dispone que *“la autoridad competente española que reciba una orden europea de investigación dictará auto o decreto de reconocimiento y ejecución de la misma, salvo que concorra alguno de los motivos de denegación o suspensión a que se refieren los artículos 207 y 209”*.

⁶ El art.10 de la Propuesta de Directiva de OEI incluía únicamente cuatro motivos de denegación; a saber, *a) si una inmunidad o un privilegio conforme a la legislación del Estado de ejecución hace imposible ejecutar el EEI; b) si, en un caso concreto, su ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia; c) si, en los casos contemplados en el artículo 9, apartado 1, letras a) y b), no existe otra medida de investigación con la que se pueda alcanzar un resultado similar; d) si el EEI ha sido emitido para los procedimientos a los que se refiere el artículo 4, letras b) y c) y la medida no sería autorizada en un caso nacional similar”*.

investigación, se hará una breve referencia a los restantes motivos de denegación previstos en la Ley 23/2014, tanto los comunes para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo como los propios y específicos de la OEI.

En cuanto a los primeros, el reconocimiento y ejecución de la OEI se denegará por la autoridad competente española cuando concurra alguno de los motivos generales de denegación previstos en el apartado 1 del art. 32 Ley 23/2014 (art. 207.1 Ley 2372014).

A saber, en primer término, deberá procederse a la denegación “*cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado*” (art. 32.1 a) Ley 23/2014); la aplicación de este motivo de denegación exige tener en cuenta que la vulneración del principio *non bis in ídem* por la autoridad española debe ser interpretada de acuerdo con el art. 50 CDFUE y la jurisprudencia del TJUE; esto supone, entre otras cuestiones la prohibición de la doble sanción de una conducta pero no el doble enjuiciamiento, de manera que la litispendencia internacional queda excluida del ámbito de este motivo de denegación⁷.

En segundo término, el art. 32.1.b) Ley 23/2014 prohíbe el reconocimiento y la ejecución de una OEI cuando la misma “*se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español*”.

Respecto a este motivo de denegación, es clara la aplicación como tal de la prescripción del delito objeto de investigación conforme al derecho penal español; en cambio, no parece posible la aplicación de la prescripción de la pena debido a la propia configuración de la OEI pues exigiría valorar la posible prescripción de la pena impuesta por unos hechos que todavía están siendo objeto de investigación o de prueba⁸.

⁷ Vid., AGUILERA MORALES, Marien, “El Exhorto Europeo de Investigación...”, op. cit., pág. 21; BACHMAIER WINTER, Lorena, “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, núm. 7992, 28 de diciembre de 2012, (www.laley.es); CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley...*, op. cit., apdo. núm. 166; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., pág. 436.

⁸ GRANDE SEARA, Pablo, “El reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación.

A tenor del art. 32.1.c) PLRM, también será motivo para denegar el reconocimiento y ejecución de la OEI cuando el formulario de la misma esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida de investigación solicitada, sin perjuicio de intentar previamente la subsanación conforme al art. 19 LRM.

Finalmente, la autoridad española denegará el reconocimiento y la ejecución de la orden OEI cuando “*exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución*”; ante la falta de definición común de inmunidad a nivel comunitario, será el derecho nacional el que establezca su concreta extensión (art. 20 DOEI)⁹.

Los motivos específicos de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI por la autoridad española se contienen en el art. 207.1 Ley 23/2014. En concreto, el apartado a) se refiere a la existencia de “un privilegio procesal que haga imposible ejecutar la orden europea de investigación o normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación que imposibiliten a la autoridad competente española su ejecución”; la extensión concreta de este motivo de denegación exige acudir a nuestro derecho interno¹⁰.

En segundo lugar, la autoridad española denegará el reconocimiento y la ejecución de la OEI cuando “*la ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de información o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia*” (art. 207.1 b) Ley 23/2014); pese al silencio del precepto transcrito y de conformidad con el art. 9.1 DOEI, la autoridad española de-

(Análisis del proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2004, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación)” en GONZÁLEZ CANO M^a Isabel, *Integración Europea y justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 464.

⁹ Habrá de tenerse en cuenta el art. 31 Ley 23/2014 que regula el levantamiento de la inmunidad a efectos de permitir el reconocimiento y la ejecución de la OEI por la autoridad española.

¹⁰ Así, podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución, por ejemplo, cuando la OEI se refiera a la declaración testifical de un persona exenta del deber de declarar por su profesión (médico, ministro de culto, etc); en cambio, como señala BACHMAIER WINTER (“La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal...”, op. cit.), no es fácil deducir si tal motivo de denegación se refiere a normas que tratan de proteger las fuentes de información (por ejemplo, estableciendo “privilegios” análogos a los anteriores para los profesionales de la información) o a normas que exijan una doble incriminación para poder perseguir delitos relacionados con el derecho a la libertad de expresión.

bería actuar de modo análogo a como lo haría en una investigación penal interna¹¹.

En tercer término, cabrá denegar la OEI cuando “*la resolución se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y total o parcialmente en territorio español, y la conducta en relación con la cual se emite la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito en España*” (art. 207.1.c) Ley 23/2014). No parece justificable la inclusión de este motivo de denegación en el contexto del principio de reconocimiento mutuo de resolución judiciales en materia de prueba pues evidencia una falta de confianza mutua entre los Estados Miembros y repercute de forma negativa en la lucha contra la delincuencia transnacional que es uno de los objetivos que se persiguen con la cooperación judicial en la Unión Europea¹².

El cuarto motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de la OEI se contiene en el art. 207.1d) Ley 23/2014 que se refiere a la existencia de “*motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación es incompatible con las obligaciones del Estado español de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”. El precepto transcrito es una muestra clara de la obligación de los Estados Miembros de respetar los derechos fundamentales en el ámbito de la cooperación judicial penal; por supuesto, la aplicación de este motivo de denegación requiere que las autoridades españolas comprueben que la OEI cumple el estándar de protección de los derechos fundamentales establecido en la CDFUE y en la jurisprudencia del TJUE¹³.

¹¹ BACHMAIER WINTER, Lorena, “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal...”, op. cit. En sentido contrario se pronuncia RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (*Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., pág. 443) para quien una actuación de esta forma por la autoridad española exigiría una disposición expresa en ese sentido; a falta de esa disposición, los Estados Miembros podrán aplicar criterios distintos según se trate de casos nacionales o casos de otros Estados miembros.

¹² En este sentido, BACHMAIER WINTER, Lorena, “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal...”, op. cit.; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.) *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011 pág. 188. Una posición contraria es defendida por RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., págs. 440 y 441.

¹³ Vid., entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2013, caso Melloni (asunto C-399/11).

En quinto lugar, la autoridad española denegará el reconocimiento y ejecución “*cuando la conducta que dio origen a la emisión de la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito con arreglo al Derecho español y no esté recogida en las categorías de delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo 20, siempre que la pena o medida de seguridad privativas de libertad previstas en el Estado de emisión para el delito a que se refiere la orden europea de investigación fuera de un máximo de al menos tres años*” (art. 207.1.e) Ley 23/2014). La disposición transcrita se complementa con lo previsto en el art. 207.2 Ley 23/2014, conforme al cual, este motivo de denegación no será de aplicación, en ningún caso, a las medidas de investigación “privilegiadas” a que se refiere el art. 206.1 Ley 23/2014.

Finalmente, los apartados f) y g) del art. 207 Ley 23/2014 aluden a sendos motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI que se caracterizan porque la medida de investigación solicitada en la OEI no puede adoptarse, con arreglo al Derecho español, en un caso interno similar. A saber, en el primer caso, se denegará la ejecución de la OEI cuando el uso de la medida de investigación solicitada “*esté limitado, con arreglo al Derecho español, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la orden europea de investigación*”. No obstante, la denegación no opera si se trata de alguno de los motivos previstos en el art. 206.1 Ley 23/2014. Por su parte, en el segundo, se denegará la OEI cuando “*se refiera a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal, y la medida no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar*”.

En ambos casos, a la vista de que estos motivos de denegación coinciden con los que llevan a la sustitución de la medida solicitada en la OEI por otra que sea idónea para la finalidad perseguida por la misma (art. 206.3 Ley 23/2014), parece que lo razonable sería que antes de proceder a la denegación del reconocimiento y la ejecución la autoridad española compruebe si es posible la sustitución de la medida requerida.

3. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA OEI QUE REQUIERA MEDIDAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACIÓN

Además de los motivos generales de denegación del reconocimiento y la ejecución aplicables a todos los instrumentos de cooperación regulados

en la Ley 23/2014 y los que específicamente se prevén en relación a la OEI, en la Sección 2ª del Capítulo III del Título X de la Ley 23/2014 se recogen otros motivos que sólo operan cuando en la OEI se requiera la práctica de determinadas medidas de investigación. Pues bien, como se expondrá en los apartados siguientes, es en relación a estos concretos motivos donde se ve de forma clara la quiebra de la confianza mutua entre los Estados Miembros a la hora de reconocer de forma automática las resoluciones que las autoridades competentes de otros Estados dictan en materia de prueba.

3.1. La falta de consentimiento del afectado por la medida

Los arts. 214 y 215 Ley 23/2014 regulan, respectivamente, el reconocimiento y la ejecución de la OEI para el traslado temporal al Estado de emisión de personas privadas de libertad en España y la OEI para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión. En ambos casos, el reconocimiento y la ejecución por la autoridad española se condiciona a que la persona privada de libertad dé su consentimiento al referido traslado. Si ese consentimiento no puede ser emitido debido a la edad o estado físico o psíquico del interesado, se recabará a través de su representante legal (arts. 214.1.a) y 215.I Ley 23/2104).

La inclusión de este motivo de denegación contrasta con la previsión general contenida en el art. 9 DOEI que establece que “La autoridad de ejecución deberá reconocer una OEI, transmitida de conformidad con la presente Directiva sin requerir otra formalidad, y se asegurará de que se ejecute de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación de que se trate hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución”; en coherencia con lo expuesto, si en un proceso penal tramitado en España el consentimiento de la persona privada de libertad no es necesario para su traslado a otro lugar del territorio nacional para la práctica de una diligencia de investigación, no debería considerarse un requisito ese consentimiento cuando sea necesario el traslado a otro Estado miembro de la UE. Como apunta con acierto RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, este motivo de denegación no está justificado, y supone de hecho cuestionar que estemos realmente ante un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Desde el momento en que esa persona está a disposición de una autoridad judicial europea y privado de libertad por su presunta participación en un hecho delictivo, debe poder ponerse a disposición de otra autoridad judicial europea para la práctica de diligencias de investigación relativas a otras causas. En otras palabras,

la falta de consentimiento del detenido al traslado en sí, no debe ser una circunstancia condicionante del mismo¹⁴.

Este mismo motivo de denegación que requiere recabar el consentimiento del sujeto pasivo de la diligencia, se contempla también en el art. 216.1.2º Ley 23/2014, en relación con la OEI que requiera una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual del investigado o acusado¹⁵.

Frente a los supuestos de traslados de personas privadas de libertad, en este caso, la falta de consentimiento del investigado o acusado se configura como un motivo de denegación facultativo, de acuerdo con el tenor literal del art. 216.1.2º Ley 23/2014 que utiliza la expresión verbal “*podrá denegar*”. En consecuencia, la autoridad judicial española, ante la falta de consentimiento del investigado o acusado a la práctica de la videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, podrá autorizarla si la estima procedente, y siempre que se cumplan las condiciones que legitiman su uso conforme al ordenamiento jurídico español (art. 229.3 LOPJ y arts. 325 y 731 bis LECrim).

3.2. La posible prolongación de la privación de libertad del investigado

El art. 214.1 b) Ley 23/2014, en relación a la OEI que solicite una medida que consista en el traslado temporal al Estado de emisión de una persona privada de libertad en España, prevé como motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución, que dicho traslado pudiese “*causar la prolongación de la privación de libertad de la persona*”.

Nuevamente, nos encontramos con un motivo de denegación que pone en entredicho el principio de reconocimiento mutuo en materia de prueba en el contexto europeo y que pone en evidencia el déficit de confianza de los Estados miembros. La falta de sentido de la inclusión de este motivo de denegación queda patente además porque en los apdos. 2 y 3 del mismo art. 214 Ley 23/2014 se prevén mecanismos adecuados para evitar que se produzca cualquier prolongación indebida de la privación de libertad de esta per-

¹⁴ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., pág. 450.

¹⁵ Este requisito no se exige cuando la comparecencia por videoconferencia u otro medio de transmisión audiovisual se refiere a peritos o testigos, cuyo consentimiento es irrelevante a estos efectos.

sona, sin necesidad de configurarla como motivo de denegación de la OEI¹⁶. A saber, la autoridad española competente debe acordar con las autoridades del Estado de emisión las condiciones y detalles del traslado del sujeto privado de libertad, incluyendo las fechas de salida y de regreso (art. 214.2 Ley 23/2014); y, en todo caso, debe deducir del periodo máximo de prisión al que se vaya a someter en España el periodo de privación de libertad cumplido en el territorio del Estado de emisión (art. 214.3 Ley 23/2014).

Por otra parte, la falta de mención en el art. 215 Ley 23/2014 de este motivo de denegación en los supuestos de traslado a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión, a fin de practicar aquí alguna diligencia de investigación, hace surgir la duda de si la prolongación de la privación de libertad de la persona debe llevar a la autoridad española a denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI. Pues bien, el art. 23.2 DOEI deja claro que este motivo de denegación no opera cuando se trata de un traslado a España de la persona privada de libertad, en cuanto dicho precepto dicho precepto se remite expresamente al apartado 2, letra a) del art. 22 DOEI, que se refiere únicamente a la falta de consentimiento del detenido, obviando este otro motivo de denegación, que se contempla en la letra b) del mismo precepto¹⁷.

3.3. La ejecución de la medida de investigación sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Derecho español

El art. 206 Ley 23/2014 se refiere al reconocimiento y ejecución de una OEI que tenga por objeto una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual; pues bien, además obligar a la autoridad española a denegar el reconocimiento y la ejecución cuando el investigado o acusado no preste su consentimiento a la medida, tal como ya se ha expuesto, añade además que *“la ejecución de dicha medida de investigación sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Derecho español”*.

De esta forma, la autoridad española denegará el reconocimiento si no se cumplen las condiciones previstas en los arts. 229.3 LOPJ y 325 y 731 bis LECrim, de acuerdo con la interpretación realizada por la jurisprudencia del TS y del TC,

¹⁶ En este sentido, vid., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., pág. 455.

¹⁷ Vid. GRANDE SEARA (“El reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación...”, op. cit., pág. 476) quien muy acertadamente añade que “Y ello no deja de ser lógico, porque la eventual prolongación de la privación de libertad del sujeto en cuestión competiría a la autoridad de emisión por cuanto el privado de libertad lo está en el marco de un proceso penal seguido en dicho Estado”.

que considera excepcional la utilización de estos medios técnicos. En efecto, debe partirse del art. 229.3 LOPJ que permiten que las declaraciones se realicen "a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal". En desarrollo de este principio general, los arts. 325 y 731 bis LECrim condicionan la utilización de la videoconferencia a la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para el declarante. Pues bien, el TS de forma reiterada entiende que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción¹⁸; no obstante, tanto el TC como el TS consideran que la videoconferencia exige una causa justificada de suerte que no es un equivalente o alternativa procesal a la presencia física de la persona concernida ante el Juez o Tribunal¹⁹.

Este motivo de denegación debe considerarse innecesario puesto que se solapa con los supuestos en que, según el art. 206.3 Ley 23/2014, la autoridad española competente deberá proceder a la sustitución de la medida solicitada por otra que sea idónea para los fines de la OEI emitida; a saber, cuando la medida de investigación solicitada "*no estuviera prevista para un caso interno similar*", la autoridad competente española ordenará la ejecución de una medida de investigación distinta a la solicitada" que sea respuesta a los fines de la OEI. Sólo en los supuestos en que no exista otra medida de investigación con la que se pueda obtener el resultado pretendido por la OEI, procederá la denegación de la ejecución de la OEI para una comparecencia por videoconferencia²⁰.

3.4. La falta de acuerdo entre las autoridades de emisión y ejecución sobre las condiciones de ejecución de la medida

Por último, entre los motivos de denegación de la OEI que requiera medidas específicas de investigación, debe incluirse la falta de acuerdo en-

¹⁸ Entre otras, SSTS de 16 de junio 2009 (RJ 2009/6648), de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/279), de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006/7103) .

¹⁹ STS 678/2005 de 16 de Mayo (RJ 2005/6586), de 17 de marzo de 2015 (RJ 2015/2795); o de 27 de marzo de 2017 (RJ 2017/1776 ; SSTC 120/2009, 18 de mayo de 2009 y 2/2010, 11 de enero de 2010.

²⁰ GRANDE SEARA, P., "El reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación...", op. cit., pág. 477

tre la autoridad de reconocimiento y ejecución española y la autoridad de emisión sobre las disposiciones prácticas y condiciones relativas a la ejecución de la medida, que como ya se ha expuesto es un requisito exigido para la ejecución de la OEI cuando se solicite el traslado temporal de personas privadas de libertad, la comparecencia por videoconferencia, la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, o las investigaciones encubiertas (arts. 214.2, 215, 219.2 y 220.2 Ley 23/2014).

Pues bien, en el caso de las investigaciones encubiertas, la falta de este acuerdo ente autoridades se configura expresamente como motivo de denegación de la ejecución de la OEI (art. 220.1.b) Ley 23/2014); en concreto se requiere que entre la autoridad de emisión y la de ejecución, se consensuen la duración de la medida, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes intervinientes (art. 220.2 Ley 23/2014)²¹.

En cambio, en los supuestos de traslado temporal de personas privadas de libertad, comparecencia por videoconferencia y obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, la Ley 23/2014 no se establece de forma expresa las consecuencias de esta falta de consenso entre las autoridades de ejecución y de emisión; no obstante, es obvio que sin el acuerdo entre las autoridades de ambos países no parece que se pueda llevar a la práctica la actuación requerida, por lo que estaríamos ante un caso de imposibilidad de ejecución de la medida solicitada²².

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien, “El Exhorto Europeo de Investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, núm. 2145, agosto 2012, págs. 1 a 27.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat y RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen (Dir. y Coord.), *Reconocimiento mutuo de resolu-*

²¹ La autoridad española de ejecución asumirá la dirección y el control de las operaciones llevadas a cabo en el marco de estas investigaciones encubiertas, las cuales se ejecutarán de acuerdo con el ordenamiento jurídico español.

²² Vid., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal...*, op. cit., págs. 408 y 456.

ciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- BACHMAIER WINTER, Lorena, “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, núm. 7992, 28 de diciembre de 2012, (www.laley.es).
- CEDEÑO HERNÁN, Marina y AGUILERA MORALES, Marien, “El principio *non bis in ídem* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, págs. 187 a 241.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea, para regular la orden europea de Investigación* (de 28 de septiembre de 2017) (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/>).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La regla *non bis in ídem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, págs. 167 a 185.
- ESCRIBANO MORA, Ana, “El exhorto Europeo de Obtención de Pruebas y la Orden Europea de Investigación”, en GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel (Dir.) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, www.tirantonline.com, TOL5.973.446
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Dictamen 1/17 de la Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva de la Orden Europea de Investigación y sobre el significado de la expresión “disposiciones correspondientes” que sustituye dicha directiva* (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DIC%201-17%20OEI%20Regimen%20transitorio_2.pdf?idFile=6b507dd8-4ec7-427a-b17d-4d29de03539f).
- GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel, *Integración Europea y justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.) *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, págs. 175 a 203.
- JIMENO BULNES, Mar, “El principio *non bis in ídem* en la orden de detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial”, en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, págs. 275 a 294.

- JIMENO BULNES, Mar, “Orden europea de investigación en materia penal”, en JIMENO BULNES, Mar (Dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2016, págs. 151 a 208.
- MARTÍN GARCÍA, Antonio Luis y BUJOSA VADELL, Lorenzo, *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2016.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La orden europea de investigación. Actos de investigación, Ilícitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Capítulo 4

La cesión de datos de las comunicaciones electrónicas para su uso en investigaciones criminales: una problemática en ciernes¹

IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016. 2.1. Los hechos relevantes del caso; 2.2. Los argumentos del TJUE; 2.3. La decisión del TJUE. 3. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA CONSERVACIÓN Y CESIÓN DE DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN. 4. LA IMPOSIBILIDAD DE USO Y CESIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE AQUELLOS DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN OBTENIDOS A TRAVÉS DE UN RÉGIMEN LEGAL DE CONSERVACIÓN GENERALIZADA E INDISCRIMINADA COMO EL PREVISTO EN LA LEY 25/2007. 5. LOS PROBLEMAS QUE SE CIERNEN ANTE ESTA SITUACIÓN.

RESUMEN: La STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 ha estimado contrario a los arts. 7, 8, 11 y 52.1 de la CFDUE cualquier régimen de conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios en relación con todos los medios de comunicación electrónica. De ahí que, el régimen establecido por la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones haya de entenderse contrario a los mencionados derechos de la CFDUE, y consecuentemente no pueden ser cedidos por orden judicial para investigar los delitos al amparo de la previsión contenida en el art. 588 ter j. LECRIM.

PALABRAS CLAVE: Investigación criminal; derecho a la intimidad; cesión datos tráfico y localización.

ABSTRACT: The Judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) of 21 December 2016 has considered contrary to arts. 7, 8, 11 and 52.1 of the CFDUE any general and undifferentiated conservation regime of all traffic and location data of all subscribers and users in relation to all electronic means of

¹ Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2014/ 56401-P): “Cesión de datos personales entre procesos penales y procedimientos sancionadores o tributarios en España y la Unión Europea”.

communication. Hence, the regime established by Law 25/2007 on the retention of data relating to electronic communications and public communications networks is to be understood as contrary to the aforementioned rights of the CFDUE and consequently can not be assigned by court order to investigate the crimes under the provision contained in art. 588 ter j. LECRIM.

KEY WORDS: Investigation criminal; Right to privacy; Transmision the data of traffic and location.

1. PLANTEAMIENTO

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 ha realizado un análisis sobre una cuestión de capital importancia en la actualidad para la investigación de los delitos graves, y muy particularmente de aquellos que se cometen a través de las nuevas tecnologías de la información. El Tribunal a través de esta Sentencia se ha pronunciado acerca de la validez y legalidad de los regímenes de conservación y retención de datos de tráfico y de localización de los usuarios de las nuevas tecnologías en la UE, y en concreto en dos países como Suecia y el Reino Unido.

La relevancia de la Sentencia se encuentra en el hecho de que, al considerar que la retención y conservación generalizada e indiscriminada de estos datos de tráfico y localización resulta contraria a los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en la Carta Europea de Derechos de Humanos, se está privando de un instrumento, la conservación de los datos de tráfico y localización de las comunicaciones electrónicas, que ha venido siendo capital, para la investigación de la delincuencia por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Datos que, bajo el correspondiente control judicial, han venido siendo cedidos por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la policía judicial al amparo de la previsión contenida en la Ley 25/2007 y en el artículo 588 ter j Lecrim².

La trascendencia de la cuestión objeto de estudio queda de manifiesto con solo tener en cuenta la importancia que, de facto, ha asumido como me-

² Este marco normativo había venido siendo hasta el 21 de diciembre de 2016, fecha de la Sentencia del TJUE, un sistema más o menos ponderado y equilibrado en el que se respetaban los derechos fundamentales de los afectados, y había supuesto la superación de las críticas que una parte de la doctrina había expresado en relación con el carácter fragmentario de la protección de los derechos en juego antes de la Ley 25/2007, como, por ejemplo, había señalado RODRÍGUEZ LÁINZ, *Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 15 y ss.

dio de investigación de los delitos el hecho de acudir a los datos de tráfico y localización de las comunicaciones electrónicas, en particular los relativos a la telefonía móvil, para la determinación de la actividad de los sujetos y de su ubicación en los distintos momentos del *iter criminis*³. De manera que, en la actualidad, la consulta y el acceso a estos datos de las comunicaciones electrónicas se ha convertido en un medio de investigación esencial y fundamental en la mayoría de los delitos graves, razón por lo que las consecuencias que puede llevar aparejada la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 son enormemente importantes, ya que si las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado pierden la posibilidad de acceder a esta clase de datos de las comunicaciones electrónicas, a través de la correspondiente autorización judicial, por resultar contrario a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta su retención generalizada e indiscriminada, la consecuencia directa es que en el proceso penal se habrá perdido una de las medidas de investigación que en los últimos años se ha convertido en una de las diligencias estrella en cuanto a su uso.

2. LA SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

La Sentencia analizada se ocupa de los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, que tenían por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Kammarrätten i Stockholm (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo, Suecia) y la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y País de Gales) (Sección de lo Civil) (Reino Unido)], mediante resoluciones, respectivamente, de 29 de abril de 2015 y de 9 de diciembre de 2015, recibidas en el Tribunal de Justicia el 4 de mayo de 2015 y el 28 de diciembre de 2015, en los procedimientos entre Tele2 Sverige AB (C-203/15) Post-och telestyrelsen, Secretary of State for the Home Department (C-698/15) y Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, en el que participan: Open Rights Group, Privacy International, The Law Society of England and Wales.

³ Como pone de manifiesto OUBIÑA BARBOLLA «*La tecnología tiene dos caras la de enemigo y amigo en el ámbito procesal penal. Por un lado, desgraciadamente ofrece nuevas y múltiples herramientas para cometer hechos delictivos. Pero, por otro lado, también ofrece mecanismos para luchar contra la criminalidad y, en especial, nuevas formas de desvelar e investigar los delitos*» (Cfr. “Datos personales y nuevas diligencias de investigación tecnológica: oportunidades, retos y límites”, en *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur-Menor, 2017, pág. 221).

A los efectos que interesan en relación con el tema objeto de análisis en el presente trabajo, esto es, el uso y cesión de datos de las comunicaciones electrónicas conservados por los prestadores de servicios con la finalidad de investigar delitos, hay que centrar el análisis en la respuesta que da el TJUE a la cuestión 203/15, que tenía por objeto la Ley sueca de conservación de este clase de datos, y en la que se establecía un sistema generalizado de retención y conservación generalizada e indiscriminada de los datos de tráfico y localización de todos los usuarios de medios de comunicación electrónica. Pues, como ha señalado la doctrina, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 «*ha supuesto la defenestración de un régimen jurídico como el sueco que planteaba un sistema legal de conservación de datos relativos a las comunicaciones a los efectos de su posible utilización en el ámbito de la investigación criminal en muchos aspectos equiparable al español, representado por la Ley 25/2007*»⁴.

2.1. Los hechos relevantes del caso

En concreto, como señala la STJUE, la petición de decisión prejudicial (C 203/15) tenía por objeto «*la interpretación del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 11) (en lo sucesivo, «Directiva 2002/58»), en relación con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»)» en el seno de un litigio entre Tele2 Sverige AB y la Post- och telestyrelsen (autoridad sueca de control de los servicios de correos y telecomunicaciones; en lo sucesivo, «PTS»), en relación con el requerimiento dirigido por esta última a Tele2 Sverige para que procediera a la conservación de los datos de tráfico y de localización de sus abonados y usuarios registrados.*

Los hechos particulares que llevaron al tribunal sueco a plantear la cuestión prejudicial son sintetizados por el TJUE en los párrafos 44 a 50 de la sentencia del siguiente modo: El 9 de abril de 2014, Tele2 Sverige, proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas establecido en

⁴ RODRÍGUEZ LAÍN, “La definitiva defenestración de la Ley Española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones” en *Diario la Ley*, n° 8901, 15 enero 2017, pág. 2.

Suecia, notificó a la autoridad sueca de control de servicios de correos y telecomunicaciones que, a raíz de la invalidación de la Directiva 2006/24 mediante la sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros, no seguiría conservando, a partir del 14 de abril de 2014, los datos de comunicaciones electrónicas que exigía la ley sueca (LEK), y que suprimiría los datos conservados hasta esa fecha. Tras lo cual, el 15 de abril de 2014, Dirección General de la Policía Nacional sueca presentó una queja ante la PTS porque Tele2 Sverige había dejado de comunicarle los datos de que se trata.

El 29 de abril de 2014, el Ministro de Justicia sueco designó a un asesor especial para que analizara la normativa sueca controvertida a la luz de la sentencia de 8 de abril de 2014 (Digital Rights Ireland). En un informe de 13 de junio de 2014, que llevaba por rúbrica “*Conservación de datos, Derecho de la Unión y Derecho sueco*” dicho asesor especial concluyó que la normativa sueca relativa a la conservación de datos, tal como estaba establecida en los artículos 16a a 16f de la LEK, no era contraria al Derecho de la Unión ni al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»).

En concreto, en ese Informe se indicaba que la Sentencia Digital Rights Ireland no podía interpretarse en el sentido de que hubiera censurado el propio principio de la conservación generalizada e indiferenciada de datos; ni tampoco podía entenderse en el sentido de que el Tribunal de Justicia de la Unión hubiera establecido en ella una serie de criterios que debieran cumplirse en su totalidad para que una normativa pudiera considerarse proporcionada. En su opinión, el asesor especial, sostenía que debían apreciarse todas las circunstancias para determinar la conformidad de la normativa sueca con el Derecho de la Unión, como el alcance de la conservación de los datos a la vista de las disposiciones sobre el acceso a los datos, la duración de su conservación, su protección y su seguridad.

Por ello, con apoyo en ese Informe el 19 de junio de 2014, la autoridad sueca de control de los servicios de correos y telecomunicaciones comunicó a Tele2 Sverige que estaba incumpliendo las obligaciones previstas en la normativa nacional al no conservar los datos durante seis meses a efectos de la lucha contra la delincuencia. A continuación, mediante requerimiento de 27 de junio de 2014, esa misma autoridad de control ordenó a la empresa Tele2 Sverige que volviera a conservar los datos de tráfico y de localización de sus abonados y usuarios registrados a más tardar a partir del 25 de julio de 2014.

La empresa consideró que el Informe de 2014 se basaba en una interpretación incorrecta de la sentencia *Digital Rights Ireland* y que la obligación de conservación de datos era contraria a los derechos fundamentales garantizados en la Carta, y por ello interpuso un recurso ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo contra el requerimiento de 27 de junio de 2014. Dicho tribunal desestimó el recurso mediante sentencia de 13 de octubre de 2014. A continuación, Tele2 Sverige apeló dicha sentencia ante el *Kammarrätten i Stockholm* (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo), que fue el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial resuelta en la Sentencia que se analiza.

En particular, el Tribunal de Apelación de lo Contencioso-administrativo de Estocolmo, como se deduce del párrafo 49 de la Sentencia del TJUE, consideraba que *«la compatibilidad de la normativa sueca con el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58. En su opinión, aunque esta Directiva establece el principio de que los datos de tráfico y de localización deben eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no son necesarios para la transmisión de una comunicación, el artículo 15, apartado 1, de dicha Directiva introduce una excepción a dicho principio al autorizar a los Estados miembros, cuando esté justificado por alguno de los motivos que enuncia, a limitar esa obligación de eliminación o de anonimización o también a prever la conservación de los datos. Afirma que el Derecho de la Unión permite que se conserven datos de comunicaciones electrónicas en determinadas situaciones»*.

Ello no obstante, el Tribunal de Apelación de Estocolmo se preguntaba *«si una obligación generalizada e indiferenciada de conservación de datos de comunicaciones electrónicas, como la controvertida en el asunto principal, es compatible, habida cuenta de la sentencia *Digital Rights*, con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, interpretado a la luz de los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta»*.

Por todo lo cual, dada la existencia de opiniones divergentes sobre esta cuestión, el Tribunal de Apelación Contencioso-administrativo de Estocolmo consideró necesario el Tribunal de Justicia de la Unión se pronunciase claramente sobre si, como consideraba Tele2 Sverige, la conservación generalizada e indiferenciada de datos de comunicaciones electrónicas era en sí misma incompatible con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), o si, como sostenía el Informe de 2014 del asesor especial del Ministerio de Justicia sueco, la compatibilidad de tal conservación de datos debía apre-

ciarse con arreglo a las disposiciones relativas al acceso a los datos, a su protección, a su seguridad y a la duración de su conservación.

De manera que «51 En estas circunstancias, el tribunal remitente ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Una obligación general de conservar datos de tráfico que se refiere a todas las personas, todos los medios de comunicación electrónica y todos los datos de tráfico sin establecer ninguna distinción, limitación o excepción en función del objetivo de la lucha contra la delincuencia [...], ¿es compatible con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, habida cuenta de los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿puede en todo caso ser admisible la conservación:

a) si el acceso de las autoridades nacionales a los datos conservados se determina como se describe en los apartados 19 a 36 [de la resolución de remisión], y

b) si las exigencias de protección y de seguridad se regulan como se describe en los apartados 38 a 43 [de la resolución de remisión],

y si todos los datos de que se trata deben conservarse durante seis meses contados a partir del día en que haya finalizado la comunicación y posteriormente destruirse como se describe en el apartado 37 [de la resolución de remisión]?»

2.2. Los argumentos del TJUE

Los razonamientos del Alto Tribunal se van dirigiendo a examinar si una obligación de retención y conservación de esta clase de datos, de forma general e indiscriminada, puede afectar, y, en su caso, en qué medida, los derechos fundamentales reconocidos en la CFDUE. Para lo cual, en particular, el TJUE procede a analizar la viabilidad de un eventual mantenimiento de un régimen de general de conservación de datos de tráfico y localización de los usuarios de las comunicaciones electrónicas al amparo de la habilitación prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58/CE.

Así, en los párrafos 71 a 77 de la sentencia se resuelve, como previo antes de entrar a apreciar la eventual vulneración de derechos fundamentales en que pueda incurrir un sistema de conservación generalizada de esta clase de datos, la cuestión relativa a si las normativas de conservación de datos de tráfico y localización entran o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/58/CE, que según dispone en su artículo 1 se extiende a establecer «la armonización de las disposiciones nacionales necesaria para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos

fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad».

En este sentido, el Tribunal recuerda que el artículo 3 de esa Directiva resulta de aplicación al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Unión, incluidas las redes públicas de comunicaciones que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos. De manera que, por tanto, ha de interpretarse que la citada Directiva regula las actividades de los proveedores de esa clase de servicios⁵.

Razón por la que el Tribunal de Justicia se plantea sí resulta de aplicación el artículo 15. 1 de la Directiva 2002/58, que autoriza a los Estados miembros a adoptar, cumpliendo los requisitos que establece la propia norma comunitaria, medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones que en ella se recogen, y muy en particular, sí, como ejemplo de medidas que pueden ser adoptadas por los Estados miembros, resulta posible la adopción de medidas que supongan la conservación de datos de las comunicaciones electrónicas.

Al respecto, la respuesta del Tribunal es clara cuando afirma que *«esta disposición presupone necesariamente que las medidas nacionales que se mencionan en ella, como las relativas a la conservación de datos a efectos de la lucha contra la delincuencia, están comprendidas en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva, dado que ésta sólo autoriza expresamente a los Estados miembros a adoptarlas cumpliendo los requisitos que establece. (74) Por otro lado, las medidas legales a que*

⁵ SÁNCHEZ RUBIO en esta misma obra señala con acierto que uno de los grandes problemas que se está empezando a plantear es la imposibilidad de aplicar la Ley 25/2007, que según su artículo 2 prevé exclusivamente la obligación de conservar datos a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones. De manera que *«esta disposición, que obliga solo a quienes utilicen redes públicas excluye del deber de conservación de datos, por ejemplo, a las empresas de mensajería instantánea, ya que según la Agencia Estatal de Protección de Datos, deben diferenciarse los servicios que implican la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas de los servicios prestados a través de dicha red. Así lo ha resuelto el mencionado organismo en el informe 0343/2013, realizado por su Gabinete jurídico, donde concluyen que estos servicios de mensajería solo están sujetos, en cuanto a la conservación de los datos, a las obligaciones establecidas, con carácter general, en la Ley Orgánica 15/1999»* (Cfr. “La necesaria adecuación del derecho interno a la normativa europea sobre tratamiento de datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal”, *Adaptación del Derecho Procesal Español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 515).

se refiere el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 regulan, a los efectos mencionados en dicha disposición, la actividad de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas. Por tanto, ese artículo 15, apartado 1, en relación con el artículo 3 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que tales medidas legales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la misma Directiva».

De manera que, por tanto, «queda comprendida en ese ámbito de aplicación una medida legal, como la controvertida en el asunto principal, que impone a esos proveedores la obligación de conservar los datos de tráfico y de localización, puesto que dicha actividad implica necesariamente el tratamiento, por ellos, de datos personales. (76) También está incluida en ese ámbito de aplicación una medida legal que regula, como en el asunto principal, el acceso de las autoridades nacionales a los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas».

Por todo lo cual, el Tribunal en el párrafo 78 sintetiza su posición sobre esta cuestión al señalar que *«una medida legal por la que un Estado miembro impone, con arreglo al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, a los efectos mencionados en esa disposición, la obligación de proporcionar a las autoridades nacionales, conforme a los requisitos previstos por tal medida, el acceso a los datos conservados por dichos proveedores, es una medida que tiene por objeto el tratamiento de datos personales por estos últimos, tratamientos que están comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva».*

El *thema decidendi* queda en consecuencia circunscrito a determinar sí, como se plantea al formular la cuestión prejudicial, el concreto régimen de retención conservación de datos de tráfico y localización de los usuarios de comunicaciones electrónica previsto en la ley sueca resulta lesivo y vulnerador de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en la CDFUE.

Para responder a esta esencial cuestión el Tribunal desarrolla un razonamiento con una triple argumentación. De una parte, la necesidad de una interpretación estricta del artículo 15.1 de la Directiva; de otra, el carácter taxativo de las finalidades que habilitan la posibilidad de retención, conservación y almacenamiento de esta clase de datos; y por último, la posibilidad de que en función de cómo se articulen los regímenes de conservación de estos datos puedan o no lesionarse derechos fundamentales de los ciudadanos usuarios de los servicios de comunicación electrónica.

En efecto, la Sentencia, tras reconocer que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 permite a los Estados miembros establecer excepciones a la obligación de garantizar la confidencialidad de los datos personales y a las obligaciones de los artículos 6 y 7 de dicha Directiva, hace

hincapié en que esa posibilidad es claramente de interpretación restrictiva, so pena en caso de no hacerlo así de privar de contenido a la general prohibición de almacenamiento de datos de tráfico y de comunicación que establece la Directiva.

En concreto, el parágrafo 89 señala que *«puesto que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 permite a los Estados miembros limitar el alcance de la obligación de principio de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico relativos a ellas, debe interpretarse en sentido estricto conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, por analogía, la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Probst, C-119/12, EU:C:2012:748, apartado 23). Por tanto, esta disposición no puede justificar que la excepción a esta obligación de principio y, en particular, a la prohibición de almacenar datos, prevista en el artículo 5 de dicha Directiva, se convierta en la regla si no se quiere privar en gran medida a esta última disposición de su alcance»*.

Además, no debe perderse de vista que esa posibilidad de retención, conservación y cesión de estos datos de tráfico o de localización está expresamente vinculada con el cumplimiento de alguna de las finalidades que, como un *numerus clausus*, se recogen en la normativa comunitaria. En concreto, el Tribunal afirma que *«debe señalarse que el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58 prevé que las medidas legales a las que se refiere, y que suponen una excepción al principio de confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico relativos a ellas, deben tener como finalidad «proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas», o deben perseguir alguno de los demás objetivos contemplados en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 95/46, al que se remite el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58 (véase, en ese sentido, la sentencia de 29 de enero de 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, apartado 53). Dicha enumeración de objetivos tiene carácter exhaustivo, como se deriva del artículo 15, apartado 1, segunda frase, de esta última Directiva, a cuyo tenor las medidas legales deben estar justificadas por alguno de «los motivos establecidos» en el artículo 15, apartado 1, primera frase, de dicha Directiva. Por tanto, los Estados miembros no podrán adoptar tales medidas con fines distintos de los enumerados en esta última disposición»*.

La tercera de las garantías que señala el Tribunal de Justicia es la necesidad de interpretar la propia Directiva 2002/58, y en concreto la posibilidad reconocida en el artículo 15.1, de conformidad y a la luz de los derechos fundamentales garantizados en la CDFUE (vid. parágrafo 91 al respecto).

Tras recordar las tres garantías mencionadas como criterios de actuación en esta materia, la Sentencia entra a apreciar la concreta posibilidad de que el régimen de la ley sueca pueda afectar o limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en concreto, la posible vulneración los derechos reconocidos en los artículos 7 (respeto de la vida privada) y 8 (derecho a la protección de datos personales) de la Carta, señalados en la cuestión prejudicial, y el del artículo 11 (respeto de la libertad de expresión). Al respecto, el tenor literal de la resolución pone de manifiesto que *«la importancia tanto del derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el artículo 7 de la Carta, como del derecho a la protección de los datos personales, que garantiza el artículo 8 de ésta, tal como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, en ese sentido, la sentencia de 6 octubre de 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, apartado 39 y jurisprudencia citada), debe tomarse en consideración a la hora de interpretar el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Lo mismo cabe afirmar del derecho a la libertad de expresión, habida cuenta de la especial importancia que tiene esta libertad en toda sociedad democrática. Este derecho fundamental, garantizado en el artículo 11 de la Carta, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y pluralista, y forma parte de los valores en los que se basa, con arreglo al artículo 2 TUE, la Unión (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 79, y de 6 de septiembre de 2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, apartado 31)»*.

En consecuencia, dado que esta clase de normativa que impone conservación de datos de tráfico o de localización puede afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos, el Tribunal de Justicia recuerda que, con arreglo al artículo 52, apartado 1 CDFUE las limitaciones del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Carta están sometidas al principio de legalidad, esto es, las limitaciones sólo podrán ser establecidas por una ley que respete su contenido esencial y sea respetuosa con el principio de proporcionalidad. Y por ello *«dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones al ejercicio de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (sentencia de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU: C: 2016:84, apartado 50)»*.

Así, en relación con la necesaria proporcionalidad que debe respetarse en la conservación de datos de tráfico y localización, la Sentencia expresamente reconoce que *«el artículo 15, apartado 1, segunda frase, de dicha Directiva exige que ésta sólo se realice «durante un plazo limitado» y «justificado» por*

alguno de los objetivos contemplados en el artículo 15, apartado 1, primera frase, de esa misma Directiva».

Por lo que en el parágrafo 96 se indica que *«el respeto del principio de proporcionalidad se desprende igualmente de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada a nivel de la Unión exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no excedan de lo estrictamente necesario (sentencias de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 56; de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662, apartado 77; Digital Rights, apartado 52, y de 6 de octubre de 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, apartado 92)».*

Y, en este sentido, el Tribunal considera que una normativa nacional como la ley sueca resulta dudoso que cumpla el límite de no exceder de lo estrictamente necesario, pues *«prevé una conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica, y obliga a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a conservar esos datos de manera sistemática y continuada, sin ninguna excepción».*

Los datos que han de ser conservados según la ley sueca permiten rastrear e identificar el origen de una comunicación y su destino, determinar la fecha, la hora, la duración y la naturaleza de una comunicación así como el equipo de comunicación de los usuarios, y localizar el equipo de comunicación móvil (nombre y la dirección del abonado, números de teléfono, dirección IP para Internet; etc).

De modo que, tales datos, considerados en su conjunto, permiten extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas, como sus hábitos de vida cotidiana, sus domicilios o residencias, sus desplazamientos, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los círculos sociales que frecuentan, es decir, permiten dibujar el perfil de las personas afectadas.

Por ello, el Tribunal expresamente considera que *«la injerencia que supone una normativa de este tipo en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta tiene una gran magnitud y debe considerarse especialmente grave. El hecho de que la conservación de los datos se efectúe sin que los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas hayan sido informados de ello puede generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante (véase, por analogía, respecto a la Directiva 2006/24, la sentencia Digital Rights, apartado 37)».* Y adicionalmente, a pesar de que la

normativa «no autorice la conservación del contenido de las comunicaciones ni pueda, por tanto, vulnerar el contenido esencial de esos derechos (véase, por analogía, respecto a la Directiva 2006/24, la sentencia *Digital Rights*, apartado 39), la conservación de datos de tráfico y de localización podría, no obstante, influir en el uso de los medios de comunicación electrónica y, en consecuencia, en el ejercicio por los usuarios de esos medios de su libertad de expresión, garantizada por el artículo 11 de la Carta (véase, por analogía, respecto a la Directiva 2006/24, la sentencia *Digital Rights*, apartado 28)».

En consecuencia, el Tribunal de Justicia considera que la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales afectados, que supone una normativa nacional que prevea la conservación de datos de tráfico y de localización, sólo se podría justificar en la lucha contra la delincuencia grave. Y por ello, en el párrafo 103 reconoce que «si bien es cierto que la eficacia de la lucha contra la delincuencia grave, especialmente contra la delincuencia organizada y el terrorismo, puede depender en gran medida del uso de técnicas modernas de investigación, este objetivo de interés general, por muy fundamental que sea, no puede por sí solo justificar que una normativa nacional que establezca la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización deba ser considerada necesaria a los efectos de dicha lucha (véase, por analogía, respecto a la Directiva 2006/24, la sentencia *Digital Rights*, apartado 51)». Es decir, la conservación de esta clase de datos para fines de lucha e investigación de la delincuencia grave puede, en su caso, estar justificada, pero no de cualquier forma, sino excluyendo la retención y conservación generalizada e indiscriminada de los datos de tráfico y localización de los usuarios de las comunicaciones electrónicas.

El resultado que produce una norma como la ley sueca es que la conservación de los datos de tráfico y de localización se convierte en la regla, mientras que el sistema creado por la Directiva 2002/58 exige que esa conservación de datos sea excepcional. Pues, como reconoce la Sentencia en su párrafo 105 «una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que cubre de manera generalizada a todos los abonados y usuarios registrados y que tiene por objeto todos los medios de comunicación electrónica así como todos los datos de tráfico, no establece ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo que se pretende lograr. Esta normativa afecta globalmente a todas las personas que hacen uso de servicios de comunicaciones electrónicas, aunque no se encuentren, ni siquiera indirectamente, en una situación que justifique una acción penal. Por tanto, esa normativa se aplica incluso a las personas de las que no existe ningún indicio para pensar que su comportamiento pueda tener una relación, incluso indirecta o remota, con la comisión de delitos graves».

2.3. *La decisión del TJUE*

Finalmente el Tribunal, tras haber desgranado el detallado racimo de argumentos que hemos analizado en el acápite anterior, considera que una normativa como la sueca, esto es, una norma en la que se prevea una conservación generalizada e indiscriminada de los datos de tráfico y de localización a los efectos de una genérica finalidad de lucha contra la delincuencia grave, resulta ser una ley que *«no exige ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública. En particular, no está limitada a una conservación de datos referentes a un período temporal, una zona geográfica o un círculo de personas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave, ni a personas que por otros motivos podrían contribuir, mediante la conservación de sus datos, a la lucha contra la delincuencia»*.

Por todo lo que, *«una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal excede, por tanto, de los límites de lo estrictamente necesario y no puede considerarse justificada en una sociedad democrática, como exige el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta»*.

Y por ello, la decisión que adopta el Tribunal de Justicia es establecer que *«el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica»*. Es decir, el TJUE considera que la retención y conservación generalizada e indiscriminada de los datos de tráfico y localización en las comunicaciones electrónica resulta lesiva y vulneradora de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CDFUE, aunque sea para la finalidad de luchar contra la delincuencia grave.

De manera que una normativa nacional, que establezca la conservación de esta clase de datos para la lucha contra la delincuencia, pueda resultar admisible por no lesionar derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos deberá cumplir unas determinadas exigencias que se detallan en los parágrafos 108 a 111 de la Sentencia. En concreto, a juicio del Tribunal, es posible que *«un Estado miembro adopte una normativa que permita, con carácter preventivo, la conservación selectiva de datos de tráfico y de localización a efectos de la lucha contra la delincuencia grave, siempre que la conservación de los datos esté limitada a lo estrictamente necesario en relación con las categorías de datos*

que deban conservarse, los medios de comunicación a que se refieran, las personas afectadas y el período de conservación establecido».

Para lo cual, la normativa nacional *«debe establecer, en primer lugar, normas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de una medida de conservación de datos de este tipo y que establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos personales frente a los riesgos de abuso. Debe indicar, en particular, en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse, con carácter preventivo, una medida de conservación de datos, garantizando que tal medida se limite a lo estrictamente necesario».*

En segundo lugar, la normativa nacional ha de garantizar que *«la conservación de los datos debe responder en todo caso a criterios objetivos y debe existir una relación entre los datos que deban conservarse y el objetivo que se pretende lograr. En particular, tales requisitos deben permitir que pueda delimitarse en la práctica de modo efectivo el alcance de la medida y, en consecuencia, el público afectado». Y en concreto, para una adecuada delimitación del ámbito objetivo y subjetivo que puede tener la medida de conservación de esta clase de datos, la Sentencia expresamente requiere que «la normativa nacional debe basarse en elementos objetivos que permitan dirigirse a un público cuyos datos puedan presentar una relación, por lo menos indirecta, con delitos graves, contribuir de un modo u otro a la lucha contra la delincuencia grave o prevenir un riesgo grave para la seguridad pública. Tal delimitación puede garantizarse mediante un criterio geográfico cuando las autoridades nacionales competentes consideren, sobre la base de elementos objetivos, que existe un riesgo elevado de preparación o de comisión de tales delitos en una o varias zonas geográficas».*

A modo de conclusión de todo lo expuesto, y conforme a lo establecido por el Tribunal de Justicia, se deduce claramente la imposibilidad de que los Estados miembros tengan en vigor o aprueben de futuro normas legales en las se establezca una retención y conservación general e indiscriminada de datos de tráfico y localización para la lucha de la delincuencia grave por resultar lesivos de los derechos fundamentales y libertades de la CDFUE.

3. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA CONSERVACIÓN Y CESIÓN DE DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN

En el Derecho español el deber de retención y conservación de los datos de tráfico y localización de las comunicaciones electrónicas aparece

regulado en la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Como señala el artículo 1.1 de la Ley 25/2007 su objeto es «*la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales*». Este deber de conservación y cesión se aplica a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado, quedando excluido de dicha Ley el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas.

El deber de conservación de esta clase de datos de forma general e indiscriminada se extiende, para los prestadores de servicios, a 12 meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación electrónica (artículo 5.1 Ley 25/2007). El alcance objetivo de este deber de retención y conservación se extiende a la práctica totalidad de los datos de tráfico y localización que se generan en las comunicaciones electrónicas, tal y como prevé el artículo 3.1 de la norma, con el límite de no poder en ningún caso retener y conservar datos que revelen el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley.

Al respecto, no debe olvidarse que el deber de conservación alcanza a los datos relativos a las llamadas infructuosas, en la medida que los datos son generados o tratados y conservados o registrados por los sujetos obligados, pero no en cambio a las llamadas no conectadas. A estos efectos, se entenderá por llamada infructuosa aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada (artículo 4.2 y 3 Ley 25/2007).

La propia Ley 25/2007 regula la cesión de estos datos retenidos y conservados. Así, establece que los datos de tráfico y localización sólo podrán ser cedidos a agentes facultados de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial. Y a estos efectos serán agentes facultados los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 6.2.a).

Este sistema de cesión de datos de tráfico y localización se ha visto complementado y desarrollado en lo relativo al uso y cesión de estos datos para la investigación y represión de delitos graves por la LO 13/2015 de reforma de LECRIM que introdujo una Sección 2ª al nuevo Capítulo V del Título VIII con la rúbrica *Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados*. En concreto el artículo 588 ter j, establece que «los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial».

De manera que, por tanto, pueden ser objeto de cesión para la investigación de delitos graves⁶ previa autorización judicial los datos de tráfico

⁶ No se puede dejar de mencionar la polémica todavía existente en relación con la determinación del concepto de delito grave. En el artículo 33 del Código Penal se fija la gravedad atendiendo a un criterio exclusivamente punitivo, aquellas conductas que estén castigadas con penas privativas de libertad superiores a los cinco años. Para alguna parte de la doctrina, hay que usar también un criterio material que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes en la conducta delictiva y atender a las personas afectadas (por ejemplo, VÁZQUEZ SECO, «Incorporación de datos al proceso. Vigencia de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a redes públicas e interpretación de la ley a la luz de la reforma operada por LO 13/2015», en *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2017, págs. 19-24). Por último, la LO 13/2015 de reforma de la LECRIM ha previsto la adopción de determinadas diligencias de investigación tecnológica sin atender a ningún límite mínimo de penal en relación con una serie de delitos como: los cometidos contra menores o personas incapacitadas judicialmente; contra la Constitución y aquellos otros cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. Esta diversidad de criterios de determinación de la gravedad delictiva como circunstancia habilitante de determinadas diligencias de investigación que afecten y limiten derechos fundamentales de los ciudadanos ha motivado que la Audiencia Provincial de Tarragona haya planteado una cuestión prejudicial, mediante Auto de 6 de abril de 2016, en la que solicita al TJUE que aclare y determine el alcance del umbral de gravedad delictiva que permita la adopción de estas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. En concreto, las preguntas formuladas por la Audiencia de Tarragona han sido las siguientes: «Primero: ¿La suficiente gravedad de los delitos como criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, puede identificarse únicamente en atención a la pena que pueda imponerse al delito que se investiga o es necesario, además, identificar en la conducta delictiva particulares niveles de lesividad para bienes jurídicos individuales y/o colectivos? Segundo: ¿En su caso, si se ajustara a los principios constitucionales de la Unión, utilizados por el TJUE en su sentencia de ocho de abril de 2014 como estándares de control estricto de la Directiva, la determinación de la gravedad del delito atendiendo solo a la pena imponible, cuál debería ser ese umbral mínimo? ¿Sería

o localización en poder de los prestadores de servicios por una doble vía, bien por ser datos cuya conservación se impone de forma general en el artículo 1.1 de la Ley 25/2007, o bien datos que los prestadores hayan retenido y conservado por propia iniciativa, esto es, no por imposición legal, sino por motivos comerciales de las operadoras o prestadores de servicios.

Esta dualidad de habilitaciones para la retención y conservación de esta clase de datos, es decir, la vía del deber legal de retención impuesta a los prestadores de servicios en la comunicaciones electrónicas y la vía de la conservación de datos por motivos o interés comercial, se ha visto directa y esencialmente afectada por la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, como se desarrolla en el siguiente epígrafe.

compatible con una previsión general de límite en tres años de prisión?». De momento, las conclusiones del Abogado General presentadas el 6 de mayo de 2018 en relación con el Asunto C-207/16, que no olvidemos no vinculan al TJUE, parecen inclinarse por no resolver las cuestiones que se plantean. Puesto que en el párrafo 92 de las conclusiones se indica que «*Habida cuenta de la respuesta que propongo, las observaciones siguientes se presentan únicamente con carácter subsidiario, en aras de la exhaustividad*». Es decir, las consideraciones realizadas entre los párrafos 93 a 121, en los que se da una cierta respuesta a las cuestiones planteadas sobre la gravedad y la fijación del umbral mínimo punitivo se realizan como mera consecuencia del principio de exhaustividad con lo planteado por la Audiencia de Tarragona. Sin embargo, en su concreta conclusión que propone al TJUE el Abogado General prescinde de estas cuestiones de la gravedad delictiva y el umbral punitivo que permitan la adopción de estas medidas restrictivas de derechos fundamentales y se centra en considerar que la medida en concreto a la que se refiere el procedimiento principal del que trae causa la cuestión prejudicial no suponía una injerencia o limitación grave de los derechos fundamentales y en consecuencia no tenía por qué circunscribirse a un delito grave. En concreto, el Abogado General señala que «*El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, leído a la luz de los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que una medida que permite a las autoridades nacionales competentes acceder, con fines de lucha contra los delitos, a los datos personales o de filiación de los usuarios de números de teléfono activado desde un teléfono móvil específico y durante un período de tiempo limitado, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, implica una injerencia en los derechos fundamentales garantizados por dicha Directiva y por la Carta que no alcanza un nivel de gravedad suficiente para que dicho acceso deba reservarse a los casos en que el delito sea grave*» (Párrafo 122). Esta idea del Abogado General ha sido finalmente recogida en la STJUE de 2 de octubre de 2018, en la que el Tribunal ha soslayado pronunciarse sobre cuál ha de ser el criterio para la consideración como grave de un delito, y simplemente se ha limitado a sostener que como la injerencia que se solicitaba en el caso en cuestión no era grave (datos de la sim), no era preciso que el delito para cuya investigación se solicitase fuera grave.

4. LA IMPOSIBILIDAD DE USO Y CESIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE AQUELLOS DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN OBTENIDOS A TRAVÉS DE UN RÉGIMEN LEGAL DE CONSERVACIÓN GENERALIZADA E INDISCRIMINADA COMO EL PREVISTO EN LA LEY 25/2007

La STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 ha estimado contrario a los arts. 7, 8, 11 y 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cualquier régimen de conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica.

En este sentido, la decisión del Tribunal de Justicia es meridianamente clara cuando señala que *«el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica»* (parágrafo 112).

En consecuencia, el régimen de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones existente en España en la actualidad ha de entenderse contrario a los mencionados derechos de la CDFUE, en cuanto prevé un deber de retención y conservación generalizada e indiscriminada de todos los usuarios. En efecto, la Ley 25/2007, dada la primacía del Derecho de la Unión Europea, en cuanto establece un régimen de conservación generalizado e indiscriminado resulta contraria a los mencionados derechos de la CDFUE, y por ello no ha de ser aplicada por los tribunales nacionales (art. 4 bis. 1 LOPJ).

Por tanto, la consecuencia directa que produce la STJUE es que resulta inaplicable el régimen legal de retención y conservación generalizada de esta clase de datos de tráfico y localización. De forma que, tras el 21 de diciembre de 2016, la conservación de esta clase de datos en forma generalizada e indiscriminada ha de considerarse contraria a los mencionados derechos fundamentales en nuestro país⁷.

⁷ Esta conclusión parece incontestable a la vista del tenor literal de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 en el Asunto Tele2 Sverige como se ha podido ver en las páginas precedentes, pero además se confirma expresamente en las Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-207/16 presentadas el 3 de mayo de 2018 cuando señala en

Esta pérdida de habilitación legal, para la retención generalizada de estos datos, deja sin cobertura legal una parte esencial del contenido de datos cedibles con autorización judicial para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves, al amparo de la previsión contenida en el art. 588 ter j. LECRIM.

En concreto, tras la Sentencia del TJUE han quedado fuera del ámbito de esta diligencia de investigación los datos conservados «*en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas*», pues la Ley 25/2007, norma que en la actualidad parecería habilitar formalmente la conservación generalizada de estos datos, aunque en realidad, como se ha indicado, ya no la habilita materialmente por resultar contraria a los derechos fundamentales de la Unión Europea. Por lo que el ámbito objetivo de esta diligencia ha quedado, en consecuencia, circunscrito sólo a la posibilidad de autorizar judicialmente la cesión de aquellos datos conservados por los prestadores de servicios «*por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole*».

Este hecho implica algunas limitaciones y problemas en cuanto a la implementación práctica de la cesión de esta clase de datos para la investigación de los delitos graves, como son entre otros: (i) La inexistencia de una obligación de retención y conservación de los datos impuesta a los proveedores, supone que sólo se puedan ceder los datos que por su propia iniciativa éstos hubieran deseado conservar; (ii) Los datos que se puedan conservar por motivos comerciales o de facturación pueden no ser coincidentes con todos los que se han venido exigiendo al amparo del art. 3 Ley 25/2007; (iii) Los datos que eventualmente hayan conservado los proveedores de servicios por su iniciativa se guardaran por un plazo inferior al que se establece en el art. 5 Ley 25/2007 (como, por ejemplo, la previsión del art. 6 Directiva 2002/58/CE para datos de tráfico), lo que supone una reducción del ámbito temporal en el que se podrá solicitar la cesión, dado el menor plazo de conservación de los datos.

su párrafo 81 que «*en la sentencia Tele2 el Tribunal de Justicia declaró que «el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 [...] se opone a una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica». En dicha sentencia se estableció también una correlación entre, por un lado, la particular «gravidad de la injerencia» declarada y, por otro, la necesidad de justificar una restricción de tal alcance de los derechos fundamentales garantizados por los artículos 7 y 8 de la Carta, basándose en una razón de interés general tan primordial como la «lucha contra la delincuencia grave».*

Por todo lo indicado, la situación que se ha creado tras la decisión del TJUE obliga a distinguir varias posibilidades a la hora de acordar autorizaciones judiciales de cesión de datos de tráfico y localización para la investigación de delitos: de un lado, las ordenes de cesión de datos retenidos y conservados hasta el 21 de diciembre de 2016; y de otro lado, las autorizaciones de cesión de datos retenidos y conservados a partir de esa fecha.

En el primer caso, los datos se habrán retenido y conservado en forma legítima al amparo de la Ley 25/2007 y la decisión del Juez sólo deberá realizar el juicio de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida del art. 588 bis a. LECRIM. Por el contrario, en relación con la cesión de datos conservados por la iniciativa de los proveedores después del 21 de diciembre de 2016, la decisión del Juez deberá apreciar caso por caso sí los datos, que se vayan a ceder, se corresponden o no con los que les está permitido retener y conservar como proveedores, es decir, con los comerciales y de facturación, así como sí, en el momento de la solicitud de cesión, el tiempo de conservación de los datos para estos fines comerciales o de facturación ha finalizado o no. Además de, por supuesto, también en estos casos apreciar la concurrencia de los principios rectores del art. 588 bis a. LECRIM al adoptar la medida, esto es, el juicio de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de investigación limitativa de derechos fundamentales.

En definitiva, la situación que se ha originado tras el pronunciamiento del TJUE dificulta el desarrollo de esta importante diligencia de investigación, al introducir una serie de exigencias adicionales, para la autorización judicial de la cesión de esta clase de datos, encaminadas a comprobar que la retención y conservación de los mismos se hace en los más limitados márgenes que han quedado en el ordenamiento, para un adecuado respeto de los derechos fundamentales, tras quedar enervada la posibilidad de retención y conservación generalizada de datos de tráfico y localización de todos los usuarios.

Razón por la que resulta perentorio e ineludible que, por parte del legislador, se asuma la tarea de redactar una ley que dentro de los parámetros fijados por el TJUE, es decir, con criterios de limitación temporal, de finalidad y de no sujeción indiferenciada de todos los usuarios, posibilite establecer un régimen de retención y conservación preventiva de estos datos de tráfico y localización que permita su cesión con autorización judicial para la investigación de delitos graves sin el menor menoscabo de derechos fundamentales de los ciudadanos. En palabras de RODRÍGUEZ LAÍN *«ante los limitadísimos márgenes de actuación que nos deja la actual LECRIM,*

una vez decaída la aplicabilidad de la Ley 25/2007, es evidente que resulta crucial que el legislador acometa con la urgencia que ello demanda una nueva regulación del régimen de conservación preventiva de datos relativos a las comunicaciones no relacionada con una concreta investigación criminal»⁸.

5. LOS PROBLEMAS QUE SE CIERNEN ANTE ESTA SITUACIÓN

La pasividad del poder ejecutivo, que no ha presentado ningún proyecto de ley para remediar la problemática generada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 respecto al régimen general de retención generalizada e indiscriminada de datos de tráfico y localización previsto en la Ley 25/2007, está incubando un grave problema cuyas consecuencias cuando estalle pueden ser muy graves para todo el sistema criminal español.

Al respecto, no debe perderse de vista, como se ha detallado en anteriores epígrafes, que en la actualidad la retención general e indiscriminada de los datos de tráfico y localización al amparo de la habilitación contenida en la Ley 25/2007 resulta lesiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De manera que, por tanto, los datos retenidos al amparo de la habilitación general e indiscriminada prevista en la Ley 25/2007 no pueden ser prueba de cargo válida, que permita la condena, por tratarse de datos personales de localización y tráfico de las comunicaciones electrónicas que se han obtenido con restricción o limitación de derechos fundamentales de los ciudadanos⁹, y en consecuencia están sujetas a la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ¹⁰.

Esta circunstancia, la necesaria exclusión probatoria de estas evidencias probatorias consistentes en datos de tráfico y localización obtenidos de forma general e indiscriminada, seguro que, más pronto que tarde, será alegada por algún abogado defensor, y suponiendo que la jurisdicción ordinaria no la acepte, terminará ante el Tribunal Constitucional, que, con ciertas posibilidades de éxito, eventualmente concederá el amparo ante

⁸ Cfr. “La definitiva defenestración...”, op. cit. pág. 17.

⁹ La STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha expresamente señalado que un régimen de retención general e indiscriminada de datos de tráfico y localización de las comunicaciones electrónicas de los ciudadanos, que no se olvide era sustancialmente igual que el previsto en la Ley 25/2007, es contrario a los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta.

¹⁰ Para una aproximación a la regla de exclusión probatoria se puede ver MIRANDA ESTRAMPES, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, 21 págs.

una condena basada en prueba de cargo obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Pero, incluso aunque el Tribunal Constitucional no conceda el amparo, con toda seguridad algún letrado llevará el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde eventualmente podría condenarse a España, y llevarse a ejecución la sentencia del TEDH de conformidad con la nueva previsión contenida en el art. 954.3 LECRIM¹¹ introducida con la reforma operada por la Ley 41/2015 mediante el recurso de revisión de sentencias firmes.

Por otra parte, otro de los escenarios posibles, a los que conduce la actual situación de despreocupación por no sustituir el contenido de la Ley 25/2007, es el que puede llegar a producirse cuando para usar esta clase de pruebas, obtenidas al amparo de un obligación de retención general e indiscriminada de datos de tráfico y localización de los ciudadanos, un órgano jurisdiccional español considere necesario plantear un cuestión prejudicial al TJUE acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión y, particular, con los derechos de la Carta, del sistema de retención de datos de tráfico y localización de la Ley 25/2007 y las posibilidades de uso de las evidencias probatorias obtenidas.

Resulta claro que, bien sea cuando la jurisdicción ordinaria aprecie la necesaria exclusión probatoria; bien sea cuando el Tribunal Constitucional otorgue amparo por las vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos al retener esta clase de datos de forma general e indiscriminada; bien sea cuando el TEDH considere que en algún proceso español no se han respetado el derecho fundamental a un proceso debido y con todas las garantías por haber condenado con base en estos datos de tráfico o localización obtenidos al amparo de la Ley 25/2007; o bien sea, porque el TJUE resolviendo una cuestión prejudicial confirme su doctrina de la Sentencia 21 de diciembre de 2016 en el Asunto Tele2 Sverige y expresamente declare contrario a los derechos fundamentales de la Carta la Ley española; en cualquiera de estos escenarios las consecuencias pueden ser

¹¹ «3. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal».

catastróficas para el sistema de enjuiciamiento criminal español. Pues, a nadie escapa, que una vez que en cualquiera de las anteriores posibilidades se reconozca la inhabilidad probatoria de los datos de tráfico y localización obtenidos al amparo de una norma, como la Ley 25/2007, que impone su retención de forma general e indiscriminada en contradicción con la jurisprudencia del TJUE¹² y con afectación de derechos fundamentales, no hay la menor duda de que se producirá una cascada de recursos de revisión¹³ de todas aquellas sentencias firmes en las que la condena haya tenido como prueba de cargo esta clase de datos de tráfico y localización obtenidos al amparo de la habilitación prevista en la Ley 25/2007 con posterioridad al 21 de diciembre de 2016.

A modo de conclusión simplemente señalar, que las consecuencias futuras de la situación de “impasse” que se está viviendo son inciertas y preocupantes, como se ha podido ver. De ahí que resulte imprescindible minimizar cuanto antes los eventuales efectos negativos que, para el sistema de enjuiciamiento criminal español, supone el hecho de seguir aplicando una normativa que es contraria a los derechos de la Carta por prever una retención general e indiscriminada de los datos de tráfico y localización de todos los ciudadanos, y en consecuencia procede instar de forma perentoria e inmediata la reforma del régimen actual de retención de datos de tráfico y localización de las comunicaciones electrónicas para adaptarlo a las exigencias fijadas en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión y evitar que se puedan lesionar derechos fundamentales de la Carta.

¹² Ver, art. 4 bis LOPJ.

¹³ Art. 954. 1 LECRIM.

Capítulo 5

El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en derecho procesal español¹

MAR JIMENO BULNES

Catedrática de Derecho Procesal

Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA EXIGENCIA DE SU CONTROL DE OFICIO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA. 3. LEGISLACIÓN ORGÁNICA Y PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. COMPATIBILIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DICTADA POR EL TJUE. 3.1. El mandato del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 3.2. El respeto a los principios clásicos del proceso civil. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN: En los últimos tiempos se viene hablando desde la literatura procesal de cierta ruptura de los principios clásicos del proceso civil a raíz de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en concreto, su más alto Tribunal (Tribunal de Justicia) especialmente al hilo del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles; ello tiene lugar en relación con una materia concreta como es la apreciación de cláusulas abusivas por parte del juzgador de instancia siendo exigido desde Luxemburgo su control de oficio. De ahí propósito de este trabajo proceder al análisis y reflexión de la incidencia de esta creación jurisprudencial europea en el seno del proceso civil español modificando legislación y jurisprudencia nacional. Por ello se examinará aquí tanto la casuística judicial en relación con la doctrina europea dictada en materia de cláusulas abusivas como el instrumento procedimental que permite esta cooperación jurisdiccional entre juez europeo y nacional denominada gráficamente “diálogo entre tribunales”; así la cuestión prejudicial europea, hoy contemplada en el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial o LOPJ. Finalmente se expondrá la certeza de esta afirmación relativa a la ruptura de los principios procesales clásicos del proceso civil español para culminar con una breve reflexión al respecto.

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto investigador “Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación en España: visión desde el proceso civil y penal” (Ref.: DER2015-71418-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad para los años 2016-2018 del que la autora es investigadora principal.

PALABRAS CLAVE: diálogo entre jueces – juez nacional – Tribunal de Justicia – cláusulas abusivas – control de oficio – cuestión prejudicial – principios procesales – proceso civil – principio dispositivo – aportación de parte – interés público – autonomía procesal.

ABSTRACT: In recent times, the procedural literature has been speaking of a certain rupture of the classic principles of civil procedure following the jurisprudence dictated by the Court of Justice of the European Union or, in particular, its highest Court (Court of Justice); this takes place especially in the context of preliminary rulings promoted by the Spanish courts in relation to a specific matter such as the appreciation of unfair terms by the judge of the instance, being required from Luxembourg his *ex officio* control. Therefore, it is purpose of this work to proceed with the analysis and reflection of the incidence of this European case-law within the Spanish civil procedure modifying national legislation and jurisprudence. Then it shall be examined here the European case-law in relation to the subject of abusive clauses as well as the procedural instrument that allows this jurisdictional cooperation between the European and national courts graphically called “dialogue between courts”; thus, the European preliminary ruling, today contemplated in article 4 bis of the Act on the Judiciary. Finally, it shall be argued the certainty of this statement relative to the breaking of the classic procedural principles of the Spanish civil procedure in order to culminate with a brief reflection on the matter.

KEY WORDS: dialogue between judges – national judge – Court of Justice – abusive clauses – *ex officio* control – preliminary ruling – procedural principles – civil procedure – dispositive principle – contribution of part – public interest – procedural autonomy

1. INTRODUCCIÓN

A fecha que se redactan estas líneas se encuentra pendiente de resolución en Luxemburgo distintas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, varias de ellas proveniente de nuestro más alto Tribunal² ocupando aún gran parte del interés en sede nacional

² A fecha de hoy se encuentran aún pendientes de dictado de sentencia prejudicial tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo y así: *NGC, Banco S.A. c. Alberto García Salamanca Santos*, as. C-70/17; *Ramón Rafael Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell S.A.*, as. C-94/17 y *Línea Directa Aseguradora S.A. c. Segurcaixa Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, as. C-100/18, todos ellos disponibles como toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en servidor oficial de la institución <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es> Así también alguna de ellas es objeto de comentario desde la perspectiva española, así FERNÁNDEZ CARRON, C. “Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado: auto del Tribunal Su-

y europea la materia de cláusulas abusivas, siendo el Tribunal de Justicia³ quien parece tener la última palabra en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, hoy finalmente reconocida en los tratados europeos siquiera a modo de declaración institucional⁴. De este modo el Tribunal Supremo se suma a la fila de órganos jurisdiccionales superiores que, como el Tribunal Constitucional en su día a raíz de la conocida sentencia *Melloni* dictada en el ámbito de la orden de detención europea⁵,

premo de 8 de febrero de 2017”, *Revista General de Derecho Procesal* 2018, n° 46, <http://www.iustel.com>

- ³ En cuanto hoy por hoy, dentro del organigrama de la institución judicial europea o TJUE, la competencia para el conocimiento y resolución de cuestiones prejudiciales se atribuye exclusiva y excluyentemente al Tribunal de Justicia al no habérsele otorgado aún competencia en este sentido al Tribunal General conforme prevé el art. 256.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE); textualmente, “el Tribunal General será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 267, en materias específicas determinadas por el Estatuto”. El Protocolo n° 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 guarda silencio a este respecto; el mismo se encuentra publicado en Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) de 9 de mayo de 2008, n° C 115, pp. 209-228, también disponible junto con los Reglamentos de Procedimiento de ambos tribunales (Tribunal de Justicia y Tribunal General) en el servidor oficial de la institución y, en concreto, en enlace https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/es/
- ⁴ Declaración n° 17 relativa a la primacía aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa de 7 de diciembre de 2007, DOUE de 9 de mayo de 2008, n° C 115, p. 344. En ella se afirma, textualmente: “La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.
- ⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, as. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, resultado de la primera cuestión prejudicial planteada por el TC con fecha de 9 de junio de 2011. Entre los abundantes comentarios a la misma destaca para la materia que nos ocupa el de BACHMAIER WINTER, L. “Diálogo entre tribunales cinco años después de *Melloni*. Reacciones a nivel nacional”, *Revista General de Derecho Europeo* 2018, n° 45, <http://www.iustel.com>, en uso también de la rúbrica aquí empleada por mi parte para dar título a la presente contribución. Sobre este diálogo y primacía del Derecho de la UE también de interés, respectivamente, FAGGIANI, V. “El diálogo jurisdiccional tras la sentencia del TJUE *M.A.S. y M.B.*: entre estándar europeo de protección y tendencias centripetas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2018, vol. 22, n° 60, pp. 639-676, en alusión a la sentencia *Taricco* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, *Procedimiento penal entablado c. Ivo Taricco y otros*, as. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555) y PADRÓS REIG, C. “Algunas cuestiones sobre el difícil gozne entre justicia constitucional española y Derecho de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo* 2018, n° 45, <http://www.iustel.com>, en comentario de nuevo sobre el caso *Melloni*.

se batan en anterior duelo para decidir la línea jurisprudencial en cada caso aplicable. No en vano constituyen sendas materias, cláusulas abusivas en materia civil y orden de detención europea en sede penal⁶, los mejores ejemplos de este “diálogo” entre tribunales europeo y nacionales, siendo aquí elegido el primero por mostrar en mejor medida su incidencia en el Derecho Procesal español⁷.

Así pues, los Juzgados y Tribunales de nuestro país siguen engrosando las estadísticas en promoción de cuestiones prejudiciales solicitando la interpretación y/o apreciación de validez en su caso de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸. Ello demuestra una vez más que dicha materia como la anterior relativa a la orden de detención europea, lejos de agotarse, sigue plenamente vigente y con ello el mencionado “diálogo” entre juez europeo y nacional pues, no en vano, estos últimos son los aplicadores del Derecho europeo en sede estatal⁹. Tal fue la descripción

⁶ Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante DOCE) de 18 de julio de 2002, n° L 190, pp. 1-20; entonces adaptada en España por Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y hoy contenida en arts. 34-62 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Al respecto por todos, JIMENO BULNES, M. “La orden europea de detención y entrega: análisis normativo”, en C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de noviembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 35-76. Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al hilo de cuestiones prejudiciales planteadas en ambas materias civil y penal véase JIMENO BULNES, M. “Perspectiva actual del espacio judicial europeo en materia civil y penal. Especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en M. Jimeno Bulnes (coord.I, *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un Derecho Procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada 2014, pp. 1-45.

⁷ Por todos, aquí y ahora, la reciente monografía de GASCÓN INCHAUSTI, F. *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid 2018; como ya pone de relieve el autor en su primer capítulo “la regulación del proceso civil es cosa de dos” (p. 11). Por tanto, una vez más, resultado de este “diálogo” aquí entre legisladores.

⁸ DOCE de 21 de abril de 1993, n° L 95, pp. 29-34; como es sabido, en nuestro país la misma es objeto de transposición mediante Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.

⁹ Así, ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “Los jueces españoles y la aplicación del Derecho de la Unión Europea ‘o de cómo ha aumentado el poder de los jueces y de cómo se ha transformado el procedimiento judicial español’”, *Noticias de la Unión Europea* 2011, n° 315, pp. 3-16.

que el Tribunal de Justicia realizó de forma gráfica ya en su día¹⁰ respecto del reparto de tareas que opera entre Tribunal de Justicia y órganos jurisdiccionales estatales en el seno del procedimiento prejudicial contemplado en el art. 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE¹¹; no en vano al Tribunal de Justicia le compete la interpretación y/o apreciación de validez del Derecho europeo mientras que los jueces y tribunales nacionales se ocupan de su aplicación en sede estatal al hilo de un proceso pendiente¹².

Sin duda desde su creación a fecha de 1952¹³ el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha influido decisivamente en la construcción del Derecho Comunitario y/o Europeo. Está aún reciente

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1965, *Firma G. Schwarze c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, as. 16/65, ECLI:EU:C:1965:117, si bien la expresión “diálogo entre jueces” procede de la literatura y, en concreto, LECOURT, R. *LEurope des juges*, Bruylant, Bruxelles 1976, p. 266; el autor fue en su día presidente de la institución judicial europea. En dicha sentencia se afirma textualmente que “el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro de ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros” (p. 269). Esta declaración y precedente ha sido reiterado en múltiples ocasiones por mismo Tribunal de Justicia; así, entre otras, sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1992, *Wienand Meilicke c. ADVA/ORGA F.A. Meyer AG*, as. C-83/91, ECLI:EU:C:1992:332, FJ 22. Entre la bibliografía, DENIA COSIMO, E. “Repetita... iuvant? Sulla priorità interpretativa nell’ordinamento giuridico dell’Unione. Il dialogo fra le corti e la question prioritare de constitutionnalité al vaglio della Corte di Giustizia”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 2011, n° 8, <http://www.iustel.com>

¹¹ Versión consolidada en DOUE de 9 de mayo de 2008, n° C 115 y posterior DOUE de 30 de marzo de 2010, n° C 83, con incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE). Vid. JIMENO BULNES, M., “La cuestión prejudicial”, en V. Pardo Iranzo (dra.), *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pp. 173-210; más ampliamente, JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, J.M. Bosch, Barcelona 1996.

¹² Sobre dicho reparto de tareas en particular, VALLET-PAMART, I. “Focus sur l’office des juges au sein de la procédure préjudicielle à l’usage des processualistes”, *Revue des affaires européennes* 2017, n° 4, pp. 681-691. Ampliamente, SOCA TORRES, I. *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, J.M. Bosch, Barcelona 2016.

¹³ Su origen legal estriba en la firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en París a la fecha de 18 de abril de 1951 expirado el 23 de julio de 2002, el cual ni siquiera fue objeto de publicación en el Diario Oficial. Al respect, TAMM, D. “The history of the European Court of Justice of the European Union since its origin, en *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case law La Cour de Justice et la construction de la Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, Asser press, The Hague 2013, pp. 9-36.

la celebración conmemorativa de sus 60 años de existencia¹⁴ en la que es reconocida su creciente influencia dentro del conjunto de las instituciones europeas hasta el punto de convertirse en el centro neurálgico de la Unión Europea a modo de “héroe o villano de la integración europea”¹⁵. Así cabe recordar sentencias emblemáticas como *Van Gend & Loos*¹⁶, creadora del llamado “efecto directo”, *Costa c. ENEL*¹⁷ en construcción del principio de primacía, o bien *Les Verts*¹⁸, afirmando el carácter de “carta constitucional fundamental” por parte de los tratados europeos. Por ello es bien merecida la calificación del Tribunal de Justicia europeo como “motor” en el proceso de integración europea¹⁹ habilitando de esta forma dicho “activismo judi-

¹⁴ Véase información institucional “60 aniversario del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en enlace https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_93450/es/ (fecha de consulta: 2 de octubre de 2018). Entre la bibliografía, la obra inmediatamente citada editada desde la propia institución judicial al igual que MEIJ, A. “Courts in transition: administration of justice and how to organize it. Celebrating six decades of the Court of Justice in a close community of magistrates”, *Common Market Law Review* 2013, vol. 50, n° 1, pp. 3-13.

¹⁵ POIARES MADURO, M. “60 years of the European Court of Justice: From “Benign Neglect” to the Centre of European Politics”, *Revue du droit de l'Union européenne* 2018, n° 1, pp. 93-105, p. 93.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa*, as. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1. Véase información institucional “El Tribunal de Justicia celebra el 50 aniversario de la sentencia Van Gend en Loos” disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/es/ (fecha de consulta: 2 de octubre de 2018). Entre la bibliografía, SILVA DE LAPUERTA, R. “La sentencia Van Gend en Loos”, *Revista General de Derecho Europeo* 2013, n° 30, <http://www.iustel.com>

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*, as. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento Europeo*, as. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, FJ 23. Para algunos, sin duda forma parte de la jurisprudencia más relevante dictada por el TJUE, por cuanto en dicha sentencia y fundamento jurídico se reconoce al principio de legalidad al que está sujeta la Unión Europea “en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el tratado”; así LENAERTS, K. “The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union”, *Common Market Law Review* 2007, vol.44, n° 6, pp. 1625-1659, esp. primera pág.

¹⁹ Sobre el papel del TJUE y su jurisprudencia como vehículo dinamizador de la Unión Europea en especial HORSLEY, T. “Reflections on the role of the Court of Justice as the ‘motor’ of European integration: legal limits to judicial lawmaking”, *Common Market Law Review* 2013, vol.50, n° 4, pp. 931-964. Sobre su papel como vehículo de integración europea en particular, STREINZ, R. “Die Rolle des EuGH im Prozeß der Europäischen Integration. Anmerkungen zu gegenläufigen Tendenzen in der neueren Rechtsprechung”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2010, vol. 135, n° 1, pp. 1-28. En nuestro país, con amplias referencias jurisprudenciales, IGLESIAS BUHIGUES, J.L. “El papel

cial” el dinamismo de la propia Unión Europea, tampoco, por otra parte, exento de críticas²⁰.

No hay así duda que el Tribunal de Justicia ha marcado un “punto de inflexión” (*game-changer*)²¹ en el Derecho de la Unión Europea pero a ello se une ahora la particularidad de que también extiende sus efectos a nuestro Derecho nacional provocando su reinterpretación y, en caso necesario, su modificación. No en vano la institución judicial europea desarrolla su papel a modo de tribunal constitucional²², a partir del mecanismo prejudicial antes mencionado y su jurisprudencia ha de tenerse igualmente en cuenta por parte de los jueces y tribunales ordinarios en sintonía con la constitucional patria, más aún tras la reciente previsión del actual artículo 4 bis LOPJ. Si hasta ahora se ha hablado de un fenómeno de “normativización” en sede europea en virtud del dictado de tal jurisprudencia por parte del TJUE²³ ahora podremos hablar de un fenómeno de “normativización” también en sede nacional.

Es por ello aquí propósito de proceder al análisis y reflexión de la incidencia de esta creación jurisprudencial europea en el seno del proceso civil español modificando legislación y jurisprudencia nacional. Para ello se partirá en primer lugar de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia en materia la apreciación de oficio por parte del juzgador de instancia de cláusulas abusivas a tenor de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles; dicha materia y jurisprudencia se

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración”, en Pardo Iranzo, op. cit., pp. 19-37.

²⁰ En último trabajo citado se exponen las dos posturas contrapuestas a favor y en contra de dicho activismo judicial. Así también, siquiera de modo incidental, VAN GESTEL, R. y MICKLITZ, H. “Why methods matter in European legal scholarship?”, *European Law Journal* 2014, vol. 20, n° 3, pp. 292-316. Ampliamente y muy crítico, HIRSCHL, R. “Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism”, Harvard University Press, Cambridge MA 2004.

²¹ La nomenclatura anglosajona procede de HERLIN-KARNELL, E. “The European Court of Justice as a game-changer. Fiduciary obligations in the area of freedom security and justice”, *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, Routledge, London 2017, pp. 396-408.

²² En especial, con ejemplos de este papel constitucional desarrollado por parte del Tribunal de Justicia, LENAERTS, K. “The European Court of Justice and process-oriented review”, *Yearbook of European Law* 2012, vol. 31, n° 1, pp. 3-16. Así también TRIDIMAS, T., “Constitutional review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *International Journal of Constitutional Law* 2011, vol. 9, n° 3-4, pp. 737-756.

²³ Así LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. “La normativización de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 2008, n° 3, <http://www.iustel.com>

utilizará a modo de hilo de conductor por ser quizás la más representativa de la influencia ejercida por la institución judicial europea en sede estatal desde la perspectiva legislativa y jurisprudencial en el sentido arriba anunciado. A continuación y en segundo lugar, se pretende examinar el significado de esta línea jurisprudencial en el proceso civil actual a partir del mandato ahora contenido en el citado artículo 4 bis LOPJ provocando su modificación e incluso, en palabras de algún autor, “deconstrucción”²⁴, por lo que pudiera suponer de quiebra de los principios procesales clásicos del proceso civil. Finalmente se tratará de aportar una breve reflexión final al respecto.

2. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA EXIGENCIA DE SU CONTROL DE OFICIO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA

Sin duda y desde la perspectiva procesal civil, la jurisprudencia europea más influyente por parte del TJUE ha sido aquella vertida en materia de cláusulas abusivas en relación con la exigencia de su control de oficio por parte del juzgador de instancia. No en vano, no sólo guía la deriva jurisprudencial de los jueces y tribunales españoles sino también se ocupa de remover incluso la conciencia del legislador a partir del dictado de legislación específica como resultado de la misma. De este modo el Tribunal de Justicia en interpretación de la citada Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 a solicitud de los órganos jurisdiccionales españoles establece la obligación del juez a quo de proceder de oficio a su examen y en su caso anulación. Sin duda, el mejor exponente a este respecto lo constituye la conocida sentencia *Mohamed Aziz* de 14 de marzo de 2013²⁵, todavía la sentencia más mediática en este ámbito contribuyendo el referi-

²⁴ Tomo la expresión de ADÀN DOMÈNECH, F. “Deconstrucción del ordenamiento jurídico español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2018, en prensa. El trabajo ha obtenido el primer premio Melchor Almagro en edición de 2017 conforme acta disponible en enlace <http://derecho.ugr.es/web/content/fallo-del-premio-melchor-almagro-2017>. Desde aquí mi agradecimiento al autor por hacerme llegar su artículo aún inédito.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), *Mohamed Aziz c. Caixa de Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, as. C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164. Sobre esta jurisprudencia y sus consecuencias en España en términos generales y desde la literatura procesal véase ACHÓN BRUÑEN, M.J., “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley* 2013, n° 8127 y, en particular, GIMENO SENDRA, V.,

do contexto de crisis económica en nuestro país a su gran repercusión en portadas de diversos diarios nacionales²⁶.

Ciertamente esta sentencia no resulta ser original en la materia ahora objeto de discusión pues utiliza precedentes jurisprudenciales anteriores²⁷ en exigencia de la obligación del juez *a quo* de apreciar de oficio el carácter abusivo de tales cláusulas contractuales aún en contraposición –siquiera aparente– al principio dispositivo del proceso civil dado el carácter público de la cuestión. Tampoco deriva dicha sentencia de la primera cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español en la materia, honor que disfruta la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, de 27 de junio de 2000²⁸, procedente de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n° 35 de Barcelona y en la que el Tribunal de Justicia calificó de abusiva y, por tanto, susceptible de ser examinada de

“Las cláusulas abusivas (1)”, *Diario La Ley* 2013, n° 8116, ambos disponibles en <http://diariolaley.laley.es>.

²⁶ A modo de ejemplo, noticia en el *Diario El País* de fecha de 3 de mayo de 2013, disponible en enlace https://elpais.com/ccaa/2013/05/02/catalunya/1367520137_907887.html (fecha de consulta: 30 de agosto de 2018) con fotografía del demandante. Por su parte el juez promotor de la cuestión prejudicial ante el TJUE, D. José M^a Fernández Seijo, titular del Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona, recibió el galardón al mejor jurista del año en la I edición de los premios *Law & Startup* otorgados por la firma *MAB Legal* en Barcelona; véase noticia “Premian al juez que presentó la cuestión al TJUE que abrió la puerta a la paralización de los desahucios”, *Diario La Ley*, 8 de julio de 2013, n° 8121, <http://diariolaley.laley.es>

²⁷ Así, en concreto, se cita sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM Zrt c. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, y, fundamentalmente, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito S.A. c. Joaquín Calderón Camino*, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349. Esta y otra jurisprudencia se recoge también por PARDO IRANZO, V., “La especial protección de los consumidores por la Directiva 93/13/CEE del Consejo: el control judicial de la nulidad de la cláusula arbitral”, en A. de la Oliva Santos y M.P. Calderón Cuadrado (dres.), M. Cedeño Hernán y V. Pardo Iranzo (coords.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pp. 485-510, esp. pp. 494 y ss. Así también, con carácter monográfico, MARCOS GONZÁLEZ, M., *Apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid 2011, esp. pp. 205 y ss.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero* (C-240/98) y *Salvat Editores SA c. José M^a Sánchez Halcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohamed Berroane* (C-243/98) y *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), ECLI:EU:C:2000:346. Vid. BELLO PAREDES, S., “Primera interpretación auténtica de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *El Derecho. Diario de Jurisprudencia* 2000, n° 1282, pp.1-3, destacando el carácter público de la cuestión que justifica la apreciación de oficio por parte del juzgador de instancia.

oficio por el juzgador de instancia, una cláusula a favor de la determinación de la competencia territorial en función del domicilio de la empresa demandante en virtud de fuero convencional (sumisión expresa) suscrito en los contratos de ventas a plazos suscritos con los demandados.

En efecto, en la sentencia *Mohamed Aziz* el Tribunal de Justicia respeta el criterio ya mantenido en la sentencia *Banco español de crédito*, de 14 de junio de 2012 así como la opinión mantenida por la Abogada General en sus conclusiones²⁹, si bien ambas se sitúan en procedimientos diferentes dentro de la legislación procesal civil. Según se recuerda, en este último caso y primero en el tiempo de ambos, era objeto de discusión la imposibilidad del juzgador de instancia de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenido en contrato celebrado entre consumidor y profesional, “cuando este último no haya formulado oposición”³⁰ en el seno de un proceso monitorio al hilo del entonces art. 815 LEC; precisamente este último precepto fue objeto de reforma con motivo de la afirmada aquí declaración de incompatibilidad por parte del Tribunal de Justicia de la norma nacional con la Directiva 93/13/CEE³¹. En cam-

²⁹ Conclusiones de la Abogada General sra. Juliane Kokott presentadas el 8 de noviembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:700.

³⁰ Si bien en la instancia el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Sabadell declaró de oficio nula de pleno derecho la cláusula de intereses moratorios controvertida por estimarla abusiva y con remisión a la reiterada jurisprudencia del TJUE en este sentido, dicha resolución fue objeto de recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Barcelona, órgano jurisdiccional que ahora interpone en concreto seis cuestiones prejudiciales en relación con la materia objeto de litigio. El Tribunal de Justicia fue aquí contundente declarando que “la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado en un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición” (fallo). Entre la literatura, véase expresamente el comentario de LETE ACHIRICA, J., “Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012” *Diario La Ley* (en línea), 30 de noviembre de 2012, n° 7976.

³¹ Así adición del art. 815.4 LEC y con ello “un trámite que permitirá al juez previamente a que el secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas”; vid. Exposición de Motivos de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 6 de octubre de 2015, n° 239, pp. 90240-90288, aptdo. V. Al respecto y desde

bio, la sentencia *Mohamed Aziz* se sitúa en el contexto de la ejecución hipotecaria entendiendo el Tribunal de Justicia que esta incompatibilidad se extiende, no sólo en relación con la imposibilidad de “formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo” como ya venía declarando, sino también, con carácter más novedoso, en relación con la prohibición para el juez *a quo* de adoptar medidas cautelares *ex officio*³² consistentes “en particular, (en) la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”, tal y como enuncia textualmente en su fallo.

Particularidad de esta última sentencia, además de provocar la modificación del art. 695 LEC en materia de ejecución hipotecaria y, por extensión, de otro articulado de la ley procesal civil ordinaria al hilo de sucesivas reformas procesales y específicas³³, es que lanza también un “aviso para navegantes” a modo de *obiter dicta* y cuya declaración, pese a la importancia que pudiera acarrear por las consecuencias que reportaría en las legislaciones procesales civiles nacionales, ha pasado aún a fecha de hoy bastante desapercibida³⁴; me refiero a la denuncia desde Luxemburgo de la “falta

una perspectiva crítica, ARMENGOT VILAPLANA, A. “La doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas y la reforma del proceso monitorio por la Ley 42/2015”, en G. García-Rostán Calvín y J. Sigüenza López (dres.) y S. Tomás Tomás y R. Castillo Felipe (coords.), *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2017, pp. 139-180.

³² Volveré sobre ello. Vid *supra* aptdo. III.2.

³³ En concreto introducción de arts. 557.1.7º y 695.1.4º LEC en materia de ejecución ordinaria e hipotecaria respectivamente en virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, la reestructuración de deuda y alquiler social, BOE de 15 de mayo de 2013, nº 116, pp. 36373-36398. Sobre estas reformas, anteriores en relación proceso monitorio y otras al hilo de la jurisprudencia del TJUE, véase especialmente HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Cambios obligados en la Ley de Enjuiciamiento Civil por el Derecho de la Unión Europea”, *Anales de Derecho* 2017, vol. 35, nº 2, <http://revistas.um.es/analesderecho>. Sobre las reformas legislativas acaecidas en materia de ejecución hipotecaria véase en clara crítica CASTILLEJO MANZANARES, R. “La inoperante reforma de la ejecución hipotecaria”, en M.T. Areces Piñol (dr.), *Los retos jurídicos ante la crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 47-102.

³⁴ Una excepción en este sentido lo constituye el trabajo de TAPIA FERNÁNDEZ, I. “La ejecución? Hipotecaria extrajudicial. Un problema no resuelto”, *Revista General de Derecho Procesal* 2018, nº 46, <http://www.iustel.com>, pp. 15 y ss, afirmando igualmente que la doctrina dictada por jurisprudencia y normativa europea no va por este camino.

de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa”³⁵. Del mismo modo, la sentencia ahora expuesta provoca una verdadera revolución en el escenario judicial español y así la modificación del criterio jurisprudencial por parte de Juzgados y Tribunales constituyendo un hito conocido el aval a esta doctrina proporcionado por el Tribunal Supremo en la sentencia n° 241/2013, de 9 de mayo³⁶; en ella el alto Tribunal declara la nulidad de determinadas cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo suscritos por parte de las entidades bancarias recurridas por entenderlas cláusulas abusivas y, por tanto, lesivas a los intereses de los consumidores y usuarios a instancias del recurso de casación interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC Consumo).

Sin embargo, si bien la anterior declaración de nuestro alto Tribunal era esperada y así fue de inmediato aplicada por los órganos jurisdiccionales ordinarios³⁷, no lo fue tanto su segundo mandato; en concreto, la limitación de los efectos declarativos de la nulidad acordada en razón a la cláusula de orden público de modo que el pronunciamiento en casación sólo tiene efectos para el caso concreto y *pro futuro*. De esta forma y textualmente es declarado que “la nulidad de cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia”³⁸. Si bien dicho pronunciamiento tuvo lugar en el marco de una

³⁵ FJ 50. Entiendo no sería improbable un posible anuncio de futura regulación europea en aproximación de las legislaciones estatales en materia de ejecución forzosa al amparo del art. 81.1 TFUE más arriba mencionado aún la defensa por parte de algunos autores del principio de autonomía procesal imperante en los estados miembros; así, en particular, COURONNE, V. “L'autonomie procédurale des États membres. De l'Union européenne à l'épreuve du temps”, *Cahiers de droit européen* 2010, n° 3-4, pp.273-309. Sobre la aproximación/armonización del Derecho Procesal civil en particular véase LUPOI, M. A., “The harmonization of civil procedural law within the EU”, en M. A. Lupoi, J.O. Frosini y M. Marchesiello (eds.), *A European space of justice*, Longo Editore Ravenna, Ravenna 2006, pp. 199-227.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, ROJ: STS 1916/2013. La misma fue objeto de aclaración mediante auto de 3 de junio de 2013, ROJ: ATS 5165/2013. Ambas se encuentran disponibles en buscador oficial del CGPJ <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> También dicha jurisprudencia fue fruto de abundantes comentarios, especialmente en el Diario La Ley de aquel año.

³⁷ Por todos y a modo de ejemplo, en cuanto órgano jurisdiccional pionero en la aplicación del mandato europeo y por sintonía geográfica, el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, núm. 100/2013, de 10 de abril de 2013, AC 2013/499.

³⁸ Fallo, pronunciamiento décimo. Al respecto, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. “El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 2013, n° 5, pp. 157-162.

acción colectiva de cesación, el mismo fue confirmado por resoluciones posteriores del alto Tribunal también respecto de acciones individuales de consumidores y usuarios como es el caso de la sentencia n° 139/2015, de 25 de marzo³⁹. En todo caso, la controversia sobre los efectos declarativos de las sentencias del TJUE y esta en particular, así como la predicada autoridad de cosa juzgada respecto de las sentencias dictadas por los tribunales de instancia en supuestos anteriores a fin de evitar la retroactividad de la declaración de nulidad respecto de cláusulas abusivas⁴⁰, ya era previsible provocara nuevo aluvión de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, como así en efecto continúa teniendo lugar.

En efecto, se suceden otrora sentencias y/o resoluciones por parte del Tribunal de Justicia en materias de cláusulas abusivas en posteriores años 2014 y siguientes como resultado de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles⁴¹, alguna de ellas realmente sor-

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, ROJ: STS 1280/2015, entendiendo que dicha declaración a favor de la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 “se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga o no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia del ejercicio individual de la acción de impugnación” (FJ 7). Por tanto, no ha lugar a la consideración de la procedencia de limitar los efectos de la declaración de nulidad al carácter individual o colectivo de las acciones ejercitadas por consumidores y usuarios como en un primer momento fue mantenido desde algún sector doctrinal; en relación con este debate BONACHERA VILLEGAS, R. *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp.93 y ss. Sobre la relación entre ambos tipos de acciones colectivas e individuales en defensa de los derechos de los consumidores véase la misma autora anterior en pp. 79 y ss así como HERRERO PÉREZAGUA, op. cit., pp. 39 y ss.

⁴⁰ De gran interés a este respecto el trabajo de LAFUENTE TORRALBA, A. J. “Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad”, en García-Rostán Calvín y Sigüenza López, op. cit., pp. 289-307. El autor anticipa en su estudio lo que luego se vendrá proponiendo como solución a la responsabilidad patrimonial del Estado en el supuesto del cuestionamiento de la limitación de los efectos de autoridad de cosa juzgada predicados desde el Tribunal Supremo por parte del Tribunal de Justicia como luego ocurrió al no tener cabida este supuesto de “guerra entre tribunales” europeo y estatal en la revisión de sentencias firmes ex art. 510 LEC.

⁴¹ A modo de ejemplo sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de julio de 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, as. C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, resultado de cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Castellón; de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco S.A. c. José Hidalgo Rueda y otros y Caixabank S.A. c. Manuel Rueda Ledesma y otros*, as. C-482/13, C-483/13, C-484/13 y C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21, sentencia resultante

prendente como puede ser la sentencia *Finanmadrid*, de 18 de febrero de 2016⁴². Y digo sorprendente porque en ella el Tribunal de Justicia vuelve a declarar la oposición a la Directiva 93/13/CE de la norma nacional española al hilo del proceso monitorio aduciendo la imposibilidad del juzgador de instancia de “apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula” cuando ya había entrado en vigor la Ley 42/2015, de 5 de octubre, dando nueva redacción al art. 815.4 LEC; cuanto menos el juez *a quo* (a la sazón, el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Cartagena) bien hubiera podido informar al tribunal *ad quem* del cambio legislativo operado e incluso retirar la cuestión o cuestiones prejudiciales planteadas toda vez que las mismas resultan impertinentes.

Así también, dentro del conjunto de resoluciones prejudiciales de esta época planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, resulta especialmente llamativo el Auto del Tribunal de Justicia *Garzón Ramos*, de fecha de 23 de febrero de 2016⁴³; en él el tribunal europeo se declara incompetente para resolver la cuestión prejudicial planteada entendiendo que el marco del proceso principal sólo opera la aplicación del Derecho nacional y no siendo apreciable a la luz de la información proporcionada por el juez *a quo* (en concreto, a Audiencia Provincial de las Islas Baleares) la aplicación del Derecho de la Unión⁴⁴. Al hilo de esta casuística no está de más recordar aquí al juez nacional la conveniencia de hacer uso, no sólo y por supuesto de la normativa europea a este tenor aplicable con carácter imperativo, cual es el Estatuto del TJUE y Reglamento de Procedimiento del Tribunal Justicia, sino también de aquella con carácter de *soft law* como son

de cuestión prejudicial planteada por Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Marchena; de 29 de octubre de 2015, *BBVA S.A. c. Pedro Peñalva López y otros*, as. C-8/14, ECLI:EU:C:2015:731, promovida por el Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Martorell.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), *Finanmadrid EFC S.A. c. Jesús Vicente Albán Zambrano y otros*, as. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, resultado de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Cartagena.

⁴³ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), *Francisca Garzón Ramos y José Javier Ramos Martín c. Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A. e Intercotrans S.L.*, as. C-380/15, ECLI:EU:C:2016:112, siendo planteada cuestión prejudicial por la Audiencia Provincial de Baleares.

⁴⁴ Textualmente “el auto de remisión no contiene dato alguno que permita considerar que el objeto del litigio principal se refiere a la interpretación o a la aplicación de una norma del Derecho de la Unión diferente de las recogidas en la Carta (véanse, por analogía, los autos *Stylinart*, C282/14, EU:C:2014:2486 (en línea), apartado 20, y *Petrus*, C451/14, EU:C:2015:71, apartado 19. Por otra parte, dicho auto tampoco acredita que el procedimiento principal se refiera a una disposición nacional que aplique el Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta (véase, por analogía, el auto *Burzio*, C497/14, EU:C:2015:251, apartado 29).” (FJ 27).

las Recomendaciones dirigidas a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales⁴⁵.

En muchas de estas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ha sido (y aún es, por cuanto varias aún de fecha anterior no han sido todavía resueltas⁴⁶) precisamente objeto de discusión la limitación de los efectos de la declaración de nulidad producida en virtud de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo n° 241/2013, de 9 de mayo. La cuestión es finalmente dilucidada por parte del Tribunal de Justicia en contra del alto tribunal español en la conocida sentencia *Gutiérrez Naranjo*, de 21 de diciembre de 2016⁴⁷; la misma es dictada, como es lógico, y habitual en sede prejudicial⁴⁸, con efectos *erga omnes* en cuanto

⁴⁵ DOUE de 25 de noviembre de 2016, n° C 439, pp. 1-8; también publicadas en la página institucional del TJUE https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/es (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). Entre ellas la n° 5 se refiere a la “motivación de la remisión” indicando que “el Tribunal de Justicia sólo puede pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial cuando el Derecho de la Unión sea aplicable al caso controvertido en el litigio principal. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional remitente debe explicar las razones que lo han llevado a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión y la relación que, a su juicio, existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal. Si lo cree oportuno para la comprensión del asunto, el órgano jurisdiccional remitente puede mencionar aquí las alegaciones de las partes a este respecto”.

⁴⁶ Así *Palacios Martínez*, as. C-307/15, DOUE de 24 de agosto de 2015, n° C 279, p. 24, resultado de cuestión prejudicial planteada por Audiencia Provincial de Alicante mediante auto de 25 de junio de 2015 cuestionando dicha limitación de efectos de sentencia declarativa dictada por el TJUE. Hasta la fecha sólo ha tenido lugar dictado de auto por el Presidente del Tribunal de Justicia en fecha de 14 de agosto de 2015 desestimando solicitud de tramitación de la presente cuestión prejudicial mediante la fórmula de procedimiento prejudicial acelerado a tenor del art. 23 bis Estatuto del TJUE.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Caja Banco Sur SAU, Ana María Palacios Martínez, c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA c. Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu*, ass. C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980. Dicha sentencia es fruto de abundantes comentarios en nuestro país. A modo de ejemplo y recientemente, CHOOLANI FARRAY, S., “El principio de no vinculación de cláusulas abusivas conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Estudios Europeos* 2018, n° 71, pp. 138-148. Así también, desde la perspectiva procesal, sobre esta y otras sentencias del Tribunal de Justicia en materia de cláusulas abusivas al hilo de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, AGUILERA MORALES, M., “TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza”, *Revista General de Derecho procesal* 2018, n° 44, <http://www.iustel.com>

⁴⁸ Vid. JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial*, op. cit., pp. 205 y ss; más ampliamente, JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, op. cit., pp. 462 y ss. En particular, WOLLENSCHLÄGER, F. “Die erga-omnes-Wirkung von EuGH-Urteilen in

provoca el archivo a instancia del juez *a quo* de restantes cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles sobre la misma cuestión⁴⁹. En ella el Tribunal europeo otorga resolución contraria a las Conclusiones del Abogado General⁵⁰, fallando de una forma clara y textualmente que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo... circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Todo ello muestra que el debate en materia de cláusulas abusivas y el “diálogo” (aún abrupto) entre tribunal europeo y órganos jurisdiccionales españoles, lejos de estar agotado, persiste *in crescendo* en la línea afirmada al inicio de ese trabajo, por cuanto se suceden ulteriores cuestiones prejudiciales⁵¹, a la luz de cuya resolución y experiencia puede afirmarse

Vorabentscheidungsverfahren und die TK-Verkehrsdatenspeicherung”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, vol. 71, n° 35, pp. 2532-2536.

⁴⁹ Así Autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2017, *Banco Popular Español S.A. c. Elena Lucaciu y Cristian Laurentiu Lucaciu*, as. C-349/15, ECLI:EU:C:2017:68, a instancias de la Audiencia Provincial de Castellón; en la misma fecha asuntos *Javier Angel Rodríguez Sánchez c. Caja España de Inversiones de Salamanca y Soria S.A.U. (Banco CEISS)*, as. C-381/15, ECLI:EU:C:2017:69, a instancias de la Audiencia Provincial de Zamora y *Manuel González Poyato y Ana Belén Tovar García c. Banco Popular Español S.A.*, as. C-34/16, ECLI:EU:C:2017:70, cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Alicante. Destacan también Autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2017, *Liberbank SA c. Rafael Piris del Campo*, as. C-431/15, ECLI:EU:C:2017:90, a instancias de la Audiencia Provincial de Cantabria; de 9 de febrero de 2017, *Laboral Kutxa c. Esmeralda Martínez Quesada*, as. C-525/15, ECLI:EU:C:2017:142, a instancias de la Audiencia Provincial de Álava; y de 15 de febrero de 2017, *Abanca Corporación Bancaria S.A. c. María Isabel Vázquez Rosende*, as. C-1/16, ECLI:EU:C:2017:167, cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de A Coruña.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General sr. Paolo Mengozzi presentadas el 13 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:552.

⁵¹ Entre otras y de indiscutible relevancia sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García*, as. C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, planteada por Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Santander y (Sala Quinta) de 7 de diciembre de 2017, *Banco Santander S.A. c. Cristobalina Sánchez López*, as. C-598/15, ECLI:EU:C:2017:945, planteada por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Jerez de la Frontera.

que es, sin duda, el TJUE el verdadero garante de la protección judicial a consumidores y usuarios; al mismo tiempo y aún a la fecha, continúan otras cuestiones prejudiciales de procedencia española pendientes de resolver en la misma materia de cláusulas abusivas⁵². Así también persiste el debate en sede estatal⁵³ con carácter, no sólo material sino también procesal, por cuanto se plantea el problema de la autoridad de la cosa juzgada alcanzada por las resoluciones internas dictadas desestimando la restitución de cantidades abonadas en virtud de cláusulas abusivas declaradas nulas anteriores a la fecha de 9 de mayo de 2013; no en vano, la base jurídica otorgada por el Tribunal Supremo en dicha sentencia n° 241/2013 para proceder a la limitación de efectos derivados de la declaración de nulidad acordada resulta ahora inaplicable tras el dictado de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

Esta autoridad de cosa juzgada de la sentencia de instancia ha sido ya objeto de impugnación en algún caso concreto mediante interposición de recurso de revisión en virtud de art. 510 LEC con efecto fallido dada su inadmisión por parte del Tribunal Supremo en supuestos como el del auto de 4 de abril de 2017⁵⁴, por cuanto el presente motivo no puede entenderse comprendido de ningún modo en dicho precepto. Con todo, es a nuestro alto tribunal a quien le corresponde ahora, de una u otra forma, “reordenar” el complicado panorama nacional en sede de jurisdicción ordinaria al que ha abocado con su antedicha sentencia de 9 de mayo de 2013. Situación para la que el Tribunal europeo exige responsabilidad y correspondiente indemnización por los daños cau-

⁵² Así y además de las arriba citadas planteadas por el Tribunal Supremo, por ejemplo y de nuevo en materia de interpretación de la Directiva 93/13/CEE, cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Santander en fecha de 23 de marzo de 2016, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. c. Fernando Quijano Ujeta y María Isabel Sánchez García*, as. C-167/16, DOUE de 6 de junio de 2016, n° C 200, p. 11; a la fecha ya han sido presentadas Conclusiones por el Abogado General sr. Maciej Spuznar el pasado 13 de septiembre de 2018, ECLI:EU:C:2018:727, por lo que es de esperar en breve sea dictada sentencia. Otras cuestiones prejudiciales pendientes de resolver también al hilo de la misma legislación se encuentran en el buscador oficial de la institución judicial europea, así <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

⁵³ En este sentido RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E. “El inacabable debate sobre las cláusulas suelo: el turno del TJUE”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 2015, n° 10, pp. 95-101. El autor examina en mayor medida la jurisprudencia estatal que europea.

⁵⁴ En particular GASCÓN INCHAUSTI, F. “¿Exige el derecho de la Unión Europea la revisión de las sentencias firmes dictadas al amparo de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo establecida con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016?”, *La Ley Mercantil* 2017, n° 35, <http://www.smarteca.es>.

sados a los particulares en violación del Derecho de la Unión Europea en cuanto órgano jurisdiccional “que resuelve en última instancia”⁵⁵ obligado al planteamiento de cuestión prejudicial en virtud del art. 267. III TFUE. Si así fuera esta responsabilidad del Tribunal Supremo podría derivar en un ulterior supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia conforme arts. 292 y ss LOPJ⁵⁶.

⁵⁵ Así lo recuerda Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, *Gerard Köbler c. Republik österreich*, as. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, cuyo fallo textualmente declara que “el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de ese tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto. Corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación.” Por su parte en posterior jurisprudencia el Tribunal de Justicia matiza que entre los requisitos para que pueda entenderse tal infracción operada por un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia ha de entenderse que “puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, cuando, mediante esa resolución, dicho órgano jurisdiccional ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia”; así Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de julio de 2016, *Milena Tomášová c. Slovenská republika – Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovost’ s.r.o.*, as. C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, fallo 1. Véase brve comentario por GONZÁLEZ CUETO, T. y BLÁNQUE REY, L. “La responsabilidad patrimonial del estado por vulneración del Derecho de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 22 de septiembre de 2017, n° 9047, <http://diariolaley.laley.es>

⁵⁶ Vid. LAFUENTE TORRALBA, op. cit., pp. 305 y ss así como GASCÓN INCHAUSTI, “¿Exige el derecho de la Unión Europea la revisión de las sentencias firmes...”, op. cit., p. 8, aun cuando no la considera aplicable a este caso concreto en virtud de “la disparidad de criterios entre el propio Abogado General y Tribunal de Justicia en el asunto Gutiérrez Naranjo, y la ausencia hasta entonces de jurisprudencia del Tribunal de Justicia” (mi apunte: precisamente por ello tendría que haber planteado el Tribunal Supremo cuestión prejudicial), lo que hace a su juicio difícil puedan apreciarse presentes los anteriores requisitos descritos en la jurisprudencia europea para entender opera violación del Derecho europeo.

3. LEGISLACIÓN ORGÁNICA Y PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. COMPATIBILIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DICTADA POR EL TJUE

Advertida ya la casuística judicial en materia concreta como la anticipada relativa a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la contratación de consumidores y usuarios, resta ahora observar el panorama general desde la perspectiva legislativa y procesal. Así, de forma específica, examinar el mandato de nuestra legislación nacional junto a la vigencia de los principios procesales clásicos imperantes en el proceso civil para advertir si ha operado modificación de los mismos como resultado de la incidencia de dicha jurisprudencia europea en el seno del proceso civil interno⁵⁷. La singularidad en este caso radica precisamente en que la modificación en el seno del proceso interno, si la misma tiene lugar, no opera ya “a golpe” de directivas sino “a golpe” de sentencias a fin de buscar una ampliación de la tutela jurídica de los intereses particulares (en este caso consumidores)⁵⁸ desde la perspectiva material y de la tutela judicial efectiva desde la perspectiva procesal. El reto estriba en lograr, en suma, un proceso civil coherente con los postulados del ordenamiento jurídico interno⁵⁹ y ahora por ende también europeo.

3.1. *El mandato del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial*

El vigente art. 4 bis LOPJ introducido por la LO 7/2015, de 21 de junio⁶⁰ por primera vez da entrada al tribunal europeo en el seno de la legislación

⁵⁷ En particular, SERRANO MASIP, M. “Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno”, *Revista de Estudios Europeos* 2016, n° 68, pp. 5-12.

⁵⁸ Así PARDO IRANZO, V. “Influencia de la Unión Europea en la tutela de los consumidores: algunas reflexiones generales sobre cláusulas abusivas y su control”, en I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, justicia, universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2016, vol. II, pp. 2485-2502, pp. 2493 y ss.

⁵⁹ En particular BONET NAVARRO, A., “La coherencia de las reformas con el sistema de la LEC”, en J.F. Herrero Perezagua (dr.), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 21-56, esp. p. 32.

⁶⁰ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial. BOE de 22 de julio de 2015, n° 174, pp. 61593-61660. Un examen general de la reforma, aún en fase de tramitación se realiza por GIMENO

orgánica española con papel similar al Tribunal Constitucional⁶¹ en su garante de la norma suprema como intérprete de la misma (art. 5 LOPJ). Dicho precepto, que hasta la fecha no ha disfrutado de grandes comentarios siquiera en nuestro país⁶², establece un importante mandato para Juzgados y Tribunales adscritos a la jurisdicción ordinaria; así la aplicación del Derecho de la Unión Europea “de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” estableciendo la “vinculación” de la doctrina legal europea en sede estatal conforme recuerda el Preámbulo de la nueva norma. Como también el mismo Preámbulo advierte, se incorpora paralelamente “el principal cauce de diálogo entre juez español y el TJUE”⁶³, cual es la cuestión prejudicial; esta encuentra regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, como corresponde, con alcance general para todo tipo de procesos y no de forma exclusiva para el proceso civil como en algún momento fue normativamente sugerido⁶⁴.

Ciertamente hasta la fecha sólo cabía hacer uso por analogía del art. 35 LOTC⁶⁵, precepto que, de una forma más explícita, contempla la promoción de cuestión de inconstitucionalidad en determinación de la resolución jurisdiccional a adoptar para ello (auto con carácter inimpugnable) y el momento procesal oportuno (“una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia”) con exigencia de otros dos requisitos procedimentales; en suma, la audiencia a las partes y Ministerio Fiscal así

SENDRA, V. “Luces y sombras de la reforma de la LOPJ”, *Revista General de Derecho Procesal* 2015, n° 35, <http://www.iustel.com>

⁶¹ Para una comparación entre el papel desarrollado por el Tribunal Constitucional y el TJUE, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales, véase MONTESINOS PADILLA, C. *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico-procesal: el caso español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, esp. pp. 277 y ss.

⁶² Una excepción en este sentido la constituye el trabajo de ADÁN DOMÉNECH, op. cit., pp. 6 y ss entendiendo que dicho precepto confirma la primacía del Derecho europeo sobre el interno. Así también, un breve comentario le dedica IGLESIAS SÁNCHEZ, S. “L’usage du renvoi préjudiciel par les juges espagnols”, *Revue des affaires européennes* 2016, n° 1, pp. 47-57, esp. pp. 50-51.

⁶³ Párrafo VI.II. Así de nuevo la clásica expresión “diálogo entre jueces” procedente del antiguo presidente del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Robert Lecourt, en su obra arriba mencionada.

⁶⁴ En su día art. 38 Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil presentado por el Ministerio de Justicia en abril 1997 y suprimido en el texto del posterior Anteproyecto de diciembre de 1997; al respecto JIMENO BULNES, M., “La supresión de la cuestión prejudicial comunitaria en el Anteproyecto de L.E.C”, en J. Picó i Junoy (coord.), *Presente y futuro del proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona 1998, pp. 121-133.

⁶⁵ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; versión consolidada disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

como la suspensión del proceso principal. Por su parte, el vigente art. 4 bis LOPJ estipula que “cuando los tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europeo lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”; para ulteriores precisiones debe acudir a la normativa europea (arts. 23 Estatuto del TJUE y 94 Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia⁶⁶) así como, por su gran interés práctico, a las Recomendaciones dirigidas desde el TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales antes citadas⁶⁷.

Así también en sede estatal merece destacarse la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n° 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas⁶⁸ la que, además de dar explicación y contenido al anterior art. 4 bis LOPJ, recuerda dos cuestiones importantes: por una parte, la primacía del Derecho de la Unión Europea asumida por el propio TC⁶⁹ y por otra, la obligación del juez nacional de

⁶⁶ El último precepto citado regula el contenido de la cuestión prejudicial que no sólo ha de incorporar las concretas preguntas que formule el órgano jurisdiccional *a quo* sino también: “a) una exposición concisa del objeto de litigio y de los hechos pertinentes, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la norma nacional aplicable en el litigio principal”. Estatuto y Reglamento del Tribunal de Justicia se encuentran disponibles en página web de la institución judicial europea arriba mencionada.

⁶⁷ Entre las muchas contenidas y en relación con el contenido que ha de observar la cuestión prejudicial al hilo del art. 94 Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 cabe destacar la Recomendación n° 17 en la que se invita al juez nacional a “indicar sucintamente su punto de vista sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones con carácter prejudicial” entendiéndose que la misma “resulta útil para el Tribunal de Justicia”.

⁶⁸ Disponible en buscador oficial de la Fiscalía General del Estado https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

⁶⁹ Sentencia de la Sala Primera, núm. 145/2012, de 2 de julio de 2012, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23001> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). En ella, siendo ponente el profesor y experto constitucionalista Aragón Reyes, se contienen pronunciamientos interesantes en estudio de las relaciones entre Derecho europeo y nacional; así, por ejemplo, “no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, toda vez que este control compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión

inaplicar la norma estatal contraria a la comunitaria y/o europea conforme a la predicada doctrina *Simmenthal*⁷⁰. Ello unido junto a alguna otra apreciación de interés también para los órganos jurisdiccionales nacionales, cuál es su competencia exclusiva y excluyente para apreciar la pertinencia del planteamiento de cuestión prejudicial (*Prüfungsrecht*) conforme a la jurisprudencia dictada en este sentido por el Tribunal de Justicia⁷¹.

Europea (SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3, entre otras muchas)” (FJ 4). Del mismo modo se afirma que “el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones” y como “los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31) ... con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea” (FJ 5).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, as. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49. Un ejemplo más actual lo constituye la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, *Procedimiento penal entablado c. Ivo Taricco y otros*, as. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555; en ella el Tribunal de Justicia declaró que las “disposiciones de Derecho primario de la Unión imponen a los Estados miembros una obligación de resultado precisa y no sujeta a condición alguna en cuanto a la aplicación de la norma que contienen, recordada en el anterior apartado” (apdo. 51). Tal actitud es lo que algún autor ha denominado la “vía italiana” de colaboración entre juez nacional y TJUE pues no en vano ambas cuestiones prejudiciales tienen el mismo origen; en concreto, PERLO, N. “L’affaire Taricco: la voie italienne pour préserver la collaboration des juges dans l’Union européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen* 2017, vol.53, n° 4, pp.739-768. Así también en nuestro país, siquiera por su referencia al “diálogo judicial” entre juez nacional y europeo, FAGGIANI, op. cit.

⁷¹ Por todas y según se cita en Instrucción 1/2016, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de septiembre de 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros c. Estado portugués*, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; en efecto en la misma se afirma textualmente “que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable y, en consecuencia, decidir no plantear al Tribunal de

No obstante, conviene recordar y así se realiza por la citada instrucción, la obligatoriedad del planteamiento de cuestión prejudicial por aquellos órganos jurisdiccionales, cuya concreta resolución no sea susceptible de recurso en el Derecho interno. Además se advierte que la infracción en este sentido del art. 267.III TFUE puede dar lugar –y así, en efecto, en algún momento ha ocurrido– a la interposición de recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)⁷². Dicha “sanción” se prevé igualmente en el Derecho interno de otros Estados miembros que disponen también de un sistema especial de protección de derechos fundamentales en sede constitucional⁷³.

Por todo ello y como conclusión inicial puede afirmarse el reconocimiento que de dicha primacía del ordenamiento jurídico europeo realizan ya los órganos jurisdiccionales españoles conforme la interpretación que del mismo realiza su supremo intérprete, cual es el TJUE a tenor del empleo del procedimiento prejudicial; primacía que, en la línea expuesta, ha sido reconocida

Justicia una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se ha suscitado ante él (véase la sentencia *Intermodal Transports*, C495/03, EU:C:2005:552, apartado 37 y jurisprudencia citada)” (FJ 40).

⁷² Como primer ejemplo Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 58/2004, de 19 de abril de 2004, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5063#> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). Véase comentario de UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. “El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo. (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial comunitaria)”, *Revista española de Derecho europeo* 2004, n° 11, pp. 441-474. Así también, al respecto, IZQUIERDO SANS, C. “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”, *Revista General de Derecho Europeo* 2011, n° 23, <http://www.iustel.com>. Por último, HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. “Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación post-Lisboa)”, *Revista española de Derecho europeo* 2011, n° 39, pp. 375-412.

⁷³ Es el caso de Alemania, si bien en este país se entiende que la violación tiene lugar del derecho al juez legal contemplado en art. 101.1 Ley Fundamental de Bonn, disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). Al respecto y con propuesta a la fecha de extensión de este sistema de protección a nuestro país, JIMENO BULNES, M. “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como juez legal en la R.F. Alemana. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alemán (BverfG)”, en *Estudios de Derecho Procesal: en honor de Victor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia 1990, pp. 289-311.

y “admitida” en sede constitucional⁷⁴. No en vano todos los jueces y tribunales nacionales de cualesquiera grado y situación se convierten en jueces europeos (antaño comunitarios); así también nuestro Tribunal Supremo, el que además, llegado el caso, habrá de justificar la impertinencia del planteamiento de cuestión prejudicial a la hora de aplicar la norma europea⁷⁵.

3.2. *El respeto a los principios clásicos del proceso civil*

Se argumenta desde la literatura⁷⁶ –y así parece apreciarse en un primer momento– que la nueva normativa procesal dictada al amparo de la jurisprudencia europea como es el caso de los mencionados artículos 557, 695 y 815 LEC en exigencia de la apreciación *in limine litis* y *ex officio* del carácter abusivo de las cláusulas de contratación al hilo, respectivamente, de un proceso de ejecución forzosa ordinaria, ejecución hipotecaria y proceso monitorio da lugar a la violación de los principios clásicos vigentes para el proceso civil, cuales son, básicamente, los principios dispositivo y de aportación de parte. Se argumenta, no sin bastante razón, que las últimas reformas procesales vienen dictadas “al compás” de las sentencias europeas⁷⁷, con profusión además del dictado de normativa específica que confunde al

⁷⁴ Así y entre otras, SSTC núm. 145/2012, cit. y 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24698> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). En esta última el TC, reiterando la doctrina emanada de sentencia anterior, declara que “sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)” (FJ 5 c).

⁷⁵ Por todas y a modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 13 de octubre de 2011, ROJ: STS 6834/2011, esp. FFJJ. 13 y ss.

⁷⁶ A modo de ejemplo, en clara crítica, GONZÁLEZ GARCÍA, S. “El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?”. *Diario La Ley*, 15 de diciembre de 2017, n° 9100. Ampliamente, ARMENGOT VILAPLANA, “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal* 2018, n° 44, <http://www.iustel.com>

⁷⁷ Vid. CEDEÑO HERNÁN, M. “La defensa del ejecutado frente a cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria. Crónica de cómo legislar al compás del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Díez-Picazo Giménez y Vegas Arces, vol. I, op. cit., p.737-760. La autora describe la jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas de inmediato referida, así como las distintas modificaciones legislativas emprendidas.

aplicador de la ley; a ello se unen sucesivas modificaciones de la legislación procesal civil ordinaria en escaso margen temporal⁷⁸ que complican aún más el horizonte judicial nacional.

A mayor abundamiento, se recuerdan por la academia procesal⁷⁹ otras diferentes sentencias europeas igualmente planteadas por órganos jurisdiccionales españoles que inciden en instituciones procesales clásicas y normativa procesal específica de nuestro proceso civil, muchas de ellas aún también en materia de cláusulas suelo. Así, de forma sucinta, la Sentencia del Tribunal de Justicia *Jorge Sales Sinué*, de 14 de abril de 2016⁸⁰, respecto de la suspensión de la acción individual promovida por un consumidor a favor de la acción colectiva interpuesta por asociación de consumidores por causa de prejudicialidad civil conforme el artículo 43 LEC (aquí admisible conforme la jurisprudencia europea por su carácter facultativo y no obligatorio), cuestión a resolver de momento por el Derecho interno ante el silencio del Derecho de la Unión⁸¹. Del mismo modo, con mayor

⁷⁸ A modo de ejemplo art. 693 LEC reformado por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, la reestructuración de deuda y alquiler social, arriba citada y posteriormente por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE de 14 de abril de 2015, n° 167, pp. 58125-58149. Respecto de tal promulgación a la fecha de legislación específica y modificación de ordinaria véase JIMENO BULNES, “El impacto de la crisis económica en la justicia civil”, op. cit., pp. 59 y ss; así también HERRERO PEREZAGUA, op. cit., pp. 25 y ss.

⁷⁹ Véanse, entre otros, trabajos ya citados de ADÁN DOMENECH, AGUILERA MORALES, ARMENGOT VILAPLANA, HERRERO PÉREZAGUA y SERRANO MASIP, *passim*.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), *Jorge Sales Sinué c. Caixaabanck S.A. y Yousouf Drame c. Catalunya Caixa S.A.*, as. C-381/14 y C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252. Así, textualmente, en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n° 9 de Barcelona, “el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva” (fallo).

⁸¹ En esta línea BELLIDO PENADÉS, R. “Un nuevo paso hacia la tutela judicial colectiva del consumidor en el derecho de la UE (A propósito de la STJUE de 14 de abril de 2016)”, en García-Rostán Calvín y Sigüenza López, op. cit., pp. 591-610, esp. p. 610.

problemática por la incompatibilidad que provoca con la norma nacional, el Auto del Tribunal de Justicia Ismael Fernández Oliva de 26 de octubre de 2016⁸² estableciendo la tutela cautelar de oficio en contra del principio de instancia de parte articulado en el artículo 721 LEC.

Otros ejemplos en este ámbito de discusión forense entre tribunal europeo y españoles lo constituye la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia *Banco Primus S.A.*, de 26 de enero de 2017⁸³, con motivo de un inciden-

⁸² Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), *Ismael Fernández Oliva y otros c. Caixabank S.A. y otros*, as. C-568/14 a C-570/14, ECLI:EU:C:2016:828. El tribunal europeo, a instancias del Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona, declara que “el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la examinada en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le une a un profesional adopte de oficio medidas cautelares, con la duración que estime oportuna, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente cuya solución puede ser aplicada a la acción individual, cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor sobre la base de la Directiva 93/13” (fallo).

⁸³ Ya arriba mencionada, en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Santander, otorgando el Tribunal de Justicia otorga distintos pronunciamientos. Entre ellos, por lo que aquí interesa en relación con el principio de preclusión procesal que “los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley” (fallo 1). Así también y por lo que atañe a la fuerza de cosa juzgada formal en virtud de art. 207 LEC el tribunal europeo estipula que, “en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas” (fallo 2.II); distingue aquí el Tribunal de Justicia según haya tenido

te de oposición en procedimiento de ejecución hipotecaria, de nuevo al hilo de la Directiva 93/13/CEE en defensa de intereses de consumidores y usuarios, si bien en este caso en relación a la nulidad de cláusulas de vencimiento anticipado; item más, procede aquí el Tribunal de Justicia a dictar indicaciones precisas al juez nacional, tanto para apreciar el carácter abusivo de las mismas⁸⁴ como sobre el cálculo de intereses moratorios. La citada sentencia presenta aún una mayor enjundia procesal, ya no sólo por corregir una vez más al Tribunal Supremo en su jurisprudencia al respecto sino por poner en entredicho principios procesales clásicos como la preclusión procesal e institutos como la cosa juzgada formal con base respectiva en artículos 136 y 207 LEC, suponiendo para algunos una verdadera crisis del sistema procesal patrio⁸⁵.

Por último, cabe destacar, aún anterior en el tiempo, por su carácter emblemático de ruptura con los principios dispositivos y aportación de parte aún en mayor medida que las anteriores, la sentencia del Tribunal de Justicia *Soledad Duarte Hueros*, de 3 de octubre de 2013⁸⁶, en la que se

lugar o no dicho examen por el juez *a quo* con motivo de incidente promovido por el ejecutado.

⁸⁴ Que aquí se destacan por su interés *pro futuro*, textualmente: “el examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración” (fallo 3.I). Al respecto, en particular, AGUILERA MORALES, op. cit., pp. 12 y ss.

⁸⁵ Vid. ADÀN DOMÈNECH, F. “STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español”, *Diario La Ley*, 15 de febrero de 2017, n° 8922, <http://diariolaley.laley.es>

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), *Soledad Huarte Dueros c. Auociba S.A. y Automóviles Citroën España S.A.*, as. C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637. En este caso el Tribunal de Justicia, a solicitud del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Badajoz, declara que “la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al

pone en cuestión disposiciones y principios procesales como los artículos 216 LEC (justicia rogada), 218 LEC (congruencia), 400 LEC (preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos) y 412 LEC (prohibición de cambio de demanda o *mutatio libelli*). No en vano, el tribunal europeo entiende aquí, en este caso en virtud de la aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁸⁷, la obligación también del juez nacional de acordar *ex officio* la reducción del precio del bien en cuestión en lugar de la resolución contractual (“quien puede lo más puede lo menos”), improcedente para el caso de autos, por cuanto no solicitada a instancia de parte. De nuevo además vuelve a estar presente el tema de la eficacia de la cosa juzgada, doctrina que, a juicio del tribunal europeo, resulta también aquí aplicable en el supuesto de autos con arreglo al citado artículo 400 LEC⁸⁸.

En efecto, justifica el Tribunal de Justicia su posición, en mayor o menor medida, para defender la presencia de un mayor principio de oficialidad en el seno del proceso civil español aún en detrimento de los clásicos principios dispositivo o aportación de parte en virtud de otros principios que él enuncia en sentencias como las citadas a fin de arbitrar una tutela preferente –aún discriminatoria– a favor de consumidores y usuarios; así, básicamente, principios de equivalencia y efectividad junto al de cooperación aplicables en el seno del Derecho interno, tanto de naturaleza material como procesal⁸⁹. Ello si bien el

consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda” (fallo).

⁸⁷ DOUE de 7 de julio de 1999, n° L 171, pp. 12-16.

⁸⁸ Textualmente, “con arreglo al artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento. Efectivamente, en virtud del instituto de la cosa juzgada, dicha demanda resultaría inadmisibles” (FJ 36). Ello si bien se discute entre la bibliografía procesal si el art. 400 LEC se refiere exclusivamente a la preclusión de los elementos fácticos y jurídicos integradores de la *causa petendi* de la pretensión o bien se extiende al *petitum que* conforma la misma, posición que en el primer caso no conllevaría a la aplicación de la cosa juzgada y sí en el segundo. En particular ARMENGOT VILAPLANA, “La incidencia de la doctrina del TJUE”, op. cit., pp. 15 y ss así como SERRANO MASIP, op. cit., pp. 28 y ss. Parece tener más adeptos la primera postura; en particular, GRANDE SEARA, P. “Cosa juzgada material y preclusión de acciones ex artículo 400 LEC: inadecuada equiparación de su tratamiento procesal” y VALLINES GARCÍA, E. “Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ambos en Díez-Picazo y Vegas Torres, vol. II, op. cit., pp. 1619-1642 y 3171-3196.

⁸⁹ En suma, “dicha regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulada de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los

Tribunal de Justicia afirma su respeto por el principio de autonomía procesal de los Estados miembros⁹⁰ –en este caso, a favor de la presencia del principio dispositivo en el proceso civil– entendiendo el mismo compatible con anteriores principios de equivalencia y efectividad tal y como reconoció en su día en las sentencias *van Schijndel*⁹¹ y *van der Weerd*⁹² entre otras.

Por otra parte, ha de reconocerse que el margen de apreciación de oficio del juzgador estatal está ya presente en la legislación procesal civil española desde la fecha de 2000⁹³, constituyendo el mayor ejemplo para ello el artículo 429 LEC en previsión de las denominadas diligencias finales⁹⁴. Así también se reconoce, en términos generales, la excepción al principio

derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C472/11, apartado 26 y jurisprudencia citada)” (Sentencia del Tribunal de Justicia *Soledad Duarte Hueros*, cit., FJ 31).

⁹⁰ Con dudas KAKOURIS, C. “Do the Members States possess “procedural” autonomy?”, *Common Market Law Review* 1997, vol. 35, n° 6, pp. 1389-1412. El autor considera que ninguna sentencia del Tribunal de Justicia utiliza textualmente tal denominación.

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, *Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten*, as. C-430/93 y C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441, textualmente: “esta limitación está justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención. Este principio aplica concepciones compartidas por la mayoría de los Estados miembros en cuanto a las relaciones entre el Estado y el individuo, protege el derecho de defensa y garantiza el buen desarrollo del procedimiento, en particular, al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos” (FJ 21).

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de junio de 2007, *J. van der Weerd y otros c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, as. C-222/05 a C-225/05, ECLI:EU:C:2007:318, textualmente: “El Derecho comunitario no obliga al juez nacional, en un procedimiento como el del asunto principal, a examinar de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones de la normativa comunitaria, puesto que ni el principio de equivalencia ni el principio de efectividad lo exigen” (fallo).

⁹³ Por todos los numerosos trabajos del profesor Picó i Junoy, máximo experto en nuestro país en materia probatoria; entre muchos, PICÓ I JUNOY, J. “La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites”, *Revista del Poder Judicial* 1998, n° 51, pp. 269-302. Así también, sobre los orígenes de esta iniciativa probatoria judicial, PICÓ I JUNOY, J. “El juez civil y la prueba: una historia mal contada (1)”, *Diario La Ley*, 14 de enero de 2009, n° 7092, <http://diariolaley.laley.es> Ampliamente, PICÓ I JUNOY, J. *El juez civil y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J.M. Bosch, Barcelona 2007.

⁹⁴ Por todos, con variedad de ejemplos jurisprudenciales, BELHADJ BEN GÓMEZ, C. “Artículo 429.1 de la ley de enjuiciamiento civil. Iniciativa probatoria del tribunal. *Ex officio iudicis*”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 2018, n° 1, pp. 23-32.

dispositivo en virtud de la tutela judicial del interés público⁹⁵ habiéndose de recordar igualmente la propia concepción ideológica que enmarca el origen del principio dispositivo en el seno del proceso civil; esto es, la entonces concepción liberal de la sociedad, lo que hace preciso distinguir entre protección judicial de intereses privados y públicos⁹⁶.

De este modo y en términos generales, se defiende el carácter de orden público que reúnen ciertas disposiciones o normas, como es el caso de la citada Directiva 93/13/CEE en defensa de consumidores y usuarios, lo cual justifica *per se* la apreciación de oficio por parte del juzgador de instancia a fin de obtener su cumplimiento. Todo ello aún cuando no haya sido objeto de introducción por las partes del proceso de los concretos hechos que puedan dar lugar a vulneración de la misma (principio de aportación de parte) ni solicitada *ex parte* la declaración de las consecuencias jurídicas previstas en dicha norma para tales hechos o supuestos de hecho (principio dispositivo)⁹⁷. En este sentido, pues, no ha de sorprender la posición del TJUE en anterior jurisprudencia velando por la apreciación judicial de oficio en la instancia en amparo de la tutela y protección judicial de consumidores y usuarios, quienes contratan en una relación de desigualdad con el empresario y/o profesional⁹⁸; principio de igualdad que también tiene su traslación al proceso (igualdad procesal) y que junto a otros como el de contradicción igualmente propone el Tribunal europeo también para la materia que nos ocupa⁹⁹.

⁹⁵ Para un estudio básico, ORTELLS RAMOS, M. *Introducción al Derecho Procesal*, Thomson Reuters– Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 315 y ss, bajo la denominación por su parte en estos casos de “principio dispositivo formal”. Sobre los principios procesales en general PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona 2011.

⁹⁶ As, CASTILLEJO MANZANARES, R. “Proceso civil y principio dispositivo”, en R. Castillejo Manzanares (dra.), L. Noya Ferreiro y A. Rodríguez Álvarez (coords.), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 21-37, esp. p. 25.

⁹⁷ En esta línea, ARMENGOT VILAPLANA, A. “El acceso a la justicia en la jurisprudencia de los tribunales estatales y supra-estatales. Dinámicas de retroalimentación”, en C. García-Pascual (coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 135-168, esp. pp. 138-139.

⁹⁸ Por todos y en particular, NIEVA FENOLL, J. “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 2017, n° 1, pp. 181-210 y *Diario La Ley*, 14 de junio de 2017, n° 9000, <http://diariolaley.laley.es> El autor realiza todo un estudio de la evolución del principio dispositivo a lo largo de los tiempos en justificación de la apreciación judicial de oficio de ciertas excepciones procesales, como aquí el caso de la abusividad de la cláusula.

⁹⁹ Así Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipal y Viktória Csipal*, as. C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, textual-

Finalmente y en último extremo, el mantenimiento del equilibrio así entre principios procesales en sede nacional junto a principios materiales enunciados en sede europea (equivalencia y efectividad) no compete sino a órganos de la jurisdicción ordinaria en su doble faceta de jueces nacionales y europeos bajo el auxilio del Derecho interno¹⁰⁰. Cabe recordar a mayor abundamiento que estos últimos siempre podrán acudir al planteamiento de la cuestión prejudicial europea; más aún ahora que, como ha sido arriba expuesto, se encuentra expresamente contemplada en el mencionado artículo 4 bis LOPJ asegurando al menos la resolución del caso concreto en su diaria tarea de “juzgar y ejecutar lo juzgado” (art. 117.3 CE).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la luz de lo hasta aquí expuesto es evidente el papel fundamental que desarrolla el TJUE como vehículo dinamizador del Derecho de la Unión Europea, papel que, especialmente y como ha sido dicho, ejerce el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial a modo de legislador

mente: “el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (véase la sentencia *Comisión/Irlanda y otros*, antes citada, apartados 55 y 56)” (FJ 30).

¹⁰⁰ En concreto mediante el instituto de la revisión civil en posibilidad de atacar la autoridad de cosa juzgada de una sentencia firme, no admisible en nuestro país a la fecha conforme anterior art. 510 LEC según ha sido expuesto ni tampoco exigido por la jurisprudencia del TJUE. A modo de ejemplo Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, *Dragoș Constantin Târșia c. Statul român y Serviciul public comunitar regim permise de conducere si inmatriculara a autovehiculelor*, as. C-69/2014, ECLI:EU:C:2015:662. En ella el Tribunal de Justicia declara que “el Derecho de la Unión, en particular, los principios de equivalencia y efectividad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme, mientras que tal posibilidad existe en lo que atañe a las resoluciones judiciales firmes incompatibles con el Derecho de la Unión dictadas en procedimientos administrativos” (fallo).

europ¹⁰¹ y con carácter de tribunal constitucional. Han sido aquí mostrados ejemplos en temática diversa en el seno del proceso civil y dentro de aquella relativa a principios e instituciones procesales diversas. Otros quedarían por venir en el futuro a la luz de previos anuncios manifestados desde Luxemburgo, aún declarada la inadmisibilidad por motivos también procesales como es la propia noción de órgano jurisdiccional promotor de la cuestión prejudicial que da lugar a siguiente casuística.

En este sentido y todavía atingente al control de oficio en la instancia respecto de la posible abusividad de cláusulas contractuales con relación a la Directiva 93/13/CEE y otras¹⁰² (además del art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o CDFUE¹⁰³ en términos generales), cabe destacar la sentencia del Tribunal de Justicia *Margarit Panicello*, de 16 de febrero de 2017¹⁰⁴. El marco procesal nacional se sitúa en torno a un procedimiento de jura de cuentas conforme a los arts. 34 y 35 LEC. Ciertamente no llegamos a conocer la opinión del Tribunal de Justicia declarada su incompetencia para dirimir la presente cuestión prejudicial planteada a la fecha por un Secretario Judicial, como era de esperar, no admitido dentro de la noción de órgano jurisdiccional utilizada por el TJUE. Pero aún dicha sentencia permite abrir el debate sobre el carácter administrativo y/o procesal del procedimiento de jura de cuentas y su atribución al ahora Letrado

¹⁰¹ Vid. TRIDIMAS, T. “Knocking on heaven’s door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure”, *Common Market Law Review* 2003, vol. 40, n° 1, pp. 9-50, esp. p. 1.

¹⁰² En concreto, Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, DOUE de 11 de junio de 2005, n° L 149, pp. 22-39.

¹⁰³ DOCE de 18 de diciembre de 2000, n° C 364, pp. 1-22, hoy contenida como anexo a los tratados europeos según publicación en DOUE de 30 de marzo de 2010, n° C 83, pp. 389-403. Como es sabido el art. 47 CDFUE contempla el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial; al respecto FAGGIANI, V. “El derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo* 2014, n° 33, <http://www.iustel.com>

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), *Ramón Margarit Panicello c. Pilar Hernández Martínez*, as. C-503/15, ECLI:EU:C:2017:126. La petición de decisión prejudicial procede del Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa y no resulta ser única en su especie; así el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 2 de mayo de 2017 en el asunto *María Assumpció Martínez Rogés c. José Antonio García Sánchez*, as. C-609/15, ECLI:EU:C:2017:372, donde se archiva otra cuestión prejudicial planteada desde la misma oficina judicial.

de la Administración de Justicia (LAJ)¹⁰⁵ mientras que las Conclusiones de la Abogada General se pronuncian sobre su capacidad para apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas de contratación, en este caso entre cliente y profesional abogado y/o procurador, la cual sería en el mismo sentido predicable del juez si así tuviera atribuida competencia para ello¹⁰⁶.

De este modo, cabe recordar una vez más la creciente influencia que cobra la jurisprudencia europea en el seno del proceso interno, léase aquí civil hasta configurar un nuevo proceso civil europeo en sintonía con la rúbrica de la presente contribución. No obstante y en términos generales, conviene también apuntar que, dentro de dicha jurisprudencia europea, sin duda, han existido sentencias que han desplegado mayor influencia que otras y, curiosamente, no siempre este mérito corresponde a aquellas sobre las que se presupone mayor repercusión¹⁰⁷, constituyendo la mejor prueba de ella su posterior cita a modo de precedente jurisprudencial; por ello ha sido apuntado el carácter “selectivo” en la recepción jurisprudencial europea por parte de los Estados miembros¹⁰⁸. También ha sido argumentado a este respecto el frecuente empleo de “hipótesis” por parte de las sentencias de los tribunales europeos, imagen que no parece compaginarse con el principio de seguridad jurídica al que ha de aspirar cualquier resolución que obtenga autoridad de cosa juzgada¹⁰⁹.

¹⁰⁵ En esta línea CARRERA HERNÁNDEZ, F.J. “¿Son los Secretarios Judiciales órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia?”, *Revista General de Derecho Europeo* 2016, n° 38, <http://www.iustel.com>, p. 12. Desde la perspectiva procesal se viene poniendo de relieve la “ampliación de la técnica monitoria” en el seno del proceso civil; así en particular, GÓMEZ AMIGO, L. “Evolución y ampliación de la técnica monitoria en el proceso civil”, en Herrero Perezagua, op. cit., pp. 229-259.

¹⁰⁶ Vid. Conclusiones Abogada General Juliane Kokott presentadas el 15 de septiembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:696. Al respecto SERRANO MASIP, “Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno”, op. cit., pp.20 y ss.

¹⁰⁷ Parece el exponente más claro en este sentido y aún ajeno a nuestro proceso civil lo constituye la sentencia del tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, arriba citada; dicha sentencia que instaura el efecto directo de Derecho de la Unión Europea en la línea antes expuesta, a diferencia de lo cual pudiera creerse, ha tenido un impacto muy limitado en el conjunto de la jurisprudencia europea. En este sentido DERLÉN, M. y LINDHOLM, J., “Goodbye *van Gend en Loos*, Hello *Bosman*? Using network analysis to measure the importance of individual CJEU judgments”, *European Law Journal* 2014, vol. 20, n° 5, pp. 667-687.

¹⁰⁸ Así, MICHL, F. “Zur selektiven Rezeption europäischer Rechtsprechung”, *Europarecht* 2018, n° 4, pp. 456-476.

¹⁰⁹ Así BERTRAND, B. “La Cour de Justice et l’Hypothèse”, *Cahiers de droit européen* 2013, vol. 49, n° 2, pp. 445-490.

Por otra parte y dentro del seno de la concreta operativa judicial para nuestro país en materia procesal civil, ha de calificarse como bastante satisfactorio en general el grado de observancia de la jurisprudencia europea en sede estatal como prueban las sentencias dictadas en la materia que hoy nos ocupa¹¹⁰ y las reformas legislativas emprendidas en la línea arriba apuntada, aún a juicio de algunos incompletas¹¹¹. Es por ello aquí fundamental la actividad desempeñada, no sólo por la institución judicial europea sino también por los jueces y tribunales estatales pues no hay diálogo sin interlocutores con voluntad de cooperación¹¹² siendo además fundamental la formación de estos últimos en materia de Derecho de la Unión Europea¹¹³. En este sentido ha de destacarse que, en general, es cada vez mayor la promoción de cuestiones prejudiciales por órganos jurisdiccionales estatales como lo demuestra la práctica judicial recogida¹¹⁴, cuyo planteamiento

¹¹⁰ A modo de ejemplo y entre muchas otras Autos de Audiencias Provinciales de Valencia, Sección 6ª, núm. 258/2016, de 28 de junio de 2016, JUR/2017/95066 y núm. 307/2017, de 21 de julio de 2017, JUR/2018/2436 así como de Zaragoza, Sección 4ª, núm. 126/2017, de 5 abril de 2017, JUR/2017/166636. En la misma línea el Tribunal Supremo, por ejemplo, por todas en sentencia de Sala de lo Civil nº 265/2015, de 22 de abril de 2015, ROJ: STS 1723/2015. Sobre el cumplimiento de la jurisprudencia europea por parte de Juzgados y Tribunales españoles incluido Tribunal Supremo en esta última y otras sentencias véase ADÀN DOMÈNECH, F. “Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejercita el vencimiento anticipado”, *Diario La Ley*, 6 de marzo de 2018, nº 9152, <http://diariolaley.laley>

¹¹¹ De este modo, ACHÓN BRUÑÉN, M.J. “Deficiencias existentes en la regulación del proceso de ejecución ordinario e hipotecario. Erratas no corregidas, contradicciones legales, lagunas normativas, preceptos que causan indefensión o contrarios a los postulados del TJUE”, *Proceso civil: cuaderno jurídico* 2018, nº 132, pp. 7-26, con cita de ejemplos en articulado procesal civil ordinario y especial.

¹¹² Sobre la importancia de la cooperación y comunicación interjudicial juez europeo-juez estatal al hilo de un caso concreto en empleo del procedimiento prejudicial véase BUTLER, G. y SADL, U. “The preliminaries of a reference”, *European Law Review* 2018, vol. 43, nº 1, pp. 120-128.

¹¹³ Por ello que para la Comisión europea constituye un pilar fundamental la formación judicial en el seno de los Estados miembros y por ello el lanzamiento en su día de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones “Crear confianza en una justicia europea. Nueva dimensión de la formación judicial europea”, Bruselas, 13 de septiembre de 2011, COM (2011) 551 final disponible en buscador del servidor oficial EUR-Lex <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/pre-acts.html> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). Al respecto, ZÁRATE CONDE, A., “La nueva estrategia de la Unión Europea en la formación judicial para el período 2019-2025”, *Diario La Ley*, 29 de enero de 2018, nº 9128, <http://diariolaley.laley.es>

¹¹⁴ Pueden consultarse los correspondientes informes y estadísticas anuales de la institución judicial europea en el servidor oficial ULR https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/es/. En concreto por lo que respecta al año 2017 se indica una cifra global

también compete a España; ello pese a que en nuestro país todavía se reputa insuficiente el conocimiento y aplicación del nuevo Derecho Procesal europeo por parte de nuestros operadores jurídicos¹¹⁵.

Todo lo cual hace concluir que el papel del Tribunal de Justicia, lejos de estimarse agotado, sigue siendo a fecha de hoy crucial y de creciente importancia en la interpretación y/o apreciación de validez del Derecho de la Unión Europea con influencia, por ende, en nuestro Derecho Procesal interno, aquí y ahora, procesal civil. Sirva a modo de ejemplo para ello la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que aún está por venir en la línea más arriba anunciada a instancia del planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de jueces y tribunales españoles, aún sobre el tema de la apreciación de oficio de cláusulas abusivas con motivo de reciente jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en esta materia¹¹⁶. De nuevo el Tribunal de Justicia podrá actuar como garante de la tutela y la actuación del Derecho objetivo en el ejercicio de su función jurisdiccional¹¹⁷ como cualesquiera órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

de 533 señalando aquellos países de donde procede el mayor número de cuestiones prejudiciales y así Alemania (149), Italia (57), Holanda (38), Austria (3) y Francia 25, sin datos para España (p. 32).

¹¹⁵ En esta línea y desde esta visión crítica, ANDREU MORA, I. y PUIGCERVER ASOR, C. R. “Las dificultades de la armonización: la escasa aplicación del derecho procesal europeo”, en A. de la Oliva Santos (dr), M.P. Calderón Cuadrado, M. Cedeño Hernán y V. Pardo Iranzo (coords.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pp.151-194.

¹¹⁶ En la actualidad se espera resolución a cuestión prejudicial planteada por Juzgado de Primera Instancia n° 38 de Barcelona con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, n° 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, ROJ: STS 4308/2017. El alto Tribunal declaró que las cláusulas de la contratación que referencian un interés remuneratorio en virtud del IRPH no recaen en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE y, por tanto, no procede su control de oficio en la instancia; no obstante, dicha sentencia deja ya manifiesta la discrepancia en la Sala al añadir un voto particular de dos de sus magistrados. Al respecto, PÉREZ DAUDÍ, V. “El IRPH. ¿Otro conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Reflexiones procesales a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre de 2017 (1)”, *Diario La Ley*, 5 de abril de 2018, n° 9171, <http://diariolaley.laley.es> También los medios de comunicación se han hecho eco de la noticia; a modo de ejemplo, “El TJUE tardará unos 2 años en responder a la cuestión prejudicial por IRPH”, *Conflegal* 30 de mayo de 2018, <https://conflegal.com/20180330-el-tjue-tardara-unos-2-anos-en-responder-a-la-cuestion-prejudicial-planteada-por-irph/> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

¹¹⁷ Así HERRERO PEREZAGUA, J.F. *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, p. 15.

Capítulo 6

Derecho comunitario, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y tribunales nacionales: algunas cuestiones problemáticas

FAUSTINO CORDÓN MORENO
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Navarra*

RESUMEN: En el texto se analizan diversas cuestiones que surgen del “diálogo” entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional y que han planteado problemas o suscitado dudas en la práctica.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial efectiva. Cuestión prejudicial. Derecho comunitario. Control por el Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: The paper discusses various issues that arise from the “dialogue” between the European Union Court of Justice and national courts, including the Constitutional Court, and that have raised problems or doubts in practice.

KEY WORDS: Effective judicial protection. Request for a preliminary ruling. European law. Control by the Constitutional Court.

1. El tema general que me ocupa es el “diálogo” entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y los tribunales nacionales, que sin duda plantea numerosas cuestiones problemáticas que concitan nuestro interés. En esta colaboración plantearé algunas de ellas, en lo esencial expuestas en mi intervención en el I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. Todas ellas han surgido de la lectura de sentencias del Tribunal Constitucional (TC) y, sin duda, son conocidas. Las comparto ahora con el único propósito de que muevan a una mayor reflexión.

2. En la primera de ellas analizo la cuestión prejudicial de derecho comunitario desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución (CE): ¿existe el derecho constitucional a que el juez (ordinario) plantee una cuestión prejudicial de Derecho comunitario”. El problema ha sido ana-

lizado varias veces por el TC y me parece que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

a) La STC 212/2014, de 18 de diciembre, considera que semejante cuestión se encuentra extramuros del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley –que había sido el invocado como lesionado por la parte recurrente– y la analiza desde la perspectiva del derecho a la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho. Con cita de un buen número de sentencias, da una respuesta negativa, recordando la siguiente doctrina: “Así pues, en principio, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales porque, a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad¹, la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio”.

b) Por este motivo –continúa la sentencia– hemos afirmado que ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpre-

¹ La semejanza entre ambas cuestiones prejudiciales es manifiesta. No obstante, el TC ha precisado que el régimen de una y otra es diferente: “La cuestión de inconstitucionalidad –art. 163 CE– y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario –arts. 19. 3b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) [antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)]– están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes” (STC, Pleno, 78/2010, de 20 de octubre). El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta imprescindible en relación con las normas legales posteriores a la CE si no existe la posibilidad de lograr una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la Norma Suprema: solo mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede llegarse a dejar sin aplicación una norma legal posterior a la Constitución y que contradice a ésta. En cambio, la obligación de plantear una cuestión prejudicial de Derecho comunitario desaparece “tanto cuando la cuestión suscitada sea materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich* y *Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria”.

tación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia, la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE —al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE— no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.”

En resumen, concluye la sentencia, “desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto. De ahí que, en relación con la temática sobre la que versa el presente recurso, en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.”

Cuestión distinta es que el juez nacional deje de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, por entender que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea. Ello es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción (v. la STC 58/2004, FFJJ 9 a 14).

c) Ahora bien, ha dicho la STC 135/2017, de 27 de noviembre, el que no exista un derecho de la parte al planteamiento de la cuestión prejudicial, no significa que su solicitud sea irrelevante: “el Tribunal, ante la puesta de manifiesto de la necesidad u oportunidad de la misma, debe motivar suficientemente su opción. Y ello sería, en principio, englobable dentro del canon general de control externo de la motivación de las resoluciones judiciales. No se exige, pues, un canon constitucional reforzado para fundamentar en Derecho la negativa de un órgano jurisdiccional a presentar una cuestión prejudicial de interpretación (en este sentido”. En definitiva, cuando el órgano judicial decide no plantear dicha cuestión no existe vulneración de los derechos garantizados en el art. 24 CE y, en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva, porque “no hay un derecho de la parte en un proceso al planteamiento de la cuestión prejudicial”, pero si hay solicitud el Tribunal debe motivar suficientemente su respuesta negativa.

d) Hasta aquí la doctrina que podemos considerar asentada. Sin embargo, el voto particular formulado por la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita a la STC 212/2014 recuerda que, con anterioridad (SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre), el TC había declarado “que el no planteamiento de la cuestión prejudicial (ante la solicitud de parte) puede llevar aparejada la lesión del art. 24.2 CE por incumplimiento de la obligación de remitir al intérprete de la normativa europea el cuestionamiento sobre el alcance de una norma, salvo que sea patente que no concurre duda alguna aplicando los criterios jurisprudenciales europeos al respecto”. La Sentencia del Pleno –continúa– opta por aplicar el canon general de interpretación de la legalidad ordinaria interna, desconociendo los parámetros del Derecho europeo respecto a la delimitación del *acto claro*, asentados sobre la ausencia intersubjetiva de duda alguna”. Con tal razonamiento –concluye el voto particular– se produce un lamentable retroceso con respecto a la doctrina resultante de la STC 58/2004, que inauguraba un nuevo posicionamiento sobre la relevancia constitucional de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, y “la obligación impuesta por el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de plantear la cuestión queda excepcionada con base en un particular entendimiento de la doctrina europea del acto claro que la desfigura hasta hacerla irreconocible”².

3. En el eventual recurso de amparo constitucional que se inicie invocando la vulneración de ese pretendido derecho a que el órgano judicial interno plantee una cuestión prejudicial de derecho comunitario la STC 135/2017, de 27 de noviembre, mitiga el alcance del presupuesto de haber

² En efecto, esta sentencia (58/2004), llegó a la conclusión de que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho comunitario sin mediar cuestión prejudicial de interpretación sobre éste, cuando, según el TC, existían las condiciones para haberla planteado en términos obligatorios, constituía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías. Para la sentencia no fue el hecho en sí de dejar de aplicar una ley por contraria al Derecho comunitario, sino el modo de inaplicarla, lo que desembocó en la estimación del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; concretamente, el dejar de aplicarla negando al justificable una interpretación del Tribunal de Luxemburgo sobre la norma europea determinante de la inaplicación (por incompatibilidad) de la ley nacional, cuando dicha interpretación, a la luz de las circunstancias del caso, debía haberse forzado vía prejudicial. En definitiva, y según la misma STC 58/2004, cuando resulta procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE, tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una norma de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, se produce una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías.

invocado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello, previsto en el artículo 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), precisando que el requisito debe entenderse cumplido cuando la invocación se efectúa por primera vez en el incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo.

Por otra parte, la misma sentencia sostiene que se cumple el requisito de la relevancia constitucional del recurso de amparo en tal caso, considerando que su admisión “daría lugar a la posibilidad de matizar o aclarar la doctrina del Tribunal respecto a la cuestión de la obligación de presentación de cuestión prejudicial europea por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”³. Pero, aunque así no fuera, la cuestión también podría ser examinada por el TC si en el recurso de amparo se acumulan otras vulneraciones de derechos fundamentales y se justifica la trascendencia constitucional de alguna de ellas, aunque la de las demás sea discutible o claramente inexistente. Dice al respecto la misma sentencia: “La concurrencia de este motivo de especial trascendencia, ligado por el recurrente solo a una de las lesiones, no debe impedir que, superada la fase de admisión, el Tribunal se pronuncie sobre todos los extremos alegados. Como es nuestra doctrina, la trascendencia constitucional constatada se predica del asunto en su totalidad y el hecho de detallar en la providencia de admisión uno de los motivos y no todos ellos no supone que el Tribunal deba limitar el análisis de las lesiones efectivamente vinculadas a esa alegada trascendencia”.

La precedente STC 2/2013, de 14 de enero lo dice todavía con mayor claridad: “En este caso, una vez admitido el recurso por apreciarse la especial trascendencia constitucional, no es posible seleccionar los motivos que deben ser objeto de enjuiciamiento en el proceso, como se pretende por el Abogado del Estado, puesto que el amparo constitucional no ha

³ En esta línea, dentro del ámbito del proceso contencioso-administrativo el legislador ha considerado que integra un supuesto en el que se podrá considerar que existe interés casacional aquél en el que la resolución recurrida «interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial» (art. 88.2. f) LJCA). Es verdad que no ha querido el legislador elevar esta circunstancia a la categoría de presunción de la existencia de interés casacional (apartado tercero de ese mismo precepto), pero su toma en consideración pone de manifiesto la importancia que se concede a la institución en el seno del proceso contencioso-administrativo.

perdido su dimensión subjetiva como instrumento procesal para preservar o restablecer las violaciones de los derechos y libertades fundamentales, de manera que si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, como aquí ha sucedido, debe ser admitido y examinado en la totalidad de su contenido, sin que sea posible incluir o excluir determinados motivos en función de su especial trascendencia constitucional. Dicho en otras palabras, la especial trascendencia constitucional se exige del recurso y no de cada uno de los motivos en concreto, todo lo cual nos lleva a desestimar el óbice opuesto por el Abogado del Estado”.

4. ¿Es posible el control por el TC en un recurso de amparo de la no aplicación, al resolver la cuestión de fondo, de una norma jurídica de Derecho Comunitario cuando exista una interpretación auténtica de la misma efectuada por el TJUE?

La cuestión que resuelve la STC 232/2015, de 5 noviembre, es “si la decisión de no reconocer al recurrente, que es profesor interino, el derecho a percibir los complementos específicos de formación popularmente conocidos como *sexenios*, a los que habría tenido derecho de ser funcionario de carrera en lugar de funcionario interino es o no conforme con los arts. 14 y 24 CE”. El recurrente planteó el tema, con carácter principal, como un problema de discriminación en que está en juego el derecho a la igualdad del art. 14 CE, invocando en apoyo de su petición, tanto en la vía administrativa como en la judicial, la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), sobre el trabajo de duración determinada, que, con fundamento en el “principio de no discriminación” (cláusula 4, punto 1, del acuerdo marco), equipara este tipo de trabajo al de duración indeterminada. Y ante la desestimación de su petición, invocó como primer motivo del recurso de amparo la vulneración de su derecho de igualdad ante la ley. Sin embargo, el TC prescinde de la perspectiva del artículo 14 CE y reconduce el amparo, de manera exclusiva, a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, cuya vulneración también había sido invocada por el recurrente, al entender que “(l)a queja principal que da sustento a todo el recurso es la que se dirige contra la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la que el recurrente reprocha no haber resuelto su caso de forma adecuada, esto es, aplicando directamente la Directiva 1999/70/CE tal y como había sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...)”.

Y situados en esta perspectiva (del art. 24 CE), el problema que se plantea es si la no aplicación, para resolver la cuestión de fondo, de una norma sustantiva (en este caso, la Directiva comunitaria) tiene relevancia constitucional, a pesar de que, como se encarga de recordar la sentencia del TC analizada, “ni el fenómeno de la integración europea, ni el art. 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, de rango y fuerza constitucionales (por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), con cita de otras”.

Dicho con otras palabras, y planteando el problema con carácter general, puesto que la no aplicación de la Directiva comunitaria fue determinante del pronunciamiento de la sentencia (recurrida en amparo) y, en consecuencia, forma parte del núcleo de la decisión de fondo, se plantea si el Tribunal Constitucional puede realizar el control de constitucionalidad de dicho pronunciamiento al amparo del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la CE; y en caso afirmativo, cuál es el canon o criterio aplicable a ese control.

Sin duda, este control es posible, y así lo afirma expresamente la sentencia analizada, siquiera el mismo tenga carácter excepcional. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido genérico y complejo que se proyecta a lo largo de todo el proceso, desde su inicio (el acceso a la jurisdicción) hasta el final (la eventual ejecución) y a su amparo el TC puede controlar, básicamente, los aspectos procesales de la controversia, que constituyen el núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva: “La pretensión apoyada en la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (por la respuesta dada por el tribunal ordinario) puede exigir así que este Tribunal analice y pondere, como en muchas ocasiones ha hecho, la interpretación y aplicación de las normas procesales... Es difícilmente imaginable, sin embargo, un supuesto en el que, a partir exclusivamente de una pretensión de este género (relativa al derecho fundamental a la tutela judicial), deba este Tribunal enjuiciar la aplicación de las normas legales sustantivas llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria y de la que, por hipótesis, no se sigue ningún daño para ningún otro derecho fundamental” (STC 50/1984, de 5 de abril).

Pero, como digo, siquiera excepcionalmente, ha realizado este control. Efectivamente, el TC ha distinguido con claridad ambos ámbitos (procesal y material), aplicando criterios o cánones de control diferentes: cuando la controversia se refiere únicamente a la selección, interpretación y aplica-

ción de la legalidad sustantiva, “el referido canon debe aplicarse de forma cualitativamente distinta y, por supuesto, mucho más restrictiva que en los casos en los que la controversia constitucional afecta a contenidos propios y específicos (de contenido procesal) del derecho a la tutela judicial efectiva, como pueden ser el acceso a la jurisdicción o, con otra intensidad, al acceso a los recursos” (ATC 284/2002, de 15 septiembre).

Si se trata del control material, es decir, si lo que se debate es la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 de la Constitución, el derecho a la tutela judicial, ciertamente, no asegura el triunfo de una pretensión determinada ni el acierto de la decisión adoptada, preservando de errores a su fundamentación jurídica o a la elección de la norma aplicable; la función del Tribunal Constitucional, en efecto, no es la propia de un tribunal de apelación o de casación, por lo que, con carácter general, no puede controlar el juicio de fondo (de hecho y de derecho) de la decisión judicial, ya que, de lo contrario, se transformaría el recurso de amparo en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria (v. STC 257/1993, de 20 de julio).

Pero el derecho fundamental (a la tutela judicial efectiva) –ha dicho el TC– sí garantiza que la decisión judicial sea una respuesta fundada en Derecho, lo cual, según el máximo intérprete de la Constitución, comporta dos exigencias que se complementan: la existencia de motivación (la resolución debe exponer los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión) y que la misma sea razonable; porque una aplicación de la legalidad que fuese arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable sería una mera apariencia y no podría considerarse fundada en Derecho a los efectos del derecho a la tutela judicial. Y según la jurisprudencia constitucional no se cumplen tales exigencias (determinantes de que la resolución sea fundada en Derecho), con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros, en los siguientes casos.

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, lo cual es diferente de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes, porque “la CE no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial” (STC 175/1992, de 2 de noviembre).

b) Cuando la motivación sea sólo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable o incurre en error patente. Al respecto, ha dicho el ATC 33/2007, de 12 de febrero: “la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, deber que no queda cumplido con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería entonces una mera apariencia, lesionando, por ello, el derecho a la tutela judicial”. Este Tribunal “incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” (ATC 284/2002, de 15 septiembre).

Según la sentencia del TC analizada, ese mismo derecho a la tutela judicial efectiva, y también el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, garantizan que los jueces y tribunales resuelvan “conforme al sistema de fuentes establecido” (STC 58/2004, FJ 14, y, en el mismo sentido, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Y ello ha llevado al TC a declarar:

a) Por un lado, y como ya antes dije, que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14). Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).

b) Y por otro, y es lo que ahora interesa subrayar, que corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión

cuando, como ocurre en el caso resuelto por la sentencia analizada, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio TJUE. “En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)”.

Con más razón, si como ocurría también en el caso resuelto por la sentencia, esa jurisprudencia del TJUE había sido introducida y formaba parte del objeto del debate.

5. ¿Suspende el planteamiento de una cuestión prejudicial los procesos pendientes que versen sobre el mismo objeto?

Es conocido el ATS de 8 de febrero de 2017 (RJ 2017/365), en el que el TS acuerda formular al TJUE dos concretas peticiones de decisión prejudicial sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos celebrados con consumidores, con el fin de determinar, en concreto, el alcance que debe darse a la declaración del carácter abusivo de las mismas cuando prevén que con un solo plazo impagado se puede dar por vencido anticipadamente el préstamo.

Planteada esta cuestión prejudicial y pendiente de resolución, obviamente, quedó en suspenso la decisión del TS (v. el art. 23, I del Estatuto del TJUE); pero fueron iniciados procesos individuales de ejecución hipotecaria en los que se planteaba el mismo problema (carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado) y en los que los órganos judiciales correspondientes acordaron también la suspensión del proceso. Se plantea, pues, el problema de si es procedente esta suspensión acordada dentro de un proceso diferente de aquel en que se formuló la cuestión prejudicial de derecho comunitario.

El AAP Murcia (Cartagena) 187/2017, de 7 de noviembre (JUR 2018\9832) aborda la cuestión y da una respuesta afirmativa con “argumentos, tales como que (a) la jurisprudencia del TJUE que recaiga va a resultar vinculante, conforme al art. 4 bis LOPJ..., y, suscitada una cuestión en la que se plantea cuál es la interpretación más favorable al consumidor, que es el interés más digno de protección, podría éste verse frustrado si se acoge uno distinto y la resolución que se dicte alcanza cosa juzgada; y (b) que el propio Tribunal Supremo se ha desvinculado de pareceres previos y ha entendido procedente la suspensión en auto de 12 de abril de 2016 (asunto de las cláusulas suelo) sin necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE; concretamente, después

de precisar que de ordinario lo que procedería sería el “planteamiento de una cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE, al estar planteadas varias cuestiones prejudiciales sobre dicha materia, algunas en avanzado estado de tramitación, carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal, pues nada añadiría a la resolución de la cuestión por el TJUE y supondría una mayor dilación en la resolución de este recurso”, concluye: “Por tanto, en una interpretación conjunta del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del proceso en el que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y el art. 267 TFUE, procede la suspensión del presente recurso de casación hasta la resolución que la cuestión prejudicial C- 154/15”.

La respuesta me parece razonable. En mi opinión, podría haberse acudido, como argumento de cierre, a la aplicación analógica del art. 43 LEC, que reconoce al juez la facultad de suspender el proceso en los casos de prejudicialidad civil cuando concurren los requisitos que en el precepto se señalan. Tales requisitos –carácter prejudicial de la cuestión e inviabilidad de la acumulación de procesos– se cumplen en el caso y, aunque podamos estar de acuerdo con el auto en que la cuestión prejudicial de derecho comunitario europeo no es exactamente la cuestión prejudicial civil del art. 43 LEC⁴, no me parece que existan obstáculos graves para la aplicación analógica del precepto a que hago referencia.

6. Planteo, por último, la cuestión de si es posible la revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional fundada en otra posterior dictada por el TJUE que resuelve la cuestión litigiosa de manera diferente (de forma que, si dicho tribunal nacional hubiera esperado al dictado de dicha sentencia, su resolución hubiera sido otra).

⁴ Así lo entiende el Auto examinado, que fundamenta en la diferencia la exclusión del recurso de apelación previsto en el art. 43.2 LEC en el caso de la cuestión prejudicial comunitaria: “(...) no estamos ante un caso de prejudicialidad civil estrictamente hablando. Como argumentamos en nuestro Auto de 13 de junio de 2017..., en la supuesta infracción del art. 43 LEC, concretamente del último inciso de su párrafo segundo, en cuanto que prevé que “contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación”, por mucho que a ese artículo se refiera el auto apelado y que en el escrito promoviendo el incidente se destaque su último inciso con mayúsculas, en negrita y subrayado, no resulta de aplicación a este supuesto. Tal precepto va referido a la prejudicialidad civil con relación al objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil y, por tanto, no comprende la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE. Como ha señalado esta Audiencia Provincial de Murcia, el citado artículo 43 sólo contempla la prejudicialidad civil y no la del derecho de la Unión Europea”.

La STS 81/2016, de 18 de febrero (JUR 2016/41637) desestima tal pretensión (en el caso de revisión de una sentencia firme dictada por el propio TS fundada en esta causa), analizando, con carácter previo, el problema (estrictamente procesal) acerca de si la sentencia del TJUE tiene el valor de un documento recobrado de naturaleza decisiva a los efectos de fundamentar la revisión en el motivo 1º del artículo 510 de la LEC.

La sentencia da una respuesta negativa a la cuestión previa planteada realizando estas dos consideraciones:

a) La sentencia no es un documento a los efectos procesales pretendidos, sino una resolución jurisdiccional que establece determinada doctrina legal: “El art. 510.1.a) LEC se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados o a su contenido”.

b) En todo caso, la sentencia del TJUE es de fecha posterior a la resolución cuya revisión se pretende, por lo que, como fácilmente se puede colegir, no puede constituir el documento decisivo que exige la ley porque no existía al dictarse la que se pretende revisar. La jurisprudencia ha dicho de manera reiterada que “el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó para la parte la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que la causa de no haber podido el demandante de revisión disponer de él ha de ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte”.

Sobre la cuestión general de si es posible la revisión por tal causa, la sentencia recuerda que el TJUE ha admitido la posibilidad de revisar un acto administrativo como consecuencia de una sentencia posterior por él dictada, pero no la revisión de una sentencia firme: “el Derecho comunitario no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está prevista en la normativa procesal nacional”.

Y en nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal alguna respecto a dicha posibilidad de revisión. “El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 5 bis LOPJ y apartado 2 del art. 510 LEC, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE”.

Por consiguiente, concluye la sentencia, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas

procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión.

El ATS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017/2121) insiste en esta doctrina de que no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior: “La trascendencia de una sentencia del TJUE en la que se establezca una doctrina incompatible con la mantenida hasta ese momento por un tribunal español, y en concreto por el Tribunal Supremo, consiste, en lo que aquí interesa, en que la jurisprudencia nacional debe modificarse para adaptarse a la jurisprudencia del TJUE”⁵; pero tal doctrina no tiene consecuencias sobre resoluciones firmes anteriores, tal y como expresamente está previsto, en el Derecho interno, por el artículo 228.1 de la Ley de la Jurisdicción social⁶ y por el artículo 40.1 de la LOTC⁷. Y la razón no es otra que el respeto a la cosa juzgada: “(...) el respeto a la institución de la cosa juzgada que impide reabrir procesos finalizados por sentencia firme (cosa juzgada formal) y que se abra un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y resuelto por sentencia firme (cosa juzgada material, en su aspecto negativo), incluso en los supuestos en que se produzca una modificación de la jurisprudencia, por propia iniciativa del Tribunal Supremo o porque esa modificación venga impuesta por la doctrina que en una determinada materia establezca el Tribunal Constitucional, tiene también anclaje constitucional, en el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución, y es reconocida en otros sectores del ordenamiento jurídico”.

⁵ Tal modificación es una exigencia de la integración de España en la Unión Europea, de la cesión del ejercicio de la soberanía que esta integración conlleva y de la función del TJUE como máximo intérprete del Derecho de la Unión. Por tales razones la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido el nuevo artículo 4 bis de la LOPJ.

⁶ «Los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada.»

⁷ «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.»

Capítulo 7

La adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado

CARMEN SENÉS MOTILLA
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. PRELIMINAR. 2. LA “PRETENDIDA” ADAPTACIÓN PRETÉRITA. 3. BALANCE DE SITUACIÓN. 4. LA ADAPTACIÓN EN CIERNES: EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El estudio aborda la problemática que plantea la adaptación del vencimiento anticipado a la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Esta problemática se desencadenó a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz); pervive con la regulación actual en sede de ejecución hipotecaria, y está llamada a concluir si, finalmente, ve la luz el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El estudio da cuenta de la inseguridad jurídica que marca la situación actual, de las cuestiones prejudiciales pendientes y de las nuevas bases del régimen futuro del vencimiento anticipado.

PALABRAS CLAVE: cláusulas abusivas; vencimiento anticipado; ejecución hipotecaria; contratos de crédito inmobiliario.

ABSTRACT: The study addresses the problems posed by the adaptation of the early expiration date to the Directive on unfair terms in consumer contracts. This problem was triggered by the Judgment of the Court of Justice of March 14, 2013 (Aziz case). It remains in the current regulation on the foreclosure process, although is doomed to disappear if, finally, the Draft Law regulating real estate credit contracts is approved. The study shows either, the legal uncertainty that marks the current situation, the questions referred for a preliminary ruling and the new bases of the future regulation of early expiration date.

KEY WORDS: unfair terms; early expiration date; foreclosure; real estate credit contracts.

1. PRELIMINAR

La adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado tiene como telón de fondo la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993,*

sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva). De *lege data*, la adaptación ha incidido en el proceso de ejecución hipotecaria¹, aunque la práctica judicial confirma que dicha adaptación aún no ha concluido.

De forma sintética, podemos decir que la adaptación a la Directiva del vencimiento anticipado cuenta con un pasado, un presente y un futuro cuyos respectivos hitos pasamos a abordar.

2. LA “PRETENDIDA” ADAPTACIÓN PRETÉRITA

Vino propiciada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, en la que respecto de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el Tribunal proporcionó a los tribunales de los Estados miembros de la Unión –no solo al juez español proponente de la cuestión prejudicial– los parámetros para verificar el control de contenido o de abusividad de la citada cláusula, a saber: *“si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”* (apartado 73)².

Esta sentencia alentó la reforma del artículo 693, apartado 2, de la LEC, que a partir de entonces subordina el ejercicio de la facultad del vencimiento anticipado en el proceso de ejecución hipotecaria al incumplimiento por el deudor de tres mensualidades de pago o de un número de cuotas equivalente a tres mensualidades³.

¹ Nos referimos a la reforma del vencimiento anticipado por causa de la adaptación a la Directiva (art. 693.2 LEC), pues la incidencia de ésta en el sistema procesal español también ha afectado a la ejecución ordinaria fundada en título extrajudicial y al proceso monitorio.

² STJUE (Sala Primera), asunto C-415/11, Aziz.

³ La reforma fue acometida mediante *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. No obstante, la norma vigente proviene de la reforma de mejora técnica llevada a cabo por la *Ley*

La adaptación a la doctrina del Tribunal de Justicia que acometió la reforma procesal en 2013 fue insuficiente, tal y como denotan las cuestiones promovidas respecto del artículo 693. En particular, las dudas versaban sobre si la falta de pago de tres mensualidades constituye el parámetro de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, así como sobre si el control de abusividad debe atender al tenor de la cláusula contractual, tal y como fue predispuesta por el profesional o, en otro caso, si debe atender al ejercicio que el banco haga, en el caso concreto, de la facultad del vencimiento anticipado. Al respecto, el Tribunal de Justicia, en un expreso Auto de 11 de junio de 2015, entendió, por un parte, “*que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula*” (apartado 52), y por otra parte, que “*teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto*” (apartado 53)⁴.

De la doctrina del Tribunal de Justicia se infiere, a las claras, que la observancia del requisito prescrito en el artículo 693.2 de la LEC no prejuzga la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado; y también, que la abusividad no depende de las circunstancias concretas en que el profesional haya hecho uso de la facultad del vencimiento anticipado, es decir, que el control de abusividad es un control abstracto –no concreto–, de los términos en que la cláusula fue predispuesta por aquél.

En esta tesitura, la cuestión que se suscita es cuál es el sentido y alcance de este requisito procesal que prescribe la LEC. Al respecto, consideramos que el artículo 693.2 recoge un *requisito de procedibilidad* del proceso de ejecución hipotecaria, cuya inobservancia –poco probable en la práctica– abocaría inexorablemente a la inadmisión a trámite de la demanda ejecutiva.⁵

19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

⁴ ATJUE (Sala Sexta), asunto C-602/13, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A./Quintano Ujeta y Sánchez García.

⁵ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARON, C., “Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipa-

3. BALANCE DE SITUACIÓN

Respecto de la situación actual que presenta el vencimiento anticipado a la luz de la Directiva, esta es de incertidumbre, debido fundamentalmente a la cuestión prejudicial promovida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (Pleno), en Auto de 8 de febrero de 2017⁶.

En dicho auto, la Sala Primera cuestiona su propia doctrina jurisprudencial vertida, *obiter dictum*, en la Sentencia 23 de diciembre de 2015⁷, esto es: (1) la posible apreciación de la abusividad del inciso de la cláusula de vencimiento anticipado relativo al impago de una sola cuota y el mantenimiento de la facultad del vencimiento anticipado (nulidad parcial de la cláusula); añadiendo el auto de planteamiento como coletilla, “*con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad*”; y (2) la posibilidad de que el tribunal nacional, tras la declaración de abusividad del vencimiento anticipado, pueda valorar que la aplicación de una norma supletoria de Derecho nacional –se refiere al artículo 693.2 de la LEC– aunque determine el inicio o la continuación de la ejecución es más favorable para el consumidor que sobreseer dicho procedimiento y relegar al acreedor a que inste en el declarativo la resolución el contrato o la reclamación de las cantidades debidas, y subsiguiente

do: auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 46, 2018, pág. 26.

⁶ ATS, 1ª (Pleno), N° de Recurso 1752/2014 (Roj: ATS 271/2017 – ECLI: ES:TS:2017:271A).

La valoración crítica de la doctrina de la Sala Primera puede verse en SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “*Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17)*”, en *Diario La Ley*, N° 9171, de 5 de abril de 2018 (disponible en www.laleydigital.com, LA LEY 2537/2018).

⁷ STS, 1ª (Pleno), N° 705/2015 (Roj: STS 5618/2015 – ECLI: ES:TS:2015:5618).

A partir de esta Sentencia de la Sala Primera se ha producido un caos en el ámbito judicial español: (i) hay tribunales que siguen “a pies juntillas” la doctrina del Tribunal Supremo, y ante la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado confieren traslado a las entidades de crédito (ejecutantes) para que efectúen una nueva liquidación de la deuda y, tras ella, ordenan la continuación de la ejecución; (ii) otros tribunales, en cambio, valoran las consideraciones del Tribunal Supremo como lo que verdaderamente son, *obiter dicta*, no vinculantes y, en consecuencia, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado sobreseer los procedimientos ejecutivos; y (iii) hay tribunales que consideran que la doctrina del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado es inconciliable con la Directiva, y al igual que sucediera en su día con la cláusula suelo han promovido cuestión prejudicial sobre dicha doctrina ante el Tribunal de Justicia (Asunto C-167/16, BBVA).

ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial reporta al consumidor⁸.

Respecto de la primera cuestión sometida al Tribunal de Justicia, llamamos la atención sobre el contenido de “*la coletilla*” que introduce la Sala Primera, por cuanto denota que la Sala estima viable el control concreto de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, en contra del carácter abstracto que ha concluido el Tribunal de Justicia. Y respecto de la segunda consideración que la Sala vierte en el auto, estimamos que ni el artículo 693.2 de la LEC es una *norma supletoria* en Derecho español –más bien parece ser la expresión de un pacto intersubjetivo–, ni la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la sustitución, en beneficio del consumidor, de una cláusula abusiva por una norma nacional es aplicable cuando la cláusula controvertida no afecta a un elemento esencial del contrato, como es el caso del vencimiento anticipado que es una cláusula accesorias⁹.

La vista de esta cuestión prejudicial tuvo lugar a mediados del pasado mes de mayo y las conclusiones del Abogado General no respaldan la doctrina de la Sala Primera¹⁰.

A pesar de su relevancia, la cuestión promovida por la Sala Primera no es la única pendiente ante el Tribunal de Justicia en materia de vencimiento anticipado. En particular, han sido cuestionados los aspectos y factores siguientes:

(1) Los factores para concluir sobre la abusividad: se ha cuestionado si la apreciación de la abusividad debe limitarse a las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato o si se puede atender también a la gravedad del incumplimiento en momentos posteriores a la perfección de aquél¹¹.

(2) Las consecuencias “sustantivas” de la abusividad: a pesar de que la cláusula de vencimiento anticipado no afecta a un elemento esencial del contrato, se ha cuestionado la compatibilidad de la Directiva con la subsistencia de éste cuando la nulidad de la citada cláusula lo haga “irrazonablemente oneroso” para el profesional¹². Igualmente, en la tesitura

⁸ Asunto C-70/17, Abanca Corporación Bancaria, S.A./García Salamanca Santos.

⁹ Cfr. STJUE (Sala Cuarta), de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Kásler y Káslené Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt (apartados 82 a 84) y STJUE (Sala Primera), de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco S.A./Hidalgo Rueda y otros, y Caixabanc S.A./Rueda Ledesma y otros (apartado 33).

¹⁰ Conclusiones del Sr. Szpunar, presentadas el 13 de septiembre de 2018.

¹¹ Asunto C-486/16, Bankia S.A./Sánchez Martínez y Sánchez Triviño.

¹² Asunto C-92/16, Bankia S.A./Rengifo Jiménez y Felix Caiza.

de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, se ha cuestionado la aplicación al contrato de préstamo del artículo 1124 del Código Civil¹³.

(3) Las consecuencias procesales de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado: dichas consecuencias se han cuestionan desde distintos puntos de vista. Atendido el principio de efectividad, se cuestiona que los derechos o remedios del consumidor frente al vencimiento anticipado dependan de la clase de procedimiento entablado por el profesional¹⁴. También se cuestiona que la regla correctora del vencimiento anticipado (el incumplimiento de tres plazos) venga de la mano de una norma procesal aplicable en un procedimiento concreto¹⁵. Desde la óptica de la cosa juzgada formal, y partiendo de la sucesión de distintos procesos de ejecución con apoyo en el mismo título y entre las mismas partes, se cuestiona la compatibilidad de la Directiva con la vinculación del juez del segundo proceso a la declaración de nulidad por abusividad declarada en el primero, en resolución sin eficacia de cosa juzgada material, y la posible desvinculación al despacho de la ejecución acordado por el tribunal de apelación en el segundo proceso¹⁶. Esta cuestión se asienta en dos premisas que, a mi modo de ver, son erróneas: la primera, que los pronunciamientos sobre abusividad dictados en el proceso de ejecución carecen de eficacia de cosa juzgada; y la segunda, que es posible la sucesión de procedimientos de ejecución con apoyo en un mismo título.

La versión más cruda frente a la doctrina de la Sala Primera la proporciona la cuestión promovida por el Juzgado de Primera Instancia, Nº 2, de Santander, al preguntar si es posible que la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no tenga consecuencias en el procedimiento en que se declara¹⁷.

4. LA ADAPTACIÓN EN CIERNES: EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Respecto de la futura adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado, se está tramitando en el Congreso de los Diputados el *Proyec-*

¹³ Asunto C-179/17, Bankia S.A./Lau Mendoza y Rodríguez Ramírez.

¹⁴ Asunto C-92/16, Bankia S.A./Rengifo Jiménez y Felix Caiza.

¹⁵ Asunto C-167/16, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Quintano Ujeta y Sánchez García.

¹⁶ Asunto C-486/16, Bankia, S.A./Sánchez Martínez y Sánchez Triviño.

¹⁷ Asunto C-167/16, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Quintano Ujeta y Sánchez García.

to de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), que persigue trasponer a nuestro ordenamiento la *Directiva 2014/17/UE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial* (además de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria; E.M. II)¹⁸.

La Ley cuenta con cuarenta y siete artículos, nueve disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, derogatoria y dieciséis disposiciones finales, algunas de las cuales modifican otros tantos textos normativos (leyes Hipotecaria; sobre Condiciones Generales de la Contratación; de Enjuiciamiento Civil; de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; y de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, además del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

El Capítulo I define el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley, que se extiende a todas las *personas físicas* –trabajadores autónomos incluidos–, ampliando así el ámbito de la Directiva –circunscrito a consumidores–; sanciona, como regla, el carácter imperativo de las disposiciones de la Ley y de sus normas de desarrollo, así como la nulidad de pleno derecho de los actos que las contravengan.

El Capítulo II, en sus respectivas secciones: (1) Recoge los principios de actuación en la concesión de créditos inmobiliarios; las características generales de la información precontractual y la Tasa Anual Equivalente; refuerza la función de asesoramiento del notario y su deber de comprobación de los requisitos de información precontractual que permitan considerar que el prestatario ha podido comprender la carga jurídica y económica del préstamo (transparencia en sentido material); (2) Prevé normas de conducta que los prestamistas, los intermediarios de crédito inmobiliario y los representantes designados deben cumplir en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios; prohíbe con carácter general las ventas vinculadas, e incorpora el derecho del consumidor a convertir el préstamo denominado en moneda extranjera a la moneda en la que el prestatario reciba sus ingresos o en la del

¹⁸ BOCG, Congreso, Serie A, Núm. 12-1.

Estado miembro en que resida; y (3) Regula la forma, ejecución y resolución de los contratos. Como novedad, establece el derecho del prestatario a reembolsar, con carácter general, todo o parte del préstamo sin tener que soportar comisiones o compensaciones para el prestamista; favorece la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuya finalidad sea modificar el tipo de interés variable a uno fijo; dispone una nueva regulación de los intereses de demora –que en aras de la seguridad jurídica se fijan en el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en que el préstamo resulte exigible–, así como del vencimiento anticipado, aspecto este cuya importancia capital merece una consideración separada.

En materia de vencimiento anticipado, el Proyecto de Ley incluye las siguientes novedades:

1^a) Los requisitos del vencimiento anticipado se residencian en sendas leyes sustantivas: el artículo 22 de la LCCI¹⁹, y su correlativo para los créditos con garantía hipotecaria, el nuevo artículo 219 bis de la LH.²⁰ Como

¹⁹ Bajo la rúbrica de “Vencimiento anticipado”, el artículo 22 del Proyecto de LCCI es del siguiente tenor:

“1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses.

ii. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.”

²⁰ A tenor del artículo, “Tratándose de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por

contrapartida, el Proyecto prevé la supresión en el artículo 693.2 de la LEC del requisito sobre la falta de pago de tres mensualidades (o un número de cuotas equivalente) y la remisión a las citadas leyes sustantivas.²¹

El cambio de sede normativa es sustancial, por cuanto dota de eficacia general a la nueva regulación del vencimiento anticipado, cualquiera que sea la clase de procedimiento utilizado por el prestamista –ya declarativo o de ejecución, ya ordinario o especial– y la clase de acción ejercitada –ya personal o hipotecaria–. Con ello, el Proyecto de Ley sale al paso de alguna cuestión prejudicial que cuestiona que los derechos o ventajas sustantivos del consumidor estén supeditados a que éste se someta a un procedimiento de ejecución especialmente expeditivo (ejecución hipotecaria)²². En cambio, no alteran de sede normativa los medios de “reacción” del prestatario frente al ejercicio de la facultad del vencimiento anticipado, que inopinadamente, –¿o acaso asumiendo la doctrina de la Sala Primera sobre las “bondades” del proceso de ejecución hipotecaria?– continúan anclados en un procedimiento concreto (art. 693.3 LEC).

2ª) Acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia en el caso *Aziz* y con ascendencia en el Derecho alemán pero “a la baja” (cfr. art. 498 BGB), la nueva

construir para uso residencial, perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: (...) (DF 1ª, apartado 3, PLCCI).

²¹ A tenor del precepto, “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 15 de la Ley XX/17, reguladora de los contratos de crédito Inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria” (la remisión al artículo 15 se refiere en realidad al artículo 22).

Repárese en el diverso ámbito de aplicación subjetivo de este artículo (prestatario persona física, no necesariamente hipotecante) y el que define el artículo 22 (prestatario, fiador o garante persona física). Sobre la disparidad del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de estos preceptos v. CABANAS, R., “Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Diario La Ley*, N° 9047, de 22 de septiembre de 2017 (disponible en www.laleydigital.com, LA LEY 11795/2017) y AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *La Ley Mercantil*, N° 42, diciembre 2017 (disponible en www.laleydigital.com, LA LEY 18598/2017). También concurre disparidad respecto del ámbito de aplicación objetivo; al respecto, v. BERROCAL LANZAROT, A.I., “Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, en *Actualidad Civil*, N° 1, enero 2018 (disponible en www.laleydigital.com, LA LEY 268/2018).

²² Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia (N° 1) de Fuenlabrada, asunto C-92/16, Bankia S.A./Rengifo Jiménez y Felix Caiza.

regulación del vencimiento anticipado toma en consideración la “cuantía” y la “duración” del préstamo (falta de pago del 2% del préstamo si la mora se produce en la primera mitad de la duración del préstamo, o el 4% si se produce en la segunda mitad). Subsiste, no obstante, el sistema de “cuotas” (el impago de nueve o doce mensualidades, respectivamente), cuya formulación principia con el inexorable inciso “*se considerará cumplido este requisito*”.

3ª) Las reglas del vencimiento anticipado no admiten pacto en contrario. Con esta previsión se suprime el control de abusividad de las cláusulas contractuales que se atengan a lo dispuesto en la ley, dado que las disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo exceden el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 1.2 y Preámbulo, párrafo XIII).

4ª) Bajo la rúbrica de “*Contratos preexistentes*”, la Disposición Transitoria primera, apartado 4, del Proyecto de Ley extiende la aplicación de los nuevos requisitos del vencimiento anticipado al incumplimiento que se produzca a partir de la entrada en vigor de la Ley, “*aunque los contratos se hubieran celebrado con anterioridad e incluso aunque contuvieran alguna estipulación al respecto*”. Con las reservas que comporta cualquier pronunciamiento sobre una disposición en trámite parlamentario, me atrevería a apuntar la posible incompatibilidad de la Directiva con el contenido de esta norma, que entraña la “*convalidación legal*” de la abusividad de concretas cláusulas de vencimiento anticipado. No en vano, el Tribunal de Justicia ya ha rechazado la acomodación del tenor de una cláusula abusiva a una norma nacional de contenido más favorable al consumidor, como la que sobrevino con la reforma del artículo 693.2 de la LEC. Al respecto, esclarecedor es el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 enero 2017:

*“La Directiva 93/13 se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2 de la Ley 1/2000 (...), que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”.*²³

El Capítulo III establece el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes y los prestamistas inmobiliarios; el Capítulo IV, el régimen sancionador de éstos; y la Disposición Transitoria 3ª dispone un “*Régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo*”, que en cumplimiento de la Sentencia

²³ STJUE (Sala Primera), asunto C-421/14, Banco Primus/Gutiérrez García.

cia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2015²⁴, abre de nuevo el plazo para formular un incidente extraordinario de oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales basado en la existencia de cláusulas abusivas.

Como quiera que la Comisión Europea ha interpuesto un recurso contra España por no haber adoptado antes del 21 de marzo de 2016 las medidas necesarias para la aplicación de la Directiva 2014/17/UE y haya solicitado la imposición de una cuantiosa multa coercitiva (Asunto C-569/17), el Proyecto gubernamental previó la entrada en vigor de la ley –con excepciones–, el día siguiente a la publicación oficial²⁵. Aunque vista la demora que arrastra la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, la cuestión es inquietante: ¿Llegaremos a tiempo de evitar tal descalabro?

5. CONCLUSIÓN

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que la adaptación del vencimiento anticipado a la normativa europea sigue siendo una asignatura pendiente del sistema procesal español. Me atrevería a aventurar que la ejecución hipotecaria con apoyo en una cláusula de vencimiento anticipado redactada en la forma “*tradicional*” está tocada de muerte; y quizás también, que corto es el camino recorrido sobre su adaptación respecto del que aún nos queda por recorrer.²⁶

6. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *La Ley Mercantil*, N° 42, diciembre 2017 (disponible en www.laleydigital.com, LA LEY 18598/2017).

²⁴ STJUE (Sala Primera), asunto C-8/14, BBVA, S.A./Penalva López, López Durán y Fernández Gabarro.

²⁵ Sobre el particular reflexionaba en su día ALBIEZ DORHRMANN, K.J., “Una *vactio legis* común para la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, en *Diario La Ley*, N° 9120, de 17 de enero de 2018 (disponible en www.laleydigital.es, LA LEY 172/2018).

²⁶ Estudio realizado en el marco de los proyectos “*Asignaturas pendientes del sistema procesal español*” (DER2017-83125-P) y *Red Temática “Justicia Civil: Análisis y Prospectiva”* (DER2016-81752-REDT), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciados con FEDER.

- ALBIEZ DORHRMANN, K.J., “Una *vactio legis* común para la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, en *Diario La Ley*, N° 9120, de 17 de enero de 2018 (disponible en www.laleydigital.es, LA LEY 172/2018).
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, en *Actualidad Civil*, N° 1, enero 2018 (disponible en [www.laleydigital](http://www.laleydigital.es), LA LEY 268/2018).
- CABANAS, R., “Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Diario La Ley*, N° 9047, de 22 de septiembre de 2017 (disponible en [www.laleydigital](http://www.laleydigital.es), LA LEY 11795/2017).
- FERNÁNDEZ CARON, C., “Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado: auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 46, 2018.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17)”, en *Diario La Ley*, N° 9171, de 5 de abril de 2018 (disponible en [www.laleydigital](http://www.laleydigital.es), LA LEY 2537/2018).

Capítulo 8

La adaptación del derecho procesal español a las directivas antidiscriminatorias de la UE. Especial atención a la distribución de la carga de la prueba

GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Gerona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. 2.1. La discusión sobre la existencia de un derecho fundamental de los particulares a no ser discriminados frente a otros particulares y la prohibición de discriminar entre particulares en el derecho privado español. 2.2. Especial referencia a la discriminación indirecta. 2.3. Las consecuencias jurídicas del acto discriminatorio en las relaciones jurídico-privadas. 2.3.1. La nulidad de pleno Derecho. 2.3.2. Responsabilidad por daños y perjuicios. 3. LA “LABORALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN. PARTICULAR REFERENCIA A LA PRUEBA. 4. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CIVILES QUE VERSAN SOBRE DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES. 4.1. La distribución de la carga de la prueba en el derecho de la UE. 4.1.1. Preceptos relevantes de las directivas antidiscriminatorias. 4.1.2. El mecanismo de facilitación probatoria introducido por las directivas antidiscriminatorias, ¿se pone en marcha mediante la acreditación de ciertos hechos o basta realizar meras afirmaciones?. 4.1.3. ¿Inversión de la carga de la prueba, presunción o rebajamiento del grado de certeza?. 4.2. El régimen de la carga de la prueba relativa a la discriminación entre particulares en derecho español. 4.2.1. La fragmentaria legislación española sobre carga de la prueba en materia de discriminación entre particulares. 4.2.2. Carga de la prueba en materia de no discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas. 4.2.3. Carga de la prueba en materia de no discriminación en razón del sexo: Art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. 5.1. La problemática importación de las instituciones probatorias norteamericanas al Derecho de la Unión Europea y de sus Estados miembros. 5.2. Las presunciones y la inversión de la carga probatoria atendiendo a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria como forma idónea para afrontar los problemas probatorios en materia de Derecho antidiscriminatorio.

RESUMEN: El trabajo se inicia con un breve estudio del tratamiento de la discriminación en Derecho privado español como paso previo al estudio de los preceptos probatorios contenidos en las diferentes directivas antidiscriminatorias europeas. Finalmente se acomete el análisis de la profusa legislación española relativa a la

prueba en los procesos civiles que versan sobre discriminación, entre las que destaca el art. 217.5 LEC, y se formulan una serie de consideraciones conclusivas en las que, en suma, se defiende la conveniencia de no apartarse de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba para hacer frente a los problemas probatorios del actor en los procesos civiles relativos a la discriminación entre particulares.

ABSTRACT: The work starts with an overview of the Spanish anti-discrimination private law as a preliminary step prior to analyze the evidenciary provisions contained in a set of European anti-discriminatory directives. Thereafter, the paper focuses on the abundant Spanish statutory provisions governing evidence in civil litigation relating anti-discriminatory issues, especially the article 217.5 of the Spanish Civil Procedure Code. Finally, the author reaches some conclusions among which is worth noting the need not to depart from the ordinary rules governing the allocation of the burden of proof in dealing with the hardships posed to the plaintiffs in anti-discriminatory litigation.

PALABRAS CLAVE: Derecho antidiscriminatorio; prueba judicial; carga de la prueba; proceso civil; Derecho de la Unión Europea.

KEY WORDS: *Antidiscrimination-Law; Evidence Law; burden of the proof; civil procedure; European Unión Law*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a no sufrir discriminación por parte de los poderes públicos forma parte esencial del acervo jurídico del mundo civilizado. Es indudable que el así llamado Derecho antidiscriminatorio ha desarrollado en este campo un conjunto razonablemente completo de técnicas e instrumentos destinados a proteger a los ciudadanos frente a discriminaciones provenientes del aparato estatal. El de las relaciones entre particulares, en cambio, es un ámbito en el que la prohibición de discriminar incide de un modo más problemático. La cuestión del alcance y extensión del derecho de los particulares a no ser discriminados por otros particulares resulta, en efecto, altamente polémica en la doctrina científica, hasta el punto de haberse puesto en tela de juicio la propia vigencia o validez de tal derecho.

La Unión Europea, inspirada en la dilatada tradición del Derecho antidiscriminatorio norteamericano, ha promulgado un abigarrado número de directivas dirigidas a hacer frente a la discriminación en el ámbito del Derecho privado. Y uno de los aspectos por los que dicha legislación demuestra una especialísima predilección es el de los mecanismos o medios para facilitar a la persona agraviada la carga de probar la discriminación ante los tribunales. El legislador español, por su parte, ha secundado con entusiasmo la obra emprendida por el legislador europeo y ha generado

una considerable floración de normas procesales encaminadas a facilitar al actor el levantamiento de su carga probatoria cuando acciona con fundamento en la discriminación. Una de ellas, aunque no la única, es nada menos que el apartado 5º del art. 217 LEC.

2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

2.1. *La discusión sobre la existencia de un derecho fundamental de los particulares a no ser discriminados frente a otros particulares y la prohibición de discriminar entre particulares en el derecho privado español*

En Derecho español, la procedencia de aplicar la prohibición de no discriminar en las relaciones entre privados acostumbra a ir ligado con el interrogante de si los derechos fundamentales y, en concreto, el de la igualdad, pueden exigirse también frente a los particulares y no sólo frente a los poderes públicos. Más precisamente, la cuestión, según dicho planteamiento, estribaría en determinar si un particular puede lesionar frente a otro el derecho fundamental previsto en el art. 14 CE.

Como señala BILBAO UBILLOS, la doctrina española está dividida en dos corrientes entorno a esta cuestión: *es indudable que el principio general de igualdad «es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico en todas sus ramas» (STC 38/1986, de 21 de marzo) y como tal vincula al legislador (en cualquier sector del ordenamiento) y a quienes ejercen la potestad reglamentaria. Este principio constitucional opera, además, directamente, como criterio de valoración de la licitud de la actuación de los poderes públicos. La cuestión es si su vigencia se extiende ex Constitutione, sin necesidad de una previa mediación legislativa, al ámbito de las decisiones o normas emanadas de la voluntad de uno o varios sujetos privados. En otras palabras, si puede concebirse como un principio regulador de las relaciones sociales que podría invocar cualquier afectado por comportamientos supuestamente arbitrarios de un particular o una entidad privada*¹.

El Tribunal Constitucional ha sugerido en alguna ocasión que los derechos contenidos en los arts.14 a 29 CE pueden surtir algún tipo de eficacia entre particulares. A parte de tratarse de consideraciones reali-

¹ Cfr. *Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares*, cfr. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 147 y 148.

zadas fundamentalmente en relación con asuntos laborales y no existir al respecto un pronunciamiento de carácter general o suficientemente explícito, en la doctrina parece ser mayoritaria la conclusión de que los derechos fundamentales vinculan sólo a los poderes públicos y sólo pueden ser ostentados frente a éstos por los particulares². ALFARO AGUILA-REAL lo expresa de un modo particularmente sintético y asequible con las siguientes palabras: *la afirmación de la eficacia inter privados de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo; altera las competencias del legislador y del poder judicial; es valorativamente contradictoria con los derechos fundamentales y metodológicamente incapaz de explicar los problemas que en el ámbito privado plantea el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales*³. En definitiva, los derechos fundamentales ejercerían una vinculación directa exclusivamente respecto del legislador y el resto de poderes públicos, pero no respecto de los particulares. Para que los derechos fundamentales surtiesen efectos entre los particulares sería preciso la mediación del legislador trasplantando su contenido mediante la ley a las correspondientes relaciones jurídico-privadas.

Frente a lo dicho, otros autores como BILBAO UBILLOS⁴ o AGUILERA RULL⁵, van más allá de dicha afectación de la autonomía de la voluntad por medio de la ley y defienden una vinculación directa de los particulares respecto de los derechos fundamentales, y concretamente, al derecho de igualdad contenido en el art. 14 CE.

La afectación de la libertad negocial en razón de la paridad de trato entre sexos, razas etc. ha sido enérgicamente criticada por un amplio sector de la doctrina alemana al reputarla como una intolerable intromisión de la moral individual en el terreno jurídico. Y las expresiones utilizadas para exteriorizar dicha opinión dan sobrada cuenta del grado de indignación generado en muchos autores: “Tolerancia en vez de igualitarismo” (*Toleranz statt Gleichmacherei*); “la república de la virtud de los nuevos jacobinos” (*die Tugendrepublik der neuen Jakobiner*), “terrorismo de las actitudes morales o ideas” (*Gesinnungsterrorismus*), “guardia jacobina de la virtud” (*jakobinis-*

² Véase, por ejemplo, BERCOVITZ, R.: *Principio de igualdad y Derecho privado*, en Anuario de Derecho Civil, n° 2, 1990; CARRASCO, A., *El principio de no discriminación por razón de sexo*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n° 11-12, 1991.

³ Cfr. *Autonomía privada y Derechos fundamentales*, Anuario de Derecho Privado, t.XLVI, fascículo 1, 1993, p. 121.

⁴ Cfr. *Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares*, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 18, 2006, p. 153.

⁵ Cfr. *Prohibición de discriminación y libertad de contratación*. InDret, 1/2009, p. 27.

ches *Tugendwächertum*) etc.⁶, todas ellas empleadas en el debate sobre la conveniencia de extender la interdicción de discriminar al ámbito de las relaciones jurídico-privadas, debate suscitado con ocasión de las sesiones parlamentarias previas a la transposición de la normativa comunitaria antidiscriminatoria mediante la AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Ley de Igualdad de Trato).

En fin, unas palabras ciertamente desapacibles de Eduard PICKER ponen de manifiesto la vehemencia y la pasión con que se siguió la tramitación legislativa en Alemania: “Echemos una mirada al desconcertado destinatario de tal legislación (se refiere a la legislación europea y alemana en materia antidiscriminatoria) extremando las consecuencias en aras de la claridad: si en el círculo de los potenciales contratantes se hallase un transexual de origen extranjero, de avanzada edad, que abraza una fe no cristiana, profesa una cosmovisión esotérica y sufre algún tipo de discapacidad, rechazar su oferta (el autor se refiere a la oferta para aceptar un contrato públicamente ofertado) supondría superar los límites de la temeridad. Su demanda y el éxito de la misma resultarían según la nueva ley poco menos que seguras”⁷.

En Derecho español, el art. 1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), señala que el texto legal *tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria* (el resaltado es mío). Y el apartado 2º del mismo precepto especifica que *a estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo* (el resaltado es mío).

Después de tan genéricas declaraciones, el art. 4 LOI erige la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en principio informador del ordenamiento jurídico que, como tal, se integrará y observará en

⁶ Una referencia sobre las diferentes expresiones destempladas vertidas en el debate sobre la cuestión puede encontrarse en BRITZ, cfr. ponencia sobre el tema: *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie* (Protección frente a la discriminación y autonomía privada), VVDStRL 64 (2004), p. 358.

⁷ Cfr. *Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?*, JZ 11/2003, p. 542.

la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en general, es decir, sin particular especificación respecto de sector alguno del ordenamiento jurídico y por ende tanto del ámbito público como del privado.

El título VII de la ley, relativo a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro, concreta aún más la incidencia de la igualdad entre hombre y mujer en el marco de las relaciones jurídico-privadas, establecida con carácter genérico en los preceptos ahora transcritos. En concreto, su art. 69 establece que *todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo, aunque a renglón seguido los apartados 2º y 3º del precepto se apresuran a matizar que lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo, y que serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios.*

Mediante este precepto el legislador no ha hecho otra cosa que trasponer al Derecho español la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Como señala GARCÍA RUBIO refiriéndose a los trabajos preparatorios de la directiva, quedan fuera de su ámbito de aplicación las transacciones que se lleven a cabo en el marco puramente privado, como por ejemplo, el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la familia o el de una habitación de una casa particular, de modo que el ámbito de aplicación de la nueva regulación se restringe así a los bienes y servicios que se ofrecen habitualmente mediante pago⁸. La misma autora especifica que el precepto alude a los negocios en masa (*Massengeschäfte*), es decir, a aquéllos que pueden referirse a una pluralidad de casos sin atención a la persona o en los que la consideración de la misma tiene un papel secundario⁹, y no a aquéllos que se concluyen *intuitus personae*, es decir, aquéllos en

⁸ Cfr. *Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Revista de Derecho Privado, nº 21, 2007, p. 145.

⁹ Cfr. *Discriminación por razón de sexo...* cit. pp. 149 y 150. La autora incluye aquí la mayor parte de los contratos de bienes y servicios, como los que dan acceso al transporte

los que la consideración de la persona resulta esencial en la configuración de la relación negocial.

2.2. Especial referencia a la discriminación indirecta

La LOI incorpora al Derecho español la clásica distinción entre la denominada discriminación directa e indirecta, importada del Derecho norteamericano al Derecho de la Unión Europea y de las directivas de éste a los ordenamientos jurídicos europeos. En concreto, el art. 6 LOI considera discriminación directa *la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*. Y el apartado 2º del precepto entiende por discriminación indirecta por razón de sexo *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*.

Un ejemplo de este último tipo de discriminación sería el del propietario que sólo concertase arrendamientos de vivienda con personas que estuviesen empleadas a tiempo completo, cuando pudiese acreditarse que estadísticamente el número de mujeres trabajadoras a tiempo parcial supera con mucho el de hombres que trabajan de este modo¹⁰. O, por poner otro ejemplo extraído también de la jurisprudencia norteamericana: una cooperativa de viviendas, por razones financieras, se transforma en un condominio, dando la oportunidad a los antiguos cooperativistas de que adquieran los inmuebles que actualmente ocupan como arrendatarios. Un grupo de cooperativistas de raza africana interpone demanda alegando que dicha transformación a condominio incidía de un modo especial o desproporcionadamente perjudicial en los cooperativistas negros, que

público, a bares, restaurantes, hoteles o análogos contratos de hostelería, contratos turísticos y de servicios relacionados con el ocio, arrendamientos, contratos bancarios, así como los negocios de compraventa de todo tipo de bienes o de prestaciones de servicios ofrecidos al público en general. Véase también al respecto, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, cfr. *El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España*, Revista de Derecho Privado (Universidad de Externado de Colombia), n.º. 16, 2009. Accesible a través de <http://www.uexternado.edu.co/derechoprivado/>

¹⁰ El ejemplo es de GARCÍA RUBIO, cfr. *Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Revista de Derecho Privado, n.º 21, 2007, p. 138 *in fine*.

contaban con recursos económicos más precarios y quedaban colocados en una situación más desfavorable que los blancos para acceder a la propiedad de las viviendas¹¹.

La prueba de la discriminación indirecta puede entrañar en ocasiones considerables dificultades, pues precisa desenmascarar una apariencia de neutralidad o corrección. Según algunos autores, la técnica de facilitación probatoria más característica del Derecho antidiscriminatorio, de la que nos ocuparemos con todo lujo de detalles más adelante, ha sido introducida por un buen número de directivas comunitarias precisamente para facilitar el levantamiento de la carga probatoria del actor en estos supuestos¹². Como se verá, se trata de una facilitación probatoria que, según el tenor literal de las normas europeas, incide en el reparto de la carga de la prueba con fundamento en indicios que permiten presumir la discriminación.

2.3. Las consecuencias jurídicas del acto discriminatorio en las relaciones jurídico-privadas

2.3.1. La nulidad de pleno Derecho

Es el art. 10 LOI, el que, al señalar las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias acaba declarando de forma abierta que *los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto*. La discriminación en razón del sexo constituye pues en motivo de nulidad de pleno Derecho de los negocios jurídico-privados, aunque el establecimiento de tan automática consecuencia no haya dejado de hacerse objeto de bien fundadas críticas, por considerar que se trata de una consecuencia demasiado genérica que no atiende a las peculiaridades de muchos supuestos ni satisfará con frecuencia los intereses de las personas víctimas de un acto discriminatorio¹³.

¹¹ Es, concretamente, el caso de la sentencia *Williams v. 5300 Columbia Pike Corporation*, 103 F.3d 122, 1996 WL 690064 (4th Cir. 1996). Citada en *The Law of Mortgage Lending and Insurance Discrimination A substantive and procedural manual for attorneys*. The Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights Under Law, Inc., p. 8. Accesible a través de <http://www.clcru.org/templates/UserFiles/Documents/mortgagelending.pdf>

¹² Así, por ejemplo, PALMER, cfr. *Re-dressing the Balance of Power in Discrimination Cases: The shift in the Burden of Proof*, EADLR (European Anti-Discrimination Law Review), nº 4/2006, p.25.

¹³ Como señala GARCÍA RUBIO, dicha sanción genérica de nulidad fue criticada por el Consejo de Estado en su dictamen sobre la LOI, al considerarla excesivamente vaga e inconcreta y, por dicha razón, incompatible con la necesaria seguridad jurídica, lo que

2.3.2. Responsabilidad por daños y perjuicios

Quien discrimina en sus relaciones jurídico-privadas, aparte de incurrir en la nulidad radical a la que acabo de aludir, ha de reparar el daño causado y satisfacer la responsabilidad civil que el acto discriminatorio haya podido generar. Así se establece en los arts.10 y 72 LOI crean un nuevo título de responsabilidad contractual a favor de quien padezca actos discriminatorios en las relaciones jurídico-privadas.

Según GARCÍA RUBIO estamos ante una nueva acción de responsabilidad contractual específica y no, por lo tanto, ante una acción de responsabilidad contractual que se solape con la del art. 1101 CC o con la responsabilidad aquiliana derivada del art. 1902 CC, aunque podría entrar en concurso con las mismas¹⁴. Se trataría por lo demás –siempre según la autora– de una acción que no presupone como requisito la concurrencia de culpa¹⁵. Es más, para dicha autora, que sigue en esto a AGUILERA RULL, la exigencia de culpa supondría una clara vulneración del Derecho comunitario, conclusión que suele apoyarse en la jurisprudencia del TJUE, señaladamente la sentada en el asunto *Drehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*, Asunto C 180/95 (1997)¹⁶.

El carácter objetivo de la responsabilidad por daños derivados de un acto discriminatorio en las relaciones jurídico privadas diferentes de las laborales no parece ser, sin embargo, una conclusión tan unánimemente compartida en los diferentes países de la Unión Europea. En Alemania,

llevó al alto órgano consultivo a proponer la supresión del precepto. Cfr. *Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Revista de Derecho Privado, n° 21, p. 141. Por otra parte, la autora considera que en numerosas ocasiones la nulidad absoluta no será la consecuencia más provechosa o beneficiosa para quien sufrió la discriminación, pues, por ejemplo, en el caso de la negativa de una entidad bancaria a conceder un préstamo a una mujer embarazada o la imposición a la embarazada de condiciones más rigurosas (p.ej. exigiendo garantías suplementarias) que las que suelen fijarse a los hombres o a las mujeres no embarazadas, la sanción de la nulidad resultaría poco útil a la persona afectada, que se vería más favorecida si la consecuencia jurídica de la discriminación fuese la imposición de la obligación de concertar un préstamo en condiciones no discriminatorias. Cfr. *Discriminación por razón de sexo...*cit.p. 158.

¹⁴ Cfr. *Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...*cit.p. 160.

¹⁵ *Ibidem...* p. 161.

¹⁶ *Ibidem...* p. 161. En este sentido también AGUILERA RULL, cfr. *Discriminación directa e indirecta*, en INDRET, 1/2007, pp. 4 y 5. Accesible a través de www.indret.com.

al menos, no faltan muy autorizadas, como es el caso, señaladamente, de WAGNER y de POTSCH¹⁷.

3. LA “LABORALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN. PARTICULAR REFERENCIA A LA PRUEBA

A diferencia de lo que sucede con carácter general en las relaciones jurídico-privadas, en el ámbito de la relación individual de trabajo no parece haber vacilaciones o dudas en cuanto a la vigencia de la prohibición de discriminar en razón del sexo, la raza etc. Es más, cuando se examina la literatura jurídica y la legislación de otros Estados, los únicos casos donde, al menos de modo expreso, la prohibición de discriminar se aplica a las relaciones entre particulares acostumbra a versar precisamente la relación individual de trabajo. Personalmente, no considero sensato aplicar de modo automático las conclusiones extraídas respecto de la relación individual de trabajo a cualesquiera otras situaciones negociales entre sujetos privados, pues tan mecánica traslación comportaría pasar por alto importantes diferencias. Sin embargo, me temo que, consciente o inconscientemente, va abriéndose camino una suerte de “laboralización” de todo el Derecho privado en materia antidiscriminatoria. En este contexto, no es extraño que SCHMIDT-KESSEL, refiriéndose de modo especial a la situación en Gran Bretaña, hable del Derecho laboral como una suerte de „corte suprema virtual del Derecho Antidiscriminatorio“ (*virtueller Oberhof des Antidiskriminierungsrechts*)¹⁸.

Las conclusiones relativas a la relación jurídica de trabajo, en efecto, presentan muy marcadas peculiaridades. Entre otros motivos, la singularidad de las relaciones laborales por lo que se refiere a la discriminación posee un claro anclaje constitucional, pues el art. 35.1 CE dispone que *todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*

Como es bien sabido, además, la relación individual de trabajo posee muy marcadas diferencias respecto de la mayoría de relaciones negociales

¹⁷ Cfr. *Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, JZ, n° 22, 2006, pp.1085 y ss.

¹⁸ Cfr. *Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten*, p. 58. En *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Directores STEFAN LEIB y MONIKA SCHLACHTER, 2006.

de Derecho privado. Entre otras cosas, presupone una fuerte relación de dependencia o, si se prefiere, la existencia de una posición fuerte, la del empleador, y otra, la del empleado, caracterizada por una mayor debilidad y precisada de una singular tutela¹⁹.

Como más adelante se verá, las importantes peculiaridades ahora referidas del Derecho del Trabajo dentro del Derecho Privado en general, deben tener consecuencias también en el régimen probatorio, de modo que, como más tarde expondremos con mayor profusión, no cabe extrapolar al Derecho Privado, en general, técnicas o modos de proceder que en el ámbito laboral pueden resultar plenamente justificadas. Soy de la opinión de que el legislador que ha reformado el art. 217.5 LEC e introducido otras normas procesales ha sucumbido a cierta tendencia por así decirlo “laborizante”. Por no decir, como se verá en su momento, que ha ido incluso mucho más allá de la facilitación probatoria introducida en el procedimiento laboral para la acreditación de la discriminación.

Las facilidades probatorias en materia laboral pueden encontrar una justificación ausente en las relaciones jurídico-privadas con carácter general, y es la circunstancia de que, habitualmente, el empresario o empleador se halla en una situación más favorable para aportar prueba sobre los hechos relativos al proceso de contratación y al desarrollo de la relación laboral. Es el empleador quien organiza el reclutamiento de los trabajadores, quien los destina o sitúa en un determinado lugar de la organización productiva, quien planifica la ejecución del trabajo etc. lo que normalmente lo sitúa en mucho mejores condiciones para aclarar la razón de un despido, de una promoción, de un cambio en las condiciones de trabajo etc.

4. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CIVILES QUE VERSAN SOBRE DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES

4.1. La distribución de la carga de la prueba en el derecho de la UE

4.1.1. Preceptos relevantes de las directivas antidiscriminatorias

La legislación europea en relación con la distribución de la carga de la prueba en materia de Derecho antidiscriminatorio resulta ya considerablemente extensa. En concreto, éstos son los preceptos que el legislador

¹⁹ De esta opinión, en Derecho alemán, es SÄCKER, cfr. *Vernunft statt Freiheit! – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner*, ZPR 2002, núm.7, p. 288.

europeo ha dedicado a la materia que nos ocupa en diferentes directivas y en las cuales se contempla el mecanismo de facilitación probatoria que nos ocupa:

- En materia de no discriminación en razón del sexo, el art. 9 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, dispone en su apartado 1º que *Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.*
- En materia de no discriminación en razón de la raza o de la etnia. El art. 8 de la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente su origen racial o étnico, dispone en su apartado 1º que *los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.*

4.1.2. El mecanismo de facilitación probatoria introducido por las directivas antidiscriminatorias, ¿se pone en marcha mediante la acreditación de ciertos hechos o basta realizar meras afirmaciones?

Presentar, alegar y aducir son verbos que no connotan o engloban en su campo semántico actividad de prueba o acreditación de ningún tipo, sino de pura alegación o afirmación. En las traducciones inglesa y francesa de las tres directivas arriba indicadas se utiliza un verbo más neutro (*establish, établir, respectivamente*). Por su parte, la traducción alemana sí que incluye una referencia explícita al sentido de acreditación o demostración de hechos, pues utiliza un verbo, *glaubhaft machen*, de significación –al menos en el ámbito técnico-jurídico– parecida a nuestro *acreditar*, es decir, una demostración no tan rigurosa o exigente como el demostrar propio de la

actividad probatoria, que requiere el estándar clásico del pleno convencimiento subjetivo del juzgador. En el extremo opuesto, las traducciones italiana²⁰, portuguesa²¹ y holandesa²² son más próximas a la española, al indicar un mero traer, presentar, alegar, afirmar o aducir hechos ante el órgano judicial, sin implicar el referido sentido o significación probatoria, acreditativa.

Personalmente, me parece claro que la interpretación correcta del precepto ha de incluir la referida significación o sentido demostrativo, de acreditación. Si el legislador europeo hubiese querido conformarse con una pura y simple alegación de indicios o hechos sugerentes del acto discriminatorio, no tendría sentido que hubiese promulgado un precepto como el que contienen las directivas, sino que hubiese bastado –como hace el art. 217.5 LEC– con afirmar lisa y llanamente que la pura alegación de un acto discriminatorio en la demanda coloca sobre el demandado la onerosa carga de convencer al juez de que no obró de modo discriminatorio.

Por otra parte, el texto de las directivas ha sido presentado como la incorporación al Derecho de la Unión Europea de la jurisprudencia sentada durante años por el TJUE sobre el régimen de la prueba en materia de Derecho antidiscriminatorio²³. Como se ha comentado antes, dicha doctrina jurisprudencial exige al actor un mínimo esfuerzo probatorio de acreditación encaminado a sugerir la verosimilitud (en algunos pronunciamientos mediante la aportación de datos estadísticos) de hechos que indiquen o sugieran el resultado discriminatorio proscrito por la ley. Las exposiciones de motivos de las directivas comunitarias mediante las que se introduce la regla probatoria que nos ocupa son, asimismo, inequívocas en la interpretación en el sentido expuesto.

²⁰ En las Directivas 2000/78/CE y 2004/113/CE se usa el término *espongono* (del verbo *esporre*: exponer, explicar); y en la Directiva 2006/54/CE se lee la expresión *produrre fatti dinanzi ad un organo giurisdizionale* (producir, exponer, alegar, traer hechos ante un tribunal).

²¹ Tanto en las Directivas 2000/78/CE y 2004/113/CE como en la 2006/54/CE, se usa la expresión *apresentar feitos perante um tribunal*.

²² Tanto en las Directivas 2000/78/CE y 2004/113/CE como en la 2006/54/CE, se usa el verbo *aanfoeren* (*voor de rechter feiten aanvoert*), equivalente al alemán *anführen*, que sugiere la idea de traer, exponer, presentar, aducir etc.

²³ En este sentido ELLIS, cfr. *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2005, p. 102. Véase también *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non Discrimination Law*, AAVV (editores SCHIEK/WADDINGTON/BELL), Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 239 y ss.

4.1.3. ¿Inversión de la carga de la prueba, presunción o rebajamiento del grado de certeza?

Parece haber cierto acuerdo en que la facilitación probatoria introducida por las directivas antidiscriminatorias incide en el reparto de la carga probatoria entre los litigantes. La misma rúbrica de los artículos en cualquiera de los idiomas oficiales de la Unión (*Carga de la prueba*, *Beweislast*, *Charge de la preuve*, *Onere de la prova*, *Burden of the proof* etc.) sugieren la intención del legislador de incidir en el ámbito probatorio.

La alteración de la carga de la prueba tiene lugar, con carácter general, cuando la incerteza sobre los hechos constitutivos de la pretensión en vez de perjudicar al actor, en principio gravado con la carga de su esclarecimiento, redunde en detrimento del demandado, que vería como dicha incerteza le acarrea una sentencia condenatoria. En nuestro caso, cabría en ese sentido sostener que lo pretendido por el legislador europeo es que si el actor logra acreditar indiciariamente (sin plena certeza, mediante un principio de prueba) los hechos constitutivos fundantes de la discriminación, sería el demandado quien quedaría gravado con la carga de aportar plena certeza en relación con su no acaecimiento, y de no lograrlo sucumbiría en el proceso.

Hay, sin embargo, otro modo de explicar lo dispuesto en las normas europeas: no se trataría de una inversión de la carga de probar en el sentido expuesto, sino de un rebajamiento del grado de certeza necesario para fijar los hechos. Se trataría, en definitiva, de una reducción del grado o estándar de certeza normalmente exigible a la prueba (lo que en Alemania se denomina *Beweismaßreduzierung*). En vez de la certeza moral excluyente de dudas razonables entraría en juego el paradigma de la probabilidad preponderante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*), un resultar más probable la producción del hecho que su no producción.

Las consecuencias prácticas en uno u otro caso son ciertamente diferentes, pero siempre graves para el demandado. Tanto si se acepta una como la otra hipótesis, aquél, si pretende ser absuelto, habrá de probar con certeza plena o acreditando con un mayor grado de probabilidad que su actuación no resultaba discriminatoria.

Sólo la transposición de las directivas al ordenamiento austriaco parece haberse ocupado derechamente de la cuestión, fijando explícitamente el umbral de certeza que debe satisfacerse en un grado de probabilidad predominante. Se trata del § 40g.3 de la Ley de Igualdad de Trato (*Gleichbehandlungsgesetz*) de 2004 (66/2004), donde se lee que al actor le bas-

ta acreditar (*glaubhaftmachen*, sin necesidad de prueba plena) el carácter discriminatorio de la conducta del demandado para arrojar sobre éste la carga de probar que es más probable que el móvil de la desigualdad de trato denunciada no sea de carácter discriminatorio; o, en su caso, que es más probable el acaecimiento de la versión de los hechos ofrecida por el demandado que la expuesta por el actor.

Literalmente, sin embargo, tanto las traducciones española como francesa de las directivas se refieren, respectivamente, a *presentar hechos que permitan presumir* y a *établir (...) des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte*²⁴. También la traducción italiana emplea palabras similares²⁵.

El término *presumir* (y sus equivalentes *présumer*, *presumere*) designan, en su sentido técnico-jurídico estricto, una operación consistente en que, a partir de ciertos hechos previamente fijados como ciertos, se deducen otros mediante una inferencia lógica o deducción racional. Dicha operación constituye un mecanismo de fijación de los hechos diferente de la prueba en sentido estricto pero que, como aquélla, debe también satisfacer el estándar de la plena convicción del juzgador. No hay por lo tanto en el mecanismo de las presunciones reducción alguna del umbral de certeza exigible a la prueba. No se trata de una acreditación *prima facie*, que se conforme con una pura posibilidad, ni siquiera con una probabilidad predominante.

En Alemania, tanto las directivas antidiscriminatorias como su transposición en el § 22 AGG utilizan el verbo *vermuten*, que posee una significación similar al *presumir* de las lenguas románicas. Pero se interpreta que la inferencia lógica u operación deductiva significada con dicho término no precisa alcanzar un grado de plena convicción judicial, sino que se sitúa en el plano de la probabilidad preponderante²⁶.

²⁴ En el art. 19 de la Ley n° 1486 de 30 de diciembre de 2004, que crea una Alta Autoridad para la lucha contra las discriminaciones y para la Igualdad puede leerse el mismo tenor literal.

²⁵ *Elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta*, de un modo muy semejante a las que utiliza a su vez el art. 40 del *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna* de 28 de Noviembre de 2005, cuando señala que si el actor *fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione*.

²⁶ Véase al respecto GAIER/WENDTLAND, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG. Eine Einführung in das Zivilrecht*, Rn 149; y RÜHL/SCHMIDT/VIETHEN, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 2007, pp. 28 y ss.

En fin, como puede comprobarse, la transposición de las directivas a los ordenamientos nacionales está muy lejos proporcionar un panorama homogéneo y de suministrar elementos para guiar la transposición e interpretación de dichas normas en el Derecho español.

4.2. *El régimen de la carga de la prueba relativa a la discriminación entre particulares en derecho español*

4.2.1. **La fragmentaria legislación española sobre carga de la prueba en materia de discriminación entre particulares**

Como veremos, la normativa española de transposición de las directivas antidiscriminatorias tiene un carácter marcadamente fragmentario o disperso.

En materia de discriminación en razón del sexo u orientación sexual, la norma principal es el artículo 217.5 Ley de Enjuiciamiento Civil:

De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

También se refiere a la carga de la prueba el art. 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En lo relativo a la discriminación racial o étnica, el art. 32 (rubricado como *carga de la prueba en relación con el origen racial o étnico*) de la referida Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social dispone que

En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca

la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

El art. 36 de dicha ley dispone lo mismo respecto del acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

Finalmente, el art. 20 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (rubricado como *criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes*) establece que

En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Como se ve, no existe en materia de discriminación entre particulares una regulación única de la carga de la prueba aplicable a todos los tipos de discriminación, sino unas normas que regulan separadamente lo relativo a la discriminación sexual (art. 217.5 LEC), a la racial o étnica (art. 32 de la Ley 62/2003) y a la causada en razón de la discapacidad (art. 20 de la Ley 51/2003), por una parte, y otras que dan un tratamiento conjunto aunque diferente al de las anteriores a la discriminación en razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual de las personas (art. 36 de la Ley 62/2003). Como se observa, la distribución del *onus probandi* en materia de discapacidad y de origen racial o étnico aparece contemplado en dos preceptos diferentes. Desde luego no se trata de un panorama especialmente ordenado y clarificador, sino todo lo contrario.

4.2.2. Carga de la prueba en materia de no discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas

Con estos preceptos, el legislador español traspuso a su ordenamiento las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Con-

sejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

A mi juicio, el legislador hubiera hecho mejor llevando estos preceptos a la LEC, tal como ha hecho con el art. 217.5 LEC, al que se asemejan. Es ciertamente discutible desde un punto de vista sistemático o de técnica jurídica que convenga llevar toda norma relativa a la carga de la prueba a la ley procesal general. Las reglas de estos preceptos, sin embargo, poseen un considerable alcance general y, en cualquier caso, no tiene mucho sentido llevar al art. 217 LEC, como ha hecho el legislador mediante la LOI, lo relativo a la carga de la prueba en materia de discriminación en razón del sexo y no hacer lo propio con la discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas.

Entrando ya más a fondo en el estudio de todos los preceptos probatorios referidos con la excepción del art. 217 LEC, hay que observar en primer lugar que la regla probatoria es en todos casos la misma: si de las alegaciones de la parte actora se deduce la existencia de indicios fundados de discriminación, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Lo primero que llama la atención de los citados preceptos es la referencia a “medidas adoptadas”. Dicha expresión evoca las medidas que adopta una administración pública o un empresario en el ejercicio de sus potestades de dirección. Es decir, evoca al ámbito administrativo y al del Derecho laboral. En el ámbito jurídico-privado, los operadores jurídicos no toman propiamente medidas, si no que efectúan declaraciones de voluntad, concluyen actos jurídicos. Quien vende no “toma la medida” de vender, ni cabe hablar de “tomar medidas” por muy deficiente o deplorablemente que se use la lengua española cuando alguien alquila, presta etc. Como se ve, incluso el subconsciente delata al legislador poniendo de manifiesto hasta qué punto traslada mecánicamente al ámbito del Derecho privado una regulación surgida en el público o en el laboral.

El uso del término “medidas” puede dar también pie a interpretar que el precepto sólo se aplica, si no exclusiva, sí, al menos preponderantemente, a la discriminación indirecta. Este tipo de discriminación se suele producir en relación con modos o pautas de conducta, instrucciones, protocolos de actuación etc., es decir, con “medidas” en un sentido genérico, que dan lugar, pese a su apariencia neutra, al postergamiento de una raza, colectivo etc. Para probar que unas medidas aparentemente neutras son,

en realidad, discriminatorias puede tener sentido introducir algún mecanismo de facilitación probatoria, con independencia de que se considere o no razonable.

Es preciso, a continuación, determinar qué significa en las normas referidas que de las alegaciones del actor se deduzcan indicios fundados. Como ya referí al ocuparme de las directivas europeas cuya transposición dio lugar a las normas que ahora analizamos, no comparto la tesis de que la pura afirmación del actor pueda dar lugar a un efecto tan agresivo como la inversión de la carga de la prueba. Me remito en este momento a las consideraciones allí realizadas. Vale la pena, sin embargo, recordar en este momento que un indicio, para ser fundado, necesita haberse acreditado, no basta una mera afirmación. No necesariamente mediante prueba u otra clase de acreditación dotada de menor fuerza de convicción, sino también mediante la admisión por parte del demandado o mediante la notoriedad.

Por lo que se refiere a la concreta catalogación o encuadramiento de la facilidad probatoria contenida en los preceptos que nos ocupan, hace ya años me mostré partidario de una interpretación conforme la cual los legisladores europeo y español habrían optado por la técnica de las presunciones. En concreto, opinaba entonces que *regular la carga de la prueba sobre la discriminación de modo tan general o –utilizando un juego de palabras– indiscriminado, presentaba no pocos reparos en cuanto a la conveniencia y acierto de la nueva regulación en esta materia y que había razones para temer que el legislador europeo no hubiese calculado adecuadamente el alcance de sus disposiciones en esta materia. Si bien es lógico que el legislador intentase procurar apurar los medios para evitar la imposibilidad de probar a quien alega el acto discriminatorio, no lo es menos que una regla sobre carga de la prueba como la de las disposiciones que nos ocupan puede colocar ante insuperables dificultades probatorias a simples ciudadanos que no se hallan en posición alguna de preponderancia, superioridad o dominio que justifique atribuirles en exclusiva el riesgo de no esclarecimiento procesal de los hechos afirmadamente discriminatorios.*²⁷

Y aunque otra interpretación fundada en la expresión *carga de la prueba* utilizada por las directivas antidiscriminatorias podría llevar a concluir en el establecimiento de una verdadera regla sobre inversión de la carga probatoria, me acabé decantando por considerar preferible realizar una interpretación de las referidas normas europeas así como de las españolas que las transponen, en el sentido de sostener que no entrañan una inversión de la carga de la prueba sino una presunción, en sí mismo innecesaria.

²⁷ Cfr. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2004, p. 143.

ria, porque el juzgador podría llevarla cabo sin necesidad de apoyo legal explícito, pero conveniente para evitar que los jueces se retraigan de usar el método presuntivo cuando existan razones que así lo aconsejen. A mi juicio, éste era el único modo de salvar las inconvenientes consecuencias que se derivarían de considerar el precepto como un supuesto de inversión de la carga probatoria fundado en indicios. El tenor literal de las normas europeas así como de los preceptos transpuestos al ordenamiento español ofrece, por lo demás, numerosos puntos de apoyo para sostener la referida conclusión²⁸.

En definitiva, consideraba y considero preferible sostener que las citadas normas contienen presunciones en sentido estricto, lo que implica que funcionan a partir de indicios que, según las reglas de la sana crítica, permitan deducir racionalmente la comisión de un acto discriminatorio. No valdrían, por lo tanto, las meras conjeturas o elementos de juicio que sugieren la realización de la conducta discriminatoria (un principio de prueba), sino elementos que permitan deducir lógicamente y con la debida solidez la comisión del acto discriminatorio. Por lo demás, el demandado, al no invertirse la carga de la prueba, no habría de escalar necesariamente la empinada pendiente que supone aportar prueba plena sobre el hecho contrario al acreditado mediante la presunción, sino que le bastaría con refutar el indicio o acreditar que en el caso concreto es dudoso que proceda realizar la inferencia lógica pretendida por el actor relativa a la realización de una conducta discriminatoria, es decir, les bastaría aportar hechos que permitiesen cuestionar (¡no refutar con prueba plena!) la conclusión derivada de la presunción.

4.2.3. Carga de la prueba en materia de no discriminación en razón del sexo: Art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Disposición Adicional 5^a de la LOI introdujo esta novedad en el art. 217 LEC, que regula el régimen de la atribución de la carga probatoria en el proceso civil español. Mediante la incorporación de este apartado 5º al art. 217 LEC se lleva a cabo transposición de la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Como las anteriores normas de transposición que acabamos de analizar, también en el art. 217.5 LEC se observa el sesgo publicista o laboralista al

²⁸ Cfr. *Carga de la prueba...* cit. pp. 132 y ss., y 141 y ss.

que ya me referí en su momento en la utilización del término “medidas”. Y como también se dijo en relación con los preceptos de Derecho español antes analizados, también cabría extraer del uso de tal palabra que el precepto se refiere sólo o preponderantemente a la discriminación indirecta, quedando su eventual eficacia circunscrita o limitada de este modo e impidiendo su indeseable aplicación general a cualquier asunto relativo a la discriminación. En realidad, como se argumentará en las líneas que siguen, creo que también en el caso del art. 217.5 LEC se impone un modo de interpretar el precepto en el sentido de entender que el mismo no ha producido alteración alguna en el régimen general de atribución de la carga de la prueba.

En un concreto y crucial aspecto, sin embargo, existe una considerable diferencia entre este precepto y los estudiados anteriormente. La redacción de los anteriores, en efecto, presentaba dificultades para averiguar si imponían al actor una cierta carga de acreditar *prima facie*, sin necesidad de prueba plena, los hechos fundantes de la discriminación. La literalidad del art. 217.5 LEC, sin embargo, no deja espacio para una interpretación favorable a dicha mínima onerosidad y parece relevar al actor de todo esfuerzo de acreditación con sólo alegar, es decir, invocar o afirmar, hechos que constituyan una conducta discriminatoria por parte del demandado (...*en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación...*)²⁹.

A mi juicio, la interpretación literal del precepto conduciría a un resultado claramente injusto e indeseable. Aunque las Directivas comunitarias correspondientes se limiten a establecer mínimos y permitan a los legisladores nacionales favorecer a las víctimas de la discriminación por encima de dichos umbrales mínimos, el legislador español en un frívolo afán de

²⁹ PEREZ GIL también ha reparado (y valorado negativamente) la referida ausencia de alusión a la prueba de indicios sobre la discriminación, a diferencia de lo que disponen las anteriores reglas probatorias españolas. cfr. *Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la ley de igualdad*, cit. p. 5. En concreto el autor critica la tesis de la “parcelación de la tutela antidiscriminatoria”, afirmada por CASTRO ARGÜELLES y ÁLVAREZ ALONSO (cfr. *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo*, Editorial Thompson Civitas, 2007, pp. 210 y ss.), según la cual, mientras en el orden social se mantendría la traslación de la carga de la prueba probatoria condicionada a la aportación de indicios por el demandante, en la jurisdicción civil y contenciosa se habría incorporado una regla de inversión total y automática. Es decir, existiría una divergencia en la respuesta procesal en función de si la discriminación viene producida por razón de sexo u otros motivos. Cfr. PEREZ GIL, *Probar la discriminación...*cit.p. 8.

blandir la antorcha del progreso humano, ha ido más allá de lo que disponían las referidas normas europeas, cuya literalidad permite imponer al actor un mínimo esfuerzo probatorio, tal como han hecho las transposiciones los ordenamientos de la mayor parte de Estados europeos, en algún caso de modo especialmente explícito, como sucede en Alemania con el § 22 AGG.

¿Qué explicación racional puede existir para arrojar sistemáticamente sobre uno de los litigantes la carga de esclarecer unos hechos afirmados por el adversario? Parece que el legislador en un ejercicio de jibarismo conceptual e incurriendo en un lamentable reduccionismo mira el extenso campo de las relaciones jurídico privadas desde el exclusivo prisma del Derecho público o del Derecho laboral. Es más: en el ámbito laboral, la jurisprudencia ha exigido desde antaño una prueba indiciaria del carácter discriminatorio del despido o medida similar para dar lugar a una alteración de la carga probatoria, tal como se pone de manifiesto, por citar un solo ejemplo paradigmático, en la STC 49/2003 de 17 de marzo. Que quien alegue haber sido discriminado en razón del sexo por otro particular pudiese beneficiarse de un régimen probatorio más favorable que el que rige en la rama social del Derecho me parecería un resultado francamente insatisfactorio y desproporcionado, carente de la más remota justificación.

Existe una bien fundada solución interpretativa para superar los inconvenientes que la literalidad del precepto plantea, basada en la apostilla inicial de su enunciado. En efecto, en su inicio, el apartado 5º del art. 217 LEC dispone que la referida inversión de la regla probatoria tendrá lugar *de acuerdo con las leyes procesales*. La inversión de la carga aquí establecida, por lo tanto, no podría contemplarse de modo aislado, sino contextualizada o enmarcada en el conjunto del ordenamiento procesal. Si el precepto pretendiese introducir simple e incondicionalmente una regla de carga de la prueba, carecería de sentido hacer una referencia a la interpretación conforme con el entero ordenamiento procesal. Eso supondría que la alteración de la carga de la prueba en función de las alegaciones del actor de las que se desprende la realización de un acto discriminatorio, sólo habría de tener lugar cuando el ordenamiento consintiese dicho resultado, lo que bien podría suceder en el caso de la regla 7ª del propio art. 217 LEC a la que he hecho referencia algunas páginas atrás³⁰. Es decir, que, siguiendo lo dispuesto en dicha regla, ante las alegaciones del actor afirmando la

³⁰ En este sentido también, ARMENTA DEU, cfr. *El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil*. Revista Jurídica de Catalunya, núm.1 de 2010, p. 60; y PEREZ GIL, cfr. *Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la*

discriminación, el tribunal habría de *tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*, o sea, atribuir o no al demandado la carga de probar el carácter no discriminatorio de su actuación en función de la disponibilidad y facilidad de los litigantes para acceder a los medios probatorios en cada caso.

Es verdad, como ya he dicho antes, que las directivas antidiscriminatorias permiten que los Estados miembros adopten regímenes de prueba más favorables que las orientaciones contenidas en la propia directiva. Pero también lo es hacer prevalecer sistemáticamente el interés de unos litigantes sobre el de otros, cuando en principio se hallan en el mismo plano o posición de poder, puede suscitar muy serios reparos de constitucionalidad.

¿Cabría, tal vez, justificar la disparidad de trato procesal o probatorio con fundamento en una suerte de acción positiva, es decir, considerar como tal la inversión de la carga probatoria establecida en el art. 217.5 LEC?. Sin necesidad de ahondar en otras consideraciones, la respuesta ha de ser claramente negativa: la inversión de la carga de la prueba contemplada en dicho precepto no se establece a favor de las mujeres únicamente, tal como resulta esencial al concepto legal de acción positiva (cfr. art. 11.1 LOI), sino que pueden beneficiarse de ella todos aquellos que aleguen haber sido discriminados en razón de su sexo.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Pertenece de un modo connatural a la autonomía de la voluntad la facultad de actuar sin necesidad de ofrecer a nadie argumentación o explicación alguna de las razones por las que se han adoptado las decisiones negociales correspondientes, a diferencia del modo en que deben desarrollar su actuación las administraciones públicas o los poderes públicos en general. Cualquier decisión de un sujeto público, sin perjuicio de ciertos márgenes de discrecionalidad que deben siempre ser interpretados de forma restrictiva, debe exteriorizarse y adoptarse racionalmente, de manera motivada. Toda una rama de la jurisdicción, organizada en un orden jurisdiccional especial, se ocupa de verificar que los poderes públicos actúen de conformidad con dichos parámetros de racionalidad establecidos en las leyes.

ley de igualdad (disponible a través de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp6per.pdf>), p. 2.

El ámbito de las relaciones jurídico-privadas, por el contrario, es en buena medida el ámbito de la libertad casi soberana de los particulares, no necesariamente el reino de la racionalidad, de la previsibilidad. Los particulares adoptan las decisiones relativas a dicha esfera negocial y privada por los motivos que les sugiere su buen sentido y sin necesidad de exteriorizar el proceso mental que les ha llevado a obrar de dicho modo.

Aplicando las anteriores consideraciones al tema que nos ocupa, situar al demandado de modo sistemático, en los procesos que versan sobre discriminación relativa al ámbito privado, en una posición probatoria tal que haya de levantar la carga de ofrecer una explicación racional de su conducta, es tanto como obligarlo a actuar en el ámbito de sus relaciones privadas de modo semejante al de un sujeto o institución de Derecho público (un tribunal, un órgano administrativo etc.). No se trata sólo de los desproporcionados inconvenientes, engorro o incomodidades que podría acarrear a una persona estar constantemente precaviéndose o tomando medidas frente a posibles (y acaso temerarias) demandas basadas en la discriminación, documentando su actuación, procurándose futuros y eventuales testigos etc. Se trata, sobre todo, en un plano más conceptual o de principio, de que la imposición sistemática de dicha carga equivale poco menos que a desnaturalizar la autonomía privada. WAGNER y POTSCH han expresado dicha idea de un modo claro y preciso con estas palabras: „La autonomía privada consiste esencialmente, entre otros aspectos, en poder escoger a la otra parte contractual sin necesidad de argumentar dicha decisión frente a otros de un modo racionalmente plausible“³¹.

5.1. La problemática importación de las instituciones probatorias norteamericanas al Derecho de la Unión Europea y de sus Estados miembros

Tal como sugiere el título del epígrafe que encabeza estas líneas, resulta cuando menos sorprendente que las reglas probatorias nacidas en el ámbito norteamericano resulten adecuadas para ser aplicadas también en los países de la Unión Europea. Sencillamente porque el Derecho, y concretamente el procesal, no pueden reaccionar con instrumentos idénticos a necesidades y circunstancias sociales tan diversas. Es muy de temer que trasplantar a la Europa de los primeros años del siglo XXI recetas probato-

³¹ Cfr. *Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, JZ, 22-2006, p. 1085: „Die Privatautonomie besteht aber nun einmal unter anderem ganz wesentlich darin, sich seinen Vertragspartner frei aussuchen zu können, ohne diese Entscheidung für andere rational nachvollziehbar begründen zu müssen“.

rias concebidas para ser aplicadas, pongamos por caso, en Tennessee o en Alabama durante los años 60 y siguientes del siglo XX, acabe revelándose un error. Porque dicha traslación implicaría que, o bien la referida técnica probatoria resulta insuficiente e inefectiva en relación con las circunstancias norteamericanas; o resulta desproporcionada y desmesurada en el contexto europeo, donde, aunque no faltan graves problemas en relación, por ejemplo con la integración de grupos étnicos, de ningún modo se sufre una situación ni de lejos comparable a las terribles tensiones raciales que surgieron durante aquellos años y, aunque mitigadas en parte, aún perduran en la sociedad norteamericana. Dicha situación reclamaba (y probablemente reclama aún) instrumentos jurídicos enérgicos y contundentes, con incidencia también en el Derecho privado, dirigidos a evitar una situación que, incluso en términos de puro orden público de la calle, llevó al país a situaciones casi extremas, rayanas con el conflicto civil.

Sobre este punto ha escrito JAESTEDT que „la protección frente a la discriminación en Derecho privado resulta una suerte de cuerpo extraño implantado en la cultura jurídico civil autóctona o, si consideramos que el origen del Derecho antidiscriminatorio se sitúa en el ámbito del Derecho angloamericano, una especie de anglicismo o americanismo jurídico“³².

5.2. Las presunciones y la inversión de la carga probatoria atendiendo a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria como forma idónea para afrontar los problemas probatorios en materia de Derecho antidiscriminatorio

Tal como he tratado de exponer en las páginas precedentes, creo que la interpretación de las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea en materia de Derecho privado y las normas mediante las que se ha realizado su transposición al Derecho español debe llevarse a cabo excluyendo una inversión de la carga de la prueba en un sentido técnico o estricto.

En efecto, por lo que a las directivas antidiscriminatorias específicamente se refiere, aunque lleven en su encabezamiento la expresión *carga de la prueba* y sus equivalentes en las diferentes lenguas europeas, no cabe de ahí concluir automáticamente que estén operando una inversión o alteración de la misma en sentido propio. Para empezar, son bien conocidas las difi-

³² Ponencia sobre el tema: *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie* (Protección frente a la discriminación y autonomía privada), VVDStRL 64 (2004), p. 350.

cultades para distinguir o delimitar conceptos como carga de la prueba y presunciones. La catalogación como presunción de disposiciones legales que realmente entrañan una inversión de la carga de la prueba es un fenómeno sobradamente conocido en Derecho español. Y a la inversa, tampoco son desconocidos casos en los que bajo la expresión carga de la prueba se ocultan verdaderas presunciones. Por no decir que la delimitación de ambos fenómenos puede comportar en ocasiones no pocas dificultades y presentarse de modo considerablemente problemática.

En definitiva, me parece sensato concluir que mediante aquellas directivas el legislador de la Unión se ha limitado a dirigir una admonición o exhortación a los tribunales europeos con el objeto de que no exacerben el esfuerzo probatorio que debe arrostrar el actor para hacer prosperar sus pretensiones en materia de discriminación frente a otro particular. A parte de los medios probatorios directos, tales como el interrogatorio de testigos, documentos etc. los hechos en que se funda la discriminación también pueden quedar fijados mediante otros mecanismos completamente razonables y existentes en los Derechos internos de los Estados, tales como –señaladamente– las presunciones y ciertos resortes destinados a flexibilizar la atribución de la carga de la prueba realizada conforme a los criterios generales, de modo que se evite una aplicación rígida de los mismos y quepa introducir otros criterios de distribución como la disponibilidad y la cercanía a los medios de prueba (art. 217.7 LEC).

En los procesos en materia de discriminación entre particulares la necesidad de emplear aquellos mecanismos de flexibilización así como de acudir al método presuntivo resulta de especial importancia, entre otras razones, porque en relación con la discriminación directa suele resultar preciso acreditar un dolo discriminatorio, es decir, una intención o voluntad de no contratar o de hacerlo en condiciones más desventajosas en función del sexo, la raza etc. Como ya se ha expuesto más arriba, por poner el ejemplo de la discriminación racial, rehusar a contratar con una persona de raza diferente de la propia en ningún caso puede constituir por sí mismo un acto discriminatorio sino sólo en la medida en que se trate de un rechazo motivado en razón de la condición racial o étnica de la persona afectada. Por su propia esencia, el elemento psicológico o volitivo no puede ser acreditado de otro modo que mediante indicios o hechos que permitan concluir en la existencia de una voluntad o designio discriminatorios. Es decir, mediante presunciones.

Capítulo 9

La actuación de oficio del juez nacional europeo

JORDI NIEVA FENOLL
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVE REPASO A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. 3. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO. 4. EL CONTEXTO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO. 5. EL NUEVO CONTEXTO HISTÓRICO: EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR. 6. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA ACTIVIDAD DEL JUEZ: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES. 7. ¿PUEDE ENCUBRIR LA CLÁUSULA ABUSIVA UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO?

PALABRAS CLAVE: principio, dispositivo, ultra petita, secundum allegata

RESUMEN: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha activado la labor *ex officio* del juez nacional en algunas materias, tales como el conocimiento de cláusulas abusivas, lo que, en opinión de la doctrina, ha puesto en cuestión el principio dispositivo. Tras un examen histórico y teleológico de dicho principio se deduce que el Tribunal de Justicia no sólo no ha vulnerado el principio dispositivo, sino que lo ha resituado en sus justos términos.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union's case law has triggered the *ex officio* task of the national judge in some matters, such as unfair terms. Some authors think that this case law infringes the disposition principle. After a historical and teleological examination of that principle it can be concluded that the Court of Justice has not infringed such principle, but rather has relocated it in its correct terms.

KEY WORDS: principle, disposition, ultra petita, secundum allegata.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la jurisprudencia europea ha dado un giro aparentemente radical a la visión tradicional del principio dispositivo. Ese giro ha revolucionado a la doctrina¹ y a algunas jurisprudencias nacionales, pero

¹ Entre otros, BLANCO GARCÍA, “Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo: Visión comparada con el régimen español”, *Revista*

como digo, todo lo que ha sucedido se traduce en un cambio en el fondo más aparente que real, como se intentará demostrar en este trabajo.

Lo que probablemente ha llamado la atención de la doctrina es el hecho de que, acostumbrados todos como estábamos a un juez pasivo, que simplemente observaba silente lo que decían y probaban ambas partes sin intervenir en absoluto, pasamos ahora a tener a un juez algo más activo. Hay que decir, no obstante, que esa pasividad vino favorecida por la acumulación de trabajo que padece cualquier juez, pero nunca debió haberse convertido en una regla general, como de hecho sucedió.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido benefactora para adecuar a la realidad actual en sus justos términos los históricos *secundum allegata et probata (partium)*² y su derivación *ne eat iudex ultra petita partium*, frases que nunca debieron haber abandonado la intención con que fueron concebidas, sobre todo la primera. En concreto, merece la pena recuperar los orígenes de ese principio que ha marcado el proceso civil especialmente durante tantos siglos, así como recordar y reflexionar sobre algo bien conocido pero paradójicamente bas-

de la Facultad de Derecho, 2016. BLANCO GARCÍA, “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 7, 2013, pp. 195 y ss. CORDÓN MORENO, “La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, p. 494. DOMÍNGUEZ RUIZ, “El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, *Revista General de Derecho Procesal*, 35, 2015, pp. 1 y ss. GIL NOGUERAS, “El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en la contratación en masa”, *Práctica de tribunales*, n. 118, 2016, p. 3. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2014, pp. 313 y ss. KRANS, “EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar”, *European Review of Private Law*, 4-2015, pp. 573 y ss. MIQUEL SALA, “Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich? Zugleich eine Besprechung der Rs C-32/12 (Duarte Hueros)”, 2014, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 181-182. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda*, La Ley UE 82 enero 2014, p. 33. PAVELIU, “The Active Role of the Judge in the Field of Unfair Terms Litigation”, *Perspectives of Business Law Journal*, vol. 3, 1, nov. 2014, pp. 344 y ss.

² Sobre este brocardo, vid. Vid. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, pp. 99 y ss. NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 27 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 944 y ss.

tante olvidado o arrinconado: la posibilidad de apreciar de oficio las excepciones materiales basadas en hechos impeditivos y extintivos.

Tras repasar esos orígenes históricos del principio dispositivo, este trabajo se centrará, fundamentalmente, en analizar si la aparición de la figura del consumidor en nuestras sociedades realmente debe plantear otra visión del susodicho principio, o bien cabe establecer una interpretación que lo devuelva a las bases que nunca debió perder.

2. BREVE REPASO A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Antes de comenzar, es necesario realizar un breve resumen de esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³. Aunque el Tribunal sólo ha pretendido reforzar la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas, lo cierto es que sus pronunciamientos han significado mucho más⁴.

Hay que recordar que las cláusulas de un contrato de consumo son abusivas⁵ porque producen un desequilibrio en las prestaciones contractuales, contrario a la buena fe, dejando al consumidor en una delicada posición sin que el mismo sea realmente consciente de ello en el momento de la contratación, o incluso siendo consciente, sin que tenga una posibilidad real de optar por no contratar⁶.

³ Sobre la interpretación de esta jurisprudencia es imprescindible la lectura de ARROYO AMAYUELAS, *No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo*, en "AAVV (dir. Arroyo /Serrano), La europeización del derecho privado: cuestiones actuales", Madrid 2016, pp. 65 y ss.

⁴ Un interesante estudio estadístico de esa jurisprudencia, con muy reveladores datos, puede encontrarse en GÓMEZ-POMAR / LYCZKOWSKA, "Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law", InDret, oct. 2014, pp. 1 y ss.

⁵ Sobre la cuestión, vid. ampliamente CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona 2013, pp. 95 y ss. Vid. también MARTÍNEZ ESPÍN, "¿ Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, N. 9, 2014, pp. 76 y ss.

⁶ Vid. STJUE 30-4-2014, **Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.** C-26/13. STJUE 1-10-2015, **ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár.** C-32/14, puntos 39 y 40: "A fin de determinar si una legislación de este tipo es compatible con las exigencias de la Directiva 93/13, procede recordar que el sistema de protección establecido por esta Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (véase, en particular, la sentencia Kušionová, C34/13, EU:C:2014:2189, apartado 48 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de

En cualquiera de los dos casos, la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* declara en su artículo 3 que “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”. Aunque pese a esa negociación individual quepa deducir que en realidad se ha suscrito un contrato de adhesión, la cláusula podría ser igualmente considerada abusiva, aunque ello resulta algo más difícil a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

Lo que se busca con la declaración de nulidad de la cláusula abusiva es principalmente un efecto disuasorio dirigido al empresario, a fin de que sea consciente de que esas cláusulas no van a tener efecto alguno aunque consten en el contrato⁷, pudiéndose producir además nulidades totales de los mismos dependiendo del alcance de la cláusula.

La jurisprudencia ha ido ampliando las posibilidades del juez de conocer de oficio diversas cuestiones relacionadas con las cláusulas abusivas. Así, desde el asunto Océano del año 2000, el juez puede analizar de oficio una cláusula abusiva –en aquel caso de determinación de la competencia–⁸, lo que se especificó en 2012, y posteriormente, que podía hacerse en el marco de cualquier procedimiento⁹ –incluso los dirigidos por el Letrado de la Administración de Justicia¹⁰– y en cualquier fase del mismo, también en apelación si lo permite el derecho nacional¹¹, pudiéndose llegar a suspender cautelarmente la ejecución que esté pendiente en otro procedimiento¹².

inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véase la sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23 y jurisprudencia citada).”

⁷ Vid. acerca de la solución alemana a una problemática similar, DELLACASA, “Judicial Review of ‘Core Terms’ in Consumer Contracts: Defining the Limits – Judgement, C-26/13, Kasler”, 2015, 11, *ERCL*, pp. 163.

⁸ STJUE 27-6-2000, Océano Grupo Editorial c. Rocío Murciano. C-240/98 a C-244/98.

⁹ STJUE 14-6-2012, Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón. C-618/10. STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. Catalunyaixa. C-415/11. STJUE 14-11-2013, Banco Popular Español c. María Teodolinda Rivas y Banco de Valencia c. Joaquín Valldeperas. C-537/12 y C-116/13. Incluso en un procedimiento concursal : STJUE 21-4-2016, Radlinger y Radlingerová c. Finway a.s.. C-377/14.

¹⁰ STJUE 18-2-2016, Finannadrid c. Jesús Vicente Albán e.a.. C-49/14.

¹¹ STJUE 30-5-2013, Erika Jörös c. Aegon Magyarorszá Hítel Zrt.. C-397/11.

¹² STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. Catalunyaixa. C-415/11. STJUE 17-7-2014, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García c. BBVA. C-169/14. ATJUE

Tras el asunto Océano, el Tribunal afirmó en 2002¹³ que un juez podía apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluso precluido un plazo de prescripción para alegar tal abusividad, lo que se reafirmó años después¹⁴ subrayando esta posibilidad también cuando no hubiera alegado el consumidor en absoluto la abusividad¹⁵ o solicitado la nulidad del contrato¹⁶, tan pronto como el juez dispusiera de los datos para hacerlo¹⁷, aunque respetando el derecho de defensa de las partes¹⁸. A tal efecto puede practicar incluso prueba de oficio¹⁹, pero declarando solamente su nulidad radical, sin poder integrar o modificar la cláusula abusiva declarada nula para que no lo sea²⁰, por el riesgo que ello conllevaría para la consecución del efecto disuasorio²¹ dirigido a los comerciantes.

Ya en 2006²², el Tribunal de Justicia estableció la posibilidad de conocer de oficio de la nulidad de una cláusula de sumisión arbitral impuesta de forma abusiva, aunque tal abusividad no fuera alegada por el consumidor en el proceso arbitral, lo que podía alcanzar a declarar la nulidad de todo el contrato²³. Esa postura fue reafirmada en 2009²⁴ en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral. Y en 2012²⁵ estableció el Tribunal que la declaración judicial de abusividad podía beneficiar a cualquier otro consumidor al que el mismo profesional le hubiera aplicado la misma cláusula,

-
- 26-10-2016, Isabel Fernández Oliva c. Caixabank y Jordi Carné, Anna Aracil c. Catalunya Banc y Nuria Rubirosa y César Romera c. Banco Popular Español. C-568/14 a 570/14.
- ¹³ STJUE 21-11-2002, Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout. C-473/00.
- ¹⁴ Incluso a instancia de parte, no teniendo validez alguna el plazo, en este caso de caducidad. STJUE 29-10-2015, BBVA c. Pedro Peñalva e.a.. C-8/14. STJUE 26-1-2017, Banco Primus c. Jesús Gutiérrez García. C-421/14.
- ¹⁵ STJUE 17-12-2009, Eva Martín c. EDP Editores. C-227/08.
- ¹⁶ STJUE 21-2-2013, Banif Plus Bank c. Csaba Csipai. C472/11.
- ¹⁷ STJUE 4-6-2009, Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné Györfi, C-243/08
- ¹⁸ STJUE 21-2-2013, Banif Plus Bank c. Csaba Csipai. C472/11.
- ¹⁹ STJUE 9-11-2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt. C. Ferenc Schneider, C-137/08.
- ²⁰ Con la importante matización en cuanto a la reducción del precio fruto de la abusividad. STJUE 3-10-2013, Soledad Duarte c. Autociba y Automóviles Citroën España. C-32/12. Vid. también STJUE 21-1-2015, Unicaja Banco c. José Hidalgo e.a. y Caixa-bank c. Manuel María Rueda. C-482, 484, 485, 487/13.
- ²¹ STJUE 14-6-2012, Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón. C-618/10.
- ²² STJUE 26-10-2006, Elisa María Mostaza c. Centro Móvil Milenium. C-168-05.
- ²³ STJUE 15-3-2012, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ, spol. s r. o. C-435/10.
- ²⁴ STJUE 6-10-2009, Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez. C-40/08.
- ²⁵ STJUE 26-4-2012, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt. C-472/10.

aunque no fuera parte en el proceso, cuestión ciertamente relevante en materia de “cosa juzgada material”²⁶.

No obstante, en 2009 y 2010 reafirmó su jurisprudencia tradicional al afirmar el Tribunal de Justicia que una vez concluido el proceso con resolución firme, la cosa juzgada²⁷ lo hace inatacable, aunque no sin interesantes matices²⁸. Más adelante reafirmó que si el juez ya se pronunció una vez sobre la abusividad con fuerza de cosa juzgada en una fase del proceso, no puede reconsiderar la cuestión posteriormente en el curso del mismo²⁹, lo que es lógico desde la perspectiva de la llamada “cosa juzgada formal”³⁰.

²⁶ Sobre esta extensión, vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, pp. 203 y ss.

²⁷ STJUE 6-10-2009, Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez. C-40/08. ATJUE 16-11-2010, Pohotovost' s. r. o. c. Iveta Korčková. C-76/10.

²⁸ Los derivados de la STJUE 28-7-2016, Milena Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovost' s. r. o.. C-168/15. En este caso el Tribunal de Justicia afirmó que la jurisprudencia Pannon de 4 de junio de 2009 –que como hemos visto obliga a apreciar de oficio la abusividad de una cláusula en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral– no era aplicable a casos acabados con sentencia firme anteriores a 2009. El Tribunal de Justicia hizo esta afirmación para justificar que no procedía la responsabilidad del Estado Miembro por incumplimiento del Derecho del Unión en estos casos, pero con ello abre la posibilidad de anular procesos concluidos por sentencia firme posteriores a 2009 en los que no se hubiera apreciado de oficio la abusividad de una cláusula, dado que si el Estado Miembro no arbitra un procedimiento de anulación de estos procesos concluidos con firmeza, incurriría en responsabilidad.

²⁹ Lo que es perfectamente lógico si no fuera porque, en el caso concreto, la resolución de la que el Tribunal de Justicia predicó esos efectos – el célebre “auto de 12 de junio de 2013”, vid. STJUE 26-1-2017, Banco Primus c. Jesús Gutiérrez García. C-421/14, puntos 18 y 38 a 54– muy probablemente no los tenía (vid. ACHÓN BRUÑÉN, Soluciones, cit. p. 37), o ni siquiera era apropiado que los tuviera al haberse producido el pronunciamiento en el marco de un procedimiento claramente sumario, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil intente hurtarle dicho carácter en evidente beneficio de las entidades crediticias. Y es que al margen de otras consideraciones más complejas, si la resolución final del propio procedimiento ejecutivo hipotecario, que era el sustanciado en aquel caso, carece, en general, de efectos de cosa juzgada (art. 698 L.E.C.), mal podía tenerlos una resolución incidental, aún centrada específicamente en la abusividad de las cláusulas. No obstante, es de justicia decir que el párrafo 1 del art. 698, puesto en relación con el art. 695.1.4ª L.E.C. avala literalmente la interpretación del Tribunal de Justicia. Sobre el tema, CARRASCO PERERA, “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 6, 2013, p. 65. EBERS, M., „From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata”, *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 835 y ss.

³⁰ Que es la más antigua históricamente hablando. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit. pp. 25 y ss.

También sostuvo que la apreciación de oficio sólo era posible si la permitían las normas procesales de Derecho interno, aunque equiparando la cuestión de la abusividad a un tema de orden público³¹, con la importancia que ello conlleva dado que, precisamente, las normas nacionales permiten –con mayor o menor ambigüedad– al juez apreciar de oficio las vulneraciones del orden público³². Por último, el Tribunal de Justicia estableció³³ que su control sólo alcanza a procesos judiciales, y no a las ejecuciones de documentos ejecutivos notariales, lo que ha supuesto un evidente retroceso que ha podido ser aprovechado por el legislador español, por ejemplo, para convalidar sin problemas el llamado “procedimiento monitorio notarial” de los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado de 1862, introducido meses antes de la sentencia³⁴.

A pesar de las resoluciones destacadas en los dos últimos párrafos, que además poseen una sólida, aunque discutible, fundamentación, se observa con facilidad que ciertamente es relevante el cambio operado en relación con el entendimiento habitual de lo que es el principio dispositivo. Antes de esta jurisprudencia, el juez nada hacía si un litigante no alegaba expresamente la abusividad de una cláusula. Ahora tiene que declararla nula incluso aunque nadie se lo pida, porque de lo contrario, no es sólo que se vulneraría el orden público, sino que no se operaría eficazmente el efecto disuasorio que se pretende para evitar que estas cláusulas existan en el tráfico jurídico. Veremos en los siguientes epígrafes si es legítimo que sea así y, sobre todo, si todo ello supone realmente un cambio tan radical como se ha dicho últimamente.

3. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Hay que retroceder unos ocho siglos para percibir la esencia inicial del principio dispositivo. Su primera formulación hizo referencia, más que al propio principio dispositivo, al que desde hace ya más de un siglo se llama

³¹ ATJUE 16-11-2010, Pohotovosť s. r. o. c. Iveta Korčkovská. C-76/10. STJUE 30-5-2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV.

³² Art. 1255 del Código Civil español, art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 6 del *Code Civil* francés. Art. 1229 *Codice Civile* italiano. §138 BGB.

³³ STJUE 1-10-2015, ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár. C-32/14.

³⁴ Ley 15/2015, 2-7. DF 11.1. Sobre este procedimiento, CABREJAS GUIJARRO, “El nuevo Monitorio Notarial, una forma de evitar el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas”, *Temas para el debate*, n. 247 (junio), 2015, pp. 31 y ss.

principio de aportación de parte, aunque no dejaba de referirse al primero y es importante ser conscientes de ello.

La idea madre hay que buscarla en un texto de AZZONE escrito entre finales del siglo XII y principios del XIII³⁵, de posible, aunque muy oscuro, origen romano³⁶. En el mismo, como se ve en la cita, se dice –con algo de complejidad– que el juez forme su juicio a través de lo alegado en el proceso³⁷, lo que constreñía su jurisdicción tanto a los hechos que se alegaran y probaran en el proceso –principio de aportación de parte– como lógicamente a lo que las partes hubieran pedido –principio dispositivo en sentido estricto–. Aunque el texto pueda resultar ambiguo, no es posible dudar de lo segundo teniendo en cuenta que durante todas las fases del proceso romano –que era en el que se basaban los glosadores de Bolonia– el objeto del juicio permanecía delimitado por lo que hubieran propuesto las partes desde un principio³⁸. Algo más tarde, ya en pleno siglo XIII, DURAND³⁹ escribió la frase que definitivamente pasó a la historia, basada

³⁵ AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, p. 237, escrito en un latín muy vulgarizado, tiene una traducción algo complicada: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2. & ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25. anno. l. minor. Quid miri? nonne fert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

Traducción: “El juez debe juzgar en conciencia y, al contrario, debe juzgar según lo alegado. Se pregunta si el juez, en el proceso civil y penal, debe juzgar según su conciencia. Hay que distinguir entre lo que le sea conocido como juez –esto es, en razón de su oficio–, y lo que conozca por su vida privada. En el primer caso, debe dictar la sentencia según su conciencia, que también puede formar con las alegaciones. (...) ¿Qué tiene esto de extraño? ¿Acaso no es válida la sentencia dictada teniendo en cuenta los testimonios y confesiones que conoce como juez? De ese modo puede conocer todos los datos del asunto. Pero si conoce la verdad por su vida privada, no debe dictar la sentencia según su conciencia, sino (solamente) teniendo en cuenta lo alegado. Y así se entiende de la rúbrica contraria.”

³⁶ Vid. la interesante reconstrucción histórica de ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 940-941.

³⁷ Lo que propició la precisión canónica posterior del “*secundum acta e probata*”, que destaca ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, cit. p. 944.

³⁸ KASER, Max / HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 9-10.

³⁹ DURANDUS, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785: “*Qualiter aut sententia sit promulganda, clarius explicemus. Et quidem iudex ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerunt in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis. cos. in prin. et*

muy claramente en el texto de AZZONE: *secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam*.

Lo complejo es encontrar el porqué de estas declaraciones, dado que como sucede con frecuencia en materia jurídica, se las ha dado por buenas sin más, simplemente porque pertenecen a nuestra tradición –falacia *ad antiquitatem*– o porque las han reafirmado juristas importantes –falacia *ad auctoritatem* o *ad verecundiam*–. De hecho, la supuesta “libertad” procesal de las partes derivada del principio dispositivo ha sustentado un evidente sofisma en torno al mismo, que también ha servido con reiteración para justificarlo aparentemente, e incluso para excluir, entiendo que erróneamente⁴⁰, toda actividad oficial del juez en materia probatoria⁴¹.

A mi juicio, las palabras de AZZONE no iban tan lejos, y si se lee cuidadosamente lo dicho por el autor no parece tener otro sentido que intentar proteger el derecho de defensa de las partes y la imparcialidad judicial, sin más. De hecho, preocupado por este mismo tema de aislar al juez de influencias ajenas al proceso, en el pasaje inmediatamente anterior al que ha pasado a la historia, AZZONE habla ni más ni menos que de la independencia judicial, en concreto de la que goza el juez inferior respecto del superior, obligando a este último a que no se entrometa en la jurisdicción del primero⁴².

De ese modo, AZZONE habría intentado alejar al juez de cualquier injerencia, de la de los superiores del juez, y más en concreto de la proviniente de su conocimiento privado, desconocido para las partes, favoreciéndose así de manera obvia, como se ha dicho, su defensa. Si ello es cierto, en un

in si. postmodum partes citandae sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeret sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, iudice sedente pro tribunali in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente haberi) sententia prius in scripti redacta, et correcta, sacris et coram se positis, sciat iudex, quia non minus iudicabit, quam iudicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. §. notandum versi abolitio et 3.q.3. §. spacium ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae exc. de dolo et contu. veritatis ext. de iur. venientes. Et j. eo.ti. §. iuxta. ver. item non valet et per totum. 1 Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3.q.7. iudicet ff. de offi. iud. or. si sacerdos 2 et de off. de leg. pastoralis...”

⁴⁰ NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, cit. pp. 27 y ss.

⁴¹ Vid. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, pp. 99 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, cit. pp. 945 y ss.

⁴² AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, pp. 235-236: “*Maiores iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati*”.

origen el brocardo en cuestión no era sino manifestación de esos dos derechos esenciales en el proceso: el derecho al juez imparcial y el derecho de defensa.

Sin embargo, algo más adelante debió de surgir la duda acerca de si, efectivamente, el juez podía ir más allá de las peticiones de las partes. En concreto, se detecta en el siglo XVI que en una adición a la *Practica Aurea* de Giovanni Pietro FERRARI escrita ya en 1576⁴³, se planteó la posibilidad de juzgar *extra petita* en los procesos sumarios⁴⁴. Sin embargo, pese a este dato puntual se mantuvo firme la idea que se remontaba, por cierto, a BALDO DE UBALDIS⁴⁵ (s. XIV): el juez no puede juzgar *extra petita*: “*sententia extra petita est nulla*”⁴⁶, o aún más palmariamente, “*alias sequitur absurdum, quod concessio foret extra petita, quod dici non habet*”⁴⁷, o bien “*sententia debet esse conformis libello*”⁴⁸, o incluso con más contundencia “*pro ut subsistit etiam antiqua regula, quod sententia conformis esse debeat libello, adeout extra petita, condemnatio sequi non valeat*”⁴⁹. La frase *ne eat iudex ultra petita partium*, que compendia todo lo anterior, parece haber surgido en el siglo XIX en los estados alemanes⁵⁰.

Y la razón de ser de todo ello ya se ha indicado. Pese a que no se dice con demasiada claridad en los tratados ni se explica mucho más allá, habida cuenta de la frecuente copia directa que se hacían unos autores de otros

⁴³ DE FERRARIS PAPIENSIS, Io. Petri, *Practica aurea*, 1576, p. 64.

⁴⁴ Op. et loc. cit. “...*quod clausula summaria, sola facti importat, ut ferri possit sententia, etiam si non in totum conformis libello, teste Paris. Consi. 113. Lib. 1 & si in commissione adsint verba summariae, extunc iudex potest recedere à reg. iuris communis, & etiam iudicare extra petita, dummodo sententia aliquantulum conveniat petitioni, licet non in totum...*”

⁴⁵ “...non vale re quia non est conformis libello.” BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, Turín 1578, p. 19.

⁴⁶ Así se lee en las *Decisiones Rotae Lucensis*, Espira 1599, p. 422.

⁴⁷ TURRETI, Fabio, *Consiliorum seu responsorum*, vol. II, Venecia 1596, p. 20, vuelto.

⁴⁸ RIMINALDI FERRARI, Hippoly, *Consiliorum seu responsorum in causis gravissimis redditorem*, Lib. I, Frankfurt 1609, p. 219.

⁴⁹ DE LUCA VENUSINI. Jo. Baptistae, *Theatrum veritatis & Justitiae*, Lib. 15, Pars I, De iudiciis, Disc. VIII, p. 23, Venecia 1706. Vid. También en el mismo sentido VANZI, Sebastiano, *Tractatus de nullitatibus processum ac sententiarum causarum*, Venecia 1555, punto 99, p. 425. BARBOSAE, Agustini, *Repertorium iuris civilis et canonici*, Lyon 1713, p. 120, columna 2.

⁵⁰ SCHMID, „Das s.g. Verhandlungsprinzip gilt für die Abfassung des Appellationserkenntnisses bei Appellationem gegen Definitivurtheile, und die denselben an kraft gleichstehenden Beiurtheile nach gemeinem deutschen Prozeßrecht nicht“, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, T. IV, 1847, p. 27. Vid. también VON STÜRZER, Joseph, *Theoretisch praktische Bemerkungen zum dermaligen bayerischen Civilgerichts-Verfahren*, München 1838, p. 368.

derivada del uso abusivo del argumento de autoridad propio de la época, si nos remontamos al texto de AZZONE, origen de todo ello, la voluntad del jurista está clara: apartar al juez de su intuición, de su conocimiento privado, a fin de garantizar su imparcialidad y a la postre proteger el derecho de defensa de las partes, que no podrían combatir algo que no conocen: precisamente la intuición del juez o su conocimiento privado, como ya se ha dicho. De ahí que fuera obligatorio poner todas las cartas encima de la mesa en el proceso. Y así fue desde entonces.

4. EL CONTEXTO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

En consecuencia, el principio dispositivo sería una descripción antigua del derecho a la imparcialidad judicial y del derecho de defensa, compendiando dos de los que en mi opinión son los tres derechos básicos del proceso, junto con la cosa juzgada⁵¹. De esa manera, el principio dispositivo, curiosamente, habría sido una descripción arcaica del que después se conoció como *due process of law* o debido proceso en la V Enmienda de la Constitución de los EEUU⁵², cuyo origen está en el *lawful judgment* de la Carta Magna inglesa de 1215, es decir, justamente de la misma época que el *secundum allegata et probata*. Siendo así, este brocardo latino tiene ciertamente una importancia capital para el entendimiento de lo que es el debido proceso en nuestras culturas. Se trata de una simple frase que finalmente ha significado tanto en realidad.

No obstante, para entender lo anterior es importante conocer las circunstancias sociales e históricas en las que fueron pronunciadas esas palabras. En el siglo XIII, cuando escribe AZZONE y pese a la brillantez de este pensamiento suyo –entre otros–, no se hacía auténtica ciencia jurídica. La frase en cuestión ha influido posteriormente a nuestro entendimiento del proceso durante siglos, pero no hay que sobredimensionar ese mérito. Pese al indudable valor de algunos de los trabajos de la época de todos conocidos, que compendiaron y pusieron al día una antigua recopilación romana, lo que hicieron aquellos autores es tratar de adaptar a su tiempo lo

⁵¹ Vid. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I, Introducción*, Madrid 2014, pp. 125 y ss.

⁵² *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

que se había dicho en Roma en épocas muy dispares durante casi mil años. Cuando escriben estos juristas medievales lo hacen varios siglos después de la publicación del *Corpus Iuris Civilis*, en un contexto de sociedades rurales dominadas por señores feudales en las que la mayoría de la población era simplemente sierva, mientras algunas personas habían conseguido emanciparse dedicándose a la actividad comercial como artesanos o mercaderes en las ciudades⁵³.

Sin duda, AZZONE escribió para estos últimos, propios del ámbito de la Bolonia⁵⁴ de la época en cuya universidad impartió sus lecciones. Poco antes, el emperador del Sacro Imperio Enrique V había concedido un Diploma en 1116⁵⁵ a la ciudad de Bolonia con el objeto, sobre todo, de desarrollar su actividad comercial concediéndole privilegios tributarios y políticos –entre ellos alguno judicial– que garantizaban su autonomía comunal, lo que facilitó su desarrollo posterior, del mismo modo que sucedió con otras ciudades italianas⁵⁶ como Florencia, Génova, Venecia⁵⁷ o Cremona, donde se supuso acontecido –quizás erróneamente⁵⁸– el nacimiento del procedimiento monitorio en el siglo XIII⁵⁹.

En estas condiciones, no resulta extraño que los juristas de la época pensarán en que los jueces dejaran de ser –en lo posible– delegados de reyes y emperadores, y que en su jurisdicción no fueran arbitrarios, sino que observaran la imparcialidad y garantizaran la defensa de las partes sin reservas mentales de ninguna clase por parte de dichos juzgadores. En el fondo, estaban intentando superar esforzadamente la falta de independencia e imparcialidad propia de la justicia feudal, que anulaba las posibilidades de defensa de las partes. En una sociedad en la que la burguesía buscaba garantías para sus negocios, el juez debía hacer auténtica justicia a las partes, y no adoptar resoluciones arbitrarias.

⁵³ Sobre el tema, vid. COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, Madrid 2011, pp. 203 y ss. CONTAMINE / BOMPAIRE / LEBECQ / SARRAZIN, *La economía medieval*, Madrid 2000.

⁵⁴ Lo describe bien BLANSCHERI, Sarah Rubin, *Politics and Justice in Late Medieval Bologna*, Leiden 2010, pp. 183 y ss. Vid. también PIRENNE, *Storia economica e sociale del Medioevo*, Roma 2012. COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, Madrid 2011, pp. 210.

⁵⁵ GHIRARDACCI, *Della Historia di Bologna*, Bologna 1956, pp. 60 y ss.

⁵⁶ FRANCOVICH, Riccardo, “The beginnings of Hilltop Villages in Early Medieval Tuscany”, en AAVV (Davis / McCormick ed.), *The Long Morning of Medieval Europe*, New York 2008.

⁵⁷ COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 220-221.

⁵⁸ NIEVA FENOLL, “Aproximación al origen del procedimiento monitorio”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 197 y ss.

⁵⁹ SKEDL, Arthur, *Das Mahnverfahren*, Leipzig 1891, p. 31. MAGNOLI, Giovanni B., *Gli ebrei a Cremona*, Firenze 2002.

5. EL NUEVO CONTEXTO HISTÓRICO: EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR

La economía ha cambiado muchísimo desde entonces. Baste como dato que en la Baja Edad Media los mercaderes, reunidos en gremios, pactaban los precios, los espacios y la calidad de los productos para no incurrir en competencia⁶⁰. Ello acabo generando un elitismo impenetrable en esas estructuras gremiales que se rompe con la Revolución industrial⁶¹ y el liberalismo⁶², que marca el punto final del triunfo de la burguesía frente a la nobleza feudal⁶³, avanzando posteriormente con muy diversos avatares hacia la economía de mercado que hoy conocemos. De ese modo, los antiguos siervos dejaron de serlo en un primer momento porque se convirtieron en burgueses y profesionales liberales a través del estudio sobre todo, y la enorme mayoría de los que no lo hicieron así se transformaron en asalariados, proletarios en terminología marxista.

Sin embargo, la jurisdicción civil nunca pensó hasta época muy reciente en estos últimos, como tampoco había pensado en los siervos en el periodo precedente. Los procesos solían ser entre personas que podían pagarlos, lo que no estaba al alcance de los bolsillos de la clase trabajadora, por lo que quedaban limitados a la burguesía. No fue sino después de la Gran Guerra cuando el sistema, en lugar de basarse sobre todo en las relaciones entre comerciantes, se sustenta primordialmente en el destinatario final al haber empezado a fabricar el comerciante, gracias a los avances tecnológicos, a una escala inimaginable hasta entonces, que abarataba los precios y, en consecuencia, aumentaba las rentas y el consumo⁶⁴. En ese momento, ya hacia los años veinte del siglo XX, gana en importancia un actor que se consolida completamente después de la II Guerra Mundial con el Estado del bienestar iniciado incipientemente antes de dicha guerra⁶⁵, pero que incluso hoy en día cuesta encontrar más de lo que se cree en los procesos judiciales: el consumidor.

⁶⁰ COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 209-210.

⁶¹ COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 349 y ss.

⁶² Un curioso testimonio de lo que sucedió puede hallarse en el documento *Sobre abolición de ordenanzas gremiales y libre ejercicio de las artes* de 28 de septiembre de 1834, que se puede encontrar en https://books.google.es/books?id=OxWgC5Cfd7YC&printsec=frontcover&dq=gremios&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=gremios&f=false

⁶³ Cabe releer a SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinurgh 1843, especialmente en la parte de la fijación de precios, pp. 12 y ss.

⁶⁴ COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 516 y ss.

⁶⁵ COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. p. 544.

La entrada de dicho consumidor en el tablero judicial altera los esquemas que se habían producido hasta el momento. Ya no se enfrentan solamente empresarios entre sí en el proceso, sino que se produce una alta posibilidad de litigios entre consumidores y empresarios al ser ambos, sobre todo los primeros, los motores centrales de la actividad económica.

Y es en ese instante en el que uno de los fundamentos esenciales del derecho de defensa corre un serio peligro: la igualdad de partes. Y es que por más que se quiera, un consumidor no acostumbra a ser igual a un mediano o gran empresario, teniendo estos últimos un poder económico con el que no puede competir el consumidor. Por otra parte, el mismo, en la sociedad actual, ha sido inducido a depender de los productos fabricados por el empresariado precisamente para que el sistema puede sostenerse. Y ahí es cuando puede generarse la situación de abuso. El consumidor necesita el producto –la electricidad, un crédito bancario, una línea telefónica, etc–, y el empresario se lo vende pero a veces en condiciones que subrayan la desigualdad entre ambos, produciéndose entonces el abuso que quiere evitar la *Directiva 93/13/CEE*, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con su jurisprudencia.

En ese momento, la inteligencia histórica del principio dispositivo deja de ser válida porque se aplica a una situación en la que ni AZZONE ni DURAND pudieron llegar a pensar jamás, porque no era el tipo de litigios que se veía en su época. En nuestro tiempo, en un litigio en el que figuran como partes los consumidores, el principio dispositivo ya no protege a las partes, sino que en realidad privilegia solamente a una de ellas, que puede defenderse mucho mejor que la otra. Si se deja todo el objeto del juicio en poder de los litigantes, lo que puede acabar sucediendo es que una de las partes se apodere completamente de él, dejando a la otra desprotegida. Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de ser sorprendente, tiene toda su razón de ser.

6. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA ACTIVIDAD OFICIAL DEL JUEZ: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES

Por otra parte, ni siquiera es obvio que el principio dispositivo se oponga a toda actividad oficial del juez. De hecho, si se recuperara la auténtica esencia de la frase de AZZONE, lo cierto es que lo que deberían hacer las leyes es favorecer, como siempre, la imparcialidad y el derecho de defensa. Si lo primero –la imparcialidad judicial– ya no se pone en discusión,

está en serio riesgo lo segundo, no debiendo suceder que un principio, el dispositivo, creado para favorecer la defensa, pueda acabar sirviendo para anularla.

Es ahí cuando deben surgir las matizaciones, aunque hay que llamar la atención sobre que las mismas quizás no son obra reciente del Tribunal de Justicia, sino que en realidad son bastante más antiguas. Pese a que existe bastante confusión sobre el particular⁶⁶, en los manuales⁶⁷ y en la jurisprudencia⁶⁸, se acostumbra a afirmar que el juez puede apreciar de oficio las excepciones materiales basadas en hechos impeditivos y extintivos, pero no así las que se fundamenten en hechos excluyentes⁶⁹. Y ello se ha sostenido sin que la doctrina haya destacado en este sentido mengua alguna del principio dispositivo.

En la doctrina alemana, el tema se relaciona con la clasificación de las excepciones entre *Einreden* y *Einwendungen*, que tampoco es unánime entre civilistas y procesalistas⁷⁰, y ni siquiera entre estos últimos⁷¹. Pero si se hace caso de los primeros –no así de los procesalistas⁷²–, las *Einwendungen* serían solamente las basadas precisamente en hechos impeditivos y extintivos⁷³, es decir, las que en la doctrina española se han denominado excepciones impropias o en la italiana “defensas”⁷⁴. Y justo estas son las que se podrían apreciar de oficio. STEIN decía que los hechos en que se basa la excepción en estos casos tienen efectos por sí mismos, sin necesidad de alegación⁷⁵, y por esa razón habrían de ser apreciados de oficio. SATTÀ y PUNZI⁷⁶ argumentan que esa facultad proviene de la simple necesidad de comprobación del juez del hecho constitutivo para dar lugar a la de-

⁶⁶ Sobre el tema, vid. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, 2011, Cizur Menor 2011, pp. 106 y ss.

⁶⁷ SATTÀ / PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, pp. 206-207.

⁶⁸ Es muy indicativo el resumen que hace CARRATTA, “Comentario al art. 112”, en CARRATTA/TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna 2011, pp. 218 y ss, que expresa cómo han surgido las mismas divagaciones que en la jurisprudencia española.

⁶⁹ Vid. CARRATTA, “Comentario al art. 112”, cit. p. 228.

⁷⁰ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2010, p. 560.

⁷¹ STEIN, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*, Tübingen 1928, p. 173.

⁷² STEIN, *Grundriß*, cit. p. 173, ya decía en su tiempo que la noción procesalista de *Einrede* era más estrecha que la de *Einwendung*, pero más amplia que la de *Einrede* en sentido civilista.

⁷³ JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 177.

⁷⁴ CARRATTA, *Comentario al art. 112*, cit. p. 214.

⁷⁵ Cfr. STEIN, *Grundriß*, cit. p. 173.

⁷⁶ SATTÀ / PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit. p. 205. Vid. También CARRATTA, “Comentario al art. 112”, cit. p. 225.

manda, que se ve suprimido por la presencia de un hecho impositivo o extintivo.

Aunque esta última declaración también es ambigua, da un poco más de luz al complejo tema. Si se analizan los hechos en que se basan las excepciones, nos encontramos con que los impositivos serían la incapacidad mental, el defecto de forma legal en el contrato, la vulneración de norma imperativa o la mala fe o el atentado a la moral o al orden público. Hechos extintivos serían el pago o cumplimiento de la obligación, la consignación, la compensación, la condonación, la rescisión, el cumplimiento de una condición resolutoria, la revocación de un derecho y la nulidad por dolo, error o intimidación. En cambio, hechos excluyentes son la prescripción, el no cumplimiento del contrato por parte del demandante –*exceptio non adimpleti contractus*–, la espera o el derecho de retención⁷⁷.

Explicado todo lo anterior, es imprescindible realizar alguna aclaración. Aunque se haya solido decir que el juez puede apreciar de oficio excepciones basadas en hechos impositivos y extintivos, eso no es del todo exacto, como han señalado JAUERNIG y HESS⁷⁸. En realidad, lo que ocurre es que los hechos en que se basan esas excepciones son apreciables por el juez si constan en el proceso, con independencia de cuál sea el litigante que los haya aportado, alejándose esta cuestión completamente de la institución de la carga de la prueba. Pero ello no quiere decir que el juez pueda iniciar una investigación de oficio en búsqueda de tales hechos⁷⁹, sino solamente que si constan en el proceso no puede ignorarlos, al margen de si el demandado opuso o no la excepción. No obstante, si el demandado no quisiera expresamente que se apreciara tal hecho, el juez no podría tomarlo en consideración. Sin embargo, todo ello no sucedería con los hechos excluyentes, ya que están basados en un derecho potestativo o disponible⁸⁰, y si no se quiere restar eficacia a dicho derecho, el juez no lo puede apreciar de oficio⁸¹.

⁷⁷ En la enumeración he seguido las clasificaciones de ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. pp. 561-562 y JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 176.

⁷⁸ JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 177.

⁷⁹ Cfr. STJUE 9-11-2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt. C. Ferenc Schneider, C-137/08.

⁸⁰ ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor 2013, p. 311.

⁸¹ Con respecto a la no apreciación de oficio de la prescripción, vid. ARROYO AMAYUELAS, “Efectos de la prescripción extintiva”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia 2014, pp. 244 y ss.

Con esta explicación se mantiene la plena vigencia del principio dispositivo, aunque también se abre la posibilidad de que, en realidad, no exista diferencia alguna entre unos y otros hechos. Lo que se deduce de todo lo anterior es que el juez, por pura lógica, puede conocer la existencia de hechos impositivos, extintivos, y también excluyentes, si constan en el proceso. Pero solamente si lo desea el demandado podrá apreciar sus efectos jurídicos. Con respecto a los hechos impositivos y extintivos basta con que el demandado no explice su voluntad en contra de la apreciación. Si el hecho es excluyente, el demandado debería pedir expresamente esa apreciación. Y esa es la diferencia fundamental entre los dos grupos de excepciones.

En consecuencia, la vigencia del principio dispositivo se hace compatible, no tanto con una matización del principio de aportación de parte, que a mi juicio permanece vigente, sino con una superación de una visión doctrinal lastrada por la antigua concepción de la carga de la prueba inspirada en el sistema de valoración legal de la prueba⁸², y que desde luego ya no tiene valor alguno en el proceso actual. En consecuencia, el *secundum allegata et probata* recobra su sentido original. El juez sólo decide en virtud de lo que conoce a través del proceso, y no más allá.

Aplicando todo lo anterior al tema que nos ocupa en este artículo, se plantea la posibilidad de si la alegación de la abusividad de la cláusula, como tal, entra dentro de las categorías de hechos objeto de excepción que el juez podría apreciar de oficio si le son conocidos por la documentación que se aporta a las actuaciones del proceso, aunque el demandado no haya opuesto tal abusividad. Es decir, se abre la cuestión de si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone una novedad absoluta en nuestros ordenamientos, como se ha dicho con reiteración, o simplemente lo que ha hecho el Tribunal de Justicia es aplicar de un modo correcto y escrupuloso la antigua –y vigente– teoría de las excepciones. Veámoslo.

7. ¿PUEDE ENCUBRIR LA CLÁUSULA ABUSIVA UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO?

El Tribunal de Justicia canceló toda posible discusión sobre la naturaleza de la abusividad al afirmar desde 2010 que se trataba de un tema de orden

⁸² Vid. NIEVA FENOLL, “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2017, en prensa, p. 13.

público⁸³. Si es una cuestión de orden público, ese concepto sustenta nada menos que un hecho impeditivo que, en consecuencia, puede ser apreciado por el juez de propia iniciativa si la abusividad surge de las actuaciones procesales y el demandado no se opone a ello⁸⁴. Dado que dicha abusividad posee un soporte documental indubitado en el contrato de consumo, esa apreciación es verdaderamente muy sencilla. Por tanto, tema zanjado.

La cuestión es que la decisión ha despertado una sonora polémica que, a mi juicio, está mal enfocada. La doctrina⁸⁵ se ha lamentado de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pone en cuestión el principio dispositivo⁸⁶, cuando como se acaba de demostrar en el epígrafe anterior, el principio dispositivo no sufre daño alguno, sino que es reconducido por esta jurisprudencia a sus originales fronteras. Sentado lo anterior, lo que sí puede ser debatible es si la abusividad podría implicar algo más incluso, además de ser una cuestión de orden público.

Personalmente, teniendo en cuenta que el consumidor, como ya se dijo, es la base esencial de nuestra actual economía de mercado, no veo objeción alguna a que su protección sea un tema tan esencial para la Unión Europea que la protección de su posición se eleve de rango al máximo, como si existiera, como quizás debiera existir, un derecho fundamental⁸⁷ del con-

⁸³ ATJUE 16-11-2010, Pohotovost' s. r. o. c. Iveta Korčková. C-76/10. STJUE 30-5-2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV. Vid. al respecto EBERS, M., „From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata”, *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 823 y ss.

⁸⁴ Importante matización, porque de ese modo no se pone en cuestión el principio de aportación de parte. Cfr. SAARE / SEIN, „Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen“, 2013, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 17-20.

⁸⁵ Aunque no unánimemente. Vid. ACHÓN BRUÑEN, „Soluciones a problemas que en la praxis plantea la apreciación judicial de oficio de cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca”, *Práctica de Tribunales*, n. 118, enero-febrero 2016, p. 3. FERNANDEZ SEIJO, „Tutela de oficio por el juez en los procedimientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. extraordinario 2014, p. 187. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA e.a., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Barcelona 2014, p. 45. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio*, cit. p. 233. Con algún matiz, SAARE / SEIN, „Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen“, cit. p. 20.

⁸⁶ Aunque en un supuesto distinto, vid. MIQUEL SALA, „Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich? Zugleich eine Besprechung der Rs C-32/12 (Duarte Hueros)“, 2014, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 178 y ss.

⁸⁷ Parecido al principio rector existente en el art. 51 de la Constitución española. Cfr. DELLA NEGRA, „The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection

sumidor a obtener protección eficaz, específica y reforzada, más allá de la vigencia de los derechos actuales reconocidos en nuestras constituciones.

Ahora bien, con el derecho vigente en la mano quizás hubiera podido seguirse un camino paralelo, o incluso complementario. La abusividad, a mi juicio, encubre con enorme frecuencia un engaño, o al menos un error, y quizás incluso una situación que se acerca tímidamente a la intimidación.

Como antes se explicó, el consumidor no tiene otra opción que aceptar las condiciones del empresario si desea obtener el bien de consumo que necesita. La necesidad puede ser más imperiosa, como la de dinero para la compra de una vivienda, o la adquisición de electricidad, gas, agua, o libros para su actividad laboral. O algo menos urgente, pero igualmente relevante en nuestras sociedades actuales, como ocurre con cualquier otro bien de consumo si la persona desea sentirse integrada en la sociedad en la que vive. De hecho, son las propias empresas productoras las que inducen la existencia de algo tan sumamente estúpido como la “moda”, precisamente para conseguir vender más y si es posible a mayor precio. Y lo cierto es que no es nada fácil sustraerse a esa corriente claramente restrictiva de la libertad individual que representa la “moda”. Finalmente, las personas *necesitan* tener un teléfono móvil, un ordenador, ropa “moderna”, y desde luego una casa lo más estable posible que disponga de electricidad y agua al menos. No es fácil escapar de todo ello salvo que uno quiera convertirse en una especie de ermitaño⁸⁸.

El paso siguiente consiste en aceptar las condiciones que ponga el empresario una vez condicionado psicológicamente el consumidor por la presión social de la “moda”, o bien por la imposibilidad de localizar otro empresario con condiciones más favorables. Puede llegarse incluso a un engaño directo prometiendo un rendimiento económico que finalmente no se produce, como sucede con los *swaps* –dependiendo de cómo se explicaran al consumidor– o con la publicidad agresiva engañosa⁸⁹ de cualquier producto. O al menos el error⁹⁰.

in Mortgage Enforcement Proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová”, 2015, 52 *CMLR*, p. 1030-1031.

⁸⁸ Llegándose a generar la exclusión o incluso la anorexia. Vid. URIBE MERINO, *Anorexia. Los factores socioculturales de riesgo*, Medellín 2007, p. 162. Sobre las “temporadas”, vid. RIVIÈRE, *Historia informal de la moda*, 2013.

⁸⁹ STS 16/2017, 16-1-2017. Sobre las condiciones para la concurrencia de dolo vid. también STS 266/2016, 21-4. STS 834/2009, 22-12.

⁹⁰ STS 250/2017 25-4. STS 229/2017, 6-4. STS 174/2017 13-3.

Si todo ello es así, las cláusulas abusivas encubren habitualmente un vicio del consentimiento, que podría haber sido apreciado de ese modo, sin perjuicio de recurrir al concepto de orden público, para que el juez hubiera podido apreciarlo de oficio siguiendo lo que hace mucho tiempo que mantiene la doctrina al respecto de las excepciones basadas en hechos extintivos, y que ya quedó explicitado.

El final del camino hubiera sido el mismo, la posibilidad de apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. Pero el resultado hubiera sido aún más revelador de lo que hace un empresario con una política comercial agresiva acompañada de publicidad engañosa: incurrir en dolo o al menos inducir a error al contratante. Hace siglos que dichos vicios anulan el consentimiento. No es, por tanto, una novedad del siglo XXI, y mucho menos una ocurrencia del Tribunal de Justicia.

No obstante, desde el punto de vista práctico proceder de ese modo hubiera tenido más dificultad al tener que entrar en la difícil cuestión de la vulnerabilidad del contratante, por muy generalizable que sea en el caso de los consumidores, lo que hubiera dificultado su apreciación de oficio, por cierto. Además, desde el punto de vista político, ciertamente, hubiera sido mucho más grave acusar directamente de engaño a tantas grandes empresas, por lo que, finalmente, parece prudente la decisión del Tribunal de Justicia de acudir al concepto de orden público para cerrar la cuestión consiguiendo la protección del consumidor, que es la principal prioridad.

Capítulo 10

Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea¹

JUAN F. HERRERO PEREZAGUA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO. 2. EL ENJUICIAMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LO NO PEDIDO. 3. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO EN EL MONITORIO. 4. LA PRETENDIDA EXTENSIÓN DEL ENJUICIAMIENTO EN EL DECLARATIVO ORDINARIO. 5. LA PRETENDIDA UTILIZACIÓN DE UN PROCESO SUMARIO PARA CORREGIR ACTUACIONES ANTERIORES. 6. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO. 7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR EXCLUYENTE DEL ENJUICIAMIENTO. 8. EL RESTABLECIMIENTO DE LO MAL DECIDIDO. 9. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El trabajo analiza, a la luz del Derecho español y de la jurisprudencia del TJUE, hasta dónde se extiende el enjuiciamiento del juez cuando, en aplicación del principio de efectividad, se ha de pronunciar sobre cuestiones no pedidas por las partes. Asimismo, se examinan el modo de proceder y los efectos de la resolución (cosa juzgada y preclusión) según el proceso que se siga y la fase en que se encuentre. Por último, se aborda la cuestión de qué reacción procede en los casos de infracciones del Derecho de la Unión por resoluciones firmes.

PALABRAS CLAVE: Principio de efectividad – Cosa juzgada – Control de oficio.

ABSTRACT: In the light of the Spanish Law and the jurisprudence of the ECJ, this paper analyzes the extent to which the judge must decide when, in application of the principle of effectiveness, she has to address issues that were not referred to by the parties. Likewise, the ways of proceeding and the effects of the decision are examined in connection with the type of process and the phase it is at (a particular attention is being paid to “res judicata” and preclusion). The question on how to proceed in cases of final judgements Union Law infringements is also addressed.

KEY WORDS: Principle of effectiveness – Res judicata – Acting of its own initiative.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Las transformaciones y los resquicios del proceso en tiempo de crisis y cambios sociales» (DER2016-79363-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER2016-81752-REDT) y del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_17R).

1. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO

La protección del consumidor ha provocado la aparición y perfeccionamiento de nuevas formas de tutela, el replanteamiento (o la reconducción) de los principios informadores del proceso y la reestructuración de algunos modelos procesales y procedimentales. En ello ha incidido singularmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Manifestación singular de estas transformaciones es que los tribunales se pronuncian –han de pronunciarse– sobre extremos que no les han sido inicialmente sometidos, lo que conduce a preguntarse sobre el alcance del enjuiciamiento y la eficacia de las resoluciones en que este se desenvuelve.

El proceso civil tiene como objeto la acción afirmada por el demandante; en su caso, el objeto estará configurado por una pluralidad de acciones, si es más de una la afirmada por el actor o si el demandado reconviene. Pero aunque este último no lo haga, también incide en el objeto del proceso lo que alegue en su defensa con el fin de que se desestime la demanda, en concreto cuando esa defensa se fundamente en hechos distintos de los introducidos por el actor o en normas distintas de las invocadas por su contrario. Si se dan los presupuestos necesarios para dictar un pronunciamiento sobre el fondo, el juez habrá de resolver también sobre los extremos hechos valer por el demandado en su defensa. Y, en virtud del deber de congruencia, decidirá todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (art. 218.1.I LEC), pero no podrá acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer (art. 218.1.II LEC). El reverso de lo dicho es que el juez no puede pronunciarse sobre lo que las partes no le han pedido que lo haga. En otro caso, la sentencia incurrirá en el vicio de incongruencia y vulnerará el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil (art. 216 LEC).

La regla así enunciada tiene sus excepciones. En el marco de la protección del consumidor y al compás de la doctrina del TJUE, se han ido incrementando las posibilidades de que el juez conozca de oficio, en concreto, en relación con el examen y control de las cláusulas abusivas. En efecto, según reiterada jurisprudencia, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, «debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público»² [STJUE de 21-12-2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo), y STJUE de 26-1-2017, (C-421/14, Banco Primus)]. Confor-

² Sobre las transformaciones que el rango de orden público ha comportado en nuestro proceso civil, PÉREZ DAUDÍ (2018).

me a ese precepto, de naturaleza imperativa, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. La Directiva, además, impone a los Estados (art. 7.1) la obligación de incorporar medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Para garantizar esta protección, los tribunales no solo tienen la facultad de pronunciarse de oficio sobre el carácter abusivo de una cláusula, sino que deben hacerlo, es decir, que se trata de una actuación obligada para el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello [STJCE de 4-6-2009, (C-243/08, Pannon)]. Estamos, por tanto, ante el examen de una cuestión no introducida por las partes y que ha de ser objeto de enjuiciamiento. Juzgar sobre ella requerirá, para respetar el principio de audiencia, dar oportunidad a las partes para que aleguen lo que tengan por conveniente en defensa de su derecho. Cumplida esta exigencia, la resolución del tribunal ha de extenderse a la cuestión suscitada de oficio y contener el correspondiente pronunciamiento. En definitiva, el juez analizará el carácter abusivo de la cláusula sin necesidad de que alguno de los litigantes lo haya alegado y, en su caso, declarará su nulidad, aunque las partes no lo hayan pedido. Esta forma de entender y disponer las cosas comporta una ampliación del objeto y, consiguientemente, del marco a que ha de sujetarse la resolución judicial³.

La obligada actuación de oficio del juez en los casos referidos, dio lugar a que el TJUE censurara la regulación española en lo tocante a la oposición a la ejecución –en especial, a la ejecución hipotecaria– y al proceso monitorio. El reproche se produjo primero en cuanto a este último, pero la reacción del legislador español, consistente en la reforma de la LEC, antepuso la modificación de la oposición a la ejecución, algo que llevó a cabo mediante la Ley 1/2013, mientras que hubo que esperar dos años (Ley 42/2015) a que lo hiciera en el monitorio.

2. EL ENJUICIAMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LO NO PEDIDO

En lo que a la ejecución hipotecaria respecta, la censura provino de la STJUE de 14-3-2013 (C-415/11, Aziz). El carácter tasado de los motivos de

³ NIEVA FENOLL (2017) ha descrito el progresivo aumento de las posibilidades del juez de conocer de oficio diversas cuestiones relacionadas con las cláusulas abusivas.

oposición no permitía fundar esta en el carácter abusivo de la cláusula que constituyera el fundamento de la ejecución o de la cantidad exigida. Para hacer valer esta pretensión, el deudor se veía abocado a entablar el proceso declarativo correspondiente sin posibilidad de obtener, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución hipotecaria. De prosperar la acción, el actor (deudor en la ejecución) solo obtendría el derecho a una indemnización, algo que el TJUE estimó como una protección incompleta e insuficiente.

La solución que prefirió el legislador español –en mi opinión, más ágil y económica que una eventual paralización cautelar o prejudicial de la ejecución hasta la resolución en el correspondiente declarativo– consistió en incorporar un nuevo motivo de oposición (art. 695.1) y permitir, así, el examen de la cuestión en el seno del proceso de ejecución. Parejamente, en la ejecución ordinaria de títulos no judiciales, se añadió otro en términos similares (art. 557.1). Y puesto que la doctrina del TJUE no se conforma con que el juez *pueda* llevar a cabo ese control, el art. 552.1 LEC impone al tribunal de la ejecución fundada en un título no judicial el examen de oficio de las cláusulas que pudieran ser calificadas como abusivas. En virtud de la remisión del art. 681.1 LEC, ese obligado control de oficio ha de predicarse también cuando se siga el procedimiento especial de la ejecución hipotecaria.

Que en el seno de la ejecución tenga lugar un enjuiciamiento no es algo extraño. Pero algo hay de nuevo y lo hay por partida doble. De un lado, se abre la posibilidad de que lo que es objeto de juicio sea determinado por el juez y no por la parte. Y, de otro, destaca que el control de oficio preceda al despacho de la ejecución. Al examen de la regularidad formal exigible para dar curso a las actuaciones se suma ahora un enjuiciamiento sobre una cuestión de fondo⁴, como es el carácter abusivo de las cláusulas que fundamentan la ejecución o la cantidad por la que se insta su despacho.

Para llevarlo a cabo, la jurisprudencia del TJUE ha señalado que es necesario que el juez examine previamente si tal contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 [STJUE de 9-11-2010 (C-

⁴ En cambio, para MARTÍN PASTOR (2013), el carácter abusivo de una cláusula es un defecto procesal que afecta al título, en el sentido de que el título no cumple los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución. Por ello, a su parecer, este motivo se debería haber incluido entre los que pueden fundar la oposición a la ejecución por defectos procesales. En mi opinión, sin embargo, aunque, atendiendo a la sustanciación del procedimiento, existe una similitud con el tratamiento que reciben los presupuestos y requisitos procesales –puesto que se procede a su examen previamente al despacho de la ejecución– el control efectuado y la decisión no atañen a la regularidad formal del título, sino a aspectos sustantivos de su contenido. El hecho de que el enjuiciamiento sobre tales extremos se adelante al comienzo de las actuaciones no muda su naturaleza.

137/08, VB Pénzügyi Lízing) y STJUE de 17-5-2018 (C-147/16, Karel de Grote)]. La cuestión adquiere importancia no solo en los casos en que existen dudas sobre la condición de consumidor de una de las partes⁵, sino también en aquellos otros en los que se pueden albergar respecto de la condición de profesional de la otra parte contratante y de la prestación controvertida⁶. La flexibilización o ampliación de esas condiciones subjetivas comporta que se ensanche el ámbito en que el juez está llamado a actuar sus poderes de oficio en la determinación del objeto a juzgar.

Cuando el juez aprecie el carácter abusivo de una cláusula, no está facultado para modificarla, moderarla o integrarla; se impone su supresión [STJUE de 21-1-2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja y Caixabank)], porque, de lo contrario, se eliminaría el efecto disuasorio que persigue la norma al prescribir su no aplicación [entre otras, STJUE 14-6-2012 (C-618/10, Banco Español de Crédito); STJUE de 30-5-2013 (C-488/11, Asbeek Brusse); STJUE de 30-4-2014 (C-26/13, Kásler)]. A este respecto, se ha pronunciado la STS 265/2015, de 22 de abril, en relación con la apreciación del carácter abusivo del interés de demora.

⁵ Véase, a este respecto, LAFUENTE TORRALBA (2015). A los casos que el autor denomina fronterizos hay que añadir el que proporciona la STJUE de 25-1-2018 (C-498/16, Schrems). Por un lado, la sentencia reconoce que no pierde la condición de consumidor el usuario de los servicios de una red social que inicialmente la utilizó para fines exclusivamente privados y que, con posterioridad, viene haciéndolo también para fines profesionales; el tribunal prescinde de las condiciones subjetivas de quien litiga como consumidor y que evidencian que se trata de un experto en la materia objeto del contrato y del litigio al que más de veinticinco mil personas de todo el mundo le han cedido derechos para que los ejerza judicialmente. El fundamento que sustenta la especial protección del consumidor –el desequilibrio en que este se encuentra por carecer de información y medios y desconocer sus derechos– se difumina hasta su desaparición. Lo que el TJUE veda es extender el fuero especial del domicilio del consumidor a las acciones cedidas por usuarios domiciliados en distintos Estados. He aquí una limitación a la ampliación de objeto, a la colectivización de las acciones, con apoyo en una norma de competencia; al menos, mientras no disponga otra cosa el legislador.

⁶ La citada STJUE 17-5-2018, apreció que concurría la condición de *profesional* en una entidad belga de educación superior pues, aunque esta cumple una misión de interés general sujeta a un régimen de Derecho público, hay que atender al objeto de la controversia. Dado que el litigio principal no se refería directamente al cometido educativo de la entidad, sino a una prestación concedida por esta consistente en ofrecer mediante contrato la posibilidad de que una estudiante le devolviera a plazos y sin intereses unos importes adeudados (en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios), tal prestación supone la concesión de facilidades de pago de una deuda existente y constituye un contrato de crédito. La entidad, por tanto, actuó como *profesional* en el sentido de la Directiva 93/13 y el contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

Estas últimas consideraciones enlazan con otra cuestión también problemática. Puede suceder que, a tenor de las reformas legales o de la doctrina jurisprudencial posteriores al título, las cláusulas contenidas en este merezcan ser declaradas abusivas. En tal caso, es tentador para el acreedor incluir en su pretensión ejecutiva las partidas a que se refieren esas cláusulas, si bien ajustadas a las prescripciones legales o jurisprudenciales (por ejemplo, aunque se hubiera convenido un vencimiento anticipado por el impago de una cuota o sin determinación de un número de mensualidades, no se insta la ejecución hasta que el incumplimiento sea al menos de tres períodos; o habiendo pactado unos intereses moratorios por encima del límite legal, se piden estos pero sin superar el interés legal del dinero)⁷. Un planteamiento de esta índole invita, en principio, a entender que, habiéndose respetado las prescripciones legales, no debe inaplicarse la cláusula abusiva. Este fue el parecer de los magistrados de toda España, reunidos en la Jornada, celebrada el 8 de mayo de 2013, sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, con especial referencia al régimen transitorio. En sentido contrario se ha pronunciado el ATJUE de 11-6-2015 (C-60213, BBVA) al concluir que «la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

La apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas en el proceso de ejecución comporta el sobreseimiento del proceso (si afectara al fundamento mismo de la ejecución) o su continuación, con la correspondiente inaplicación de la cláusula. Pero el problema no acaba ahí. Cuando se declara abusiva y, por tanto, nula una cláusula, procede la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de dicha cláusula (STS 139/2015, de 25 de marzo). Lo que cabe preguntarse es si en aquellos casos en que el deudor no lo haya solicitado, la intervención de oficio del juez –atendiendo a la finalidad de la norma europea de corregir el desequilibrio entre el consumidor y el profesional– alcanza a entender que de la cantidad reclamada no solo ha de excluirse la que proceda de la inaplicación de la cláusula, sino que debe también restarse aquella otra que resulte de lo indebidamente pagado antes de que se interpusiera la reclamación. La STJUE de 21-12-2016 (C-1554/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo) abona una interpretación como esta sobre la base de estos tres elementos: 1º) el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una

⁷ Sobre este particular, SENÉS MOTILLA (2016), pgs. 8 y ss.

cláusula puede deducir todas las consecuencias de esa apreciación (apdo. 59); 2º) hay que considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido y, por consiguiente, esa declaración debe tener como consecuencia, también en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (apdo. 61); 3º) dejar sin aplicación una cláusula abusiva que imponga el pago de determinados importes que sean indebidamente pagados genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (apdo. 62). Ciertamente, siguiendo la argumentación de la sentencia referida, el restablecimiento de la situación se logra con la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en virtud de la cláusula abusiva (apdo. 66). Pero así como en el proceso de declaración bastará, en su caso, con que la sentencia contenga un pronunciamiento sobre el derecho de restitución –que su titular podrá hacer valer si así lo quiere–, en el de ejecución habrá de limitarse la cantidad a satisfacer al ejecutante mediante la indicación de que proceda a un nuevo cálculo de lo inicialmente señalado. De otro modo, se produciría la paradoja de que el restablecimiento de la situación del consumidor solo tendría lugar después de que el profesional hubiera obtenido lo adeudado por el consumidor sin descontar lo que indebidamente le hubiera cobrado.

Si el enjuiciamiento de una determinada cláusula se ha llevado a cabo en el incidente previo al despacho de la ejecución, el deudor, al que la resolución le fue adversa, no puede pretender con éxito que se reitere ese juicio en el incidente de oposición. Lo impide la cosa juzgada formal: el tribunal del proceso en que haya recaído queda vinculado por lo que haya resuelto (art. 207.3 LEC) y no resulta procedente que en un trámite posterior disponga algo distinto o contrario a lo ya decidido, por lo que un examen que pudiera abocar a ese resultado debe quedar vedado. La STJUE de 26-1-2017 (C-421/14, Banco Primus) precisa (apdo. 49) que la Directiva 93/13 no se opone a una norma, como la del art. 207 LEC, «que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada». Ahora bien, si ese examen se ha limitado a una sola o varias cláusulas del contrato, no se cierra la posibilidad para el deudor de alegar el carácter abusivo de otra u otras cláusulas, en cuyo caso el juez deberá pronunciarse sobre tal extremo; más aún, en ese incidente de oposición cabe que tenga lugar el control de oficio de las cláusulas no en-

juiciadas en el incidente previo al despacho de la ejecución. Así lo declara la citada STJUE de 26-1-2017 (apdo. 52)⁸.

En definitiva, el fundamento es que no debe juzgarse lo que ya se ha juzgado. La pregunta que se impone es si el pronunciamiento efectuado por el tribunal de la ejecución respecto del carácter abusivo de una o varias cláusulas –previamente al despacho de la ejecución o al resolver la oposición– clausura también el enjuiciamiento que pudiera efectuar un tribunal distinto al serle sometida la cuestión por alguno de los que fueron parte en la ejecución. Es decir: nos preguntamos si ese pronunciamiento tiene fuerza de cosa juzgada material. La jurisprudencia del TJUE ha recordado que «el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos» [entre otras, STJCE de 3-9-2009 (C-2/08, Olimpiclub), STJUE de 10-7-2014 (C-213/13, Pizzarotti), STJUE de 11-11-2015, (C-505/14, Klausner Holz Niedersachsen)]. La respuesta, por tanto, hemos de hallarla en nuestro propio Derecho. Y a la vista de las interpretaciones que ha habido al respecto, esa respuesta no es clara⁹.

Por un lado, el art. 561.1 LEC dice que el auto que resuelve la oposición a la ejecución se adopta a los solos efectos de la ejecución. Por otro, el art. 564 permite discutir la existencia de la deuda y la responsabilidad en el proceso declarativo que corresponda siempre que esa pretensión se funde en hechos o actos distintos de los admitidos como motivos de oposición

⁸ En aplicación de esta doctrina, el AAP de Valencia (sec. 9ª) 275/2017, de 6 de marzo, resolvió que no es viable declarar la abusividad de una cláusula contractual una vez efectuado el control previo; ese nuevo control solo estaría justificado si hubieran aparecido nuevos elementos de hecho o de derecho, pero no cuando se observa que los mismo elementos de valoración que existían al tiempo de despachar ejecución, subsisten en el momento de resolver el incidente de oposición.

⁹ En la doctrina se advierte la existencia de posturas divergentes. Así, entre otros, entienden que no hay cosa juzgada y que, por tanto, en el plenario posterior pueden reproducirse las alegaciones que fundamentan las causas de oposición –hicieran valerse o no en el incidente de oposición a la ejecución– LAFUENTE TORRALBA (2006), pgs. 203 y ss, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (2014), pgs. 551-557. También DE LA OLIVA SANTOS (2005), pg. 124, niega que haya cosa juzgada a causa de las limitaciones del debate y del juicio jurisdiccional que caracterizan al incidente de oposición, pero añade, respecto de la posibilidad de que en un proceso ulterior se reproduzca lo suscitado en ese incidente que «ese comportamiento sería ilegal y rechazable, como un caso de abuso del derecho y fraude ley y procesal». Por el contrario, sostienen, entre otros, que los hechos alegados o que pudieron serlo en la oposición de fondo a la ejecución no pueden alegarse en el declarativo posterior DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001), pgs. 974 y 975, CORDÓN MORENO (2011), pgs. 256-258, GIMENO SENDRA (2013).

a la ejecución¹⁰ o en hechos que, aunque se subsuman en esos motivos, se hayan producido después del momento en que se interpuso (o pudo interponerse) el escrito de oposición. A mi parecer, lo que puede quedar para ese eventual declarativo es aquello que no se hizo valer ni se pudo hacer en el incidente de oposición; la pretensión fundada en motivos que se hicieron valer quedará excluida por efecto de la cosa juzgada y la que se base en motivos que no se adujeron pero que pudieron serlo, por efecto de la preclusión. Avala esta conclusión el criterio proporcionado por la STS 462/2014, de 24 de noviembre (la sala se constituyó en pleno para la resolución de los recursos interpuestos)¹¹. Poco tiempo después, el propio tribunal tuvo ocasión de abundar en esta doctrina de modo inequívoco, como puede apreciarse en la STS 719/2014, de 12 de diciembre.

En la regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria, hay que atender a lo establecido en el art. 695.4 LEC y, en concreto, en su párrafo segundo. Según este precepto, en algunos casos los autos que deciden la oposición a la ejecución circunscriben sus efectos exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten, pero en otros no es así. Y no lo es cuando el auto ordena el sobreseimiento de la ejecución, dispone la inaplicación de una cláusula abusiva o desestima la oposición fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual. En lo que ahora interesa: el auto que resuelve sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales produce unos efectos que trascienden el propio proceso de ejecución, o sea, ese auto tiene eficacia de cosa juzgada.

Tal y como hemos visto antes, con cita de la STJUE de 26-1-2017 (Banco Primus, apdo. 49) impedir un nuevo examen de oficio cuando ya existe un pronunciamiento con efecto de cosa juzgada no se opone a la Directiva 93/13. Tampoco hay merma de la protección del consumidor si esta ha tenido oportunidad de alegar el carácter abusivo de la cláusula antes de lle-

¹⁰ Si se trata de un título judicial, o asimilado, esta posibilidad está condicionada a que tales hechos hayan acaecido con posterioridad a la precisión de las posibilidades de alegación en juicio; en el caso de títulos extrajudiciales, a que hayan tenido lugar después de la producción del título ejecutivo.

¹¹ Dice así: «la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión».

varse a término la ejecución del título que la contiene. Si como consecuencia de haber desaprovechado esa ocasión, se veda un ulterior proceso que tuviera como objeto declarar la ilicitud de la ejecución despachada, no hay fundamento para entender que se ha dispensado una tutela incompleta o insuficiente o que no se ha dispuesto de los medios adecuados para excluir ese tipo de cláusulas; solo en el caso de que para demostrar el carácter abusivo hubiera que valerse de algún medio probatorio que no tiene cabida en el incidente previo o en el de oposición a la ejecución, habría razón para permitir un nuevo y ulterior control.

En favor del efecto de cosa juzgada, juega especialmente la razón antes enunciada: no debe juzgarse lo que ya se ha juzgado. No hay por qué cargar a la administración de justicia con nuevos pleitos para dispensar una tutela sobre la que ya se resolvió o que ya pudo alcanzarse en un proceso anterior ni hay por qué permitir que la parte pueda reservarse la defensa de su derecho en un proceso declarativo con apoyo en una causa de pedir que pudo esgrimir en un procedimiento anterior, con el coste añadido, en la hipótesis de que prosperase, de tener que restituir las cosas al estado previo a la ejecución. Conviene, además, que haya un mismo régimen para todos los casos: para la ejecución ordinaria y la hipotecaria, por un lado, y, por otro, para los supuestos en que el examen se lleva a cabo de oficio y para los que es provocado por la oposición del ejecutado. La identidad de razón aconseja un mismo tratamiento y proporciona una mayor seguridad jurídica.

3. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO EN EL MONITORIO

También la regulación del proceso monitorio recibió el reproche del TJUE por su falta de acomodo a las exigencias de la Directiva 93/13. La STJUE de 14-6-2012 (C-618/10, Banco Español de Crédito) al no permitir al juez nacional examinar de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición. La Ley de Enjuiciamiento Civil tenía que adaptarse a esta doctrina. El proceso monitorio que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial de la que es respuesta la sentencia citada estaba encomendado al juez. Los cambios necesarios para ajustarse a las exigencias del Derecho de la Unión no llegaron hasta 2015 (Ley 42/2015, de 5 de octubre) y para entonces hacía ya seis años (Ley 13/2009, de 9 de

noviembre) que el desarrollo del monitorio se hallaba confiado al letrado de la Administración de Justicia.

En el ínterin se planteó una nueva cuestión prejudicial que resolvió la STJUE de 16-6-2016 (C-49/14, *Finanmadrid*). El juez que se dirigió al tribunal de Luxemburgo era el juez de la ejecución, es decir, el que debía ejecutar el decreto dictado por el secretario judicial (hoy, letrado de la Administración de Justicia). Cuestionaba el régimen procesal español por no permitir el control de oficio por el juez en el proceso monitorio ni en el posterior proceso de ejecución del título (el decreto) creado en aquel al haber adquirido esta resolución, decía el juez español, fuerza de cosa juzgada. El tribunal europeo concluyó que el régimen español se oponía a la Directiva 93/13 y no resultaba conforme con el principio de efectividad con apoyo en estas tres consideraciones: 1^a) el control por parte del letrado de la Administración de Justicia lo es de los requisitos formales de la petición inicial y no se extiende a la apreciación del carácter abusivo de una cláusula del contrato que sirve de fundamento al crédito; 2^a) el juez solo intervendrá cuando se le dé traslado de las actuaciones por desprenderse de la documentación aportada que la cantidad reclamada no es la correcta; 3^a) el decreto que pone fin al monitorio cuando no ha habido oposición adquiere fuerza de cosa juzgada, lo que hace imposible el control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución.

Cuando se dictó esta sentencia, la LEC ya había incorporado en su art. 815 un cuarto apartado para acomodar la regulación del monitorio a lo declarado por la sentencia del asunto *Banco Español de Crédito* insertando un incidente previo al requerimiento de pago en que el juez examinará de oficio el posible carácter abusivo de cualquier cláusula en que se funde la petición o determine la cantidad reclamada. Es el letrado de la Administración de Justicia el que trasladará la cuestión al juez, algo que hará –a él se le confía la apreciación de este extremo– siempre que la reclamación se funde en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario,¹². Cuando así ocurra y el juez estime que alguna de las cláusulas puede ser calificada de abusiva, dará audiencia a las partes y resolverá lo

¹² En HERRERO PEREZAGUA (2018) expuse mis reparos a este respecto: no siempre es clara la condición de consumidor del deudor o, incluso, la de profesional del acreedor. Esta apreciación entraña un juicio que, aunque de carácter instrumental, es más que dudoso que haya de corresponder a quien no puede tener atribuida una labor de naturaleza enjuiciadora. Además, un yerro por su parte impediría llevar a cabo el control judicial que requiere la protección del consumidor conforme al principio de efectividad.

que proceda. Es algo similar a lo que hemos visto que sucede en el incidente previo al despacho de la ejecución fundada en títulos extrajudiciales. El preámbulo de la Ley 42/2015, la que introdujo esta reforma, dice que esa resolución no produce efecto de cosa juzgada; en el texto normativo, en cambio, no hay prescripción alguna a este respecto. A mi parecer, hay razones que conducen a concluir en sentido contrario a lo señalado en el preámbulo.

El enjuiciamiento que lleva a cabo el juez lo es de fondo. No se trata de examinar si concurre un presupuesto de procedibilidad, sino de verificar la validez de una o varias cláusulas y, en consecuencia, si existe, y con qué alcance, el derecho del solicitante al cobro de lo que afirma que le adeuda el consumidor. No solo se está resolviendo sobre la procedencia del monitorio¹³, es decir, sobre la adecuación de este cauce procesal para satisfacer la reclamación, sino que el juez declarará, al resolver, si no ha de concederse la tutela al acreedor en los términos solicitados –en cuyo caso no se le requerirá de pago al deudor– por ser nula la cláusula que fundamenta su petición o si, por el contrario, no habiendo razón que obste a la validez de la cláusula, se ha de reconocer el derecho del peticionario y proceder, en consecuencia, al requerimiento de pago. En la hipótesis de que el legislador hubiera dispuesto que ese control se llevara a cabo tras el requerimiento de pago y el silencio del deudor, resultaría aún más evidente que el problema de la licitud o ilicitud de la cláusula no lo es de procedencia del monitorio, pues no impediría el desarrollo de las actuaciones, sino que incidiría en que se resolviera favorable o desfavorablemente para el peticionario. Y otro tanto puede decirse si el carácter abusivo se aprecia en un momento posterior al incidente liminar –es decir, antes de que concluya el monitorio, con motivo de un recurso, al resolver la oposición–: si en tales casos se declara el carácter abusivo de la cláusula, no se estará diciendo que las actuaciones se desarrollaron de forma irregular, sino que no se debe tutelar el derecho afirmado por el acreedor. Es cierto que la decisión del juez no responde a un pronunciamiento solicitado por el actor, pero es como consecuencia del principio de efectividad que ese control ha de realizarse

¹³ En sentido contrario, ARMENGOT VILAPLANA (2018), pg. 11, para quien «el auto que resuelve este trámite insertado en el proceso monitorio se dictará con el fin de decidir si procede o no el proceso monitorio y, en su caso, el alcance del mismo, pero no para emitir un pronunciamiento no solicitado por el actor; el carácter abusivo de la cláusula será un pronunciamiento prejudicial o incidental de la pretensión de condena dineraria implícita en la petición monitorio, pero no producirá efecto de cosa juzgada en tanto tal declaración –el carácter abusivo de la cláusula– no habrá sido solicitada por el actor».

y que el objeto del enjuiciamiento no se ciñe a los límites establecidos por las partes.

No dejaría de ser paradójico que en el caso de que no se abra ese incidente y el deudor no pague ni formule oposición, se cree un título ejecutivo que impida plantear en otro proceso declarativo la misma pretensión o la de devolución de lo obtenido (art. 816.2) y, en cambio, cuando el juez haya examinado el fundamento de la reclamación de pago y haya dado trámite de audiencia a las partes, estas pudieran reproducir la cuestión en un proceso ulterior. Nuevamente cabe argüir que no debe juzgarse lo que ya se ha juzgado. Si algún reparo cabe objetar, es la brevedad del plazo para la audiencia (cinco días): aunque partimos de que el juez dispone de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, es de hacer notar que ese plazo le pareció al legislador que debía ser mayor en el caso de la oposición a la ejecución (art. 552.1.II LEC) y así la Ley 8/2013, de 26 de junio, lo amplió de cinco a quince días.

Si el juez en su resolución declara que una determinada cláusula no es abusiva, el deudor no podrá alegar esa misma causa en la oposición (será causa de inadmisión). Para combatir esa resolución adversa, dispone del recurso de apelación. De no recurrir en plazo, precluirá su derecho y la resolución ganará firmeza pasando en autoridad de cosa juzgada (formal), lo que abona que queda clausurada la oportunidad de reiterar esa misma alegación como fundamento de la oposición. Nada impide que en la oposición al monitorio el deudor aduzca el carácter abusivo de una cláusula distinta de la examinada de oficio en el incidente previo, de conformidad con la doctrina establecida en la STJUE de 26-1-2017 (C-421/14, Banco Primus).

Realizado el referido control de una o varias cláusulas en el incidente sustanciado al comienzo del monitorio, también se cierra la posibilidad de un nuevo examen en la oposición a la ejecución que el acreedor inste con base en el título obtenido en el proceso monitorio. Es más: esa posibilidad queda vedada en todo caso, es decir, aunque en el monitorio no se haya examinado la abusividad de las cláusulas. El decreto que crea el título ejecutivo y con el que se pone fin al proceso monitorio es una resolución procesal y, por ello, en la oposición a la ejecución solo serán oponibles las causas recogidas en el art. 556 LEC, es decir, el pago, la caducidad de la acción ejecutiva o un pacto o transacción, que consten en documento público, que se hubiesen convenido para evitar la ejecución. La razón es que cualquier otro motivo ha podido ser planteado –en nuestro caso, a instancia de parte o de oficio– en el procedimiento previo y, en consecuencia, no ha lu-

gar a que la actividad declarativa en que consiste la oposición a la ejecución se extienda a extremos que deben entenderse resueltos o precluidos. Lo censurable no es que no haya habido tal control, sino que no hubiera podido haberlo. Otra cosa sería que se entendiera que el proceso monitorio desarrollado íntegramente ante el letrado de la administración de Justicia no es realmente un proceso –esto es, un instrumento de la jurisdicción– y que el decreto ejecutivo no debe ser equiparado a un título judicial. Pero lo cierto es que el concepto de resoluciones procesales acogido por la ley y el efecto excluyente de un proceso ulterior establecido en el art. 816 LEC imposibilitan la asimilación del tratamiento a un título extrajudicial. Por tanto, si no es procedente el examen de la abusividad en la oposición a la ejecución, se impone necesariamente, por exigencia del principio de efectividad, que haya de llevarse a cabo en el seno del proceso monitorio¹⁴.

El proceso monitorio europeo plantea algunas dudas. Debemos distinguir dos situaciones: aquella en que la petición de requerimiento de pago se dirige a un juzgado español y aquella otra en que corresponde al órgano español la ejecución de un requerimiento expedido en otro Estado miembro que haya adquirido fuerza ejecutiva.

En el proceso monitorio europeo el requerimiento de pago se expide con base en la mera afirmación del peticionario de la existencia y cuantía de la deuda. Ahora bien, el demandante tiene que indicar la causa de pedir y describir las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados [art. 7.1.d) RPME] y, en el formulario de petición, describirá los medios de prueba que se presentan habitualmente para acreditar deudas pecuniarias. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el órgano ante el que se haya presentado la petición debe examinar no solo los requisitos formales y los presupuestos de procedibilidad, sino también si la petición resulta fundada (art. 8 RPME). GÓMEZ AMIGO¹⁵ ha advertido del riesgo de desnaturalizar el modelo seguido por el legislador europeo si los tribunales recurren a los medios de prueba descritos para comprobar el fundamento de la petición, puesto que esa descripción no tiene como destinatario al órgano jurisdiccional, sino al demandado, para que pueda identificar la deuda y decidir si se opone. Ahora bien, si el sistema español

¹⁴ En este sentido debe entenderse lo dicho por la STJUE de 18-2-2016 (C-49/14, Finanzamadrid): «si el juez que conoce de la ejecución del requerimiento de pago carece de competencia para apreciar de oficio la existencia de esas cláusulas, podrá hacerse valer un título ejecutivo frente al consumidor sin que, en ningún momento del procedimiento, tenga la garantía de que se ha llevado a cabo esa apreciación».

¹⁵ GÓMEZ AMIGO (2008), pg. 55.

tuvo que adaptarse a la doctrina del TJUE para permitir el examen de oficio del carácter abusivo de las cláusulas del contrato que fundamente la petición monitoria, parece, en buena lógica, que también en la sustanciación del monitorio europeo habrá de incardinarse la posibilidad de proceder a ese control. Conforme a la DF 23^a LEC (que tiene por objeto establecer las medidas para facilitar la aplicación en España del RPME), es al letrado de la Administración de Justicia a quien corresponde examinar el cumplimiento de los requisitos de la petición monitoria: es él quien puede instar al demandante para que complete o rectifique su petición y solo en el caso de que entienda que esta es manifiestamente infundada o inadmisibile será el juez el que resuelva. El apartado 11 de la DF 23^a, en consonancia con el art. 26 RPME, dice que las cuestiones procesales no previstas en este se regirán por lo dispuesto en la LEC para el proceso monitorio. Ciertamente estamos ante un enjuiciamiento de fondo, pero cuál es el cauce para llevarlo a cabo es una cuestión procesal a la que, por tanto, será de aplicación la norma española, esto es, el art. 815.4. Sucede que lo prescrito en él no se concilia con lo preceptuado en el RPME. Para que el trámite de admisión no termine convirtiendo un monitorio puro en un monitorio documental y al mismo tiempo se cumpla con las exigencias del principio de efectividad, tal vez la solución consista en efectuar el control de oficio después de haber requerido de pago al deudor y antes de declarar ejecutivo el requerimiento que no ha sido atendido ni discutido en el plazo concedido para ello.

En el caso de que se inste la ejecución de un requerimiento europeo expedido en España o otro Estado miembro, el juez español solo podrá denegarla por las causas recogidas en el art. 22 RPME, es decir, la incompatibilidad con otra resolución o requerimiento anterior y el pago por el demandado del importe establecido en el requerimiento. No es posible, por tanto, que el juez de la ejecución lleve a cabo el control del carácter abusivo de las cláusulas del contrato que sea fundamento del título ejecutivo, con independencia de que ese control se haya llevado a cabo o haya podido serlo en el Estado de origen. Las dudas que pudiera suscitarle a este respecto debería articularlas a través del planteamiento de una cuestión prejudicial.

4. LA PRETENDIDA EXTENSIÓN DEL ENJUICIAMIENTO EN EL DECLARATIVO ORDINARIO

En el asunto decidido por la STJUE de 3-10-2013 (C-32/12, Duarte), el juez español preguntó al tribunal europeo si el juez nacional puede reconocer de oficio al consumidor demandante una reducción adecuada del

precio del bien aun cuando este no la hubiera pedido, pues lo que reclamó judicialmente fue la resolución del contrato, una resolución que el juez entendió que no era procedente por estar ante una falta de conformidad de escasa importancia. El TJUE concluyó que el régimen normativo español no se atiene al principio de efectividad al no permitir que el juez reconozca de oficio el derecho a obtener esa reducción. Pero es importante destacar que esta declaración se funda sobre una premisa incorrectamente proporcionada por el juez remitente¹⁶: la interpretación del art. 400 LEC. Del auto de remisión se desprende, según indica el TJUE, no solo que los jueces nacionales están vinculados por la pretensión deducida por el demandante en la demanda (arts. 216 y 218 LEC) y que el demandante no puede modificar el objeto de la demanda durante el procedimiento (art. 412.1 LEC), sino, además, que con arreglo al art. 400 LEC; «al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento. Efectivamente, en virtud del instituto de la cosa juzgada, dicha demanda resultaría inadmisibles». Y no es eso lo que dice el art. 400 y, como no lo dice, no sería bueno que el legislador se deslizase hacia una suerte de tesis de la desvinculación que es lo que parece latir en la conclusión alcanzada en la sentencia.

Lo que subyace en este razonamiento del tribunal, inducido por el juez remitente, es que al no haber ejercitado el consumidor la pretensión de reducción del precio acumuladamente con la acción de resolución del contrato aquella precluyó y, por tanto, si quisiera hacerla valer en un proceso ulterior estaría alcanzada por la eficacia de cosa juzgada, que es el modo en que los efectos de la preclusión ocurrida en un proceso terminado se hacen valer en uno nuevo. Es decir: habrán precluido no solo las cuestiones que se sometieron al tribunal (las deducidas), sino también las que pudiendo haberlo sido, no lo fueron (las deducibles). Ocurre que el art. 400 LEC no afecta a todas las acciones no ejercitadas por un sujeto frente a otro y con la misma causa de pedir, sino solo a aquellas no ejercitadas por un sujeto frente a otro con igual *petitum* pero diferente causa de pedir. Si lo que se pide en un segundo proceso es algo diferente a lo que se pidió en el primero, no hay preclusión ni, por tanto, podrá invocarse con éxito en

¹⁶ Hay opiniones críticas que van más allá al mostrarse disconformes con que la exigencia de protección de los consumidores haya de suponer un incremento de los poderes de oficio del juez que autoricen el examen y enjuiciamiento de peticiones no formuladas con el consiguiente quebranto del principio de congruencia. Véase, en este sentido, CALDERÓN CUADRADO (2015), pg. 48.

aquel la cosa juzgada producida en este¹⁷. Avala esta tesis la STS 515/2016, de 21 de julio, que desestimó el recurso por no poder apreciarse la existencia de cosa juzgada sobre la pretensión que formuló en el segundo proceso y no en el anterior «ni tenía obligación de hacerlo, como se desprende de lo dispuesto por la propia norma invocada: el artículo 400 LEC». Un correcto planteamiento de la cuestión prejudicial –que hubiera partido de un correcto entendimiento de la norma procesal– habría evitado una desafortunada conclusión del TJUE. Porque lo cierto es que el régimen procesal español en esta materia es conforme con el principio de efectividad y que, por tanto, al no permitir al juez la modificación de oficio de la pretensión formulada en nada menoscaba la protección de los consumidores que exige el Derecho de la Unión.

Una exageración del principio de efectividad podría sugerir que en aquellos casos en que el demandante pida la condena a devolver una parte de lo cobrado, los poderes del juez han de extenderse a que pueda condenar al demandado a devolver una cantidad mayor o que en aquellos otros en que el actor se limita a pedir la declaración de nulidad de una cláusula, el tribunal que estime la pretensión pueda ir más allá y condenar al demandado a devolver lo indebidamente percibido en aplicación de esa cláusula. Esto es rebasar los justos límites del principio. En uno y otro caso estaríamos ante dos supuestos de incongruencia (por *ultra petita* en el primero y por *extra petita* en el segundo). Nada impide en ninguno de ellos al demandante que ve estimada su pretensión formular una nueva demanda en la que pida lo que no pidió en la anterior ni hay razón para entender que si la sentencia del primer proceso se ajustó a lo solicitado, haya de calificarse la tutela concedida de incompleta o insuficiente. La tutela le será concedida al actor en la medida y con el alcance que él determine que lo sea en uso de su libre disposición en cuyo ejercicio no se observa desequilibrio alguno que sea preciso paliar o corregir.

5. LA PRETENDIDA UTILIZACIÓN DE UN PROCESO SUMARIO PARA CORREGIR ACTUACIONES ANTERIORES

La STJUE de 7-12-2017 (C-598/15, Banco Santander) afronta un asunto de singular interés. El consumidor y la entidad bancaria celebraron un contrato de préstamo para la adquisición de una vivienda con garantía hipotecaria. Ante el incumplimiento del prestatario, la entidad inició un

¹⁷ Véase, a este respecto, VALLINES GARCÍA (2016), pgs. 3192 y 3193.

procedimiento de ejecución extrajudicial (ante notario) de la garantía que concluyó con la adjudicación de la vivienda hipotecada al acreedor; posteriormente, se otorgó escritura de venta a su favor que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Con fundamento en esa inscripción, la entidad titular presentó una demanda al amparo del ordinal séptimo del art. 250.1 LEC, es decir, el que se refiere a la protección de los titulares de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad. El actor solicitaba que se ordenara al demandado a entregarle la vivienda así como su lanzamiento. La pregunta que se impone a este respecto es si en ese proceso –cuya resolución, según el art. 447.3 LEC, carece de efectos de cosa juzgada– puede y debe el juez examinar de oficio el posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato con garantía hipotecaria. Adviértase que hasta este momento no ha habido ninguna intervención judicial, puesto que no se instó ningún proceso declarativo ni ejecutivo, ya que la ejecución llevada a cabo ha sido la extrajudicial ante notario.

Sería sorprendente que en un proceso del que la ley dice que se decidirá con una sentencia sin efectos de cosa juzgada pudiera insertarse un incidente para examinar la posible abusividad de una o varias cláusulas y que este se decidiera con una resolución con fuerza de cosa juzgada. Esta paradoja podría resolverse aduciendo que la resolución del incidente carecerá, al igual que la principal, de esa eficacia o, por el contrario, defendiendo que, no obstante el tenor literal de la ley, la sentencia que decida sobre la efectividad de los derechos reales inscritos a que se refiere el art. 250.1.7º LEC produce cosa juzgada puesto que no tiene sentido que se repita un juicio sobre lo que ya lo ha habido ni discutir por segunda vez lo que ya fue discutido¹⁸.

No obstante, no es esta la línea argumentativa en que debe darse respuesta a la cuestión planteada. Lo que debe analizar el tribunal ante el que se insta la tutela de la propiedad inscrita no es el contrato de préstamo hipotecario, sino el título inscrito en el Registro. Y así lo señala con acierto la sentencia referida. El objeto procesal no es uno de aquellos en que, conforme a la jurisprudencia del TJUE y en aplicación de la Directiva 93/13, el juez haya de llevar a cabo el control de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, como lo sería el caso en que pretendiera la declaración de su validez o nulidad o el supuesto en que se pretendiera hacer efectivo su cumplimiento. Conforme a la redacción vigente del art. 129 LH, si el notario considera que alguna de las cláusulas del préstamo

¹⁸ En este sentido, NIEVA FENOLL (2006), pgs. 162-164.

hipotecario pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor y del acreedor (y, en su caso del avalista e hipotecante no deudor) a los efectos oportunos, que ha de entenderse que consisten en que el interesado plantee la cuestión ante el juez competente, en cuyo caso el notario suspenderá la venta extrajudicial y la cuestión se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos en el apartado cuarto del art. 695.1 LEC. Este es el procedimiento que se encuentra vinculado con la relación jurídica entre el profesional (la entidad bancaria en nuestro caso) y el consumidor. Esa conexión desaparece cuando se insta la tutela del art. 250.1.7º LEC, pues la protección del derecho real inscrito que se insta se otorgará, en su caso, con independencia del modo en que el derecho haya sido adquirido.

6. EL ENJUICIAMIENTO DE LO NO PEDIDO EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

La ampliación por la actuación de oficio del juez de lo que es objeto de pronunciamiento amplía también, y en su caso, lo que puede ser objeto del recurso. Habrá que estar a las reglas generales que disciplinen la procedibilidad del recurso frente a la resolución de que se trate o en el procedimiento que se haya seguido. Pero, además, el legislador ha previsto en algunos casos reglas especiales. En el proceso monitorio, el auto que resuelve sobre el carácter abusivo en el incidente previo al requerimiento de pago será apelable en todo caso (art. 815.4.V). En la ejecución ordinaria, el art. 552.1.II LEC remite al art. 561.1.3ª en cuanto al contenido de la resolución que ha de dictar el juez tras examinar de oficio la cuestión y haber dado audiencia a las partes. Esa remisión invita a entender que el régimen de recursos será el que recoge el art. 561, es decir, que frente al auto podrá interponerse recurso de apelación, tanto si deniega el despacho como si lo acuerda sin aplicación de las cláusulas consideradas abusivas o en los términos solicitados por el ejecutante por entender que las cláusulas son lícitas¹⁹. En la ejecución hipotecaria, cuando el legislador introdujo como

¹⁹ El régimen establecido en los arts. 551.4 y 552.4 LEC no es trasladable al caso que nos ocupa. Conforme a lo dispuesto en estos preceptos, el auto que autoriza y despacha la ejecución es irrecurrible y el auto que la deniega es apelable directamente (la reposición es potestativa). Este régimen es el apropiado cuando las actuaciones solo tienen por objeto el examen de los presupuestos procesales y la regularidad formal del título, en cuyo caso, además, se habrán seguido *inaudita parte debitoris*. Ahora bien, si la resolución sobre el acuerdo o la denegación del despacho de la ejecución tiene lugar después de haberse abierto y sustanciado el incidente en que

nueva causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (art. 695.1.4ª LEC), dispuso también la apelabilidad del auto estimatorio de la oposición y la irrecurribilidad del auto desestimatorio. Esta diferencia de trato no resistió la censura del Tribunal de Luxemburgo por resultar contraria al principio de igualdad de armas o igualdad procesal. Como consecuencia de la STJUE 17-7-2014 (C-169/14, Sánchez Morcillo), se modificó el precepto por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre: el auto es, desde entonces, apelable en todo caso.

Pero, además de lo expuesto, hay que atender a otro aspecto: la consideración jurisprudencial de que el control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales es cuestión de orden público, cuando de la protección del consumidor se trata, incide también en la extensión del enjuiciamiento que lleva a cabo el órgano *ad quem*.

La STJUE 30-5-2013 (C-488/11, Asbeek) ha declarado que cuando las normas procesales internas reconozcan la competencia del juez de la apelación para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa, también deberá ejercer esa competencia para anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios enunciados por la Directiva 93/13. Y, como señala la STJUE 30-5-2013 (C-397/11, Jorös), esa apreciación de oficio procede aunque la causa que determina la nulidad no haya sido invocada en la primera instancia pudiendo haberlo sido.

Esta doctrina nos enfrenta a un problema de congruencia en la segunda instancia. Si un profesional ha formulado una pretensión declarativa o de condena frente a un consumidor con fundamento en la relación contractual existente entre ellos y el juez de primera instancia no ha procedido al examen del carácter abusivo de las cláusulas, ¿podrá el tribunal de apelación hacerlo y extraer todas las consecuencias de esa declaración, aun

se efectúa el control del carácter abusivo de las cláusulas, aquel régimen ya no resulta de aplicación. El acreedor puede experimentar un gravamen no solo cuando se deniega el despacho, sino también cuando este se autoriza por una cantidad menor a la pretendida; la resolución que así lo disponga se habrá dictado tras el preceptivo trámite contradictorio, es decir, una vez que se haya concedido a ambas partes la oportunidad de ser oídos, lo que comporta que si el ejecutante apela, habrá que dar traslado del recurso al ejecutado (no se sustanciará la apelación solo con el acreedor, como dice el art. 552.2 LEC). Por otro lado, abierto y resuelto el incidente, el auto que despache ejecución será apelable por el ejecutado, pues si no lo fuera, se produciría una desigualdad entre las partes al conceder a una de ellas un medio de impugnación del que se priva a la otra.

cuando el recurrente no pida un pronunciamiento sobre este punto ni se haya suscitado la cuestión en la instancia previa? Cabría pensar, en un principio, que aquellos extremos que hayan quedado sin impugnar pasan en autoridad de cosa juzgada formal y que, en consecuencia, la resolución que se dicte solo podrá confirmar o revocar a favor del recurrente el fallo de la sentencia impugnada; si la modificación introducida por la sentencia de apelación resultara desfavorable al recurrente sobre la base de algo no alegado por este –como la nulidad de una cláusula– estaría infringiendo la prohibición de la *reformatio in peius*. Frente a este modo de argumentar, cabe sostener, por el contrario, que entendida la acción como una unidad que no se puede desmembrar, de cara a su enjuiciamiento, en elementos menores, el conocimiento del tribunal *ad quem* se extiende a la pretensión en su integridad²⁰. Habría en estas consideraciones base suficiente para defender la posibilidad –y el deber– de que el tribunal del recurso lleve a cabo el control del carácter abusivo de las cláusulas aunque esta calificación no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria y el resultado de ese examen pueda conducir a un resultado desfavorable para quien recurrió.

Pero si no se considerase así, las sentencias del TJUE antes referidas conducen a igual conclusión. Nuestro sistema procesal admite la potestad del tribunal *ad quem* de examinar de oficio los presupuestos de carácter procesal por su naturaleza de orden público²¹. Puesto que la protección del consumidor participa de esta naturaleza, ha de concluirse que el tribunal del recurso tiene la potestad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas aunque este extremo no se haya analizado en la primera instancia y aun cuando se haya silenciado en la formulación de la pretensión impugnatoria²². Ahora bien, para ello, y de conformidad también con

²⁰ Véase, a este respecto, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (2001), pg. 108, y la jurisprudencia allí citada.

²¹ Entre otras STS 855/1994, de 3 de octubre y STS 427/2010, de 23 de junio, en relación con el presupuesto de la jurisdicción. Con respecto a la legitimación, y con independencia de su naturaleza procesal o sustantiva, el TS también ha considerado que su falta es apreciable de oficio por afectar la cuestión al orden público procesal: como ejemplo, STS 94/2007, de 30 de enero y STS 214/2013, de 2 de abril.

²² La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Almería en el asunto C-147/18 hubiera permitido conocer el parecer del tribunal obre los extremos señalados; como consecuencia del acuerdo de las partes en el pleito principal, la cuestión se retiró y y se procedió al archivo del asunto. Se encuentra pendiente otra en el asunto C-232/18 de la que, al tiempo de redactar este trabajo, no hay información disponible. Como señala SERRANO MASIP (2016), pg. 16, «la apreciación de oficio del tribunal de segunda instancia está condicionada a que la causa de nulidad “derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia”» y, a su juicio, «idéntica interpre-

la doctrina jurisprudencial del TJUE, habrá que respetar el principio de contradicción y, en consecuencia, oír a las partes. Teniendo en cuenta que esta actuación del tribunal tiene lugar cuando ya ha recibido los autos –es decir, cuando ya han sido presentados los escritos de interposición, oposición, impugnación y oposición a la impugnación–, parece que el momento oportuno para que tenga lugar ese trámite de audiencia será la vista, por lo que en la providencia en que se acuerde su celebración habrá de indicarse que en ella podrán las partes efectuar sus alegaciones a este respecto.

7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR EXCLUYENTE DEL ENJUICIAMIENTO

A la vista de los pronunciamientos de los tribunales, no ha sido extraño que algunas entidades intentasen y alcanzasen acuerdos con sus clientes con el objeto de modificar las cláusulas que podrían merecer una calificación adversa para sus intereses y evitar así futuras reclamaciones. Así, por ejemplo, en materia de cláusulas suelo, proponían y pactaban una reducción del límite inferior a la variabilidad del interés inicialmente fijado. A cambio obtenían de la otra parte la renuncia a ejercitar cualquier acción por los pagos realizados hasta el momento del nuevo acuerdo. Pero no han faltado tampoco demandas de consumidores en las que pedían la declaración de nulidad tanto de la cláusula que fijaba el tipo de interés en el préstamo hipotecario como la de su posterior rebaja y, además, la condena a restituir las cantidades abonadas en aplicación de una y otra cláusulas más los intereses legales. Las discrepancias de las Audiencias Provinciales no tardaron en advertirse²³.

La STS 205/2018, de 11 de abril (una sentencia del Pleno que cuenta con un voto particular) arroja luz a este respecto. Resuelve un recurso que se presentó contra una sentencia que, confirmando la de primera instancia, declaró la nulidad de la cláusula suelo y la ineficacia de la reducción y

tación debe realizarse si se presenta una cuestión prejudicial respecto de la segunda instancia regulada en la LEC».

²³ Entre las que declararon la validez de los acuerdos cabe citar estas: SAP de Asturias 295/2015, de 26 de octubre, SAP de Valladolid 35/2017, de 20 de enero, SAP de Mallorca 269/2016, de 30 de septiembre. En sentido contrario, sentencias de la sección 5ª de la AP de Zaragoza: 487/2016, de 11 de octubre, 533/2016, de 10 de noviembre, 543/2016 y 546/2016, de 17 de noviembre. Estas últimas invocan la doctrina del TJUE en el sentido de que el juez ha de deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, por lo que no es posible convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.

la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. El Tribunal Supremo dice que estamos no ante una novación, sino ante una transacción (extremo este del que discrepa el voto particular), lo que comporta una importante consecuencia: aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, eso no impide que pueda admitirse una transacción²⁴. La intervención de oficio del juez tiene por objeto comprobar que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Solo si se declarase que en esta ha habido una falta de transparencia, podría determinarse si la obligación preexistente es nula. Por el contrario, superado aquel control, las partes quedan vinculadas por aquello en lo que hayan transigido y en los términos en que lo hayan hecho y, en consecuencia, queda excluido el enjuiciamiento de la situación anterior a la transacción. El juicio que precede a cualquier otro eventual y posterior es de la validez o nulidad del acuerdo transaccional. Si se ha alcanzado una transacción que no merece reproche alguno, la declaración sobre la obligación anterior que está en la causa de lo transigido ya no es procedente, porque, conforme a la jurisprudencia que recuerda la STS de 11-4-2018, «no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida».

8. EL RESTABLECIMIENTO DE LO MAL DECIDIDO

No han faltado casos en que una sentencia del TJUE ha puesto de manifiesto que lo resuelto con anterioridad por los tribunales nacionales lo

²⁴ Y sobre la existencia de la transacción razona así la sentencia: «Partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad. Como recuerda la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre, el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones son los elementos fundamentales de la transacción, conforme al art. 1809 CC. En este caso, existía una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas, y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta».

ha sido en oposición al Derecho de la Unión. La infracción, por tanto, se evidencia una vez que las resoluciones han ganado firmeza. Y la pregunta que se impone es qué reacción cabe frente a ello. En España, este tipo de situaciones se sintió de manera acusada con numerosas sentencias que se dictaron en aplicación de la doctrina de la STS 241/2013, de 9 de mayo, que estableció una limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, al disponer que solo habría lugar a la devolución de lo que se hubiera pagado, con fundamento en la cláusula nula, tras la publicación de la sentencia y no a las cantidades abonadas antes de esa fecha. La STJUE de 21-12-2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo) declaró que esta doctrina se oponía al Derecho de la Unión.

El Tribunal Supremo procedió a modificar su doctrina (STS 123/2017, de 24 de febrero). En el caso resuelto por esta última sentencia, como en los que estaban pendientes cuando se dictó la STJUE en el asunto Gutiérrez Naranjo, el Tribunal Supremo, y al igual que él los demás órganos jurisdiccionales, acomodaron sus decisiones a lo resuelto por los jueces de Luxemburgo, aunque las demandas y los recursos planteados fueran, en el momento de su presentación, acordes con la jurisprudencia de la Sala Primera. Aquellos que, de conformidad con esta jurisprudencia, restringieron sus pretensiones de devolución a lo pagado desde mayo de 2013, tenían la puerta abierta a reclamar lo abonado con anterioridad, pues al no haberlo hecho en su demanda previa, no se les podía oponer la excepción de cosa juzgada. Sin embargo, aquellos que pidieron la devolución íntegra y vieron parcialmente desestimada su pretensión mediante una resolución firme quedaron sin posibilidad de pedir lo que se les negó aun aduciendo una jurisprudencia sobrevenida que evidencia que la respuesta que recibieron no es ajustada a Derecho. Lo impide la cosa juzgada. ¿O no? Definitivamente: lo impide.

Al igual que cuando una sentencia declara la inconstitucionalidad de una ley no se permite revisar procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada en que se haya aplicado esa ley (art. 40.1 LOTC), tampoco cabrá esa revisión cuando una sentencia del TJUE ponga de manifiesto que la aplicación o interpretación de una norma llevada a cabo por los tribunales nacionales es contraria al Derecho de la Unión. Por otra parte, no hay norma nacional que habilite a pedir la revisión de una sentencia firme por un cambio en la doctrina jurisprudencial española. El tratamiento dispensado para unos y otros casos por nuestro ordenamiento es, por tanto, equivalente.

La STJUE de 21-12-2016 (Gutiérrez Naranjo), con invocación de otra anterior [STJCE de 6-10-2009 (C-40/08, Asturcom)], reitera que «el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de un disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13». Así lo reproduce en la STJUE de 21-1-2017 (C-421/14, Banco Primus), admitiendo una excepción: «salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público».

En alguna ocasión anterior²⁵, sin embargo, el TJUE había dado muestras de que el principio de cosa juzgada podía presentar alguna fisura. Pero, con carácter general, la jurisprudencia del TJUE, sobre la base del principio de seguridad jurídica, reafirma el respeto a la cosa juzgada. Lo que cabría cuestionar es si al dejar incólumes las situaciones creadas por resoluciones firmes –y, por tanto, inatacables– dictadas con infracción del Derecho de la Unión se produce una quiebra del principio de efectividad y si, en consecuencia, el ordenamiento nacional debería articular algún instrumento para revisar esos pronunciamientos. La STJUE de 6-10-2015 (C-69/14, Târșia) da una respuesta inequívoca a este respecto cuando concluye que el principio de efectividad no se opone «a que un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme».

El Tribunal Supremo abordó esta cuestión en su auto de 4 de abril de 2017: la efectividad, argumenta, se cumple si en el futuro las sentencias que se dicten se acomodan a lo declarado por el TJUE, el Tribunal Supremo rectifica su jurisprudencia y el legislador, en su caso, introduce los pertinentes cambios normativos. Las tres cosas se han cumplido: los tribunales fallan los asuntos nuevos y pendientes condenando a la devolución íntegra de lo indebidamente pagado, es decir, sin límite temporal; el Tribunal Supremo ha rectificado su doctrina (STS 123/2017, de 24 de febrero) y el legislador ha incorporado un nuevo precepto en la LOPJ (art. 4 bis) que establece que «Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea

²⁵ Son los casos excepcionales que pueden verse en la STJCE de 18-7-2007 (C-119/05, Lucchini), la STJCE de 3-9-2009 (C-2/08, Olimpiclub) e, incluso, aunque en este último caso con mayores matices, en la STJUE de 11-11-2015 (C-505/14, Klausner Hoz).

de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Es más, en los asuntos que estaban pendientes del recurso de casación y en los que en las dos instancias anteriores el fallo se había ajustado a la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo no solo ha casado las sentencias resolviendo los recursos conforme a la STJUE del asunto Gutiérrez Naranjo, sino que ha impuesto las costas de las instancias a la entidad recurrida por la concurrencia de los principios del vencimiento, de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y de efectividad del Derecho de la Unión. Ha sido la STS (del Pleno) 419/2017, de 4 de julio, la que ha establecido este criterio. Entiende la Sala que la regla general del vencimiento favorece la aplicación del principio de efectividad y que excepcionarlo supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio porque «no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos»²⁶. El principio de efectividad es también el invocado para imponer las costas a la entidad que desiste del recurso tras el cambio jurisprudencial (ATS de 11-10-2017).

No obstante, no han faltado quienes²⁷ estiman que la tensión entre el principio de efectividad y la cosa juzgada debería resolverse favorablemente también para aquellos que han visto limitado su derecho a la restitución plena por sentencias que han ganado firmeza e, incluso, proponen combatir la cosa juzgada. En España el intento de rescindir las sentencias firmes contrarias a la doctrina jurisprudencial europea a través del mecanismo de la revisión ha obtenido el previsible rechazo del Tribunal Supremo. La STS 81/2016, de 18 de febrero, dictada en materia de patentes, hacía presagiar

²⁶ La sentencia cuenta con un voto particular de tres magistrados que entiende que debería proceder la no imposición de las costas de las instancias sobre la base de que la decisión del recurso viene propiciada por una doctrina jurisprudencial sobrevenida y de que constituye una exigencia derivada de la seguridad jurídica que las resoluciones judiciales sean predecibles. Sostienen los discrepantes que la no imposición de costas no infringe el principio de efectividad; este se vería contradicho si la motivación de la no imposición no fuera suficiente; cuando está en juego la tutela de los consumidores es lógico que se haga un uso más restrictivo de la excepción al vencimiento objetivo y la motivación debe ser más reforzada respecto de otros supuestos. Que tanto el tribunal de apelación como la parte demandada hayan confiado en la doctrina de la Sala Primera entonces imperante son circunstancias sustanciales y relevantes para justificar la no imposición de las costas.

²⁷ BECH SERRAT (2017), pg. 36, LAFUENTE TORRALBA (2017), pg. 300, RODRÍGUEZ AC-HÚTEGUI (2017).

ese resultado. Y el ATS de 4 de abril de 2017²⁸, en relación con los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo, lo ha confirmado.

El remedio por esta vía parece cerrado. Y, por razones de prudencia, es aconsejable que así permanezca. Pero la sentencia recaída en el asunto *Târșia* apunta una solución de indudable interés: cuando una resolución firme impone una consecuencia jurídica que es contraria al Derecho de la Unión que no puede ser objeto de reconsideración, «los particulares no pueden verse privados de la posibilidad de iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado a fin de obtener por este medio una protección jurídica de sus derechos»²⁹. Ocurre que esta vía presenta también una serie de obstáculos difícilmente sorteables³⁰.

El Tribunal de Luxemburgo ha reiterado³¹ que el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables rige para cualquier supuesto con independencia de cuál sea el órgano a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento. Esa misma jurisprudencia señala cuáles son los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado: 1) que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; 2) que la violación de dicha norma está suficientemente caracterizada; y 3) que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares. Por lo que respecta al segundo de los requisitos, dice el TJUE que la responsabilidad solo puede exigirse en el caso de que el órgano jurisdiccional nacional resuelva en última instancia y haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable; además, es preciso tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional, entre los se encuentran los que siguen: el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida

²⁸ Véase el comentario de GASCÓN INCHAUSTI (2017).

²⁹ La cuestión ha sido objeto de comentario por LAFUENTE TORRALBA (2018).

³⁰ Además, cabría objetar una razón de fondo, como ha apuntado RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017): la eventual responsabilidad del Estado supone trasladar al erario las consecuencias de las relaciones privadas entre clientes bancarios y entidades. A lo que, a su vez, cabría oponer que son los tribunales los que, a través de sus resoluciones, han definido el Derecho y los litigantes los que han ajustado su actuación a esa previa definición, especialmente, cuando esta responde a una doctrina jurisprudencial declarada con ese carácter.

³¹ Véanse, entre otras, STCE de 30-9-2003 (C-244/01, Köbler), STJCE de 13-3-2006 (C-173/03, Traghetti) y, con referencia específica la protección del consumidor, STJUE de 28-7-2016 (C-168/15, Tomášová).

deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. De cuanto antecede, hay tres aspectos en los que creo que hay reparar de un modo especial.

El TJUE exige, como hemos visto, que se trate de una violación suficientemente caracterizada, algo que identifica como que la violación presente un «carácter manifiesto» o un «desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia» (sentencia Köbler). En esta, señala asimismo que «las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización». Me temo que esto es precisamente lo que acontece. Los requisitos que exige el TJUE ya son de por sí restrictivos: basta tener en cuenta que «en la materia», es decir, en lo que respecta a la protección de los consumidores, la jurisprudencia va progresivamente definiendo el alcance de esa protección y basta tener en cuenta, asimismo, como apunta el profesor GASCÓN³² en relación con el asunto Gutiérrez Naranjo, que la disparidad de criterios que recoge la sentencia y las conclusiones del abogado general es tal en ocasiones que difícilmente permiten sostener que la infracción cometida por los tribunales nacionales tenga un carácter manifiesto. Sumemos a ese tupido filtro el aún más entramado que ha elaborado nuestro Tribunal Supremo en torno al concepto de error judicial: solo cabe apreciarlo cuando una resolución exprese una notoria y palmaria confusión de sus bases de hecho con una desatención a datos de carácter indiscutible, así como cuando contradiga lo que es evidente o cuando se lleve cabo una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance; no se comprenden en esta figura el análisis de los hechos y sus pruebas, ni su interpretación de la norma cuando obedezca a un proceso lógico, porque lo que se trata de combatir no es el desacierto, sino la desatención a datos indiscutibles que ha generado una resolución esperpéntica,

³² GASCÓN INCHAUSTI (2017).

absurda o injustificable (véase, a título de ejemplo, el ATS de 19-7-2017, que recoge esta doctrina). Estos criterios constituyen, a mi parecer, un régimen más estricto que el establecido por el TJUE y cabe sostener, en consecuencia, que se oponen al Derecho de la Unión.

La exigencia de haber agotado los recursos –como establece el art. 293.1.f) LOPJ en concordancia con el requisito que enuncia el TJUE bajo la fórmula «que resuelva en última instancia»– grava al justiciable de un modo que se compadece mal con el sistema de protección que preconiza el Tribunal de Luxemburgo. El incumplimiento de este requisito deja fuera de una posible reparación a todos aquellos que, ante una sentencia desfavorable dictada en primera o segunda instancia, se aquietaron con el fallo que no era sino aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, sabedores de que un eventual recurso de casación sería desestimado conforme a su propia jurisprudencia, precisamente la que infringe el Derecho de la Unión, con la correspondiente condena en costas. Estamos ante un requisito que hace de muy difícil reparación el derecho vulnerado³³.

Estas trabas excesivas alimentan la tentación de erosionar el régimen de excepciones a la cosa juzgada. Y me parece que no es esa la dirección por la que se debe transitar. El profesor BIAVATI³⁴ ha subrayado que el Derecho europeo se tiene que hacer valer ante el juez nacional, y con mayor fuerza ante el juez el último grado jurisdiccional, pidiendo e insistiendo en el planteamiento de una cuestión prejudicial, al que el órgano cuya decisión no es susceptible de recurso está obligado (art. 267 TFUE). Es esa atenta aplicación del Derecho europeo por parte del juez nacional la que ha de proporcionar que la tutela de los derechos se otorgue del modo correcto y no la quiebra de la cosa juzgada. Y si no sucede así, no queda sino recurrir a la acción resarcitoria, que, posiblemente, habrá de ser objeto de una nueva configuración a lo que puede contribuir que, formulada una demanda de error judicial, se inste a la Sala Especial del TS a elevar una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de nuestro sistema con el Derecho de la Unión y en la que también se puede propiciar que el TJUE reconsidere y modere algunas de sus estrictas exigencias en lo que a la responsabilidad patrimonial del Estado por violación del Derecho de la Unión respecta.

³³ Y añádase a lo dicho, como ha señalado LAFUENTE TORRALBA (2018) que, en el hipotético caso de que se declarase el error y con ello el derecho a una indemnización, el justiciable debería dirigir al Ministerio de Justicia su pretensión indemnizatoria y, si no estuviera conforme con la resolución que obtuviere, iniciar el camino del contencioso-administrativo.

³⁴ BIAVATI (2014), pgs. 1570 y 1572.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia (2018): «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 44.
- BECH SERRAT, Josep Maria (2017): «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué hacer una excepción a la cosa juzgada?», en *InDret* 4/2017
- BLAVATI, Paolo (2014): «Disapplicazione del giudicato interno per effetto del diritto dell'Unione europea?», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 68, pgs. 1570-1572.
- CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía (2015): «Derecho, proceso y crisis de la Justicia», en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 37, 2015.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2017): «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», en *InDret* 1/2017.
- CORDÓN MORENO, Faustino (2011): comentario al art. 564 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con ARMENTA, MUERZA y TAPIA), 2^a ed., vol. II, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pgs. 256-258.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Thomson-Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2001): comentario al art. 564 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA, VEGAS y BANACLOCHE), Madrid, Thomson-Civitas, pgs. 974 y 975.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (2001): *El recurso de apelación en el proceso civil*, Madrid, Colex.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (2014): «Efectos del pronunciamiento sobre cláusulas abusivas obtenido en el incidente de oposición a la ejecución forzosa: cosa juzgada y posibilidad de extensión a consumidores que no han sido parte», en *Intereses colectivos y legitimación activa* (dir.: CARBONELL PORRAS; coord.: CABRERA MERCADO), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2017): «¿Exige el Derecho de la Unión Europea la revisión de las sentencias firmes dictadas al amparo de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo establecida con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016?», en *La Ley mercantil* núm. 35, abril 2017.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2013): «Las cláusulas abusivas», en *La Ley* núm. 8116, 1-7-2013.

- GÓMEZ AMIGO, Luis (2008): *El proceso monitorio europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2018): «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018).
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto (2006): *La oposición a la ejecución*, Madrid. Thomson-Civitas.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto (2015): «Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente», en *Revista de Derecho Civil* núm.2, abril-junio 2015, pgs. 181-205.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto (2018): «La posibilidad de soslayar la cosa juzgada de sentencias nacionales que, con base en una resolución posterior del TJUE, resulten contrarias al Derecho de la Unión: reflexiones a la luz de la STJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-69/14 Târșia», trabajo inédito presentado en el *European Law Institute, Centro Español*.
- MARTÍN PASTOR, José (2013): «La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social», en *La Ley*, núm. 8085, 15-5-2013.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2017): «La actuación de oficio del Juez Nacional Europeo», en *La Ley*, núm. 9000, 14-6-2017.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente (2018): *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona, Atelier.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo (2017): «Tras la doctrina del TJUE: ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 4/2017 (BIB 2017\1120).
- SENÉS MOTILLA, Carmen (2016): «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», en *Práctica de Tribunales* núm. 120, mayo-junio 2016.
- SERRANO MASIP, Mercedes (2016): «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», en *Revista de Estudios Europeo* núm. 68, julio-diciembre 2016.
- VALLINES GARCÍA, Enrique (2016): «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, t. II, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, pgs. 3171-3195.

Capítulo 11

Deconstrucción del ordenamiento jurídico español

FEDERICO ADÁN DOMÉNECH

Profesor Titular de Derecho Procesal

Acreditado como Catedrático

Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CADA CUAL EN SU CASA Y DIOS EN LA DE TODOS. 3. A CADA PAJARILLO, LE GUSTA SU NIDILLO. 4. ANTES DE QUE TE CASES, MIRA LO QUE HACES. 5. LAS CUENTAS CLARAS Y EL CHOCOLATE ESPESO. 6. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: Las recientes resoluciones del TJUE han supuesto un “tsunami” jurídico en el ínterin de nuestro ordenamiento procesal. La aplicación de la jurisprudencia europea y de las Directivas que dotan de contenido al Derecho comunitario, suponen una quiebra de principios básicos y dogmas procesales patrios. La realidad jurídica actual es la confrontación total entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario, que de resolverse, dejando huérfanos de contenido a las instituciones procesales afectadas, se traduciría en una desnaturalización del ordenamiento jurídico-procesal español, como pretendemos analizar en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVES: Cosa juzgada, plazos, preclusión, dogmas procesales, quiebra.

SUMMARY: The recent decisions by the European Court of Justice have led to a legal “tsunami” within our legal system. The application of European jurisprudence and the directives on which community law is based have led to a split from the country’s basic principles and procedural dogmas. The current legal reality reflects a total conflict between the Spanish legal code and the European Union’s, and, if this situation should remain like this, the legal institutions will be invalidated and the Spanish legal/procedural system denaturalized, as we shall discuss in this study.

KEY WORDS: *Res judicata*, deadlines, preclusion, procedural dogmas, split.

1. INTRODUCCIÓN

Ante las últimas resoluciones del TJUE, me surge el interrogante de si la globalización jurídica, nos está obligando a deshacer analítica-

mente el ordenamiento jurídico español, en especial, el procesal. En los últimos años, se han sucedido en el ámbito de los consumidores diversos “rifirrafes” jurídicos entre el TS y el TJUE, provocando un *tsunami*, que quiebra dogmas jurídicos, considerados pilares del derecho procesal.

2. CADA CUAL EN SU CASA Y DIOS EN LA DE TODOS

En el plano jurídico, la consecuencia de la entrada en la UE, se plasma en la aceptación del acervo comunitario. El art. 117 CE señala como una de las singularidades de la jurisdicción su unidad, que implica la imposibilidad de descentralización interna¹. Sin embargo, esta prohibición se relativiza en su dimensión vertical ascendente, aceptando que un “poder judicial extraño”, y su autoridad jurisdiccional, –TJUE– asuma parte de la soberanía judicial española. La entrada en la UE se traduce en la superación del poder judicial clásico y el nacimiento del amplio poder judicial europeo. La creación del poder judicial europeo, y la conversión de los Juzgados españoles en comunitarios, implica la aceptación de la modificación de resoluciones dictadas por nuestros Tribunales, aplicándose un sistema de justicia corrector y tutelado.

3. A CADA PAJARILLO, LE GUSTA SU NIDILLO

Cada Estado ha definido su propio conjunto normativo y su aplicación jerárquica. La irrupción del acervo comunitario produce un efecto distorsionador, porque la integración se rige por el principio de prevalencia². Esta prevalencia se instrumentaliza a través del artículo 93 CE³. Consecuencia de ello, ante una divergencia entre la doctrina jurisprudencial española y la comunitaria, se ha proclamado la naturaleza preferente de las resoluciones judiciales dictadas por el TJUE, asumiendo incluso los órganos españoles una función tuteladora del respeto a esta prevalencia⁴.

¹ STC de 6 de mayo de 2014, Sentencia núm. 71/2014.

² STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C399/11.

³ STC de 5 de noviembre de 2015, Sentencia núm. 232/2015.

⁴ STC de 5 de noviembre de 2015, Sentencia núm. 232/2015.

4. ANTES DE QUE TE CASES, MIRA LO QUE HACES

En base a lo manifestado podemos afirmar que estamos, ante una normativa propia “desplazada” y ante un TS “intervenido”. Esta aplicación de las normas comunitarias no siempre ha sido con “dulzura”, sino más bien de manera “contenciosa”.

5. LAS CUENTAS CLARAS Y EL CHOCOLATE ESPESO

Si tarea ardua era frenar la comunitarización de nuestro ordenamiento jurídico, mayor dificultad presenta defender la vigencia de principios básicos de derecho procesal, frente a las decisiones del TJUE. Éste establece los criterios de interpretación, y los órganos jurídicos patrios, deben ingeniárselas, para acomodar, lo inacomodable, esto es, para aplicar los criterios valorativos del Tribunal comunitario, a disciplinas e instituciones jurídicas propias.

Primer agravio: Flexibilización del principio de rogación y exigencia de actuación de oficio del órgano judicial en un proceso civil. Los principios del proceso se configuran como máximas jurídicas que condicionan la actuación de las partes y del órgano judicial.

El objeto del proceso civil se caracteriza por su carácter privado, extremo que concede un poder “absoluto” de decisión a la parte, en relación a qué, cómo y cuándo reclamar. Este carácter dispositivo es el que justifica que los principios informadores de los juicios civiles sean los de justicia rogada y de instancia de parte. De esta forma, por regla general en los procesos civiles, salvo casos excepcionales, el Juez no adopta una postura activa.

Esta tesis resulta ser desnaturalizada por la STJUE de 26 de enero de 2017, exigiendo al órgano judicial, la actuación de oficio en el proceso civil, en base a la calificación de la defensa de los consumidores como materia de carácter público,⁵ priorizando, el interés público sobre el privado. Conforme al contenido de esta resolución, el órgano judicial no deberá limitarse a examinar la abusividad o no de una cláusula contractual, como un elemento más de los condicionantes a la admisión de la demanda, sino que esta exigencia de actuación se amplía tanto en su dimensión temporal como objetiva⁶. En relación a su dimensión temporal, el análisis del órgano

⁵ STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C488/11.

⁶ STJUE de 14 de julio de 2012, asunto C618/10.

judicial, no se limita al estudio inicial de la presentación de la demanda, sino que el mismo se amplía a cualquier fase del proceso, en la que el Tribunal obtenga *suficientes elementos de hecho o de derecho*⁷, como para calificar a una cláusula de abusiva. En cuanto al ámbito objetivo, el estudio del órgano judicial, no debe circunscribirse a los motivos de oposición alegados por el deudor y a las cláusulas denunciadas por este, sino que en función de su pro activa actuación, podrá incorporar como objeto del proceso, *el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato*⁸, esto es, de cualquier otra que considere abusiva, con independencia de que sea alegada por las partes. Pero este planteamiento tiene difícil acomodo en el Derecho procesal español. La actuación inquisitiva del órgano judicial se encuentra con problemas de adecuación al proceso civil. Así, si bien el órgano judicial ostenta libertad para apreciar la abusividad de las cláusulas del contrato en el momento de proceder a la admisión o no de la demanda, su iniciativa no es absoluta. En base a ello, ante la calificación de una cláusula como de abusiva, se concede a las partes la posibilidad de ser escuchadas, respetándose, de este modo, los principios de audiencia y contradicción.

No obstante, esta previsión de declarar la nulidad de la cláusula por el Juez, no se reglamenta en los procesos civiles, con posterioridad a la admisión de la demanda. Ante esta ausencia, defendemos la aplicación análoga del art. 227.2 LEC, el cual sostiene que con anterioridad a practicar la nulidad procesal de oficio de una determinada actuación o concreto acto procesal, el órgano judicial dará traslado a las partes.

Segundo agravio: Eliminación y vulneración de las normas generales correspondientes a la regulación de los plazos procesales y del principio de seguridad jurídica. El art. 134 LEC establece que los plazos son improrrogables. Como garantía de cumplimiento de esta norma, el precepto 136 LEC, sanciona la falta de realización de un acto procesal en la interinidad del plazo concedido, con la institución de la preclusión. Esta sanción se erige como garantía de cumplimiento del principio de seguridad jurídica⁹, pues eliminar los plazos, o flexibilizarlos, supondría un perjuicio para la contraparte cumplidora, dejándose al arbitrio de la parte negligente, el devenir del proceso, colocando, a la contraparte en una situación de indefinición. Estas normas referidas a los plazos son definidas por el TS como normas de orden público, por constituir un principio del proceso¹⁰ y una garantía de seguridad

⁷ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C- 421/2014.

⁸ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014.

⁹ ATS de 22 de mayo de 2012, Id Cendoj: 28079110012012201511.

¹⁰ ATS de 28 de enero de 2014, Id Cendoj: 28079110012014200333.

jurídica¹¹. La consecuencia de esta eficacia erga omnes, se concreta en el hecho de que los presupuestos de la correcta tramitación del proceso, no pueden ni deben ser objeto de disposición por las partes¹², pues, de lo contrario, el cumplimiento de estos requisitos procesales se dejaría al subjetivismo y arbitrariedad de alguna de las partes interesadas¹³. La STJUE de 26 de enero de 2017, constituye un atentado contra la regla general de la improrrogabilidad de los plazos procesales, defendida por LEC, pues la resolución del TJUE no es que prorrogue el plazo concedido, para la formulación de la oposición, sino que adquiere mayor trascendencia, al tomar la decisión de eliminarlo, por considerarlo contrario a una normativa comunitaria de carácter imperativo. El TJUE efectúa un análisis de la incidencia de la regulación de los plazos contenidos en la LEC, en la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁴. El TJUE parte de dos premisas. La primera de ellas, se concreta en calificar a esta Directiva de norma imperativa y de orden público¹⁵, y, en segundo lugar, de la situación de inferioridad, en la que se encuentra el consumidor ante el profesional, tanto en *la capacidad de negociación como al nivel de información*¹⁶. Partiendo de estas premisas, para el TJUE, la situación de desigualdad en la que se encuentra el consumidor y el firme respeto de la Directiva 93/13, exigen de la adopción de medidas de discriminación positiva.

Aplicando esta genérica interpretación al caso concreto, el TJUE se opone al plazo de un mes, que la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo¹⁷, concedía a los demandados en un proceso de ejecución hipotecaria, para hacer efectivo su derecho a formular oposición. La argumentación de la resolución no puede ser más clara: *los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la dispos. Trans. 4ª Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, (...) de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley*¹⁸. En consecuencia, de

¹¹ STS de 14 de octubre de 2004, Id Cendoj: 28079110012004100958.

¹² STC de 8 de junio de 1989, Sentencia núm. 194/1989.

¹³ STC de 16 de enero de 1989, Sentencia núm. 1/1989.

¹⁴ DOCE núm. L 095 de 21 de abril de 1993 págs. 29-34.

¹⁵ STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13.

¹⁶ STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/2014.

¹⁷ BOE, núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

¹⁸ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

mantener la exigencia del plazo de un mes, se vulneraría, tanto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Comunitario –STJUE de 26 de enero de 2017¹⁹–, como el ordenamiento jurídico europeo –carácter imperativo de la Directiva 93/13–. Solución drástica para evitar esta situación, eliminar, como sostiene la resolución del TJUE, el plazo temporal, realidad que se concreta en dos consecuencias: 1. De presente, en la devaluación de las directrices contenidas en los preceptos 134 y 136 LEC, y 2. De futuro, con la posibilidad de incoar procesos judiciales, en que el consumidor considere, por existir una formalidad legal como es la regulación de un plazo, que el ordenamiento jurídico procesal patrio no garantiza el ejercicio efectivo del (...) derecho reconocido a los consumidores²⁰.

Tercer agravio: Vulneración del principio non bis in ídem, pudiendo reabrirse o incoarse procesos ya finalizados por resolución judicial. En relación al respeto de la eficacia material de la cosa juzgada, la STJUE de 26 de enero de 2017, es contradictoria consigo misma. Inicialmente, la resolución del TJUE acepta las siguientes premias: Respeto al principio de seguridad jurídica²¹; la exigencia de cumplir por los órganos judiciales, la normativa propia de los ordenamientos jurídicos internos²²; y, el reconocimiento de la inviabilidad de segundas oportunidades²³. El cumplimiento de estos extremos hacía presagiar que la STJUE de 26 de enero de 2017, no afectaría al principio *de non bis in ídem*, pero nada más lejos de la realidad, pues cuando estos principios afectan a la aplicabilidad de normas de carácter imperativo del Derecho comunitario, su respeto perece y pasa a mejor vida. La resolución del TJUE centra el interrogante en determinar si *la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional, como la contenida en el artículo 207 de la LEC, que le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido analizado*²⁴. La respuesta a esta cuestión no es unívoca, pues el Tribunal comunitario diferencia dos hipótesis. La primera, se concreta en aquellos procesos, en que han sido analizadas, todas y cada una de las cláusulas del contrato. En estos casos, se produce un enjuiciamiento total de la relación jurídica controvertida, sin que exista posibilidad alguna, de un análisis posterior. La segunda, presenta mayores problemas, y se circunscribe a aquellos procesos, en que en su interinidad no ha resultado ser discutida alguna de las cláusulas contractuales. Para estos casos, el TJUE adopta una

¹⁹ STUE de 26 de enero de 27, asunto C– 421/14.

²⁰ STJUE de 29 de octubre de 2015, asunto C– 8/14.

²¹ STJUE de 26 de enero de 217, asunto C-421-14.

²² STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08.

²³ STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C169/14.

²⁴ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C– 412-14.

solución drástica, consistente en defender que es posible volver a incoar un proceso judicial para examinar las cuestiones no debatidas, flexibilizándose, los efectos de la cosa juzgada, reconocidos en los arts. 207 y 222 LEC²⁵.

Cuarto agravio: Conculcación de la preclusión de las alegaciones reguladas en el artículo 400 LEC, autorizándose una posibilidad indefinida en el tiempo de presentar alegaciones. La flexibilización de la cosa juzgada y la posibilidad del Juez de aceptar y plantear, el examen de cláusulas abusivas del contrato no alegadas, tiene una segunda consecuencia indirecta, como es la quiebra de las reglas contenidas en el precepto 400 LEC, en concreto, respecto de la preclusión de las alegaciones de las partes. Conforme a los argumentos del TJUE, a pesar de que haya precluido el plazo para formular alegaciones, las partes podrán ampliar sus pretensiones con cuestiones inicialmente no enjuiciadas. La incorporación al proceso, de esta nueva petición –de análisis de cualquier cláusula– o de la nueva doctrina jurisprudencial emitida por el TJUE, será diferente en momento y forma, en función de la etapa en que se encuentre la tramitación del procedimiento, pudiéndose incorporar bien como alegaciones complementarias²⁶, –arts 401.2, 426.1 y 412.2 LEC–, o bien como hechos nuevos o de nueva noticia²⁷, –preceptos 286.1 y 426.4 de la LEC–. Ante estas disparidad de posibilidades, existen diferentes escenarios: A.– Parte actora pretende introducir nuevos hechos y no ha finalizado el plazo para contestar a la demanda. Este supuesto no plantearía problemas, pues encontraría cobertura legal en el art. 401 LEC, y se configuraría como una ampliación objetiva de la demanda, sin alteración del *thema decidenci* conforme a las directrices contenidas en la regla 412 LEC. B.– Parte actora/demandada pretende introducir nuevos hechos, una vez ha finalizado el plazo para contestar a la demanda. Transcurrido el plazo para delimitar el objeto del proceso, y la formulación de los diferentes escritos de alegaciones, la Ley procesal prohíbe su modificación, permitiendo solo dos excepciones, o bien alegar peticiones complementarias o bien nuevos hechos o de nueva noticia. Lo contrario conllevaría la vulneración de la prohibición de la mutación de la pretensión –*mutatio libelli*–²⁸. Como premisa, es necesario recordar que *la facultad de formular alegaciones complementarias a la que también se refiere el art. 412.2 de la LEC, ha de interpretarse restrictivamente*²⁹. En relación a la admisión de peticiones

²⁵ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-412-14.

²⁶ STS de 8 de junio de 2016, Id Cendoj: 28079110012016100377.

²⁷ STS de 13 de abril de 2016, Id Cendoj: 28079119912016100007.

²⁸ STS de 13 de abril de 2016, Id Cendoj: 28079119912016100007.

²⁹ SAP A Coruña, Sección 5ª, de 2 de febrero de 2016, Id Cendoj: 15030370052016100011.

complementarias, las mismas se han configurado por el TS, como aquellas que no alteran ni cualitativamente ni cuantitativamente la pretensión inicial³⁰. La introducción de nuevas peticiones no puede considerarse una petición complementaria, concepto que resulta restringido para aquellas cuestiones que podríamos calificar de incidentales en relación a la cuestión principal³¹. Respecto de la configuración de nuevos hechos o de nueva noticia, adquiere importancia la producción temporal. Así, resulta fundamental determinar cuándo se produjo y cuándo se adquiere conocimiento del mismo, pues si el mismo ya era conocido, se le priva de la condición de hecho nuevo, pues dicho precepto –286 LEC– se refiere a que “ocurra” o se “conozca” algún hecho nuevo de relevancia para la decisión del pleito una vez precluidos los actos de alegación de las partes³². Pero los límites no son sólo temporales, sino también de fondo, resultando inoportuno alterar *las pretensiones previamente deducidas*³³. Aplicada esta teoría general, al caso concreto de las cuestiones prejudiciales analizadas, siguiendo una aplicación literal de las normas y la doctrina jurisprudencial del TS, la posibilidad de alegar en un proceso nuevas cláusulas abusivas, no analizadas anteriormente o no aportadas al proceso en el momento procesal apto, debería zanjarse con la no aceptación, pues la nueva pretensión ni se puede calificar de petición complementaria ni puede ser introducida como un nuevo hecho o de nueva noticia, y, de aceptarlo se vulnerarán los preceptos 286, 401, 412 y 426 LEC de la LEC.

6. REFLEXIÓN FINAL

El objetivo del trabajo era analizar si existe un equilibrio entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario. Tras el análisis realizado, no podemos menos que afirmar que la igualdad resulta ser inexistente, lo contrario sería ponernos una venda en los ojos. Ante esta realidad, podemos preguntarnos si debemos aceptar la quiebra de principios procesales por la doctrina del TJUE. Una primera respuesta, lamentablemente sería afirmativa. A nivel externo, el Tratado y la jurisprudencia del TJUE son taxativos, *el principio de primacía del Derecho de la Unión, es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión*³⁴. A nivel interno, el artículo 117 CE

³⁰ STS de 28 de noviembre de 2001, Id Cendoj: 28079110012011100905.

³¹ STS de 9 de febrero de 2010, Id Cendoj: 28079110012010100075.

³² SAP Teruel, Sección 1ª, de 30 de septiembre de 2016, Id Cendoj: 44216370012016100112.

³³ SAP Madrid, Sección 22ª, de 13 de septiembre de 2016, Id Cendoj: 28079370222016100651.

³⁴ STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C399/11.

regula los parámetros de actuación del órgano judicial, enfatizando que la función jurisdiccional se desarrollara bajo el imperio de la ley. Y la propia Ley interna, es la que determina la prioridad del Derecho comunitario, a través del precepto 4 bis LOPJ. Desoír este mandato legal, constituiría la desobediencia de la CE, y la no sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley.

Capítulo 12

Adaptación del derecho español a la normativa europea sobre resolución alternativa de litigios: especial referencia al ámbito turístico¹

M^a BELÉN AIGE MUT

*Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEY 7/2017, DE 2 DE NOVIEMBRE. 3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA. 4. LA IMPORTANCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La presente comunicación pretende hacer una aproximación a la transposición por parte de España de la normativa europea relativa a la resolución alternativa de litigios, con especial referencia a la plataforma europea de resolución de conflictos en línea. Asimismo, se ha querido hacer especial hincapié en la regulación del deber de información, el cual se ha analizado con especial referencia al ámbito turístico y, en concreto, al sector de las plataformas sobre alojamientos vacacionales.

PALABRAS CLAVE: Resolución alternativa de litigios, plataforma ODR, deber de información.

ABSTRACT: The present work pretends to make an approximation to the Spanish transposition of the European normative about alternative dispute resolution, with a special reference to the European online dispute resolution platform. Although, it is aimed to emphasize the regulation of the consumer information, which has been especially analysed in the tourism and the vacation rental platforms.

KEY WORDS: Alternative dispute resolution, ODR platform, consumer information.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito procesal la forma tradicional con la que siempre se han venido resolviendo los conflictos surgidos entre las partes ha sido la vía ju-

¹ La presente comunicación se ha realizado en el marco del Proyecto “Big Data, Cloud Computing y otros retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes; en particular, su incidencia en el sector turístico” DER2015-63595 (MINECO/FEDER).

dicial. Sin embargo, las nuevas realidades y el auge del comercio electrónico han ocasionado que esta no siempre sea la mejor opción. En concreto, en el sector turístico lo más frecuente es realizar la contratación a través de plataformas digitales, puesto que las mismas nos proporcionan una mayor rapidez y abaratamiento de costes (así como una posibilidad de acceder a un gran número de ofertas y compararlas todas ellas de manera inmediata), y precisamente cuando estamos contratando por internet tenemos la peculiaridad de que en la mayoría de los casos ambas partes van a encontrarse en países diferentes, lo cual conlleva un problema de competencia judicial internacional²; por no mencionar que la vía judicial siempre ha estado lastrada por una mayor lentitud y costes superiores, que generan sobre todo en los consumidores una mayor incertidumbre³.

Es por ello por lo que en los últimos años junto con esta vía judicial tradicional han ido cogiendo fuerza las distintas vías extrajudiciales. Las mismas se han ido desarrollando a través de diversos mecanismos (arbitraje, mediación, conciliación...) y en los últimos años también se ha favorecido su realización de manera electrónica (esto es, arbitraje online, mediación online, conciliación online...).

Como consecuencia, y fruto de esta nueva tendencia, surgió la regulación en la Unión Europea de los denominados ADR (*alternative dispute resolution*) y ODR (*online dispute resolution*) a través de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Ambas regulaciones lo que pretenden fundamentalmente es garantizar un nivel elevado de protección a los consumidores de modo que tengan acceso a mecanismos sencillos de resolución de litigios dentro del mercado interior cuando realicen sus diversas actividades de viajar, comprar y pagar (tal y como indican en sus Considerandos). Es a raíz de esta nueva regulación

² Al respecto, véase AIGE MUT, M.B., “Análisis de la competencia judicial internacional en la contratación turística *online*: especial referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2013”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015.

³ En este sentido, “*La vía judicial aparece como la última vía propuesta para resolver las reclamaciones en el sector turístico puesto que se trata de un sector que plantea reclamaciones normalmente de escasa cuantía que no se compensan con los elevados costes procesales y judiciales*”, FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La resolución de conflictos internacionales por vía extrajudicial en el ámbito del turismo”, *El turismo y la experiencia del cliente*, Tomo I, IX Jornadas Investigación en Turismo, Iris-Copy, S.L., Sevilla, 2016, p.87.

que los Estados miembros han tenido que adaptar sus normativas internas para transponer la Directiva y aplicar correctamente el Reglamento.

2. LA LEY 7/2017, DE 2 DE NOVIEMBRE

Como consecuencia de lo mencionado en el apartado anterior, España debía dar cumplimiento a la obligación de transposición de la Directiva 2013/11/UE antes de julio de 2015, pero no ha sido hasta el pasado noviembre que se ha aprobado la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Esta regulación es muy importante para que tanto los residentes españoles como comunitarios puedan acceder a entidades de resolución de litigios españolas (que serán normalmente las que operarán para conflictos surgidos con empresas españolas). Con respecto a los aspectos más destacados de esta nueva regulación, señalar que se excluyen expresamente los conflictos entre empresarios, por lo que se establece el ámbito de aplicación para conflictos de consumo tanto online como presenciales, ya sean estos nacionales o transfronterizos.

Otro aspecto a destacar de esta regulación es que cumple con los plazos previstos en la normativa comunitaria, esto es, establece un periodo máximo de 90 días para la resolución del conflicto, si bien añade el plazo de caducidad de un año desde que se hubiera interpuesto la reclamación al empresario por primera vez. Asimismo, también cumple con el espíritu comunitario de gratuidad del servicio y no limitación de acceso, aunque para llegar a esta conclusión hemos tenido que pasar por un Anteproyecto que establecía un coste simbólico de 30€ y unos límites de acceso mínimos de 50€ y máximos de 3000€, condicionantes que fueron muy criticados tanto por el CGPJ como por el CES y las asociaciones de consumidores.

Finalmente, destacar dos aspectos clave que han sido muy importantes de esta nueva normativa: en primer lugar, la regulación del deber de información, pero no tan solo del incluido en la Directiva sino también del recogido en el Reglamento (lo cual es de vital importancia, puesto que ambas obligaciones no eran coincidentes y requerían una regulación específica para poder aplicar la consecuencia de su incumplimiento, esto es, el régimen sancionador); y, en segundo lugar, la modificación de la Ley de Mediación para que de este modo admita la mediación de consumo, que hasta este momento se encontraba huérfana de regulación en España.

3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA

A raíz de la aprobación de la Ley española a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, España deberá configurar una lista nacional de entidades acreditadas de resolución de litigios que a su vez se comunicará a la Comisión Europea para que elabore su listado único, y de este modo se pueda operar de modo comunitario. Ello es de gran importancia porque gracias a esta regulación se podrá acudir tanto por los residentes españoles como por los comunitarios a la plataforma europea de resolución de litigios en línea que se creó a partir del Reglamento 524/2013 (cuando se trate de conflictos con empresas españolas).

Esta plataforma ya tuvo sus antecedentes en el portal de e-justicia de la Unión Europea (con el procedimiento monitorio europeo y el de escasa cuantía)⁴ y funciona a modo de formulario online con el que poder solventar aquellos conflictos surgidos únicamente en el ámbito del comercio electrónico. A la misma pueden acceder tanto los consumidores residentes en la Unión Europea, Noruega, Islandia y Liechtenstein que litiguen tanto en nombre propio como ajeno, como también aquellos empresarios que tengan reclamaciones contra consumidores residentes en Estados miembros que hayan regulado esta posibilidad de actuación (en estos momentos únicamente sería posible contra consumidores domiciliados en Alemania,

⁴ El proceso monitorio europeo ya podía iniciarse por un formulario en línea, de modo que "... permite a los acreedores de cualquier Estado miembro, sin comparecer ante los Tribunales y mediante tramitación y relleno de formularios de forma telemática, satisfacer sus demandas pecuniarias civiles y comerciales no impugnadas con arreglo a un procedimiento uniforme y basado en formularios normalizados", BUENO DE MATA, F., "La desmaterialización de los procedimientos en la UE: especial referencia a la mediación online y al proceso monitorio europeo", en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 3.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2015, p. 16. Por lo que respecta al procedimiento de escasa cuantía, al igual que el monitorio europeo, se preveía su iniciación a través de un formulario presentado por cualquier medio de comunicación, incluido el correo electrónico, GASCÓN INCHAUSTI, F., "Capítulo 2. Las notificaciones electrónicas: algunas cuestiones pendientes a la luz de la normativa europea", en DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (Coord.), *La e-Justicia en la Unión Europea (desarrollos en el ámbito europeo y en los ordenamientos nacionales)*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 82 y 83; del mismo modo se concibió para los consumidores, cuya posición como acreedores transfronterizos ha de quedar así reforzada en el contexto comunitario europeo, GASCÓN INCHAUSTI, F., "Un nuevo instrumento para la tutela de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía", *Revista Ius et Praxis*, volumen 14, número 1, 2008, pp. 167 a 197.

Bélgica, Luxemburgo y Polonia, aunque la plataforma pone un formulario de verificación una vez que la empresa se ha registrado en la misma).

Una vez que hemos accedido, empezamos a rellenar el cuestionario online en tres pasos diferentes: el primero de ellos es la cumplimentación de los datos de la empresa (que puede realizarse de manera manual o bien seleccionando una de las empresas previamente dadas de alta en la plataforma⁵); el segundo paso sería la exposición de la reclamación junto con el acompañamiento de aquella documentación, de manera electrónica, que queramos utilizar a modo de prueba; finalmente, y en tercer lugar, se deben rellenar los datos personales del reclamante.

Enviado el formulario, se cuenta con un plazo de 10 días para la aceptación por parte del empresario reclamado y en su caso la propuesta de un organismo de resolución de litigios (recordemos que esta plataforma no es de uso obligatorio, por lo que los empresarios pueden rechazar este sistema de resolución de conflictos). En el caso de que sea aceptado el uso de la plataforma, existe un plazo de 30 días para el acuerdo entre las partes sobre el organismo que va a resolver ese conflicto, que a su vez cuenta con un plazo de tres semanas para decidir sobre su competencia. Finalmente, el conflicto debe resolverse en un plazo total máximo de 90 días.

Teniendo en cuenta que la plataforma está operativa desde el 15 de marzo de 2016, vemos que ha tenido bastante utilización y a fecha 20 de julio de 2018 cuenta con un total de 74.465 reclamaciones realizadas (siendo el 40,05% de carácter transfronterizo y el 59,98% de carácter nacional). Como datos a destacar, los países que más han reclamado coinciden con los países que más reclamaciones han sufrido y serían Alemania (con un total de 17.997 reclamaciones formuladas y 19.964 recibidas) y Reino Unido (con un total de 15.743 reclamaciones formuladas y 17.366 recibidas), quedando España en puestos inferiores (con un total de 7.591 reclamaciones formuladas y 6.345 recibidas).

Sin embargo, en estos datos estadísticos no se reflejan aquellas reclamaciones que han sido resueltas por la plataforma sino solamente las formuladas. Ello es muy importante puesto que al entrar en esta plataforma no

⁵ En el ámbito del estudio de este trabajo se han examinado aquellas plataformas turísticas relativas al alojamiento vacacional. Así, a fecha 20 de julio de 2018 están dadas de alta en la plataforma Expedia, Booking.com, Destinia, Logitravel, Airbnb, eDreams, Homeaway, lastminute, Rumbo y ElCorteInglés. Por el contrario, no se encuentran registradas Amoma, Tripadvisor, Trivago, momondo, Hoteles.com, Bthetravelbrand y Agoda.

se ha mencionado que nos encontramos con una cláusula de exención de responsabilidad, que indica que no se cuenta con organismos de resolución de litigios en España y en Rumania⁶. Ello significa que por muchas reclamaciones que haya formuladas por y contra España la mayoría no van a tener una resolución a través de la plataforma dado que, a pesar de contar con una normativa de transposición desde noviembre del pasado año, no ha sido posible todavía confeccionar el listado de entidades acreditadas y comunicarlo a la Comisión, de modo que no es posible a día de hoy operar con normalidad en la plataforma.

Precisamente por ello, unido a la no obligatoriedad en el uso de la misma, es por lo que la plataforma indica otras vías para la resolución del conflicto. En este sentido, indica los centros europeos del consumidor, el procedimiento de escasa cuantía al que ya hemos hecho referencia al principio de este trabajo (que era para cantidades inferiores a 5.000€ y se realizaba a través de formularios), el procedimiento judicial (la vía tradicional, para la que nos da unas pautas a modo de competencia y organismos), el requerimiento europeo de pago o procedimiento monitorio europeo (al que también hemos hecho ya referencia) y finalmente las organizaciones de consumidores, a las que podemos acceder en un listado por países.

4. LA IMPORTANCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN

A pesar de no contar con una operatividad total de la plataforma europea de resolución de litigios en línea, y también a pesar de la no obligatoriedad de su utilización, lo que sí se estableció en el Art. 14 del Reglamento 524/2013 fue la obligación de información. Es muy importante detenerse en la misma porque no tiene el mismo contenido que la obligación de información recogida en el Art. 13 de la Directiva 2013/11/UE.

En este sentido, la obligación del Art. 13 de la Directiva se establece para aquellos comerciantes obligados a recurrir a las entidades de resolución alternativa y con respecto a las mismas, mientras que la obligación del Art. 14 del Reglamento es para todos los comerciantes que operen en internet con respecto a la plataforma europea, sin perjuicio que también dispongan de la obligación anteriormente señalada. Ello significa que nos encontramos ante dos tipos de informaciones diferentes: la de las entida-

⁶ A pesar de que a fecha 20 de julio de 2018 existen dos organismos de resolución de litigios para España en el listado incluido en la plataforma: la Junta arbitral del consumo de Castilla y León y la Junta arbitral nacional de consumo.

des de resolución alternativas de aquellos comerciantes obligados a recurrir a ellas y la de la plataforma europea, pero ambas deben indicarse de una forma fácil y accesible.

Al respecto, la Ley española ha tomado una sabia decisión en cuanto a su regulación puesto que en su Art. 40 no tan solo transpone la obligación de la Directiva sino que además añade en el apartado 5 la obligación recogida en el Reglamento. Ello es muy importante porque si bien el Reglamento sabemos que no necesita transposición y que conlleva una aplicación directa, el mismo no recogía el régimen sancionador aplicable para el caso de incumplimiento, que debía regularse por cada Estado miembro. Es evidente que una obligación sin una correspondiente sanción queda vacía de contenido, por lo que el legislador español ha tomado un paso muy importante al recogerlo en la Ley 7/2017, ya que hace que se pueda aplicar el régimen de incumplimiento previsto en el Art. 41 y por consiguiente que exista un régimen sancionador en caso de incumplimiento (a diferencia de otros países como por ejemplo Portugal).

Como acabo de señalar, es una regulación muy importante y necesaria, porque si realizamos un análisis de las empresas que cumplen o no con esa obligación encontramos que el resultado es más negativo que positivo, e incluso en aquellos casos en los que se cumple con la obligación no se hace con las condiciones recogidas en la normativa comunitaria.

Como se ha ido indicando en el presente trabajo, dado que el mismo está centrado en el ámbito del turismo con especial referencia al alojamiento vacacional, a continuación se van a indicar algunos datos que se han encontrado en el estudio de este aspecto (todos ellos consultados a fecha 20 de julio de 2018). Las empresas que cumplen con la obligación serían Rumbo, HomeAway, lastminute, Hoteles.com, Expedia, ElCorteIngles, Destinia, Booking.com y Airbnb. Por el contrario, en la parte del incumplimiento encontramos a Logitravel, Tripadvisor, Trivago, Agoda, momondo, Bthetravelbrand o eDreams.

Además, con respecto al modo en el cual se incluye la información en las empresas cumplidoras, casi todas siguen el mismo patrón de añadirlo como un apartado de sus términos y condiciones generales –dentro de su articulado– con cláusulas de estilo similares⁷, que no siempre suelen ser de fácil acceso o visualización en la página web.

⁷ Por ejemplo, Expedia es una de las que recoge la cláusula de forma más sencilla y clara: “*La plataforma de resolución de litigios en línea de la Comisión Europea se encuentra dis-*

5. CONCLUSIONES

Para concluir brevemente con la presente comunicación, podemos señalar que dentro de los diferentes mecanismos de ADR y ODR que nos encontramos actualmente⁸ la plataforma europea constituiría un tipo de ODR en sentido estricto, puesto que limita su aplicación a los conflictos de consumo de carácter online; sin embargo, ha supuesto un gran avance dentro del mercado digital interior, avance del que por desgracia a día de hoy todavía no podemos beneficiarnos plenamente debido a la tardía transposición de la normativa europea por parte de España.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AIGE MUT, M.B., “Análisis de la competencia judicial internacional en la contratación turística *online*: especial referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2013”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015.
- BUENO DE MATA, F., “La desmaterialización de los procedimientos en la UE: especial referencia a la mediación online y al proceso monitorio europeo”, en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 3.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2015.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La resolución de conflictos internacionales por vía extrajudicial en el ámbito del turismo”, *El turismo y la experiencia del cliente*, Tomo I, IX Jornadas Investigación en Turismo, Iris-Copy, S.L., Sevilla, 2016.

ponible en <http://ec.europa.eu/odr>”, dentro de la cláusula 6 de sus términos y condiciones generales.

⁸ Recordemos que dentro de los mecanismos de ADR se incluirían tanto el arbitraje como la negociación, transacción, mediación, conciliación y defensores, como consideran diversos autores, entre otros, BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO, D.M., RODRÍGUEZ BENOT, A. e YBARRA BORES, A., “Introducción”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, (FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ y FEDERICO GARAU SOBRINO, *coordinadores*), Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2014, pp. 23 y ss. En el mismo sentido, son ADR el arbitraje, la mediación y la conciliación, para autores como GONZÁLEZ PILLADO, E., “La mediación en materia de consumo”, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, (ESTHER GONZÁLEZ PILLADO, *coordinadora*), Práctica Jurídica Tecnos, Madrid 2012, p. 161 o FODDAI, M.A., “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?”, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el s. XXI, Tomo I, Mediación* (CARMEN FERNÁNDEZ CANALES, *coordinadora*), *Colección de mediación y resolución de conflictos*, Reus, Madrid, 2010, p.44.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Capítulo 2. Las notificaciones electrónicas: algunas cuestiones pendientes a la luz de la normativa europea”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (Coord.), *La e-Justicia en la Unión Europea (desarrollos en el ámbito europeo y en los ordenamientos nacionales)*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012

— “Un nuevo instrumento para la tutela de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía”, *Revista Ius et Praxis*, volumen 14, número 1, 2008.

BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO, D.M., RODRÍGUEZ BENOT, A. e YBARRA BORES, A., “Introducción”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, (FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ y FEDERICO GARAU SOBRINO, *coordinadores*), Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2014.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “La mediación en materia de consumo”, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, (ESTHER GONZÁLEZ PILLADO, *coordinadora*), Práctica Jurídica Tecnos, Madrid 2012.

FODDAI, M.A., “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?”, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el s. XXI, Tomo I, Mediación* (CARMEN FERNÁNDEZ CANALES, *coordinadora*), *Colección de mediación y resolución de conflictos*, Reus, Madrid, 2010.

Capítulo 13

El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo¹

RAQUEL BONACHERA VILLEGAS
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Almería*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO. 2. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS POR LA DENEGACIÓN DE EMBARQUE, CANCELACIÓN, O RETRASO DE VUELOS ANTE AESA. 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. Procedimiento. 3. SOMETIMIENTO A OTRAS ENTIDADES ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ACREDITADAS.

RESUMEN: En el presente estudio se analiza los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en un ámbito muy específico de consumo, el transporte aéreo. En especial, se analiza la resolución de los conflictos por la denegación, la cancelación o el retraso de vuelo, encomendados a AESA, así como, otros sistemas alternativos de resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVES: Solución, extrajudicial, conflictos, usuarios, transporte aéreo, AESA.

ABSTRACT: The present study analyses the extrajudicial methods of conflict resolution in a very specific area of consumption, air transport. In particular, the dispute resolution is analyzed for refusal, cancellation or flight delay, commending AESA and other alternative conflict resolution systems.

KEY WORDS: Solution, extrajudicial, conflicts, users, air transport, AESA.

¹ Estudio realizado en el marco de los Proyectos de Investigación: “*Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas y de los instrumentos financieros complejos*” (DER 2014-51957-P) y “*Asignaturas pendientes del sistema procesal español*” (DER2017-83125-P), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España) y la Red de Excelencia “*Justicia Civil: Análisis y Prospectiva*” (DER 2016-81752-REDT), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y de Excelencia-Subprograma de Generación de Conocimiento.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO

La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al Ordenamiento jurídico, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, como su nombre indica, ha dado finalmente cumplimiento a algunas de las obligaciones consagradas por la normativa europea enunciada². Conviene recordar que aquella norma es de armonización mínima, pues obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores residentes de la UE, la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios establecidos en cualquier otro Estado miembro, mediante la intervención de entidades que ofrezcan procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios, debiendo tener éstos un alto grado de calidad, por ser los entes o personas que las gestionan independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Ello significa que cada Estado miembro debe cumplir con dicha obligación, garantizando la existencia de entidades acreditadas, que como mínimo cumplan los principios, requisitos y garantías establecidas en dicha Directiva; dejando libertad a los Estados miembros para ir más allá de lo dispuesto en la misma, reconociendo una mayor protección para los consumidores en el acceso a estos métodos de resolución de conflictos (Cdo. 38 y art. 2.3 de la Directiva). Para el cumplimiento de este mandato, los Estados miembros pueden partir de las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo ya existentes y de los procedimientos gestionados por éstas, que es lo que propiamente ha hecho nuestro legislador con la Ley 7/2017³; o, pueden crear nuevas entidades que desarrollen la misma actividad. Tanto unas como las otras entidades, deberán ajustarse por igual a las exigencias y al procedimiento de acreditación establecido por los Estados miembros, si desean actuar resolviendo conflictos en esta materia.

Por otra parte, la Directiva 2013/11/UE también otorga a los Estados miembros libertad, para decidir el modelo de sistema alternativo de resolución de conflictos que prefieren asumir; optando por imponer la solución extrajudicial del conflicto a las partes, en concreto, al empresario, o por so-

² Si bien, el cumplimiento ha sido tardío, puesto que el legislador europeo fijaba el 9 de julio de 2015 como fecha de cumplimiento de la transposición de la normativa europea (art. 25). Tampoco ha cumplido con la obligación de remitir a la Comisión la primera lista de entidades de resolución acreditadas antes del 9 de enero de 2016.

³ Para mayor abundamiento, vid. BONACHERA VILLEGAS, R.: "Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, Relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo", en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (dras. Ariza Colmenarejo y Fernández-Fígares Morales), Navarra, 2018, págs. 43 y ss.

meter a la voluntad de las partes la solución extrajudicial. También, les deja libertad en cuanto al carácter que quieran dar a la solución ofrecida por las entidades alternativas de conflictos acreditadas, pudiendo ser vinculante o no vinculante. De ser vinculante, la solución que ofrece la entidad acreditada, se impondrá a cualquiera de las partes, en tanto que de no ser vinculante, queda supeditada al acuerdo de las mismas. Si bien, esta opción no conlleva necesariamente la renuncia a la vía judicial, el legislador comunitario si que exige un tratamiento diferente según se opte por un modelo u otro.

En esta línea, la Ley 7/2017 ha optado por no forzar la utilización de los sistemas alternativos de resolución de conflictos acreditados por las autoridades españolas, pues se limita a fomentar estos mecanismos de resolución. Así pues, en principio, la Ley 7/2017, que regula la solución extrajudicial de conflictos con carácter general cual sea el ámbito de consumo, no impone a las partes la utilización de estos mecanismos, salvo que una norma especial así lo establezca⁴. Y sin que, en ningún caso, la decisión que ponga fin al procedimiento de participación obligatoria, impida a las partes el acceso a la vía judicial (art. 9). Tanto es así, que hasta el momento, los únicas entidades de resolución alternativa de conflictos que se prevén con carácter obligatorio, no se regulan precisamente en la Ley 7/2017, sino que habrán de ser reguladas en otras normas. En una Ley, para la resolución de los conflictos en el ámbito de la actividad financiera (Disp. Adic. primera) y en una Orden Ministerial, por parte del titular del Ministerio de Fomento, para la resolución de conflictos en el ámbito del transporte aéreo (Disp. Adic. segunda), siendo esta última norma a la que dedicaremos nuestra atención⁵.

2. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS POR LA DENEGACIÓN DE EMBARQUE, CANCELACIÓN, O RETRASO DE VUELOS ANTE AESA

El ámbito material en el que se desenvuelve el Proyecto de Orden Ministerial es restringido, pues va referido a la resolución extrajudicial de los conflictos

⁴ Voluntariedad que es más intensa para el consumidor que para el empresario, dado que no será vinculante para el consumidor el acuerdo previo de acudir a un arbitraje, si el convenio arbitral fue celebrado antes de producirse el conflicto entre el consumidor y el empresario, mientras que si lo es para el empresario si reúne los requisitos legales (art. 57. 4 de la LGD-CU; art. 9 LArb y 24 RD 231/2008). En igual sentido, vid. los arts. 13 y 15 de la Ley 7/2017.

⁵ Para un estudio de esta Disposición vid. SÁNCHEZ PÉREZ, L.: "La nueva entidad de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera", en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo*, op. cit., págs. 207 y ss.

que surjan en relación con los derechos de los usuarios de transporte aéreo, reconocidos tanto por el Reglamento (CE) Núm. 261/2004, como por el Reglamento (CE) Núm. 1107/2006. En relación con la resolución de este tipo de conflictos, la Disposición final segunda de la Ley 7/2017, señala que: será acreditada y notificada a la Comisión Europea una única entidad, correspondiendo la competencia para la acreditación a la persona titular del Ministerio de Fomento. En tanto que para el resto de conflictos de consumo, la Ley 7/2017 atribuye la competencia para la acreditación tanto al Estado, a través de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimenticia y Nutrición (AECSAN), que actuará además como punto de contacto único con la Comisión Europea, como a las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias en materia de consumo. Estas últimas, podrán acreditar tanto a las entidades de resolución de conflictos con resultado no vinculantes (mediación), como a las entidades que llevan a cabo procedimientos *seudo*-administrativos en materia de consumo, siempre que dichos procedimientos estén previstos en su legislación.

En tanto en cuanto no se apruebe y entre en vigor esta Orden, se indica que la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) deberá acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, al objeto de cumplir los requisitos exigidos por la Directiva y la Ley para ser acreditada como entidad de resolución de litigios en materia de consumo. Así pues, propiamente, no podemos decir que la Orden Ministerial sea totalmente novedosa, ni ha creado una entidad nueva (la Agencia ya existía y resolvía reclamaciones de los usuario aéreos), ni regula los requisitos que se le exige a ésta para ser acreditada, pues éstos donde están regulados es en la Ley 7/2017. Si bien, es cierto que la Orden Ministerial, al contrario de lo que hace la Ley 7/2017, no se limita a regular el acceso de los consumidores a este sistema alternativo de resolución de conflictos, sino que regula pormenorizadamente esta cuestión, dedicando sus artículos 9 a 19 a la ordenación del procedimiento.

2.1. Ámbito de aplicación

El ámbito material del conocimiento de AESA o, en adelante la Agencia, en la solución extrajudicial de conflictos se proyecta en tres planos concurrentes: en un plano objetivo, en un plano espacial y en un plano subjetivo. Desde un punto de *vista objetivo*, se podrá reclamar a la Agencia si se ha tenido alguno de los siguientes problemas: vuelos cancelados, vuelos retrasados con más de tres horas, denegación de embarque (debida, por ejemplo, a *overbooking*), cambio de clase, etc. Incluyendo dentro de su ámbito competencial, las discrepancias surgidas en torno a los derechos que la normativa europea

reconoce a los usuarios por esas circunstancias como son: el derecho de compensación, el derecho al reembolso o a un transporte alternativo y el derecho de atención. Así como, también se puede someter a la decisión de la Agencia, cualquier práctica o impedimento que menoscabe el derecho de acceso a las personas con discapacidad o movilidad reducida al servicio aéreo o aeroportuario, incluido el deber de asistencia por parte de la compañía aérea.

Quedan excluidas de su ámbito de aplicación, aunque estén relacionadas con el servicio aéreo, cualquier otra reclamación que pudiera hacer el usuario del servicio, en particular aquellas que versen: a) Sobre los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte; b) Las cláusulas y prácticas abusivas en el contrato de transporte aéreo u otras documentación atinente al transporte; c) Las prácticas desleales, publicidad o información precontractual o contractual; d) La protección de datos de carácter personal; e) Las reclamaciones de los usuarios en base al Reglamento (CE) Núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, o las reclamaciones que se realicen por la destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados en base a cualquier otra norma o convención; y, f) Las demás previstas en el artículo 3.2 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

Desde un punto de vista *espacial o territorial*, el procedimiento de resolución de conflictos tramitado ante la Agencia, será de aplicación tanto a los conflictos nacionales como a los transfronterizos, siempre que se cumplan los requisitos sancionados por el artículo 3 del Proyecto, esto es, de tratarse de un conflicto relativo a embarque o vuelo cancelado o retrasado, si el pasajero parte de un aeropuerto español, sea cual sea su destino; o, en el supuesto de que parta de un aeropuerto fuera de la Unión Europea, cuando tenga por destino un aeropuerto español, a menos que ya haya sido beneficiado o compensado en ese país no perteneciente a la Unión Europea, siendo la compañía aérea europea. De versar el conflicto sobre el acceso al servicio aéreo por parte de las personas con discapacidad o movilidad reducida, conocerá la Agencia, siempre que la persona con movilidad reducida utilice o pretenda utilizar vuelos que salgan de los aeropuertos españoles, lleguen a esos aeropuertos o transiten por ellos, o si la reclamación se dirige frente a los gestores aeroportuarios situados en territorio español. Pero también será de aplicación a los pasajeros que salgan de un aeropuerto no perteneciente a la Unión Europea cuando tenga destino en un aeropuerto español, si la compañía aérea operadora es de la UE. No obstante, si la negativa a embarcar, obedece a la exigencia de los requisitos exigidos por los Programas Nacionales de Seguridad para la Aviación Civil, así como cualquier otra normativa sobre

los requisitos documentales para confirmar el embarque, sólo conocerá la Agencia si las reclamaciones se plantean en relación con vuelos que salgan de los aeropuertos españoles, pues la normativa aplicable será la española.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, el procedimiento extrajudicial de conflictos tramitado por la Agencia, será de aplicación a las reclamaciones que los usuarios del servicio aéreo (pasajeros) presenten frente a los gestores aeroportuarios o frente a las compañías aéreas, pero no a la inversa. Hemos de señalar que este procedimiento será de aceptación voluntaria y de resultado no vinculante para los usuarios y los gestores aeroportuarios, en tanto que será obligatorio y de resultado vinculante para las compañías aéreas (art. 8.2). En este aspecto, no entendemos por qué el Proyecto de Orden Ministerial da un tratamiento distinto a los gestores aeroportuarios en relación con el que da a las compañías aéreas, pues ambos serán siempre la parte pasiva de este procedimiento. A no ser que este distinto tratamiento se fundamente en que el agente aeroportuario que está operando en casi todos los aeropuertos españoles es AENA (que como todos sabemos, es una empresa pública española). Por tanto, y en aras de la salvaguarda del principio de igualdad, entendemos que para ambos sujetos debería ser obligatorio y vinculante, o en su caso, facultativo y no vinculante.

Por lo que refiere al concepto de usuario del servicio aéreo, el Proyecto de Orden Ministerial, se aleja de lo preceptuado en la Ley 7/2017 para el resto de reclamaciones de consumo, pues al contrario que aquella, opta por un concepto restringido de usuario, al prever únicamente como tal, a las personas físicas que actúen con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio, o profesión.

2.2. Procedimiento

En este apartado, no pretendemos analizar con profundidad todos y cada uno de los trámites del procedimiento de este sistema extrajudicial de conflictos, sino extraer los aspectos fundamentales del mismo. En este sentido, hemos de señalar que, con carácter previo a la iniciación del procedimiento a tramitar ante la Agencia, se obliga al usuario a reclamar ante el responsable del incumplimiento, o, entendemos, que ante su oficina de atención al cliente. Sólo cuando la reclamación no es atendida en el plazo de un mes, o no sea totalmente satisfactoria a las pretensiones del usuario, podrá plantearse la reclamación ante la Agencia.

Una vez admitida la reclamación, se dará audiencia a la compañía aérea o gestor aeroportuario reclamado, dándole un plazo de veinte días para que

formulen alegaciones, aporten documentos y propongan prueba. Transcurrido dicho plazo, sin realizar las alegaciones, se le tendrá por desistido del respectivo trámite, prosiguiéndose la tramitación del procedimiento. Si los reclamados presentan alegaciones, se dará audiencia al usuario interesado, por plazo de diez días al objeto de que formule alegaciones, presente documentos y proponga prueba. Practicadas las pruebas admitidas, si fuera necesario para garantizar la igualdad y contradicción de las partes, se dará una nueva audiencia simultánea, por un plazo improrrogable de diez días hábiles, y tras estos trámites, se dictará resolución.

En cuanto a los principios que rigen este procedimiento, responde a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad, si bien la Orden no señala cómo se garantizarán estos principios. Lo que sí señala es que será un procedimiento gratuito para las partes, sin perjuicio de la asunción de los gastos que les correspondan, en relación con la prueba que proponga.

Por lo que refiere a la naturaleza del procedimiento de resolución alternativa que establece el Proyecto de Orden Ministerial, tiene esencialmente un carácter administrativo, no sólo porque se gestiona por AESA, que es una agencia estatal adscrita al Ministerio de Fomento, sino también porque en varios de sus trámites se hacen referencias continuas a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. *De facto*, si el órgano competente para resolver, que es el Director de la Agencia, no resuelve en el plazo de 90 días naturales, contados desde la fecha de la reclamación del usuario, se entenderá que la reclamación ha sido desestimada por silencio administrativo.

La resolución de fondo mediante la cual finaliza el procedimiento, es vinculante e inmediatamente ejecutiva para la compañía aérea, que deberá hacerla efectiva en un plazo máximo de un mes desde la notificación de la resolución, debiendo acreditar tal circunstancia a la Agencia. Finalmente, el Proyecto de Orden señala que la resolución dictada por el Director de la Agencia, agota la vía administrativa, siendo recurrible en vía judicial a través del recurso contencioso-administrativo. Así pues, cabe considerar a esta resolución como un acto administrativo, que puede dar lugar incluso a una sanción administrativa por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Nada dice el Proyecto, sobre si es viable exigir el cumplimiento de la resolución por el procedimiento de apremio o no, tampoco dice nada sobre la eficacia que cabe dar a la resolución que determina la responsabilidad del gestor aeroportuario. En este aspecto, teniendo en cuenta que previamente

señala que el procedimiento para este sujeto no es obligatorio ni vinculante, entendemos que la resolución no tendrá el carácter de un acto administrativo, a ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que más bien la labor de la Agencia en este supuesto, se asemeja más a la que realiza cualquier mediador, y su ejecutividad dependerá de que la acepten las partes. Sin perjuicio, de la obligación que se le impone al gestor aeroportuario, en virtud del artículo 18.6, de información a la Agencia sobre las medidas adoptadas para cumplir la resolución o, en su caso, las circunstancias que le han impedido hacerlo y la fecha para su cumplimiento. La resolución tampoco vincula al usuario de no estar de acuerdo con el resultado de la resolución, por entender que no satisface todas sus pretensiones, entendemos que en este supuesto podrá ejercitar las acciones que le corresponden, pero no en la vía administrativa, sino en la vía judicial civil⁶.

3. SOMETIMIENTO A OTRAS ENTIDADES ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ACREDITADAS

Como ya hemos dicho anteriormente, no todos los conflictos de consumo en materia de servicios de transporte aéreos se pueden someter al sistema de resolución de conflictos que gestiona la Agencia. Para la resolución de esos conflictos, las partes podrán acudir a las entidades de resolución de conflictos acreditadas por la AECSAN, en especial al arbitraje de consumo, o en su caso, a la mediación de consumo, o acudir a la vía judicial civil.

Por otra parte, los conflictos que pueden someterse a la Agencia también podrán someterse a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos acreditados por la AECSAN, siempre que sean aceptados por la compañía aérea o gestor aeroportuario, en particular, al arbitraje de consumo o al arbitraje en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. En este aspecto, la compañía aérea o el gestor aeroportuario tiene la obligación de indicar al usuario si está adherido al arbitraje de consumo español o de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, así como, está obligado a informarle sobre el sistema extrajudicial gestionado por la Agencia, correspondiendo al consumidor la opción de la vía que prefiere seguir, incluida la vía judicial civil.

⁶ Por otra parte, señala Nadal Gómez que: *“la no vinculación del pasajero o usuario al procedimiento extrajudicial en este momento inicial se manifiesta en que el transportista no podrá ejercer ninguna excepción relativa a la existencia de este tipo de procedimiento, semejante a la cláusula de arbitraje...”* (“La resolución alternativa de litigios en el transporte aéreo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, op. cit., pág. 261).

Capítulo 14

El desafío inminente de la cooperación procesal internacional: la prueba electrónica¹

FEDERICO BUENO DE MATA
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

SUMARIO: 1. LA SEGURIDAD EN INTERNET COMO PRIORIDAD LEGISLATIVA EUROPEA. 2. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPOSITIVO DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBA ELECTRÓNICA. 3. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: Actualmente, la mayoría de los delitos cuyas pruebas electrónicas residen en servidores de otro país no son ni investigados ni enjuiciados. La Comisión Europea, consciente de que la nueva Orden Europea de Investigación adolece desde su inicio de ciertas limitaciones, ha decidido impulsar una batería de medidas para la obtención y aportación de pruebas electrónicas en los procesos penales. En este trabajo realizamos un análisis crítico de las medidas en materia de cooperación procesal internacional que se aprobarán próximamente acerca de este tipo de evidencias, al tiempo que realizamos propuestas concretas sobre el contenido que deberían tener los futuros textos legales que regulen esta materia.

PALABRAS CLAVE: Prueba, electrónica, cibercrimen, cooperación, obtención.

ABSTRACT: Currently, most crimes whose electronic evidence resides in servers in another country are neither investigated nor prosecuted. The European Commission, aware that the new European Investigation Order suffers certain limitations from its inception, has decided to promote a battery of measures to obtain and provide electronic evidence in criminal proceedings. In this article we carry out a critical analysis of the measures in international procedural cooperation that will be approved soon about this type of evidence, while we make concrete proposals on the content that these future legal texts should have.

KEY WORDS: Evidence, electronic, cybercrime, cooperation, obtaining.

¹ Trabajo ganador del “Galardón a la mejor comunicación presentada por jóvenes doctores al I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas”.

1. LA SEGURIDAD EN INTERNET COMO PRIORIDAD LEGISLATIVA EUROPEA

A día de hoy podemos afirmar que el cumplimiento del principio de legalidad aplicado a la ciberdelincuencia en España constituye una verdadera utopía. A pesar de que esta afirmación puede llegar a llamar la atención por su rotundidad, nos debemos remitir al último informe de Cibercriminalidad en España², donde se indican que únicamente se investigan el 5% del total de los ciberdelitos cometidos en nuestro país. Los problemas aparejados a la ciberdelincuencia abarcan desde las posibilidades de anonimizar las conductas que entorpecen la investigación de este tipo de delitos, la desproporción entre la cantidad de operadores jurídicos y policiales formados respecto al número de delitos cometidos hasta otros de tipo legal vinculados a la falta de armonización normativa y problemas de jurisdicción aparejados a la ubicación geográfica de servidores que dificulta a su vez la obtención y autenticación de pruebas electrónicas para dar certeza de las acciones delictivas cometidas. Esta falta de coordinación legislativa sustentada en la soberanía propia y en la exclusividad como característica de la jurisdicción de cada país, es aprovechado por los delincuentes para perpetrar sus acciones en un marco de aparente impunidad. La solución a estos problemas pasa por remodelar e impulsar nuevos instrumentos de cooperación procesal internacional en consonancia con la realidad tecnológica en la que vivimos.

La Unión Europea, conocedora de estas circunstancias y con el fin de combatir este problema, realiza una evaluación del impacto inicial sobre los problemas probatorios que lleva aparejada la ciberdelincuencia. Los resultados de esta evaluación se incorporaron a una propuesta prelegislativa presentada en abril de 2018 por la Comisión Europea denominada “Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la UE para 2018-2019”³, en la que se formulan una serie de desafíos legales vinculados a la regulación de la obtención y producción de pruebas electrónicas en los Estados Miembros. Igualmente, este informe reconoce expresamente que la justicia siempre va por detrás del derecho y que las contradicciones en las normativas dificultan la cooperación con los proveedores de servicios y la jurisdicción de cada Estado en el tratamiento de los datos hace que la investigación del cibercrimen

² Vid. Estudio sobre la cibercriminalidad en España de 2016, Ministerio del Interior. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/Estudio+Cibercriminalidad+2016.pdf/456576b2-9ce8-4f3c-bbcc-ca0dbf3bb3cf> (Fecha de consulta: 10 de mayo de 2018).

³ https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/joint-declaration-eu-legislative-priorities-2018-19_en.pdf (Fecha de consulta: 21 de mayo de 2018).

se ralentice o dificulte en exceso. Por ello se pide que con rapidez exista una mayor y más rápida asistencia judicial entre países miembros y con terceros países para, a través de la cooperación con el sector privado, suscribir acuerdos con los distintos proveedores de servicios que operan en territorio europeo y así aumentar los contactos directos con las autoridades policiales al tiempo que se disipen los límites de la jurisdicción de cada Estado con medidas de investigación internacionales que se guíen por los principios de necesidad y proporcionalidad y que guarden fiel respeto a la protección de los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos.

Todas estas medidas unidas a la exigencia a los Estados Miembros de que ratifiquen y apliquen el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001 y de que transpongan la Orden Europea de Investigación en materia penal antes de mayo de 2017 como medio para luchar contra la criminalidad transfronteriza en el ámbito de la UE, constituyen el marco y contexto previo del nuevo instrumento legal múltiple en el que desemboca lo anteriormente tratado: futuras Órdenes Europeas para la obtención, producción y aseguramiento de pruebas electrónicas y un incipiente Reglamento sobre las obligaciones de los servidores que traten datos de ciudadanos europeos con las autoridades judiciales y policiales europeas.

2. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPOSITIVO DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBA ELECTRÓNICA

Las autoridades de la UE son conscientes de que la Orden Europea de Investigación debe ser reforzada a través de mecanismos complementarios que recojan las particularidades de la comisión de delitos en Internet encaminados a obtener pruebas electrónicas por las distintas autoridades. Así, la Comisión habla de crear nuevas reglas para facilitar y agilizar este tipo de evidencias “tales como correos electrónicos o documentos ubicados en la nube, que necesitan para investigar, enjuiciar y condenar a delincuentes y terroristas” al tiempo que enmarca esta acción como un hito para lograr una mayor seguridad de los ciudadanos europeos. Las medidas que son propuestas por la Comisión, a través de un comunicado de 17 de abril de 2018, para ser desarrolladas a través de un Reglamento y una Directiva son las siguientes⁴:

⁴ Vid. Comunicado de prensa de la Comisión Europea: “Unión de la Seguridad: la Comisión facilita el acceso a las pruebas electrónicas Bruselas”, 17 de abril de 2018, dis-

– Orden Europea de Obtención de pruebas electrónicas. Hablaríamos de un mecanismo articulado para que una autoridad judicial en un Estado miembro pueda obtener correos electrónicos o mensajes directamente de un proveedor de servicios o su representante legal en otro Estado miembro, que estará obligado a responder en 10 días, suponemos que hábiles o incluso en únicamente seis horas en casos de necesidad o extrema urgencia. Con ello se “acelera” y se recorta el tiempo respecto a la Orden Europea de Investigación que puede llegar a demorarse hasta cuatro meses. Podríamos decir que sería complementaria, paralela o posterior a una OEI.

– Orden Europea de Aseguramiento de pruebas electrónicas. Con ella se permitirá que una autoridad judicial de un Estado miembro solicite que un proveedor de servicios o su representante legal en otro Estado miembro conserve datos específicos con vistas a presentar estos datos mediante en investigaciones futuras a través de una OEI, por lo que podría ser una preorden.

– Reglamento por el que se obligaría a todos los proveedores de servicios a designar un representante legal en la UE, en conexión con el último Reglamento General de Protección de Datos⁵ (RGPD), de aplicación directa en cualquier país de la Unión desde el 25 de mayo de 2018. Esto quiere decir que todos los proveedores que ofrecen servicios en la Unión estarán sujetos a las mismas obligaciones, incluso si su sede se encuentra en un tercer país. Así, en cualquier caso tendrán el deber de designar un representante legal en la UE para la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las dos órdenes anteriores al trabajar con datos de ciudadanos europeos. En contraprestación gozarán de mayores garantías de seguridad jurídica y tendrán relación directa con autoridades policiales.

Tras la exposición de estas tres nuevas herramientas creemos que es necesario que la UE desarrolle correctamente estos instrumentos, pues el planteamiento adolece, según nuestro punto de vista, de una serie de críticas en su planteamiento. Por un lado, al ser planteadas como unos instrumentos capitales dentro de la actualización de la política de seguridad de la UE, puede llegar a dar la sensación de que se confunde cibercriminali-

ponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_es.htm (Fecha de consulta: 24 de mayo de 2018).

⁵ Vid. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679> (Fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

dad con ciberseguridad al tiempo de que al hablar únicamente de algunos tipos de prueba electrónica basados en comunicaciones se siga equiparando erróneamente la prueba electrónica en sentido amplio con una prueba documental electrónica, sin incluir otro tipo de material probatorio de naturaleza electrónica.

Respecto a lo primero vemos como la ciberseguridad está enfocada a la prevención mediante la inversión en tecnología de los Estados para evitar ataques terroristas cometidos en la Red o ciberespionaje, mientras que la cibercriminalidad alude a la comisión del hecho delictivo y a su posterior investigación mediante diligencias de investigación eficientes para lograr imputar un determinado hecho delictivo a su autor. Es en esta segunda etapa es donde debe ir enfocada por tanto las futuras Órdenes, a pesar de que los propios textos de la UE confunden y entremezclan de manera habitual ambos conceptos.

En cuanto a la segunda objeción, el paralelismo malentendido con la prueba documental ha propiciado que en la mayoría de los países europeos se hayan entrelazado ambos conceptos. Sin ir más lejos, en España con Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, dictamina que documento electrónico es la “información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”. Esta cuestión se fundamenta en la Decisión incluida en el Programa Marco AGIS de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea sobre cooperación judicial y policial en materia penal⁶, donde ya en el 2002 se recoge que esta evidencia es “la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho”. Entendemos que más que hablar de dispositivos se debería hablar de canales o vías por las que estas pruebas pueden circular, así como olvidar la concepción de documental y más que hablar de datos electrónicos en sentido estricto, hablar de metadatos en sentido amplio.

Es cierto que estas definiciones fueron dadas hace más de quince años sin tener en cuenta los sistemas actuales de *cloud computing*, pero con las últimas referencias de la UE hablando de e-mails o mensajes vemos como seguimos pensando en esta prueba como un material que tarde o temprano puede ser digitalizado o impreso, cuestión esta que se hace palpable en las

⁶ Decisión 2002/630/JAI del Consejo, de 22 de julio del 2002, relativa a la cooperación policial y judicial en materia penal (AGIS), Diario Oficial L 203 de 1 de agosto de 2002.

declaraciones de los responsables de la Comisión y que seguirá acarreamo problemas globales de interoperabilidad jurídica entre los distintos sistemas de gestión procesal europeos y evidenciará la falta de formación especializada de los propios juzgadores no solo para solicitar la obtención de pruebas, sino para algo más grave: su posterior admisión y valoración como pieza de convicción por un órgano jurisdiccional. Por ello pensamos que antes de activar cualquier mecanismo de cooperación es necesario afrontar por parte de la UE la determinación de qué se entiende realmente por “prueba electrónica”, observando no solo su parte puramente electrónica sino aglutinando al mismo modo un mecanismo para su aportación efectiva y eficiente al proceso a través de sistemas de gestión procesal informatizada o canales interoperables a nivel europeo. Por ello, defiendo que la prueba electrónica es aquel medio electrónico que permite acreditar hechos relevantes para el proceso, ya sean hechos físicos o incluso electrónicos, y que se compone de dos elementos necesarios para su existencia, los cuales determinan la especialidad de la prueba electrónica en relación al resto de medios probatorios: un elemento técnico que hará referencia bien a un hardware o dispositivo en el que se presente y no altere su naturaleza informática, y un elemento lógico o *software* que tendrá naturaleza intangible.

Cuestión distinta es que la UE solo quiera hablar únicamente de “datos electrónicos”, pues estaríamos haciendo una referencia a una modalidad de prueba electrónica concreta y que puede en cierta medida tener más relación con las características a las que alude la propia UE al detallar el contenido de las órdenes o el futuro Reglamento. Si así fuera, creemos que el próximo articulado podría tomar como modelo nuestra propia Ley de Enjuiciamiento Criminal y seguir la misma línea que el capítulo quinto de la LO 13/2015 de medidas de investigación tecnológica, por la que se reformula el artículo 588 de nuestra LECrim y que realmente ha estado limitado por los problemas de jurisdicción que la ubicación de un servidor o proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas lleva aparejado, al estar localizado en muchas ocasiones en otro país miembro distinto al que reside al víctima o incluso encontrarse fuera de la UE.

Concretamente, la Orden Europea de Producción podría tomar como referencia el art. 588 septies b LECrim, donde se regula un deber de colaboración para la obtención de las pruebas de “prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información”, al tiempo que abre la posibilidad velada del uso del *hacking* ético, cuestión ésta que daría para un debate paralelo, al añadir que para el buen fin de la diligencia de obtención de

estas pruebas se podrá contar con “toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática”.

Por otro lado la futura Orden de Aseguramiento podría basarse en nuestro art. 588 *octies* LECrim, al indicar que las autoridades policiales “podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes”. En este sentido tendríamos que desarrollar estas obligaciones con un Reglamento y una contraprestación a los servidores como ya se ha apuntado, así como limitar bien los periodos máximos de conservación, las posibles prórrogas o las sanciones que conlleven la no colaboración o la vulneración del secreto del desarrollo de la diligencia. Del mismo modo, habría que aclarar y desarrollar en los distintos textos las técnicas de sellado de pruebas electrónicas basadas en la encriptación o sellado de tiempo para asegurar la no alteración de las pruebas conservadas y preservar fielmente la cadena de custodia.

Igualmente, podemos ver como la concepción de dato electrónico del art. 588 ter b apartado segundo se asemeja más a la noción que persigue la Comisión al plantear que los mismos son “todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”. A su vez este concepto se complementa en su letra “j”, al hablar de la obligación de conservar datos por parte de los servidores y prever incluso abrir la posibilidad del uso indirecto de la analítica de *big data* con fines de prueba, al permitir incluso “la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos” cuando los mismos sean cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial; cuestión ésta última que creemos debería implementarse a nivel europeo y convertirse en una previsible “prueba de indicios virtual”.

3. REFLEXIONES FINALES

Nos encontramos ante una propuesta necesaria y que requiere una inminente aprobación, pero que al mismo tiempo hará que la asistencia judicial en el mundo del ciberespacio cambie nuestra concepción de la característica de la exclusividad de la jurisdicción tal y como la entendemos

hoy en día, al disiparse aquí el principio de territorialidad en la comisión del hecho delictivo. La lógica de los tiempos y el devenir de la tecnología como medio para la comisión de hechos delictivo se antojan como un elemento disruptivo de los sistemas judiciales, en los que la soberanía en la jurisdicción debe ceder ponderadamente para cumplir con los principios de legalidad e investigación en el terreno del ciberespacio. Las propuestas planteadas, a falta de un desarrollo más amplio, ofrecen mejoras en los tiempos de respuesta por parte de los Estados y obligan a los servidores de telecomunicaciones a tener un contacto directo con las autoridades policiales y judiciales de cualquier país, no por el hecho de residir en territorio de la UE sino por tratar y manejar datos de nuestros ciudadanos. Al fin y al cabo estamos hablando de no sólo modernizar los estándares de la cooperación procesal internacional, sino de reconocer y proteger nuevos derechos de los europeos en el tratamiento de sus datos al nivel de una última generación de Derechos Humanos.

Por último, debemos finalizar haciendo hincapié en que ambas Órdenes así como el futuro Reglamento deberán articular mecanismos estrictos de control para respetar las garantías procesales y el Estado de Derecho. En este sentido, creemos que la solicitud para el uso de cualquiera de estos mecanismos debe ser razonada y motivada, de acuerdo a la ley basada y sujeta a revisión y decisión por parte de un tribunal, limitándose a lo estrictamente necesario para la investigación criminal oportuna, al tiempo que los operadores jurídicos también deberán al usuario afectado el manejo que se está realizando con sus datos siempre que no colisione con el secreto sumarial. Nos encontramos ante un enorme desafío para la justicia europea en el que el Derecho procesal jugará un papel protagonista como derecho de garantías con el fin de que el control por parte de las distintas autoridades no derive en una especie de Estado policial o Gran Hermano Europeo.

Capítulo 15

Las intervenciones telefónicas en la doctrina del TEDH: exigencia de previsión legal en derecho interno¹

ROSER CASANOVA MARTÍ
Profesora doctora de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REGULACIÓN DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN ESPAÑA. 3. EXIGENCIAS DEL TEDH PARA LA PROTECCIÓN DEL ART. 8 CEDH. 3.1. Necesidad de previsión legal en el derecho interno. 3.2. Calidad de la ley: accesibilidad y previsibilidad. 3.3. Claridad y precisión de la ley. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es analizar el apartado segundo del art. 8 CEDH del que se desprende la exigencia de que la medida que limite alguno de los derechos protegidos por el mismo precepto esté prevista por ley. En concreto, del estudio de la jurisprudencia del TEDH y centrándonos en la previsión legal de la intervención de las comunicaciones, podemos extraer que deben cumplirse los siguientes requisitos: primero, la necesidad de una concreta previsión legal en el derecho interno; segundo, la calidad de dicha ley, esto es, que sea accesible y previsible; y, por último, la claridad y precisión de los términos utilizados en la norma.

PALABRAS CLAVE: intervenciones telefónicas, previsión legal, derecho interno, calidad, claridad

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the second section of art. 8 ECHR, by virtue of which it is deduced that the measure that limits any of the rights protected by this article it is provided by domestic law. In particular, from the study of the ECHR jurisprudence and the legal provision for the intervention of communications, the following requirements must be respected: first, the need for a specific legal provision in domestic law; second, the quality of this law, that is, that is accessible and predictable; and, finally, the clarity and precision of the terms used in the regulation.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D «Hacia una nueva regulación de la prueba pericial» (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y el Grupo de Investigación Consolidado “Evidence Law” (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR, en ambos como investigador principal el profesor Joan Picó i Junoy.

KEY WORDS: telephone interventions, legal provision, domestic law, quality, clarity.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las piezas claves en la investigación de los delitos de especial gravedad en un proceso penal son las intervenciones telefónicas². Esta diligencia de investigación limita, sin perjuicio de otros, el derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el art. 18.3 de la Constitución española (CE)³. Este derecho se encuentra también protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁴, en concreto, su art. 8.1 reconoce que “toda persona tiene derecho al respecto a la vida personal y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Tras décadas de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) varios han sido los casos en los que se ha cuestionado la protección de este derecho por parte del Estado español⁵. En este contexto, el objeto del presente trabajo es analizar la exigencia de previsión legal del TEDH para la correcta protección de los derechos reconocidos en el art. 8 CEDH.

2. REGULACIÓN DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN ESPAÑA

Como es bien sabido, antes de la reforma de 2015, la regulación de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español se encontraba en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)⁶, regulación que pecaba de incompleta, por lo que se hacía absolutamente

² Véase CASANOVA MARTÍ, R.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. J. M^a. Bosch, Barcelona, 2014; y PICÓ I JUNOY, J., y CASANOVA MARTÍ, R. “La intervención de comunicaciones telefónicas y postales”, en *Estudios sobre prueba penal*, Vol. III, Edit. La Ley, Madrid, 2013, pp. 129-169.

³ Sobre esta limitación véase CASANOVA MARTÍ, R., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal”, en *Principios y garantías procesales* (Dir. JOAN PICÓ JUNOY), Edit. J. M^a. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 543 a 556.

⁴ «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.).

⁵ Entre las que destacamos: caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998 [TEDH 1998/31]; caso Prado Burgallo, sentencia de 18 de febrero de 2003 [TEDH 2003/6]; caso Abdulkadir Coban, decisión de 26 de septiembre de 2006 [TEDH 2006/51]; y caso Fernández Saavedra de 2010, decisión de 7 de septiembre de 2010 [TEDH 2010/92].

⁶ BOE núm. 260, de 17/09/1882.

necesaria la jurisprudencia que sobre la materia iban dictando el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Constitucional (TC), así como la doctrina del TEDH. Con el cuerpo de doctrina jurisprudencial existente entorno las intervenciones telefónicas, se evitaba la vulneración de los derechos fundamentales afectados por su práctica, como son principalmente los recogidos en el art. 18 CE y el art. 8 CEDH.

La reforma de la LECrim, en octubre de 2015, comportó la modificación de la escasa y obsoleta regulación de las intervenciones telefónicas. La necesidad de reforma era evidente, como tanto habían reclamado los altos tribunales, incluido el TEDH. Reforma que se produjo con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁷.

Tras su entrada en vigor, en diciembre de 2015, se actualiza y amplía el Título VIII del Libro II de la LECrim dedicado a las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE. En concreto, se añaden diversos capítulos dedicados a la regulación de las diligencias de investigación tecnológica⁸, entre las que se encuentra la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas. El legislador dedica el Capítulo IV –arts. 588 bis a) a 588 bis k) LECrim– a las disposiciones comunes a todas las diligencias de investigación tecnológica, dejando para los capítulos siguientes las especificidades de cada una de ellas. En concreto, la regulación específica de las intervenciones telefónicas y telemáticas se encuentra en el Capítulo V –arts. 588 ter a) a 588 ter m) LECrim–⁹.

⁷ BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219 (28 págs.), cumpliendo con el mandato del art. 81 CE al desarrollarse mediante ley orgánica. Sobre la necesidad de la reforma se pronuncian las recentísimas SSTS 158/2018, de 5 de abril, ponente Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco [JUR 2018\105336], f.j. 4º; 86/2018, de 19 de febrero, ponente Excmo. Sr. Juan Ramon Berdugo y Gómez de la Torre [JUR 2018\58379], f.j. 1º; 2/2018, de 9 de enero, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [JUR 2018\69098], f.j. 2º; 738/2017, de 16 de noviembre, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [RJ 2017\5343], f.j. 1º; y 841/2016, de 8 de noviembre, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [RJ 2016\6452], f.j. 3º. Asimismo, véanse las SSTEDH de 30 de julio 1998 [TEDH 1998/31]; de 18 de febrero de 2003 [TEDH 2003/6], y su auto de 25 de septiembre de 2003 (Caso Abdulkabir contra España).

⁸ Cuales son la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

⁹ Para más profundidad sobre la reforma de 2015 véase a RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos*

3. EXIGENCIAS DEL TEDH PARA LA PROTECCIÓN DEL ART. 8 CEDH

Del apartado segundo del art. 8 CEDH se desprende la exigencia de que la medida que limite los derechos protegidos por el mismo precepto esté prevista por ley. Centrándonos en la previsión legal de la intervención de las comunicaciones, del estudio de la jurisprudencia del TEDH podemos extraer que deben cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, la necesidad de una concreta previsión legal en el derecho interno; en segundo lugar, la calidad de dicha ley, esto es, que cumpla con las exigencias de accesibilidad y previsibilidad; y, por último, la claridad y precisión de los términos utilizados en la norma. Pasamos a continuación a analizar cada uno de ellos.

3.1. Necesidad de previsión legal en el derecho interno

Hablar de la doctrina europea en materia de intervenciones telefónicas pasa inevitablemente por analizar, en primer lugar, el ámbito de protección por parte del CEDH del derecho al secreto de las comunicaciones. Así, como ya hemos indicado, este derecho se encuentra protegido por el art. 8.1 del Convenio, dentro del concepto de vida privada y correspondencia, como reconoce la STEDH de 17 enero de 2012¹⁰. Es más, el TEDH ha señalado que las comunicaciones telefónicas están incluidas en la noción de vida privada y de correspondencia en el sentido del art. 8 CEDH, considerándose la intervención una injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de un derecho¹¹. Según el segundo apartado del mismo precepto, los términos “prevista por ley” requieren que la medida incriminada tenga una base en derecho interno. Por esta razón, resulta evidente que de no existir cobertura legal suficiente en derecho interno se vulnera directamente el art. 8 CEDH.

La necesidad de previsión legal de la medida de intervenciones telefónicas se desprende de la literalidad del precepto señalado y, además, se

electrónicos y grabación de imagen y sonido, Edit. La Ley, Madrid, 2017; PALOP BELLOCH, M., “Las medidas de investigación tecnológica”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2017, pp. 443 a 490; y CASABIANCA ZULETA, P., *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2016.

¹⁰ Caso Alony Kate contra España [TEDH 2012\5], ap. 73-75.

¹¹ En este sentido se pronuncia en el Caso Fernández Saavedra, decisión de 7 de septiembre de 2010 [TEDH 2010/92].

encuentra avalada por la doctrina del TEDH desde sus primeras resoluciones en esta materia¹². Así, por ejemplo, el caso Valenzuela Contreras contra España¹³, expresamente establece que “tal injerencia vulnera el art. 8.2 salvo si, prevista por ley, persigue uno o varios fines legítimos [...] y, además, es necesaria, en una sociedad democrática para alcanzarlos”. La expresión “prevista por ley” implica que exista una medida de protección legal en la legislación interna de cada Estado contratante contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el apartado primero del art. 8 CEDH¹⁴.

Pese a ello, debemos señalar que el TEDH entiende el término ley en sentido “material” y no “formal”, e incluso ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior al legislativo y el derecho no escrito¹⁵. Es más, el propio Tribunal de Estrasburgo reconoció, en los casos *Kruslin* y *Huving* contra Francia¹⁶, que no existe en este sentido tanta diferencia entre los países del *common law* y del *civil law*. Realmente sería un error prescindir del derecho escrito en los países del *common law*, del mismo modo, que no podemos ignorar la jurisprudencia en los estados de derecho continental. En los primeros, la ley escrita tiene su

¹² En esta línea, véase, entre otros: Caso *Klass* y otros contra Alemania, sentencia de 6 de septiembre 1978 [TEDH 1978/1], ap. 43; Caso *Malone* contra Reino Unido, sentencia de 2 de agosto 1984 [TEDH 1984/1], ap. 66; y Caso *Kruslin* contra Francia, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/1], ap. 26. Y como más recientes, véase: Caso *Liberty* y otros contra Reino Unido, sentencia de 1 de julio 2008 [TEDH 2008/45], ap. 56; y Caso *Goranova Karaeva* contra Bulgaria, sentencia de 8 de marzo 2011 [JUR 2011\67206], ap. 44.

¹³ Sentencia de 30 de julio 1998 [TEDH 1998/31], ap. 46. Véase también el comentario de esta sentencia por PULIDO QUECEDO, M.: “Las escuchas telefónicas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 15/1998, parte Tribuna, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998 [BIB 1998\1000]. En la misma línea se pronuncia el Caso *Alony Kate* contra España. Sentencia de 17 enero 2012 [TEDH 2012\5], ap. 74.

¹⁴ Todo ello se deduce de la finalidad del artículo estudiado y queda confirmado por la propia jurisprudencia del TEDH. Véase en este caso como ejemplo, aparte de las citadas en las anteriores notas, los casos siguientes: Caso *Halford* contra Reino Unido, sentencia 25 de junio 1997 [TEDH 1997/37], ap. 49; y Caso *Copland* contra Reino Unido, sentencia de 3 de abril 2007 [TEDH 2007/23], ap. 45.

¹⁵ Sobre esta cuestión se pronuncian, entre otros: Caso *Kruslin* contra Francia, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/1], ap. 29; Caso *Huving* contra Francia, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/2], ap. 28; Caso *Kopp* contra Suiza, sentencia de 25 de marzo 1998 [TEDH 1998/9], ap. 60; y Caso *Lambert* contra Francia, sentencia de 24 de agosto 1998 [TEDH 1998/40], ap. 23.

¹⁶ Sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/1], ap. 29; y sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/2], ap. 28, respectivamente.

importancia, y en los segundos, muchas ramas del derecho positivo son el resultado de la práctica de los Juzgados y Tribunales. Sobre esta cuestión nos sirve como ejemplo el caso Prado Burgallo contra España¹⁷. En esta sentencia, a pesar de la condena de España por infringir el art. 8 CEDH, el TEDH reconoce la evolución legislativa desde la entrada en vigor de la Ley 4/1988, de 25 de mayo, sin embargo, señala que la misma es insuficiente para cumplir con todas las exigencias requeridas por la doctrina europea. No obstante lo anterior, reconoce el progreso innegable de la jurisprudencia del TS y del TC en la materia, tomando en consideración que ésta puede llenar las lagunas de la ley en sentido formal. Concretamente, en este supuesto no se tuvo en cuenta dicha jurisprudencia pues el caso enjuiciado tuvo lugar antes de que fueran dictadas las resoluciones más significativas en la materia, como es el caso del ATS de 18 de junio de 1992¹⁸. No sucede lo mismo en las resoluciones del TEDH contra España posteriores, como son los casos Abdulkabir Coban (2006) y Fernández Saavedra (2010)¹⁹, en los cuales no se sanciona al Estado español por vulnerar el art. 8 del Convenio e incluso se reconoce que la ley, conjuntamente con la jurisprudencia, cumple con todos y cada uno de los requisitos que se precisan por el CEDH para no vulnerar los derechos protegidos²⁰. En nuestra opinión, la finalidad del TEDH en estas dos resoluciones fue reconocer la labor realizada por los tribunales españoles en materia de intervenciones telefónicas y, al mismo tiempo, lanzó un mandato al legislador español para que, tomando en consideración toda la evolución jurisprudencial, desarrollase una normativa capaz de dar solución a la problemática que suscita la práctica de una intervención telefónica en el seno de un proceso penal y evitar así cualquier vulneración del art. 8 CEDH. Lo que, al fin, se consigue con la entrada en vigor, en diciembre de 2015, de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que

¹⁷ Sentencia de 18 de febrero 2003 [TEDH 2003/6].

¹⁸ [RJ 1992/6102], conocido como caso Naseiro.

¹⁹ Decisión de 26 septiembre 2006 [TEDH 2006/51]; y decisión de 7 septiembre 2010 [TEDH 2010/92], respectivamente. En la misma línea se pronuncia el más reciente Caso Alony Kate contra España. Sentencia de 17 enero 2012 [TEDH 2012/5], ap. 76.

²⁰ Igualmente sucede con la intervención de ordenadores personales. Se trata de una medida de investigación regulada, por primera vez, en la LECrim tras su reforma en 2015. Sobre ello, destacamos el Caso Trabajo Rueda contra España, sentencia de 30 mayo 2017 [TEDH 2017/45], en el que el Tribunal considera suficiente la jurisprudencia de los altos tribunales españoles como previsión legal de la medida de intervención, sin que existiera a fecha de los hechos regulación legal alguna, basándose únicamente en la escueta regulación del antiguo art. 579 LECrim que servía, hasta la reforma de 2015, como cajón de sastre de todas estas diligencias tecnológicas.

modifica la LECrim y, en concreto, amplía la regulación de las intervenciones telefónicas.

3.2. *Calidad de la ley: accesibilidad y previsibilidad*

El segundo de los requisitos que exige el TEDH es el referente a la calidad de la ley del derecho interno que prevea la intervención de las comunicaciones. Como establece gran parte de la jurisprudencia del TEDH, la expresión “prevista por ley” establecida por el art. 8 CEDH no se limita a la obligación de los estados contratantes a regular dicha materia en su ordenamiento jurídico interno, sino que se exige, además, que dicha norma sea de calidad²¹.

En concreto, para dar cumplimiento al requisito de calidad de la norma que regule las intervenciones telefónicas se precisa que la ley sea accesible y previsible. En cuanto a la accesibilidad, el TEDH ya desde sus primeras resoluciones, como en el caso *Malone contra Reino Unido*²², señala que el ciudadano debe poder disponer de suficiente información, según las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso. Y, en relación con la previsibilidad²³, el TEDH destaca que una norma es previsible si está formulada con suficiente precisión como para permitir a la persona afectada, si es necesario con el consejo adecuado, regular su conducta. Además, debe valorarse que para que la ley sea previsible en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables debe ser compatible con la preeminencia del derecho. Concretamente, de la exigencia de la previsibilidad de la ley se desprenden, en el contexto de la intervención de

²¹ Sobre la calidad de la ley véase, desde los más antiguos, los siguientes asuntos: *Caso Malone contra Reino Unido*, sentencia de 2 de agosto 1984 [TEDH 1984/1], ap. 67; *Caso Kruslin contra Francia*, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/1], ap. 27; *Caso Valenzuela Contreras contra España*, sentencia de 30 de julio 1998 [TEDH 1998/31], ap. 46; *Caso Abdulkadir Coban contra España*. Decisión de 26 septiembre 2006 [TEDH 2006\51]; *Caso Liberty y otros contra Reino Unido*, sentencia de 1 de julio 2008 [TEDH 2008/45], ap. 59; *Caso Fernández Saavedra contra España*. Decisión de 7 septiembre 2010 [TEDH 2010\92], ap. 39; y *Caso Alony Kate contra España*. Sentencia de 17 enero 2012 [TEDH 2012\5], ap. 75.

²² Sentencia de 2 de agosto 1984 [TEDH 1984/1], ap. 66.

²³ Sobre este tema véase los siguientes casos: *Caso Kruslin contra Francia*, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/1], ap. 30; *Caso Huvig contra Francia*, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/2], ap. 29; *Caso Valenzuela Contreras contra España*, sentencia de 30 de julio 1998 [TEDH 1998/31], ap. 60; *Caso Abdulkadir Coban contra España*. Decisión de 26 septiembre 2006 [TEDH 2006\51]; y *Caso Trabajo Rueda contra España*, sentencia de 30 de mayo de 2017 [TEDH\2017\45], ap. 33.

las comunicaciones telefónicas, que las garantías que son necesarias para la extensión y las modalidades del poder de apreciación de las autoridades deben figurar de forma detallada en la norma correspondiente en derecho interno, teniendo de esta manera una fuerza inexcusable que circunscribe el poder discrecional del Juez en la aplicación de dichas medidas.

En cuanto a la preeminencia del derecho de la ley reguladora de las intervenciones telefónicas en derecho interno, el TEDH recuerda en su reciente sentencia de 30 de mayo de 2017²⁴ que “cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones por las autoridades públicas, la ausencia de control público y el riesgo de abuso de poder implican que el derecho interno debe ofrecer al individuo una cierta protección contra las injerencias arbitrarias en los derechos garantizados por el artículo 8”.

Por todo, resulta evidente que es insuficiente la mera existencia de una regulación en derecho interno sobre intervenciones telefónicas sino que se precisa, además, de una cierta calidad de la normativa para evitar cualquier vulneración del art. 8 CEDH. Entendemos que dicha calidad es imprescindible, pues como sucedía con el antiguo art. 579 LECrim, se cumplía con la existencia de una regulación relativa a la intervención de las comunicaciones pero, en cambio, no se daba cumplimiento al requisito de la calidad de la ley, ya que este precepto regulaba de manera parca e incompleta la medida de investigación. Por esta razón, el TEDH sancionó en diversas ocasiones a España por quebrantar el art. 8 del Convenio.

De nuevo, entendemos que ello se soluciona con la nueva regulación de las intervenciones telefónicas tras la modificación de la LECrim en 2015. Con ella, se da cumplimiento a la previsión y la calidad de la ley exigida por el TEDH, evitando así que el Tribunal de Estrasburgo vuelva a sancionar al Estado español en esta materia.

3.3. Claridad y precisión de la ley

Una vez analizadas las exigencias de previsión legal de la medida de intervención de las comunicaciones en derecho interno y la calidad de dicha norma vamos a centrarnos en la de su claridad y precisión en virtud de lo exigido por el TEDH. Así, por ejemplo, el trascendental caso Malone

²⁴ Caso Trabajo Rueda contra España [TEDH\2017\45], ap. 33. En la misma línea, véase también el Caso Liberty y otros contra Reino Unido, sentencia de 1 de julio 2008 [TEDH 2008/45], ap. 62.

contra Reino Unido²⁵ ya señalaba que: “[...] la ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que puedan conocer todos en qué circunstancias y mediante qué requisitos permite el poder público hacer uso de esta medida secreta y posiblemente peligrosa, que afecta al derecho a la vida privada y a la correspondencia”. Es por esta razón que la propia norma tiene el deber de indicar el alcance y las modalidades de ejercicio de dicha facultad con bastante claridad, teniendo en cuenta, como es evidente, la finalidad legítima que persigue, para así facilitar al individuo la adecuada protección contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos. Al ser las intervenciones telefónicas un ataque al contenido del art. 8 CEDH, su regulación debe fundarse en una ley de singular precisión. Sobre esta cuestión es indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas, sobretodo en cuanto a los procedimientos técnicos ya que éstos continuamente se van perfeccionando²⁶.

En nuestra opinión, actualmente la nueva regulación de las intervenciones telefónicas en España –en los arts. 588 bis a) y siguientes de la LE-Crim– es suficientemente clara y detallada, por lo que se da, también, cumplimiento a este requisito.

4. CONCLUSIONES

Estudiadas las exigencias de la doctrina del TEDH en relación con la normativa interna que debe desarrollar los límites de los derechos consagrados en el art. 8 CEDH y la nueva regulación española sobre intervenciones telefónicas podemos llegar a la conclusión que, con ésta última, el Estado español da cumplimiento más que suficiente a la previsión legal que se exige en el apartado segundo del art. 8 CEDH.

²⁵ Sentencia de 2 de agosto 1984 [TEDH 1984/1], ap. 67. Sobre la claridad de la norma que regula las intervenciones telefónicas véanse también: Caso Halford contra Reino Unido, sentencia de 25 de junio 1997 [TEDH 1997/37], ap. 49; Caso Kopp contra Suiza, sentencia de 25 de marzo 1998 [TEDH 1998/9], ap. 64; Caso Valenzuela Contreras contra España, sentencia de 30 de julio 1998 [TEDH 1988/31], ap. 46; Caso Amman contra Suiza, sentencia de 16 febrero 2000 [TEDH 2000/87], ap. 56; Caso Vetter contra Francia, sentencia de 31 de mayo 2005 [TEDH 2005/59], ap. 26; Caso Liberty y otros contra Reino Unido, sentencia de 1 de julio 2008 [TEDH 2008/45], ap. 62; y Caso Trabajo Rueda contra España, sentencia de 30 de mayo de 2017 [TEDH 2017/45], ap. 33.

²⁶ En esta línea se pronuncian, entre otros, los casos siguientes: Caso Kruslin contra Francia, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/1], ap. 33; Caso Huvig contra Francia, sentencia de 24 de abril 1990 [TEDH 1990/2], ap. 32; y Caso Kopp contra Suiza, sentencia de 25 de marzo 1998 [TEDH 1998/9], ap. 72.

Es cierto que antes de la reforma de la LECrim de 2015 existía una necesidad de modificar y mejorar la normativa relativa a las intervenciones telefónicas en el proceso penal, pese a ello, el propio TEDH había reconocido que, con la jurisprudencia del TS y TC en la materia, se daba cumplimiento a las exigencias del TEDH. Es por ello, que con la nueva regulación aun más entendemos que el ordenamiento jurídico español protege legalmente los derechos reconocidos en el art. 8 CEDH de acuerdo con las exigencias del TEDH.

Capítulo 16

El Anteproyecto de Ley Orgánica sobre la utilización de los datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves¹

M^a ÁNGELES CATALINA BENAVENTE
*Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUJETOS OBLIGADOS A LA RECOPIACIÓN DE LOS DATOS PNR. 3. DATOS QUE VAN A SER RECOPIADOS. 4. LA UNIDAD DE INFORMACIÓN SOBRE LOS PASAJEROS: EL CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO (CITCO). 5. DELITOS PARA CUYA PREVENCIÓN, DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO SE PUEDEN UTILIZAR LOS DATOS PNR. 6. PLAZO DE CONSERVACIÓN DE LOS DATOS PNR Y SU DESPERSONALIZACIÓN.

RESUMEN: En febrero de 2018, unos meses antes de que terminase el plazo oficial de trasposición de la Directiva 2016/681, el Ministerio del Interior remitió al gobierno la norma de trasposición de esta Directiva. El cambio de gobierno producido en España en el mes de junio de 2018 ha paralizado esta iniciativa que, sin embargo, debe ser retomada por el nuevo gobierno para no incumplir demasiado los plazos previstos por la Unión Europea. El análisis del anteproyecto es un buen momento para cuestionar algunas de las propuestas planteadas que pueden servir de guía al futuro legislador para aprobar una norma que satisfaga todas las expectativas en ella depositadas.

PALABRAS CLAVE: Datos PNR, Sujetos obligados a la recopilación de datos, Unidad de Información sobre Pasajeros, Periodo de conservación de datos, Despersonalización de los datos.

ABSTRACT: In February 2018, a few months before the end of the official transposition period of Directive (UE) 2016/681, of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, on the use of passenger name record (PNR) data for

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad CESDATPENAL. Referencia: DER 2014/56401-P.

the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crimes, the Ministry of the Interior sent the Government the transposition rule of this Directive. The change of government produced in Spain in June 2018 has paralyzed this initiative, which, however, must be taken up by the new government so as not to breach the deadlines set by the European Union too much. The analysis of the preliminary draft is a good moment to question some of the proposals that can serve as a guide for the future legislator to approve a standard that satisfies all the expectations deposited in it.

KEY WORDS: Passenger Name Record, Obligations on air carriers regarding transfers of data, Passenger information unit, Period of data retention and depersonalisation.

1. INTRODUCCIÓN

A comienzos del mes de febrero de 2018, mientras aún estaba en el gobierno el Partido Popular, el Ministerio del Interior remitió al gobierno el “Anteproyecto de Ley Orgánica sobre la utilización de los datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves”. Este Anteproyecto supuso el primer intento por parte de las autoridades españolas de cumplir la obligación de trasposición de la Directiva Europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. El artículo 18.1 de dicha Directiva obliga a los Estados miembros a poner “en vigor a más tardar el 25 de mayo de 2018 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a la presente Directiva”.

A falta, por tanto, de apenas tres meses para el cumplimiento del plazo límite de trasposición, se inició en nuestro país la andadura de la que debería haber sido la ley orgánica de desarrollo de la Directiva. Sin embargo, el cambio de gobierno ha paralizado esta iniciativa, a la que desde luego el nuevo ejecutivo debería dedicar su atención lo antes posible.

En todo caso, y a pesar de que este Anteproyecto no va a seguir adelante, resulta interesante analizar este primer intento de trasposición de la Directiva de cara a realizar algunas consideraciones que quizás puedan servir al legislador futuro.

La Directiva Europea (UE) 2016/681 ha impuesto a las compañías aéreas la obligación de recopilar una serie de datos relativos a los pasajeros –los llamados datos PNR– para que sean transmitidos a la llamada “Unidad

de Información sobre los Pasajeros”². El Passenger Name Record (PNR), que en español se conoce como el Registro de Nombre de Pasajero, es la “relación de los requisitos de viaje impuestos a cada pasajero, que incluye toda la información necesaria para el tratamiento y control de las reservas por parte de las compañías aéreas que las realizan y participan en el sistema PNR, por cada viaje reservado por una persona o en su nombre, ya estén contenidas en sistemas de reservas, en sistemas de control de salidas utilizado para embarcar a los pasajeros de vuelo o en sistemas equivalentes que posean las mismas funcionalidades” (art. 3.5 Directiva).

Ante la imposibilidad de realizar en esta breve comunicación un análisis de todas las cuestiones referentes a la trasposición de la Directiva, hemos considerado adecuado centrar nuestra atención en las siguientes cuestiones: 1) Sujetos obligados a la recopilación de los datos PNR; 2) Datos que van a ser recopilados; 3) Órgano que se constituye como Unidad de Información sobre Pasajeros (UIP) en nuestro país); 4) Delitos para cuya prevención, detección, investigación y enjuiciamiento se pueden utilizar los datos PNR; y 5) Plazo de conservación de los datos PNR.

Este Anteproyecto de ley orgánica ha sido objeto ya de los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial.

2. SUJETOS OBLIGADOS A LA RECOPIACIÓN DE LOS DATOS PNR

La Directiva impone la obligación de la recopilación de los datos PNR a las compañías aéreas (art. 8). El artículo 3.1) define a la compañía aérea como la “empresa de transporte aéreo con una licencia de explotación válida o similar que le permita llevar a cabo el transporte de pasajeros por vía aérea”. En todo caso, la Directiva supone unos mínimos que deben ser respetados por los Estados miembros, por lo que la propuesta que hace el Anteproyecto de imponer esta obligación no solo a las compañías aéreas (art. 4.1), sino también a los titulares de las aeronaves en caso de vuelos privados (art. 4.1.III)³ y a las entidades de gestión de reserva de vuelos (art. 4.2), debe verse en principio de manera positiva.

² Un análisis detenido de esta Directiva puede verse en CATALINA BENAVENTE, M.A., “La Directiva Europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave”, en *Diario La Ley*, núm. 8801, de 12 de julio de 2016.

³ Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que en el artículo 7.1 del Anteproyecto se indica que “en el caso de vuelos privados, los datos PNR deberán ser remitidos por

3. DATOS QUE VAN A SER RECOPIRADOS

En relación con los datos PNR que los sujetos obligados deben recopilar, el Anteproyecto se ajusta a lo previsto en el Anexo I de la Directiva, que incluye un total de 19 datos PNR: «1) Localizador de registro PNR; 2) Fecha de reserva/emisión del billete; 3) Fecha o fechas de viaje previstas; 4) Nombre(s) y apellido(s); 5) Dirección y datos de contacto (número de teléfono, dirección de correo electrónico); 6) Todos los datos de pago, incluida la dirección de facturación; 7) Itinerario completo del viaje para el PNR específico; 8) Información sobre viajeros asiduos; 9) Agencia de viajes/operador de viajes; 10) Situación de vuelo del pasajero: confirmaciones, facturación, no comparecencia o pasajeros de última hora sin reserva; 11) Información PNR escindida/dividida; 12) Observaciones generales (incluida la información disponible sobre menores de 18 años no acompañados como nombre y sexo del menor, edad, idiomas que habla, nombre, apellidos y dirección de contacto del acompañante en el aeropuerto de salida y vínculo con el menor, nombre, apellidos y dirección de contacto del acompañante en el aeropuerto de llegada y vínculos con el menor, agente en el lugar de salida y de llegada); 13) Información sobre el billete, incluidos el número del billete, la fecha de emisión, los billetes solo de ida y la indicación de la tarifa de los billetes electrónicos (*Automatic Ticket Fare Quote*); 14) Datos del asiento, incluido el número; 15) Información sobre códigos compartidos; 16) Toda la información relativa al equipaje; 17) Número de viajeros y otros nombres de viajeros que figuran en el PNR; 18) Cualquier información recogida en el sistema de información anticipada sobre los pasajeros (sistema API) (incluidos el tipo, número, país de emisión y fecha de expiración de cualquier documento de identidad, nacionalidad, apellidos, nombre, sexo, fecha de nacimiento, compañía aérea, número de vuelo, fecha de salida, fecha de llegada, aeropuerto de salida,

el piloto de la aeronave”, por lo que sería necesario que se aclare la contradicción entre ambos preceptos, clarificando si el sujeto obligado es el titular o el piloto de la aeronave. Ver el *Informe del Consejo Fiscal relativo al anteproyecto de ley orgánica sobre la utilización de los datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves*, de 6 de marzo de 2018, p. 12. Por otro lado, el *Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de abril, sobre el anteproyecto de ley orgánica sobre la utilización de los datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves* indica que la posibilidad de recogida de datos PNR en estos vuelos debe ser puesta en relación con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Directiva que llama a no ampliar innecesariamente el ámbito de aplicación de la Directiva PNR (p. 24). Por ello, continúa el Consejo, el Anteproyecto debería explicar los motivos por los que considera necesaria la recogida y remisión de los datos PNR también en estos supuestos.

aeropuerto de llegada, hora de salida y hora de llegada); 19) Todo el historial de cambios de los datos PNR indicados en los números 1 a 18». Estos 19 datos PNR se reproducen literalmente en el apartado segundo del artículo 5 del Anteproyecto.

El Anteproyecto de ley orgánica incorpora como matiz que estos datos PNR que se van a recopilar no serán solo los de los pasajeros, sino también los datos de los miembros de la tripulación que cumplen sus obligaciones profesionales en relación al vuelo (art. 5.1.II).

Sin embargo, cuando se trata de vuelos privados los datos que el titular de la aeronave debe suministrar a la Unidad de Información sobre los Pasajeros (UIP) se limitan a los datos mencionados en los párrafos p) y r) del artículo 5.2. Estos datos incluyen “toda información relativa al equipaje” (art. 5.2.p); así como “cualquier información recogida en el sistema de información anticipada sobre los pasajeros (sistema API), incluidos el tipo, número, país de emisión y fecha de expiración de cualquier documento de identidad, nacionalidad, apellidos, nombre, sexo, fecha de nacimiento, compañía aérea, número de vuelo, fecha de salida, fecha de llegada, aeropuerto de salida, aeropuerto de llegada, hora de salida y hora de llegada” (art. 5.2.r).

4. LA UNIDAD DE INFORMACIÓN SOBRE LOS PASAJEROS: EL CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO (CITCO)

Los sujetos obligados a la recopilación de los datos PNR deberán transmitirlos a la Unidad de Información sobre los Pasajeros (UIP), que va a ser la responsable, en cada uno de los Estados miembros, de la “gestión” de los datos PNR. Esta gestión incluye al menos, tal y como indica el artículo 4.2 de la Directiva 2016/681, la recogida, el almacenamiento, el procesamiento y la transferencia o intercambio de los datos PNR o el tratamiento de dichos datos.

La Directiva señala que corresponde a cada uno de los Estados miembros determinar quién va a ser la UIP en cada uno de ellos, admitiendo incluso la posibilidad de que varios Estados miembros compartan una misma UIP. La UIP será designada entre cualquier “autoridad competente para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de los delitos de terrorismo o delitos graves, o una sucursal de esa autoridad” (art. 4.1). A pesar de que esto podría haber hecho pensar que la UIP española sería

una unidad integrada en la Policía Nacional o en la Guardia Civil, especializadas en la lucha antiterrorismo, finalmente el legislador ha considerado conveniente atribuir la condición de UIP a los servicios de inteligencia⁴.

En España la UIP se encuentra encuadrada en el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior⁵. Así lo señala el apartado primero del artículo 6 del Anteproyecto, que en todo caso se limita a reproducir la competencia ya atribuida al CITCO por el Real Decreto 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. Tal y como señala el artículo 2.3.c) de este Real Decreto, del CITCO dependerá la Oficina Nacional de Información sobre Pasajeros (ONIP), que actúa como Unidad de Información sobre pasajeros nacional.⁶

Las funciones del CITCO como UIP serán: “a) Recoger los datos PNR transmitidos por las compañías aéreas, almacenarlos, tratarlos y transferir,

⁴ Con anterioridad a la designación del CITCO como UIP nacional, en el marco de un proyecto financiado por la Comisión Europea, en relación con los trabajos sobre el sistema de grabación de datos de pasajeros de la UE (PNR-UE), se integró la Unidad Nacional de Información de Pasajeros en la estructura de la División de Cooperación Internacional de la Policía Nacional (D.A.O). La División de Cooperación Internacional se encuadra dentro de la Dirección Adjunta Operativa, llevando a cabo la coordinación, impulso y apoyo técnico y logístico a los diferentes servicios que se encuentran bajo su unidad y control. Esta División está integrada por las siguientes unidades: la Secretaría General, el Área de Coordinación Internacional, la Oficina Nacional de Interpol, la Unidad Nacional de Europol, la Oficina Sirene y la Unidad Nacional de Información de Pasajeros. Finalmente, se ha atribuido al CITCO la condición de UIP en España. Tal y como señalaron distintos medios de comunicación, distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado habían manifestado su queja y su disconformidad ante el hecho de no tener acceso a los datos (fundamentalmente Policía Nacional y Guardia Civil), ya que preferirían tener acceso a la información de los datos PNR de los pasajeros sin pasar por el filtro del CITCO. Para aplacar dichas protestas, parece que el propio CITCO habría planteado la creación de una base de datos paralela, DELTA, que sea opaca para dicho organismo y que alimenten Policía Nacional y Guardia Civil, de manera que solo puedan acceder en caso de que salte un positivo

⁵ En octubre de 2014, el Gobierno decidió modificar la estructura del Ministerio del Interior unificando los dos servicios que se dedicaban a coordinar la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado: el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA) y el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO).

⁶ La Instrucción 13/2015, de 20 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, crea la Oficina Nacional de Información de Pasajeros por vía aérea (ONIP), adscrita al Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), que actúa en orden de prevenir, investigar y perseguir delitos de terrorismo y delincuencia grave.

en su caso, dichos datos o el resultado de su tratamiento a las autoridades competentes. b) Analizar, relacionar y valorar los datos obtenidos. c) Establecer y actualizar criterios útiles para identificar a las personas que puedan estar implicadas en delitos de terrorismo y delitos graves. d) Elaborar informes de inteligencia estratégica y de análisis de riesgo. e) Colaborar con las autoridades competentes encargadas de las investigaciones y actuaciones operativas, así como establecer los protocolos de actuación pertinentes con las mismas. f) Intercambiar tanto los datos PNR como los resultados de su tratamiento con las Unidades de Información sobre Pasajeros de otros Estados miembros de la Unión Europea, con Europol y con terceros países. g) Denunciar los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. h) Elaborar estadísticas anuales sobre su actividad, incluyendo el número total de personas cuyos datos PNR hayan sido recopilados e intercambiados, así como el número de personas identificadas para un examen ulterior” (art. 6.2).

Las funciones que corresponden al CITCO como UNIP, en definitiva, reconocen su condición de órgano encargado de obtener, o de maximizar, la información que pueden ofrecer estos datos PNR en la lucha contra el terrorismo y otras formas de delincuencia grave. El CITCO es, como ya hemos señalado, el “gestor de los datos PNR”, y en esa función es un punto de referencia fundamental para todas las autoridades implicadas en la lucha contra el terrorismo y otras formas de delincuencia grave.

5. DELITOS PARA CUYA PREVENCIÓN, DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO SE PUEDEN UTILIZAR LOS DATOS PNR

El Anteproyecto regula que los datos PNR serán utilizados para la persecución de los delitos de terrorismo y otros delitos graves, a los que la ley castigue con pena de prisión igual o superior a tres años por ser constitutivos de alguno de los delitos enumerados en el artículo 3.2, que son los mismos delitos que los recogidos en el Anexo II de la Directiva. Son delitos de terrorismo los contemplados en el Código Penal, como delitos de las organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (art. 3.1)⁷. En

⁷ En relación con los delitos de terrorismo no se puede desconocer la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

cuanto a los delitos graves, el Anteproyecto se limita también en este punto a reproducir la lista de delitos incluida en el Anexo II de la Directiva 2016/681, sin indicar el delito correlativo en el Código Penal español, lo que sería deseable⁸.

6. PLAZO DE CONSERVACIÓN DE LOS DATOS PNR Y SU DESPERSONALIZACIÓN

En relación con el periodo de conservación de los datos PNR el Anteproyecto también se ajusta a lo dispuesto en la Directiva, de tal manera que estos datos se conservarán durante un plazo máximo de cinco años desde su recepción por la UIP. Durante los seis primeros meses de estos cinco años, los datos PNR se conservan completos, y a partir del sexto mes se “despersonalizan”, lo que supone el enmascaramiento de una serie de elementos que permiten identificar directamente al pasajero: “a) nombre y apellidos, incluidos los de otros pasajeros que viajan juntos; b) dirección y datos de contacto; c) todos los datos sobre el pago, incluida la dirección de facturación, en la medida en que contengan información que pueda servir para identificar directamente al pasajero al que se refiere el registro PNR, o a cualquier otra persona; d) información de viajeros frecuentes; e) observaciones generales, en la medida en que contengan información que pueda servir para identificar directamente al pasajero al que se refiere el registro, y f) todos los datos de información anticipada (API) sobre los pasajeros” (art. 13.2).

La despersonalización supone, por tanto, que los datos PNR reclamados a partir del sexto mes se envían por la UIP en estas condiciones. No obstante, el Anteproyecto, al igual que hace la Directiva, prevé la posibilidad de que en determinados casos los datos PNR despersonalizados se “repersonalicen”. Para ello será necesario que se den dos circunstancias. En primer lugar, que la repersonalización sea necesaria para responder a peticiones particulares debidamente motivadas de las autoridades competentes para reclamar a la UIP los datos PNR (art. 13.3.a). Y, en segundo lugar, que la transmisión repersonalizada de datos “haya sido aprobada por una autoridad judicial o por el responsable del tratamiento de los datos” (art. 13.3.b).

⁸ Como señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 27, no es suficiente con esta enumeración general de los delitos, sino que es necesario que en el Anteproyecto se establezca la correspondencia exacta entre el listado de delitos y los tipos recogidos en el CP (p. 27).

En este caso sería necesario que la norma especificase claramente quién es dicha autoridad judicial e, igualmente, que dejase claro si la autoridad judicial que autorizase la medida debe ser del Estado que reclama los datos o debe ser del Estado de la UIP que tiene los datos.

Transcurridos los cinco años del plazo máximo de conservación de los datos PNR, estos deberán ser suprimidos de manera permanente (art. 13.4). Sin embargo el Anteproyecto, al igual que hace la Directiva, reconoce una vía por medio de la cual la conservación de los datos PNR no parece estar sometida a plazo máximo de supresión. Esto sucede cuando “se hayan transferido datos PNR específicos a una autoridad competente y ésta los conserve en el marco de un asunto concreto a efectos de prevenir, detectar, investigar o enjuiciar los delitos de terrorismo o delitos graves” (art. 13.4). En nuestra opinión, los términos utilizados por el Anteproyecto exceden de lo dispuesto en el artículo 26 de la Directiva: “Cuando se hayan transmitido datos PNR específicos a las autoridades competentes y estos se utilicen en el contexto de un enjuiciamiento o de investigaciones penales específicas, la conservación de dichos datos por las autoridades competentes debe regirse por el derecho nacional, con independencia de los periodos de conservación fijados en la presente Directiva”. El Anteproyecto parece ampliar el número de supuestos en los que los datos transmitidos no están sometidos a plazo de supresión; por ello entendemos que en el Anteproyecto debe quedar claro que la no vigencia de un plazo máximo de supresión solo debe tener lugar cuando los datos se están utilizando en el marco de un proceso penal ya supervisado y controlado por la autoridad judicial.

Capítulo 17

El procedimiento de emisión de una Orden Europea de Protección

ELISABET CERRATO GURI
*Profesora agregada de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. 2.1. Autoridad competente. 2.2. *Dies ad quem* para la emisión de una EPO. 2.3. La “permanencia” como elemento a considerar por el órgano emisor. 2.4. El derecho de audiencia e impugnación. 2.5. Idioma de emisión. 2.6. Gastos del procedimiento. 2.7. Impugnación de la emisión de una EPO. 3. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: La Orden Europea de Protección significa un importante avance en la protección transfronteriza de las víctimas de violencia de género, regulando los supuestos en los que es posible extender la eficacia de las medidas inicialmente adoptadas a cualquier Estado Miembro. Esta comunicación tiene por objeto examinar algunas de las particularidades que se plantean a las autoridades que deben emitir una EPO.

PALABRAS CLAVE: orden europea de protección, violencia de género, medidas de protección.

ABSTRACT: The European Protection Order implies an important advance in the cross-border protection of victims of gender violence, regulating the cases in which it is possible to extend the effectiveness of the measures initially adopted to any Member State. The present paper aims to examine some of the particularities that arise for the authorities that must issue an EPO.

KEY WORDS: european protection order, gender violence, protection measures.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 544 ter de nuestra LECrim¹ responde a la necesidad de dar una respuesta integral y coordinada de todos los poderes públicos al grave problema social de la violencia de género, a través de la regulación de la deno-

¹ Introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003).

minada orden de protección. Con ello se abre la posibilidad al juez instructor –y en particular, al juez de violencia sobre la mujer (art. 87 ter.I.c)– de adoptar en una misma resolución judicial, bajo la forma de auto, cualquiera de las medidas cautelares propias del proceso penal, así como también otras medidas de naturaleza civil y de protección social y asistencial, con la finalidad de ofrecer a las víctimas de violencia de género “un estatuto integral de protección” (art. 544 ter.5 LECrim).

Una cuestión problemática respecto de la eficacia de estas mediadas se plantea cuando la víctima tiene que trasladarse –o lo haya hecho ya– a otro estado miembro de la Unión Europea. La voluntad del legislador europeo al respecto ha sido que dicha víctima pueda seguir gozando de la protección concedida en el estado de origen, con matices. Y con este propósito nace la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (en adelante, la Directiva)², aunque genéricamente referida a todas las víctimas de una infracción penal y no exclusivamente a las de violencia de género³. A pesar de ello, la naturaleza penal del instrumento de cooperación judicial⁴ que regula, explica que tan solo puedan conservar su eficacia las medidas penales, y no todas, sino las que se concretan en el art. 5 de la Directiva⁵. En consecuencia, las medidas adoptadas para pro-

² Como indica ARRON LOSCOS, R., *La orden europea de protección, análisis de la directiva 2011/99 UE del parlamento europeo, de 13 de diciembre de 2011*, en “El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar”, edit. Dykinson, Madrid, 2013, p. 210, este instrumento da respuesta a “la necesidad de que, en un espacio común de justicia sin fronteras interiores, la protección de la que goza una persona física en uno de los Estados miembros se garantice en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado, haciendo uso de su legítimo derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión”.

³ Siguiendo a ROMÁN MARTÍN, L., *Violencia de género, Unión Europea y protección de víctimas*, en “La orden europea de protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género”, T. Freixes y L. Román (dir.), Tecnos, 2015, pp. 34 y 35, además de la referida directiva, la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; y el Reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, establecen mecanismos para combatir la violencia, que pueden extrapolarse a la violencia de género.

⁴ Al respecto, vid. RODRÍGUEZ-MEDEL, C., *La orden europea de protección como instrumento de cooperación judicial penal en la Unión Europea*, en “La orden europea de protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género”, T. Freixes y L. Román (dir.), Tecnos, 2015, pp. 58 a 76.

⁵ Nos estamos refiriendo a la prohibición de entrar en determinados lugares; la prohibición de contactar con la persona protegida, y la prohibición de acercarse a la persona protegida a una determinada distancia. Estas medidas encuentran, en buena medida,

teger a una víctima de violencia de género podrán mantener su eficacia cuando, siendo ineludible su correspondencia con alguno de los supuestos del referido art. 5, el estado que originariamente las acordó emita la correspondiente Orden Europea de Protección (en adelante, EPO) para su reconocimiento por el estado de ejecución⁶ –aquel donde se traslade o permanezca la víctima– y posterior adopción de conformidad con “cualquiera de las medidas previstas en su Derecho nacional para un caso análogo” (art. 9.1 de la Directiva).

Muchas son las cuestiones que conciernen la emisión, transmisión y reconocimiento de una EPO, y de las medidas de protección que incorpora, siendo imposible examinarlas ahora con el detenimiento que merecen. Por este motivo, la presente comunicación se centra exclusivamente en el análisis de algunas cuestiones que conciernen al procedimiento de emisión de una EPO, de conformidad con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

2. EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

2.1. *Autoridad competente*

La mayor parte de los estados miembros de la Unión contemplan, en sus distintas regulaciones que, además de la víctima, puedan también solicitar medidas de protección sus familiares, así como también autoridades y otros agentes públicos⁷. Sin embargo, la decisión de trasladarse a otro estado miembro de la víctima hace inevitable que sea la propia víctima de la violencia de género quien deba instar, en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2 de la Directiva, la correspondiente EPO para poder mantener la protección inicialmente recibida, inclusive cuando hubiese sido solicitada

su equivalente, en el art. 544 bis LECrim. Sobre este particular se ha pronunciado también ARROM LOSCOS, R., *ob. cit.*, p. 223.

⁶ La literalidad del art. 2 de la Directiva esclarece la definición de “estado de emisión” y “estado de ejecución”, siendo el primero “el Estado miembro al que se haya adoptado una medida de protección que constituya la base para la emisión de una orden europea de protección”, y el segundo “el Estado miembro al que se haya transmitido una orden europea de protección con vistas a su reconocimiento”.

⁷ CERRATO GURI, E., *Sobre el procedimiento para la adopción de las medidas de protección*, en “La orden europea de protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género”, T. Freixes y L. Román (dir.), Tecnos, 2015, pp. 98 a 101.

por un sujeto distinto a la víctima⁸. Hecha la anterior aclaración, debemos plantearnos ¿ante quién deberá solicitar, en términos de la propia Directiva, “la persona protegida” la emisión de una EPO? La respuesta nos la da el mismo art. 6 de la Directiva, en su apartado tercero, en atención al cual dicha solicitud podrá presentarse tanto a la autoridad competente del estado de emisión, como a la del estado de ejecución, exigiéndose en el segundo de los casos su transmisión, a la mayor brevedad posible, al estado de emisión que es el que en su momento adoptó las medidas de protección y quien, en última instancia, deberá emitir la EPO.

Pero, ¿cuál es la autoridad del estado de emisión competente para emitir una EPO? El artículo 1 de la Directiva parece expresar preferencia por los órganos de naturaleza judicial cuando establece que las órdenes de protección europeas pueden ser emitidas por “una autoridad judicial o equivalente en un Estado miembro”, pero no excluye a otras autoridades. De hecho, el análisis conjunto de los considerandos 8 y 10 de la Directiva nos permite afirmar que carece de toda relevancia la naturaleza de esta autoridad, que podrá ser un órgano jurisdiccional penal o “autoridad distinta”, de naturaleza penal, civil o administrativa. En consecuencia, el reconocimiento expreso a las autoridades judiciales para emitir EPOs no obsta que también lo puedan hacer otras autoridades de naturaleza distinta. Esta opción responde al respeto de las diversas tradiciones jurídicas de los estados miembros.

El problema principal surge cuando el estado de ejecución debe reconocer una EPO que impone medidas de protección que originalmente fueron adoptadas por autoridades no penales o incluso por órganos no judiciales del estado de emisión. Así, estados como España o Portugal, donde las medidas de protección son adoptadas exclusivamente por órganos judiciales en materia penal con todas las garantías del debido proceso, deben reconocer las decisiones adoptadas por otros órganos que carecen de este tipo de garantías. Ello explica que la Directiva haya establecido que la autoridad emisora, antes de adoptar una EPO, deba otorgar a la persona que causa el peligro el derecho a “ser oído” e “impugnar la medida de protección” si no se le hubiesen otorgado estos derechos en el procedimiento de adopción de la medida de protección⁹.

⁸ Al respecto, ARROM LOSCOS, R., ob. cit., p. 226, ha precisado, sobre la base de “la parte preliminar de la Directiva”, que la legitimación activa debe extenderse también a los familiares de la persona protegida que asimismo se hubiesen visto beneficiados por alguna de las medidas de protección del art. 5 de la Directiva.

⁹ Cfr. CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., *European Protection Order Directive 2011/99/EU*. *European*

A efectos de seguridad, los estados miembros deben comunicar a la Comisión la autoridad judicial o equivalente competente en virtud de su legislación nacional para emitir y ejecutar una EPO. Hasta la fecha, los estados se han inclinado por designar como autoridades competentes órganos judiciales que tienen competencia para adoptar medidas de protección en virtud de su legislación nacional, o el Ministerio Público¹⁰.

2.2. *Dies ad quem para la emisión de una EPO*

Un aspecto a considerar para valorar la efectividad de una EPO es el plazo que tiene el estado de emisión para su adopción. La Directiva no se ha pronunciado sobre esta cuestión ni tampoco lo han hecho las leyes nacionales de transposición que, en buena medida han venido a reproducir el contenido de la Directiva¹¹⁻¹². Ello puede generar cierta inseguridad jurídica a la víctima de violencia que se ve en la necesidad de acudir a este mecanismo para garantizar su protección al trasladarse a otro estado miembro. En consecuencia, dependerá de cada autoridad competente que la EPO se dicte con mayor o menor celeridad, siendo lo recomendable que lo haga, en términos de la propia Directiva, sin demora, tal y como expresamente se ha previsto para el reconocimiento y aplicación por el estado

Implementation Assessment, European Parliamentary Research Service, Septiembre 2017 (ISBN: 978-92-846-1661-9), consultado el 10 de mayo de 2018, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf)

¹⁰ Este es el caso de Francia, Suecia e Italia, que han designado al Ministerio Público como la autoridad para emitir y ejecutar EPOs. En Italia, el artículo 3 del Decreto legislativo por el que se transpone la Directiva también incluye al Ministerio de Justicia, aunque en este caso es la autoridad central encargada de transferir y recibir las EPOs (Vid. CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., ob. cit., p. 41).

¹¹ Cfr. CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., ob. cit., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf).

¹² La excepción la encontramos en la ley de transposición búlgara, que establece que “el tribunal expedidor emitirá su fallo para la emisión de la EPO dentro de los 3 días posteriores a la solicitud”. A fecha de entrega de la presente comunicación, esta normativa no puede consultarse en la página web de la Unión Europea (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=NIM:227236&qid=1526548171042>), aunque sí han tenido acceso a ella CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., ob. cit., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf).

de ejecución (art. 9.1 de la Directiva). En nuestra opinión, lo óptimo sería que la emisión de la EPO tuviera lugar justo a continuación de la adopción de las medidas de protección de la víctima. Para ello, consideramos que al tiempo de solicitar las medidas de protección, el órgano judicial debería en todo caso informar a la víctima de la posibilidad de mantener dicha protección si tuviera la intención de trasladarse a otro estado miembro, a través de la solicitud de una EPO, que podría realizarse en aquél mismo acto. Ello permitiría que, a la vez de conceder la protección solicitada, la autoridad competente pudiera emitir también la correspondiente EPO.

2.3. La “permanencia” como elemento a considerar por el órgano emisor

Un requisito previo para la adopción de una EPO es que la persona protegida decida residir o permanecer, o ya lo esté haciendo, en otro estado miembro, dado que la víctima también puede solicitar su emisión en el estado de ejecución, aunque en este último caso, el dictado del art. 6.3 de la Directiva exige al estado de ejecución su transmisión “lo antes posible” al estado de emisión. Pero, ¿cuánto tiempo debe permanecer la víctima en el estado al que se traslade para que se entienda viable la emisión de la EPO?

La emisión de una EPO requiere “cierta vocación de permanencia”¹³ en el estado de ejecución. A pesar de ello, las leyes de implementación de los estados miembro han optado por no concretar esta exigencia en un período determinado¹⁴, lo que interpretamos como la aplicación flexible de este criterio, debiéndose combinar con otras circunstancias que pueden afectar a la víctima, como la necesidad que deba desplazarse a diario de un estado miembro a otro por razones familiares o laborales. En estos casos de víctimas transfronterizas, en las que las EPO pueden ser muy útiles, las circunstancias específicas y la necesidad de protección de la víctima deberían permitir la adopción de protección sin recurrir al criterio de un período mínimo de permanencia.

En este contexto, merece la pena destacar que un pequeño grupo de estados miembros ha considerado también la posibilidad de emitir simul-

¹³ ARANGÜENA FANEGO, C., “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección (Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea y transposición de la Directiva 2011/99/UE)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, mayo-agosto 2015, p. 508.

¹⁴ Vid. CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., ob. cit., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf).

táneamente una EPO a diferentes estados cuando la víctima expresa la intención de permanecer en todos ellos. Este es el caso de Polonia, España y Holanda. No obstante, la mayoría de los estados miembros ni tan siquiera han considerado esta posibilidad¹⁵.

Por último, debe evaluarse la necesidad de protección de la víctima, así como las circunstancias específicas del caso, como su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al estado de ejecución y la gravedad del riesgo al que está expuesta la persona protegida (considerando 13 de la Directiva)¹⁶.

2.4. *El derecho de audiencia e impugnación*

El articulado de la Directiva no prevé una fase de audiencia para las partes que se vean inmersas en un procedimiento de adopción de una EPO¹⁷, salvo en el supuesto de su art. 6.4, para evitar la indefensión de la “persona causante del peligro” cuando en el anterior procedimiento en el que se adoptó la medida de protección no hubiera gozado de este derecho. Para evitar la vulneración de este derecho del agresor, será imprescindible que antes de adoptar la EPO el estado de emisión se asegure de que la persona causante del peligro, como parte en el procedimiento, haya podido ejercer su derecho a ser oída y el derecho a impugnar las medidas de protección previamente adoptadas por la autoridad competente. Sin embargo, ello no será necesario si el agresor hubiera tenido la oportunidad de hacerlo durante el procedimiento anterior para la adopción de la medida de protección.

2.5. *Idioma de emisión*

Una de las dificultades que las autoridades pueden encontrar es el idioma de emisión de la EPO. La Directiva pretende resolver esta cuestión

¹⁵ Vid. CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., ob. cit., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf).

¹⁶ A mayor abundamiento, cfr. ROMÁN MARTÍN, L. *la protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional* (Tesis doctoral), Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2016, pp. 275 y 276.

¹⁷ En cambio, el derecho de audiencia sí que se encuentra garantizado en los procedimientos seguidos en la mayoría de estados miembros para la adopción de medidas para proteger las víctimas de violencia de género. Y así lo analizamos en nuestro trabajo, CERRATO GURI, E., ob. cit., pp. 121 y 122.

estableciendo que el estado de emisión traduzca la EPO a una de las lenguas oficiales del estado de ejecución (art. 17.1 de la Directiva). Además, dispone también que cualquier estado miembro pueda hacer constar en una declaración, depositada ante la Comisión Europea, que aceptará traducciones en una o varias de las demás lenguas oficiales de la Unión, lo que sin duda puede ayudar a reducir los gastos de traducción de las EPO.

Sobre esta cuestión, entendemos que facilitaría de manera considerable el procedimiento de emisión de una EPO que los estados miembros, además de su idioma oficial (o cualquier otra lengua oficial en la UE), aceptaran también las traducciones de la EPO al inglés, ya que es el idioma más utilizado por los estados miembros de la Unión Europea¹⁸⁻¹⁹.

2.6. *Gastos del procedimiento*

De conformidad con el art. 18 de la Directiva, es el estado de ejecución quien debe afrontar la mayor parte de los gastos derivados de la aplicación de la propia Directiva, esto es, de ejecutar las medidas adoptadas en otros estados miembros para manter la protección de la víctima, salvo los gastos que se hubiesen ocasionado exclusivamente en el territorio del estado de emisión, que incluyen los gastos de emisión de la EPO.

En materia de gastos, la Directiva 2011/99/UE debe complementarse con el art. 7, apartado 3, de la Directiva 2012/29/UE²⁰, que otorga a las víctimas el derecho a solicitar gratuitamente la traducción de la información esencial para el ejercicio de sus derechos en procedimientos penales en caso de que no entiendan o hablen el idioma utilizado.

¹⁸ http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_243_sum_es.pdf (consultado el 17 de mayo de 2018).

¹⁹ Así se ha hecho, por ejemplo, en estados como Bulgaria, Chipre, Croacia, Grecia, Letonia u Holanda. Por el contrario, estados miembros como Alemania, Italia o España solo aceptan EPOs que se hayan traducido a su propio idioma. (Vid. CERRATO, E.; FREIXES, T.; LUFTI, M.; MERINO, V.; OLIVERAS, N.; ROMAN, L.; STEIBLE, B.; TORRES, N., *ob. cit.*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf)).

²⁰ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

2.7. Impugnación de la emisión de una EPO

A tenor de lo dispuesto en el art. 6.7 de la Directiva, sólo podrá impugnarse la denegación de solicitud de emisión de una EPO, pero no su concesión. En este caso, la propia autoridad competente del estado de emisión será quien informe al solicitante, esto es, la persona protegida, de “todas las posibles vías de recurso que sean de aplicación al Derecho nacional para oponerse a dicha decisión”. Ahora bien, una vez aceptada la solicitud y emitida la EPO, el art. 11.1 de la Directiva establece que, en la medida que el estado de ejecución es el competente para adoptar y ejecutar las medidas reconocidas en la EPO, será éste también el competente para resolver, de acuerdo con su derecho interno, los recursos “contra las resoluciones adoptadas en el estado de ejecución en relación con la orden europea de protección”²¹.

3. REFLEXIÓN FINAL

Consciente de las distintas tradiciones jurídicas de los estados miembros de la Unión, el legislador europeo ha optado por una regulación abierta y flexible de la EPO con la finalidad última de facilitar la trasposición de la Directiva al tiempo que lograr una eficaz protección de las víctimas. En cuanto al procedimiento para la emisión de una EPO, la Directiva establece determinadas pautas mínimas, pero sin obstar a que los estados miembros puedan adaptar el procedimiento a su propia normativa interna, evitando de este modo la modificación de los mecanismos procesales propios de sus derechos internos para emitir (y también ejecutar) órdenes europeas de protección.

²¹ La decisión por la que se concede o rechaza una medida de protección es impugnabile en la mayoría de estados miembros, tal y como extensamente examinamos en CERRA-TO GURI, E., ob. cit., pp. 126 a 129.

Capítulo 18

La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo

JESÚS CONDE FUENTES

*Profesor contratado doctor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO. 3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SUS RESPECTIVAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSUMO.

RESUMEN: En el presente trabajo comenzamos examinando las diferentes normas europeas con incidencia sobre la mediación de consumo y que han sentado las bases para construir una mediación especial de consumidores en el ámbito de la Unión Europea. A continuación, analizamos un aspecto nuclear que introduce la Ley 7/2017: la posibilidad de que la mediación sea obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales en litigios promovidos por consumidores. Por tanto, defendemos las ventajas que, a nuestro juicio, ofrecería la obligatoriedad de una sesión informativa previa en controversias relacionadas con consumidores, y donde las Comunidades Autónomas juegan un papel fundamental a la hora de promover normas especiales en dicho ámbito.

PALABRAS CLAVE: mediación de consumo; mediación obligatoria; consumidores; sesión informativa previa; acceso a los tribunales.

ABSTRACT: In our paper we begin by examining the different European norms with an impact on the consumer mediation and that have laid the foundations to build a special mediation of consumers within the scope of the European Union. Next, we analyze a nuclear aspect introduced by Law 7/2017: the possibility that mediation is mandatory prior to the exercise of legal actions in litigation promoted by consumers. Therefore, we defend the advantages that, in our opinion, would offer the obligatory of an initial mediation briefing in consumer-related disputes, and where the Autonomous Communities play a fundamental role when promoting special rules in that area.

KEY WORDS: consumer mediation; mandatory mediation; consumers; initial mediation briefing; access to the courts.

1. INTRODUCCIÓN

La resolución de conflictos a través de la mediación es una práctica muy extendida entre las entidades españolas de resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Podemos destacar las numerosas Juntas Arbitrales de Consumo que existen en España y que llevan a cabo mediaciones tanto en la fase previa del arbitraje como también en el propio procedimiento arbitral, mientras que entre las entidades privadas destaca la labor de las distintas Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, hasta fechas recientes nuestro ordenamiento jurídico apenas contaba con un régimen especial para la mediación de consumo. En primer lugar, porque faltaba el soporte de una regulación general sobre la materia que pudiera ser objeto de aplicación supletoria, en tanto que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles –en adelante Ley 5/2012–, excluye de su ámbito de aplicación a la mediación de consumo (vid. art. 2.2). Y en segundo lugar, porque no existía una regulación especial que reconociese el desequilibrio existente entre empresario y consumidor en la mediación de consumo, en el sentido de reconocer una serie de principios y derechos a favor de los consumidores.

En lo que al Derecho de la Unión Europea se refiere, destaca la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo –en adelante Directiva 2013/11–, en cuyo artículo 1 contempla la posibilidad de que un Estado miembro establezca la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial en litigios en los que sean parte los consumidores. Este texto normativo ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo –en adelante Ley 7/2017–, y que obliga a garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios establecidos en cualquier Estado miembro. Por tanto, la Ley 7/2017 desarrolla de forma específica la mediación en el ámbito del Derecho de consumo –aunque no regula ni desarrolla los procedimientos de resolución alternativa de litigios–, armoniza la calidad de las entidades a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus controversias y, sobre todo, abre la puerta a que en España la mediación de consumo pueda ser obligatoria antes de acudir a la vía judicial.

Partiendo de estas premisas, el objetivo de nuestro trabajo consiste, en primer lugar, en analizar –sucintamente– lo diferentes textos normativos

européas con incidencia sobre la regulación de la mediación de consumo y que han sentado las bases para la construcción de una mediación especial de consumidores en el ámbito de la Unión Europea. A continuación, analizamos un aspecto nuclear que, como decimos, introduce la Ley 7/2017, esto es, la posibilidad de que la mediación sea obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales en litigios promovidos por consumidores. Por lo tanto, defendemos las ventajas que, a nuestro juicio, ofrecería la obligatoriedad de una sesión informativa previa en controversias relacionadas con consumidores, y donde las Comunidades Autónomas juegan un papel fundamental a la hora de promover normas especiales en dicho ámbito.

2. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO

En relación con la mediación de consumo encontramos tres textos normativos a nivel europeo. En primer lugar, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles –en adelante Directiva 2008/52–. En segundo lugar, encontramos la ya mencionada Directiva 2013/11 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Por último, hemos de hacer referencia al Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo –en adelante Reglamento 524/2013– y por el que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2008/52 se produjo mediante la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que –como sabemos– dejó fuera de su ámbito de aplicación a la mediación de consumo. Se trata de una interpretación –al parecer– errónea que nuestro legislador hizo del Considerando número 11 de la Directiva 2008/52, puesto que la finalidad de la misma no es otra que la de fomentar el uso de la mediación, no excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación a la mediación de consumo¹. Asimismo, la Directiva

¹ En el año 2011 se planteó una consulta a la Comisión Europea sobre si la mediación de consumo quedaba o no incluida en la Directiva 2008/52, a lo que ésta respondió que “*el Considerando (11) está relacionado con el art. 3.a)...Por lo tanto, la Directiva no ex-*

2008/52 no contiene especialidades para proteger la posición vulnerable del consumidor, de modo que se permite que cada Estado miembro construya el régimen de la mediación de consumo de acuerdo con su propia concepción de la protección, algo que no es incompatible con las flexibles directrices que provienen de la mencionada Directiva².

Por su parte, la Directiva 2013/11 reúne los estándares de protección de los consumidores, acogiendo, como mínimo obligatorio a cumplir, la gran mayoría de previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión Europea, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. Tanto la Directiva 2013/11 como el Reglamento 524/2013 (que también tiene su reflejo en la Ley 7/2017) poseen un alcance sectorial limitado a los conflictos de consumo y contienen los elementos más tuitivos del régimen de la mediación, siendo aplicables tanto a los litigios domésticos como a los transfronterizos. La finalidad de ambos textos normativos no es evitar la judicialización de asuntos sino facilitar a los consumidores el acceso a sistemas de resolución alternativa de litigios de calidad, en donde sea posible encontrar un verdadero sustitutivo ágil y flexible a los tribunales, mediante reclamaciones que se pueden presentar en línea mediante la plataforma europea creada al efecto.

Por lo tanto, el nuevo Derecho europeo de consumo posee un ámbito de aplicación propio adecuado a su finalidad. Por ello, el alcance de las previsiones de la Directiva 2013/11 se ciñe a las entidades de resolución alternativa de litigios que soliciten y accedan a la acreditación europea como entidades de resolución alternativa de litigios con arreglo a la mencionada Directiva. Por último, debido a su carácter de regulación mínima, los Estados pueden elevar los niveles de protección del consumidor respecto del criterio seguido por el Derecho europeo, incluso para las entidades de resolución alternativa de litigios acreditadas³.

*cluye las reclamaciones de los consumidores como tales; sin embargo, la Directiva no se aplica a las denuncias de consumidores en la medida en que sean de carácter cuasi jurisdiccional*². Esta interpretación queda corroborada en la actualidad a la vista de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2013/11.

² En este sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Número 25, 2017, pág. 22.

³ ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, cit. pág. 23.

En el terreno práctico, y en lo que a España se refiere, es constatable el déficit existente en la adhesión de las empresas a entidades de resolución alternativa de litigios, siendo uno de los principales impedimentos para el funcionamiento de la mediación en materia de consumo. Por lo tanto, uno de los retos más importantes de la mediación de consumo pasa por establecer obligaciones legales de participación de las empresas en procedimientos de mediación ante entidades de resolución alternativa de litigios. El Derecho de la Unión Europea abre expresamente esta opción a los legisladores estatales para que decidan, con arreglo a su experiencia, cuándo ha de ser usada. Así se reconoce expresamente en el artículo 5.2 de la Directiva 2008/52 y también en el Considerando 49 de la Directiva 2013/11⁴.

3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Antes de nada, hemos de señalar que nuestra Ley 5/2012 de mediación establece de forma clara en su artículo 6 el carácter *voluntario* de ésta, es decir, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. A través de la Ley 5/2012 se ha intentado dar un importante impulso a la mediación en España, permitiendo que ésta tenga lugar con carácter previo al proceso o incluso una vez iniciado éste. Sin embargo, no podemos ocultar que los conflictos civiles y mercantiles resueltos en España a través de la mediación son escasos frente a los datos de aquellos países europeos en los que se ha implantado la mediación de forma obligatoria (v. gr. Italia, Francia etc.)⁵.

Es claro, por lo demás, la posibilidad contemplada en el artículo 1 de la Directiva 2013/11 de que un Estado miembro establezca la obligatoriedad de la mediación, máxime cuando así ha sido interpretado por el Tribunal

⁴ El citado Considerando dispone que “*la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de cualquier norma nacional que haga obligatoria la participación de los comerciantes en dichos procedimientos, la incentive o sancione, o que les obligue a aceptar su resultado, siempre que dichas normas no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal y como establece el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”.

⁵ Según los datos del Informe sobre aplicación de la Directiva 2008/52, en España no se llega a las 2.000 mediaciones anuales, mientras que en aquellos países en los que se ha implantado de forma obligatoria el número es muy superior. El citado informe se encuentra disponible en internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TX-?uri=CELEX:52016DC0542&qid=1526243993256> [consulta de 12 de julio de 2018].

de Justicia de la Unión Europea mediante sentencia de 14 de junio de 2017 (asunto *Livio Menini y María Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*)⁶. Es en este punto, donde entra en escena la Ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Tras un somero examen de su articulado pueden verse reflejadas las previsiones de la Directiva 2013/11 y de la doctrina emanada de la resolución judicial que acabamos de mencionar, principalmente en su artículo 9. No obstante, en el citado precepto nuestro legislador sigue instalado en la voluntariedad de la mediación (en la más auténtica), si bien incluye un inciso en el que se reconoce la obligatoriedad de la mediación “*cuando una norma especial así lo reconozca*”; cuestión sobre la que volveremos más adelante. Este mismo artículo 9 termina señalando que “*en ningún caso, la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial*”, en clara alusión al derecho a la tutela judicial efectiva.

Somos conscientes de que el debate sobre si la mediación debe ser obligatoria o no sigue siendo una cuestión controvertida en España. Pero igual de cierto es que, en la mayoría de supuestos, la vía jurisdiccional no es la adecuada para dar una respuesta satisfactoria al consumidor. En este sentido, la doctrina ha resaltado que desde hace algunos años el proceso civil no es el medio más adecuado para resolver los problemas que surgen desde determinados ámbitos del derecho, pero también la realidad ha demostrado que si la mediación se ofrece como un recurso voluntario las partes no acuden a la misma. De modo concreto, si pensamos en los conflictos que surgen entre los adquirentes de productos o los usuarios de los servicios (consumidores) y sus suministradores (empresarios), es fácil comprender que la vía jurisdiccional no va a resultar, en la gran mayoría de casos, adecuada para dar una respuesta satisfactoria al consumidor. La razón es bien clara: existe una clara desproporción entre el valor económico de la reclamación y el elevado coste del proceso. A este hecho se añade, además, la excesiva duración de los procedimientos judiciales, así como su complejidad técnica⁷. Un ejemplo actual de la idea que estamos exponiendo lo encontramos en la reclamación las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula suelo, de los gastos notariales y de registro, de los gastos de gestoría o de la cláusula de comisión de apertura en los contratos

⁶ Cfr. STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017 (TJCE 2017/95).

⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E., “La mediación en materia de consumo”, en PILLADO GONZÁLEZ, E. (dir.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 159 y 160.

de préstamo hipotecario. En cualquiera de estos casos, el importe de la reclamación no es excesivo pero el elevado coste del proceso sí lo es.

Por lo tanto, nosotros defendemos que en materia de consumo sea obligatorio el intento de mediación para el empresario, rigiendo la voluntariedad estrictamente para el consumidor. Ésta previsión es perfectamente compatible con el principio de voluntariedad propio de la mediación en nuestro país (Ley 5/2012), siempre que implique únicamente la obligación del empresario de participar en una *sesión informativa previa* a la que podrá acudir el consumidor⁸. En dicha sesión tanto el consumidor como el empresario recibirán información suficiente y, de este modo, podrán decidir acerca de la utilización de la mediación como alternativa a los tribunales⁹. De esta manera, las partes seguirán siendo libres para iniciar la mediación y, en su caso, continuar con el procedimiento y llegar a un acuerdo. Por lo tanto, si el consumidor no acude a la sesión informativa previa o en el marco del procedimiento de mediación no se alcanza un acuerdo, las partes podrán seguir acudiendo a los tribunales para resolver sus controversias; no resultando comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española.

4. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SUS RESPECTIVAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSUMO

Partiendo de las anteriores consideraciones, la pregunta clave es, teniendo en cuenta nuestro ordenamiento jurídico actual, ¿cómo podría materializarse la obligatoriedad de la sesión informativa previa en materia de consumo? A nuestro juicio, el principal campo de actuación lo encontramos en las leyes especiales de consumo que dicten las Comunidades Autónomas, jugando un papel fundamental a la hora de promover, en sus

⁸ De la Directiva 2013/11 no se desprende la obligación de las empresas de participar en procedimientos antes entidades de resolución alternativa de litigios, dejando esta decisión en manos del Derecho europeo sectorial y de la política legislativa de cada Estado miembro. En España, tras la Ley 7/2017 sería perfectamente posible que en la legislación especial de consumidores que desarrollen las Comunidades Autónomas así se previese, al menos en relación con la asistencia a la sesión informativa previa.

⁹ En sentido parecido, cfr. PÉREZ MORIONES, A., “Mediación obligatoria previa al ejercicio de la acción judicial en litigios promovidos por consumidores: a propósito de la STJUE de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16)”, *Diario La Ley*, Número 9076, de 8 de noviembre de 2017, pág. 9. La autora ciñe la obligatoriedad de la sesión informativa previa tanto al consumidor como al empresario.

respectivos ámbitos geográficos, normas de protección de los consumidores donde se prevea la obligatoriedad de acudir a la mediación con carácter previo a la vía judicial. Por esta razón, creemos que la Ley 7/2017 debe ser la norma que impulse la utilización de la mediación en la legislación de consumidores que desarrollen las distintas Comunidades Autónomas, en tanto que tienen competencia exclusiva en esta materia. Recordemos que el artículo 9 de la Ley 7/2017 prevé la obligatoriedad de la mediación “*cuando una norma especial así lo establezca*”.

En algunas leyes autonómicas de mediación se ha recogido la posibilidad de obligar a las partes a acudir a la mediación. En lo que a materia de consumo se refiere, el Código de Consumo de Cataluña establecía en el apartado tercero del artículo 132-4 la obligatoriedad de acudir a la mediación en las reclamaciones relacionadas con créditos y préstamos hipotecarios antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de mayo de 2018¹⁰, declara la inconstitucionalidad de los incisos “*o demanda judicial*” y “*o a la demanda judicial*” del mencionado precepto, en tanto que resulta incompatible con la distribución constitucional de competencias, al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal (*ex art. 149.1.6 CE*).

Con este pronunciamiento se frustra –en parte– el intento de ir incorporando la mediación como paso previo a la vía judicial, pero creemos que se abre una esperanza para aquellos que vienen sosteniendo que la obligatoriedad de la sesión informativa previa debe ser, en estos momentos, una realidad. Conviene recordar que el principal motivo de impugnación del artículo 132-4 del Código de Consumo de Cataluña se basaba en que la legislación procesal es de competencia estatal, luego parece superada la polémica sobre la eterna discusión entre principio de voluntariedad y sesión informativa previa. El artículo 19 de la Ley 5/2012 configura la sesión informativa previa como un elemento que queda fuera del procedimiento de mediación. Y cuando el artículo 6 del mismo texto legal señala que la mediación será voluntaria, quiere decir que desde que se firma el acta constitutiva es operativo dicho principio, luego cabe la posibilidad de exigir acudir a la sesión informativa previa antes de interponer cualquier demanda judicial¹¹.

¹⁰ STC (Pleno) 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54).

¹¹ El artículo 132-4 del Código de Consumo de Cataluña exigía, antes de presentar una demanda ante los tribunales, la obligatoriedad de iniciar un procedimiento de mediación o de someterse a arbitraje. De este modo, la norma establecía un auténtico *requi-*

En definitiva, la obligatoriedad de la mediación en consumidores debe ir ceñida exclusivamente, y como venimos defendiendo, a la *sesión informativa previa* para el empresario, pudiendo acudir a la misma el consumidor. Con las previsiones de Ley 7/2017, encontramos un escenario idóneo para que los legisladores autonómicos den un paso adelante en el sentido descrito sin que se invada la competencia estatal en materia de legislación procesal.¹²

sito de procedibilidad que, efectivamente, entra en el ámbito de la legislación procesal, que es de competencia estatal *ex* artículo 149.1.6 de la Constitución Española.

¹² Estudio realizado en el marco del Proyecto “Asignaturas pendientes del sistema procesal español” (DER2017-83125-P) y de la Red Temática “Justicia Civil: Análisis y Prospectiva” (DER2016-81752-REDT), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España).

Capítulo 19

La legitimación y la excepción de litispendencia de un proceso colectivo sobre el individual posterior

SERGI COROMINAS BACH

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad Católica San Antonio (UCAM)*

SUMARIO: 1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA ANTE ESTA EXCEPCIÓN. 2. TIPOLOGÍA DE INTERESES COLECTIVOS Y SU RESPECTIVA TUTELA. 3. LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN COMO TUTELA DE LOS INTERESES PROPIAMENTE GRUPALES: UNA LEGITIMACIÓN ORDINARIA *SUI GENERIS*. 4. CONCLUSIÓN: ESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PLANTEADA.

RESUMEN: Este trabajo de investigación analiza el efecto que una acción colectiva de cesación puede tener sobre la posterior acción individual del mismo tipo, para determinar si cabe entender que estamos ante la litispendencia alegada por las entidades bancarias o bien si dicha preclusión, tal y como entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conlleva una afectación a la tutela judicial efectiva de los consumidores afectados. La solución a dicha cuestión requiere estudiar los intereses subyacentes a la acción ejercitada y hacer especial hincapié en su titularidad para ver si concurre la identidad subjetiva que exige la litispendencia.

PALABRAS CLAVE: Acción colectiva; Consumidores; Acción de cesación; Litispendencia.

ABSTRACT: This article analyses the effect that a collective injunction may have towards the posterior injunction that the individual consumer brings in order to determine if there is the *lis pendence* pretended by the banking entities or if that preclusion may affect the access to justice of the consumer – as the European Court of Justice understands. The solution to this problem requires a deep study of the underlying interests to the action brought, placing the accent on their titularity, as it is the key to determine if there is the identity of subject that *lis pendence* requires.

KEY WORDS: Collective redress; Consumers; Injunction; *Lis pendence*.

1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA ANTE ESTA EXCEPCIÓN

Las entidades bancarias demandadas en procesos sobre cláusulas abusivas están esgrimiendo la excepción de litispendencia de una acción colectiva de cesación ante el ejercicio posterior de una acción del mismo tipo por el consumidor individualmente afectado. Si bien nuestros Tribunales han admitido el efecto de cosa juzgada de una sentencia colectiva sobre la pretensión de cesación de un consumidor individual¹, el Tribunal Constitucional español (TC) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han dejado claro que aceptar la mencionada excepción de litispendencia conlleva afectar el artículo 7 de la de la Directiva 93/13, en tanto en cuanto la vinculación obligatoria del consumidor al resultado de la acción colectiva no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas². La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llevado a muchos a plantearse la necesidad de que nuestro sistema incorpore un mecanismo de exclusión de aquel consumidor individual que, de no ejercer dicho derecho o posibilidad, se verá afectado por la sentencia colectiva –instrumento necesario en un sistema de *opt-out* como el nuestro.

No obstante, a mi parecer, es necesario distinguir, en primer lugar, entre el tipo de intereses subyacentes a la acción ejercitada, para posteriormente, centrarnos en la legitimación que deriva de los mismos, lo que nos permitirá aportar algo de luz a la cuestión planteada tanto por nuestro TC a nivel nacional, como por el TJUE en la esfera comunitaria.

2. TIPOLOGÍA DE INTERESES COLECTIVOS Y SU RESPECTIVA TUTELA

Dentro de los intereses colectivos, cabe diferenciar los intereses pluriindividuales homogéneos e intereses propiamente grupales. Los intereses pluriindividuales homogéneos son intereses individuales de las personas que integran un colectivo determinado cuya afectación presenta elementos fáctico-causales comunes que requieren una tutela colectiva o conjunta

¹ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 139/2015, de 25 marzo.

² Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 148/2016, de 19 septiembre y, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Jorge Sales Sinués y Otro contra Caixa-bank, S.A y Otro*, de 14 abril 2016, respectivamente.

de los daños individuales. En otras palabras, los *intereses pluriindividuales homogéneos* son intereses individuales de los miembros de un grupo o clase que se han visto afectados de un modo cuantitativo y/o cualitativamente igual por una determinada actividad empresarial. Un concepto que también acoge el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2003 que, partiendo del estudio de la ya tradicional dicotomía de intereses difusos y colectivos, abrió, de este modo, camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (correspondiendo, en el sistema norteamericano, a las *class actions for damages*).

Por otro lado, los *intereses propiamente grupales* son aquellos intereses cuyo titular es un colectivo social protegido por las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico. La Unión Europea los define como todos *aquellos intereses que no sean una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción*³. Conceptualmente, los *intereses propiamente grupales* son aquellos intereses de imposible individualización cuya titularidad es ostentada por una colectividad social como son, por ejemplo, los consumidores y usuarios. Por ende, el objetivo del legislador en la previsión de una tutela jurisdiccional de los mismos no es la articulación de un instrumento procesal para que todos los perjudicados puedan pedir la tutela de sus intereses legítimos afectados en un solo proceso, sino la protección de un interés determinado perteneciente a un colectivo y, como tal, no individualizable⁴.

Por las características de apuntadas de los *intereses propiamente grupales*, su tutela se verá garantizada con la acción colectiva de cesación, ya que su ejercicio persigue evitar la continuidad del daño provocado o impedir el inicio del mismo en aquellos casos en los que se trate de un mero riesgo de afectación.

En el presente artículo, vamos a centrarnos en este segundo tipo de intereses, en tanto en cuanto la litispendencia del proceso colectivo sobre el posterior individual se enmarca en el ejercicio de una acción de cesación.

³ Considerando 3 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada) que recoge el Considerando 2 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

⁴ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España*, en GIMENO SENDRA, V., “El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación”, *Estudios Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, 2007, p. 637.

3. LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN COMO TUTELA DE LOS INTERESES PROPIAMENTE GRUPALES: UNA LEGITIMACIÓN ORDINARIA *SUI GENERIS*

Como acabamos de apuntar, los derechos propiamente grupales tienen su justificación en la existencia de libertades colectivas como fruto de la evolución de la sociedad hacia prácticas más integradoras, con una tendencia a la socialización tanto económica como jurídica⁵. El resultado son unos intereses cuya titularidad, por las características de los mismos, excede a la individualidad tradicional, pues el titular de los intereses *propiamente grupales* es la totalidad de los miembros de un determinado colectivo. Sin embargo, la titularidad no es exclusiva⁶, ya que más allá de esta titularidad inmediata del colectivo, encontramos la titularidad que llamaremos mediata de los miembros que lo integran, en cuanto son la condición *sine qua non* para la existencia de los intereses colectivos⁷. Por ende, estas características de los intereses propiamente grupales han obligado al legislador a intervenir con una norma expresa para encajar su legitimación en el concepto tradicional de legitimación *ad causam*⁸.

Un sector de la doctrina ha entendido que los entes legalmente legitimados para solicitar la tutela jurisdiccional de la afectación de los intereses propiamente grupales lo hacen en representación o sustitución del co-

⁵ Así lo apunta: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios*, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Eloísa Carbonell Porras (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)), 2014, ISBN 978-84-9059-590-9, pp. 207-238.

Véase también: RIVERO, J., *Les droits de l'homme*, en RIVERO, J., *Les Libertés publiques*, PUF, París, 1978, p. 341.

⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Elcano: Navarra, 1999. pp. 191 y ss..

⁷ GUISSANI, A., *Considerazioni sull'art. 1469-sexies cod. civ.*, en *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 330 y ss..

⁸ PROTO PISANI, A., *Nuovi diritti e tecniche di tutela*, p. 62 y DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, pp. 35-55.

A nivel comunitario, destaca la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, transpuesta a nivel nacional por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en el caso español, y Decreto legislativo n. 224 del 23 abril 2001, G.U. n. 137 del 15 junio 2001, en el caso italiano.

lectivo⁹. No obstante, la representación a la que apunta la doctrina no es en el sentido que se otorga a la misma en Derecho Civil o procesal, sino, tal y como indica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, en un sentido sociológico o político¹⁰. La cuestión reside en la relación entre la titularidad de la posición jurídica legitimante y la propia legitimación. En este sentido, debe apuntarse que los intereses propiamente grupales no implican una desvinculación del sujeto legitimado que reclama la tutela jurisdiccional respecto a la titularidad de una situación jurídica subyacente¹¹, sino que sigue existiendo una verdadera legitimación “*ad causam*”. Así lo entendía el Tribunal Constitucional español en su sentencia 47/1990, de 29 de marzo establece que “*el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente estos mismos fines*”¹². Es más, como concluyó GUTIÉRREZ DE CABIEDES, considero acertado afirmar que estamos ante un supuesto en el que el ente legitimado, ya sea una persona física o jurídica, está defendiendo un derecho propio en interés también propio¹³. Esto es, estamos ante un supuesto

⁹ Y así sigue defendiéndola gran parte de la doctrina: MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento laboral*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 143; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, pp. 421 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DIÉZ-PICAZO, L., PONCE DE LEÓN, (Directores), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 692 y ss.; BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.; SILGUEIRO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 123 y ss. DENTI, V., “*Interessi diffusi*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice Vol. IV, 1968, pp. 305 y ss.

Recientemente, GONZÁLEZ LLANO y GUERRERO GÓMEZ afirmaron que “*Nuestro legislador ha reconocido una suerte de legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios y al Ministerio Fiscal*” (GONZÁLEZ LLANO, M., y GUERRERO GÓMEZ, J. A., *Extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones colectivas de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2014).

¹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela*, *op. cit.*, p. 196.

¹¹ TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione*, Milan, 1974, pp. 205 y ss.; VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milan, 1979, p. 77; CARAVITA, B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 282; RAPISARDA, C., *Tecniche giuridicali e stragiudiziali di protezione del consumatore Diritto europeo e diritto italiano*, en *Riv. Dir. proc.*, 1981, pp. 701 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., *Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos*, en *Revista de derecho político*, n.16m 1982-1983, pp. 93 y ss.; ID, *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*, Madrid, 1976 p. 32, y CAPELLETTI, M., *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, p. 12.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, núm 47/1990, de 29 de marzo, FJ. 2.

¹³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela*, *op. cit.*, pp. 194.

de legitimación ordinaria, ya que el interés deducido es propio de quién actúa –si bien no tiene porqué ser una titularidad exclusiva¹⁴. En otras palabras, el hecho que el ente legitimado sea titular del interés propiamente grupal cuya tutela pretenda no significa que los miembros integrantes de este grupo o los otros entes legitimados no sean también titulares de éstos, ya que se trata de una titularidad plural otorgada *ex lege*.

La no exclusividad de la titularidad de los intereses propiamente grupales parece ser la clave para la adecuación de esta tipología de intereses en el esquema jurídico-procesal de tutela. Un claro ejemplo lo tenemos en la experiencia italiana, en la que la doctrina consideró, en un primer momento y con anterioridad al *Codice del Consumo* actual, que la asociación de consumidores y usuarios como ente legitimado estaba ejercitando, con la acción colectiva de cesación, un derecho propio¹⁵. También lo había entendido así el Consejo de Estado italiano, quién afirmó que los intereses propiamente grupales pertenecían a los consumidores no *uti singuli*, sino como componentes de un grupo¹⁶. El juez administrativo italiano fue incluso más allá al considerar que la violación de estos intereses no daba lugar a una controversia individual, sino colectiva y diferenció entre una acción inhibitoria para tratar a los daños colectivos y una acción resarcitoria para la tutela de aquellos daños personales que hubieran podido producirse¹⁷.

La claridad de la concepción de los intereses propiamente grupales como propios de las asociaciones de consumidores y usuarios cambió, no obstante, con la aprobación del *Codice del Consumo*, concretamente en su artículo 140.9¹⁸. El mero planteamiento de la posible doble titularidad llevó a la doctrina a entender la legitimación de la asociación como una le-

¹⁴ No se trata de una legitimación exclusiva de los grupos organizados como es el caso de los sindicatos (CECCHIELLA, C., *Coordinamento tra azione individuale e azione sindacale nel procedimento ex art. 28 dello Statuto dei laboratori*, en *Riv. it. Dir. lav.*, 1984, I, pp. 413 y ss.).

¹⁵ COSTANTINO, G., *Note alle tecniche di tutela collettiva*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2004, pp. 1009 y ss.; PUNZI, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 18 y ss.; CARRATTA, A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela dei consumatori e degli utenti*, en LANFRANCHI, L., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a Torino, 2001, pp. 119 y ss.; GUISSANI, A., *Inibitoria (azione) y la tutela d'interessi collettivi nella disciplina dei diritti dei consumatori*, en *Danno e Resp.*, 1998, pp. 1061 y ss.

¹⁶ Sez. IV, 15/12/1998, pp. 1884 y ss.

En este sentido: GUISSANI, A., *Considerazioni sull'art. 1469-bis Cod. Civ., op. cit.*, p. 331 y BELLELLI, A., *Comentario al capo XIV-bis C. C.: dei contratti del consumatore*, en *Nove leggi civ. com.*, 1997, pp. 1260 y ss.

¹⁷ CARRATA, A., *Brevi osservazioni, op. cit.*, pp. 135 y ss.

¹⁸ Art. 140.9 del *Codice del Consumo*: “Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non

gitimación extraordinaria, producto de la suma de posiciones individuales de los consumidores y usuarios – elemento, por el contrario, característico de los intereses plurindividuales homogéneos, pero en ningún caso de los intereses aquí analizados¹⁹.

precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni”.

Con anterioridad y en el marco de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CE) el legislador creyó oportuno añadir al remedio individual ex. art. 1469-bis c.c., un remedio general de tipo preventivo (DE SANTIS, A. D., *I provvedimenti cautelari nelle controversie collettive a tutela di consumatori e utenti*, en CARRATA, A., *I provvedimenti cautelari*, Bologna, 2013, pp. 1425 y ss.). Aunque este remedio regulado en el artículo 1469-sexies c.c. daba generalidad y efectividad a la tutela de las situaciones ilícitas en esta materia, también generaba preocupación por la individualización de los sujetos legitimados (posición sustancial accionada), así como en relación entre el juicio colectivo y el individual (DE NOVA, G., *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, en *Contratti*, 1998, p. 545; PETRILLO, C., *L'azione inibitoria a tutela dei consumatori ed utenti ex art. 1569.sexies c.c.*, pp. 143 y ss.) Especialmente crítico: ARMONE, G. M., *Comento del art. 1469-sexies*, passim; ID., *Inibitoria collettiva e clause vessatorie: prime disavventura applicative dell'art. 1469-sexies c.c.*, p. 290.

Sobre la recepción de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por parte del legislador italiano: ALPA, G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clause abusive*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, pp. 46 y ss.; ID., *L'applicazione della normativa sulle clause abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, pp. 1173 y ss.; Bin, M., *Clause vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, en *Contratto e impr./Europa*, 1996, pp. 431 y ss.; MAFFEIS, D., *la modifica della disciplina dei contratti del consumatore*, en *Contratti*, 2000, pp. 271 y ss.; CARBONE, V., *La tutela del consumatore: le clause abusive*, en *Corriere giur.*, 1995, pp. 248 y ss.; ID., *Giudizio negativo della CE sul non corretto recepimento della direttiva n. 93/13*, *id.*, 1999, pp. 515 y ss.; ID., *Si reduce il divario tra direttiva comunitaria e normativa italiana sulla tutela del consumatore*, *id.*, 2000, p. 428 y ss.; ID., *La corte CE condanna l'Italia: l'art. 1469-sexies non tutela il consumatore se la clausula abusiva è raccomandata ma non utilizzata*, *id.*, 2002, pp. 302 y ss.

En cuanto a los problemas interpretativos del artículo 1469-sexies c.c.: ALPA, G. y PATTI, S., *Clause vessatorie nei contratti del consumatore (art. 1469-bis – 1469-sexies c.c.)*, Milano, 2003; DE RENTIIS, L., *La tutela inibitoria collettiva accordata alle associazioni rappresentative dei consumatori verso le condizioni generali di contratto connotate dal carattere dell'abusività*, en *Giur. it.*, 2003, p. 904; CONTI, R., *L'inibitoria collettiva e l'art. 1469-sexies c.c.: rapporti ancora da decifrare*, en *Corriere giur.*, 2003, p. 1198; AMADEI, D., *Tutela esecutiva e tutela inibitoria delle associazioni dei consumatori*, en *Riv. esec. forzata*, 2003, p. 315; LIACE, G., *L'azione inibitoria collettiva e la tutela del contraente debole*, en *Merito*, 2004 I, p. 38; y MARINUCCI, E., *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, en CHIARLONI, S. y FIORIO, P., *Consumatori e processo. La tutela collettiva degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, p. 125 (entre otras, y únicamente citando las más recientes).

¹⁹ Así lo entendían: App. Roma 24/09/2002, *Foro. It.*, 2003, I, p. 332; Trib. Palermo 19/02/2005, *Corriere merito*, 2005, p. 885; y Trib. Roma, 2/09/1997, *Corriere merito*, 1997,

En los intereses propiamente grupales, el ente legitimado es el titular de la situación jurídica legitimante, bien porque tiene como finalidad estatutaria –y, por tanto, razón de ser– la protección del interés propiamente grupal de un determinado sector social (*titularidad inmediata*) o bien porque sea miembro del grupo jurídicamente protegido (*titularidad mediata*). Tal y como apunta SILGUEIRO STAGNAN, aunque sea para defender una posición contraria como es la legitimación por sustitución del ente legitimado, un buen ejemplo para comprender la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales es el supuesto de una actividad contaminante o un producto nocivo para la salud²⁰. En ambos casos la persona u organización que ejerciera la correspondiente acción jurisdiccional instando el cese de la actividad ilícita no lo estarían haciendo por sustitución de las acciones individuales de todos los posibles afectados o sustituyendo al grupo, sino ejerciendo la acción colectiva de cesación en defensa de un interés legítimo propio, que lo es también de los restantes miembros del colectivo afectado. En consecuencia, estaría actuando en base a una legitimación ordinaria en lo que GUTIÉRREZ DE CABIEDES llama interés legítimo supraindividual, subjetivable en esos sujetos particulares²¹. Si bien la representación social que hacen los entes legitimados en el ejercicio de acciones colectivas de cesación ha conllevado desaciertos en el análisis de la legitimación desde la mera perspectiva de la técnica jurídica, se trata de una legitimación ordinaria *sui generis*²². Con este adjetivo (*sui generis*) pretendo señalar que las características de los intereses propiamente grupales requieren, para su tutela, una legitimación que, si bien es ordinaria, debe contemplar los supuestos en los que exista una titularidad plural de estos intereses ante el ejercicio de la acción colectiva de cesación. La consiguiente legitimación plural de los entes y de los miembros del colectivo conlleva entender una

I, p. 3010, con nota de LENER, G., *Clausole vessatorie e tutela inibitoria cautelare: brevi riflessioni*.

²⁰ SILGUEIRO STAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional*, *op. cit.*, p. 358.

²¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela*, *op. cit.*, p. 196.

²² Con el calificativo de *sui generis* pretendo adoptar la formulación que hizo BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 161 y ss. (concretamente, 268), en cuanto entiende que la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de tutela de los intereses propiamente grupales es *extraordinaria*.

Resulta interesante contemplar como el propio MONTERO consideró este supuesto de legitimación extraordinaria a pesar de entender que se trata de una acción para la tutela de un derecho propio de los entes y en interés propio (MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994, pp. 64 y ss.).

legitimación ordinaria tanto si la ejerce el titular mediato (los miembros del colectivo), como el inmediato (la asociación de consumidores y usuarios).

En conclusión, la no exclusividad de la titularidad de los intereses propiamente grupales no representa una imposibilidad de encajarlos en nuestro sistema procesal. La legitimación ordinaria se postula como la institución perfecta para acoger este tipo de intereses, siempre y cuando se acepte que se trata de intereses cuya titularidad es compartida tanto por los miembros del colectivo, en términos idénticos a los comuneros²³, como por los órganos supraindividuales creados con la finalidad de tutelar los intereses de este colectivo concreto.

IV. CONCLUSIÓN: ESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PLANTEADA

Por todo lo apuntado en las líneas precedentes, podemos afirmar que la solución a la excepción de litispendencia que se plantea el TJUE en la sentencia no radica en la posibilidad de exclusión del consumidor individualmente afectado, en tanto en cuanto la Asociación de Consumidores no está actuando en representación de uno intereses que no le son propios –como si sucede en los intereses pluriindividuales homogéneos.

La respuesta, luego, la hallamos en el tipo de legitimación que tienen los distintos entes para el ejercicio de una acción de cesación y que, como hemos apuntado, son todos ellos titulares *ex lege* de los intereses propiamente grupales. Por ende, en contra del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y remarcando que se trata de un supuesto de titularidad plural, considero que, ante el ejercicio de una acción de cesación del consumidor individual y previa existencia de un proceso colectivo en base al mismo tipo de tutela, debe aceptarse la excepción de litispendencia alegada por la parte demandada al existir también identidad subjetiva.

²³ Entre otras, destacar las diferencias respecto el carácter mediato e inmediato de la misma, como se ha visto.

Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: legitimación activa de los sindicatos en casos de discriminaciones masivas¹

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Reforma legislativa realizada en 2007. 1.2. Impacto normativo en la LEC. 1.2.1. Suspensión de vistas. 1.2.2. Prueba. 2. CUADRO GENERAL DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ART. 11 BIS LEC. 2.1. Cuando las personas afectadas estén determinadas. 2.2. Cuando las personas afectadas sean indeterminadas o de difícil determinación. 2.3. Ausencia de regulación procesal específica para atender a los casos de pluralidad de procesos por conductas o actos discriminatorios.

RESUMEN: En el trabajo que se presenta se analiza el impacto de la legislación europea en materia de protección del derecho a la igualdad de las mujeres, en el sistema procesal civil español. Así, se presta atención a las reformas legales realizadas en el año 2007. En este sentido, se analiza a legitimación activa para que pueda solicitarse ante los tribunales la protección del derecho a la igualdad efectiva de las mujeres. Se concretan los sujetos legitimados y el papel de los sindicatos para la protección del derecho a la igualdad cuando exista una pluralidad indeterminada de mujeres afectadas por conductas o actuaciones discriminatorias.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la igualdad; legitimación; discriminaciones masivas, prohibición de discriminación por motivos de género.

ABSTRACT: This paper analyses the impact of European legislation on the protection of the right to equality of women in the Spanish civil procedure system. Thus, the paper focuses on the legal reforms carried out in 2007. In this regard, an active legitimation, which can be requested before the courts to protect the right to effective equality for women, is studied. The legitimated subjects and the role of trade unions in the protection of the right to equality are specified when the number of women affected by gender discrimination is indeterminate.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER). Comunicación presentada en el I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Murcia 14 a 16 de junio de 2018.

KEY WORDS: Right to equality; legitimation; massive discrimination, prohibition of gender-based discrimination.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Reforma legislativa realizada en 2007

El tema objeto de análisis fue abordado por el legislador estatal en la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOPIEMH). Dicha ley tuvo impacto normativo en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en la medida en que introdujo reformas en materia de legitimación activa para el ejercicio de acciones por discriminación, o en ámbito, como el de carga probatoria, por ejemplo.

El artículo 14 de la Constitución de 1978 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, entre otros casos. Y por otro lado, no sólo en el ámbito interno, sino en numerosos textos internacionales, se proclama la igualdad entre la mujer y el hombre.

En el ámbito de la Unión Europea no hay que pasar por alto que en su día se aprobaron dos Directivas que obligaban a los Estados parte a acomodar su regulación interna al contenido de las mismas. En concreto, por un lado, nos referimos a la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la formación profesionales, y a las condiciones de trabajo². Por otro lado, también nos referimos a la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios de suministro³.

² Sobre esta Directiva, LOUSADA AROCHENA, J. F., "Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003, pp. 859-868; REVILLA ESTEVE, "Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres". *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2003, pp. 20-40.

³ Sobre esta Directiva, AVILÉS, M. A., "Comentario a la Directiva 2004/113/CE". *Aequilias: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 17, 2005, pp. 6-14; LOUSADA AROCHENA, J. F., "La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro". *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pp. 1501-1506.

Pues bien, la LOPIEMH respondió a la obligación comunitaria de adecuar el ordenamiento interno. No obstante, hay que indicar que el legislador, al dar cumplimiento a las obligaciones comunitarias, reguló otra serie de cuestiones tendentes a garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres. La aspiración en definitiva, fue dictar una ley marco, tipo código legal, que contemplara las exigencias de igualdad de trato en todos los ámbitos sociales y jurídicos. Nosotros vamos a referirnos a la regulación procesal y a las reformas procesales que se contemplan en disposición adicional 5ª de la citada Ley, en especial en lo relativo a la determinación de la legitimación activa de sindicatos para la protección del derecho de igualdad.

1.2. Impacto normativo en la LEC

Con el objeto de acomodar la regulación procesal civil a lo previsto en la Ley que estudiamos, la DA 5ª de la LOPITMH introdujo tres modificaciones en la LEC, entre ellas, la relativa a la legitimación activa para el ejercicio de acciones para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres⁴ (art. 11 bis LEC). A esta cuestión nos referimos más adelante, por lo que ahora queremos destacar las otras dos reformas introducidas por la DA 5ª⁵.

1.2.1. Suspensión de vistas

Por un lado, se modificó el supuesto 5º del apartado 1 del artículo 188 LEC⁶. El artículo 188 LEC regula los casos en los que puede suspenderse la celebración de una vista. Pues bien, el ordinal 5º del apartado 1, párr. 1 pasó a disponer, fruto de la reforma, que puede solicitarse la suspensión de una vista “por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta o baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiere la suspensión, justificadas suficientemente, a juicio del secretario judicial (sic), siempre que tales hechos se hubiesen producido cuando ya no fuera posible solici-

⁴ Excede del ámbito de esta investigación hacer referencia otras reformas que se realizan y que afectan a la LOPJ (véase al respecto, DA 3ª), o al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (véase DA 4ª).

⁵ En general, sobre las reformas procesales efectuadas, CASTILLEJO LLAMAZARES, R., “Aspectos procesales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. *Diario La Ley*, núm. 7062-7065, 2008.

⁶ En doctrina, MAGRO SERVET, V., “La suspensión de juicios civiles: especial mención a la reforma del artículo 188.5 LEC por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. *Diario La Ley*, núm. 6808, 2007.

tar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 183, siempre que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión”.

El párr. 2 añade que “igualmente, serán equiparables a los supuestos anteriores y con los mismos requisitos, otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social y por el mismo tiempo por el que se otorgue la baja y la prestación de los permisos previstos en la legislación de la Seguridad Social”.

1.2.2. Prueba

La otra reforma que también presenta interés, guarda relación con las normas sobre carga de la prueba⁷. La cuestión sobre carga probatoria está regulada con carácter general en los apartados 2 y 3 del artículo 217 LEC. De dichos apartados resulta que el actor tiene la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente. Por su parte, el demandado tiene la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos invocados por el actor.

Pues bien, la reforma en lo que a la igualdad de trato se refiere, se contempla en el artículo 217.5 LEC que dispone que “de acuerdo con las leyes procesales en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

El párr. 2 añade que “a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.

Nótese por lo tanto, que en este tipo de procesos, y a la vista de la aplicación de las reglas dinámicas sobre carga de la prueba, la demandante no es la que tiene la carga probar la existencia de la discriminación. Es la parte

⁷ Sobre estas normas en general, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil, et. al.*, Aranzadi, 16ª edición, 2017, pp. 305-308.

Sobre la reforma operada, PÉREZ GIL, J., “La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Igualdad de género: una visión jurídica, Jornadas Igualdad efectiva: realidad o ficción*. Burgos 11, 12 y 13 de marzo de 2008, (GÓMEZ CAMPELO, E.; VALBUENA GONZÁLEZ, F., coords.), pp. 249-264.

demandada la que debe probar que la ausencia de dicha discriminación⁸. Como indica la doctrina, se trata de “evitar al demandante las dificultades probatorias excesivas que (...), recaerían sobre él en caso de atribución de la carga según la norma general⁹”.

2. CUADRO GENERAL DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ART. 11 BIS LEC

Con carácter general, debemos indicar que el artículo 11 bis LEC establece reglas en materia de legitimación activa para la tutela de intereses jurídicos de un grupo social, en este caso, las mujeres, con el objetivo de lograr la igualdad efectiva con los hombres¹⁰.

Del contenido del artículo 11 bis LEC se derivan dos supuestos de hecho bien diferenciados, que son los casos a que nos vamos a atender en nuestra exposición¹¹.

Por un lado, que la persona o personas afectadas por la discriminación estén determinadas (art. 11 bis 1 y 3 LEC). La segunda situación a la que vamos a atender, es la de que se pretenda accionar ante los tribunales para la defensa del derecho de igualdad entre mujeres y hombres y las afectadas sean personas indeterminadas o de difícil determinación (art. 11 bis 2 LEC).

⁸ De manera complementaria a esta reforma, debe tenerse presente que la DA 6ª también modifica la LJCA. En concreto, se dispone que el art. 60 de dicha ley pase a tener un apartado 7 con la siguiente redacción: “De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.»

⁹ ORTELLS RAMOS, M., (et. al), *op. cit.* p. 306.

¹⁰ Acogemos la clasificación de los supuestos de legitimación activa que realiza ORTELLS RAMOS, M., (et. al), *op. cit.* p. 132 que incluye la categoría de legitimación para pretender la tutela judicial de derechos o intereses jurídicos de grupos sociales. En ese sentido, afirma que “el derecho o interés jurídico necesitado de tutela tiene carácter colectivo e indivisible para el grupo social afectado. En este supuesto la legitimación para obtener una tutela que ha de tener alcance colectivo se atribuye a una entidad idónea para velar por derechos e intereses de esa calidad”.

¹¹ Puede verse al respecto, Ídem, *op. cit.* pp. 134-135.

2.1. *Cuando las personas afectadas estén determinadas*

En estos casos los sindicatos tienen legitimación activa (de igual modo que las y asociaciones para la defensa de igualdad de trato entre mujeres y hombres). En concreto, “siempre con su autorización” (de las afectadas), estarán también legitimados, los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente” (art. 11 bis 1 LEC¹²).

Si delimitamos con precisión el ámbito de la norma, podemos hacer referencia a dos supuestos legitimantes. Por un lado, los sindicatos a los que nos referimos tienen legitimación activa para el ejercicio de acciones que tengan eficacia colectiva. En este sentido, la doctrina subraya, que tendrían legitimación activa, por ejemplo, para el ejercicio de la acción de “cesación de uso de reglas y prácticas discriminatorias¹³”. Es decir, no es necesaria la autorización de las personas afectadas para que estos sindicatos puedan solicitar la tutela de la situación jurídica colectiva generada por conductas o usos discriminatorios.

Ahora bien, con autorización de la persona o personas afectadas, estos sindicatos pueden solicitar la tutela ante los tribunales de la situación jurídica individual. Es decir, puede solicitarse una tutela de proyección individual y no solamente colectiva¹⁴. Para la atribución de legitimación activa a estos sindicatos deben tenerse presentes las siguientes coordenadas o requisitos.

En primer lugar, es necesario que la afectada autorice al sindicato para que pueda actuar en el proceso haciendo valer su derecho a solicitar la tutela de situación jurídica individual. El artículo 11 bis 1 LEC establece claramente que la necesidad de que “siempre” se autorice por el afectado esa actuación del sindicato.

No concreta este artículo cómo y cuándo se debería dar o solicitar dicha autorización. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, nada impide que la afectada se ponga en contacto con el sindicato correspondiente y le

¹² Como indica ORTELLS RAMOS, M., (et. al.), *op. cit.*, p. 135, “para pretender esa tutela de proyección individual no bastan las características de la entidad, sino que ésta necesita contar con la autorización de la persona afectada”.

¹³ Ídem, *op. cit.* p. 135.

¹⁴ Ídem, *op. cit.* p. 135 afirma que “en todo caso debe resaltarse que la tutela que pueden obtener (asociaciones y sindicatos) será solo la que tenga eficacia colectiva (p. ej., cesación de uso de reglas o prácticas discriminatorias), no referida a la situación jurídica individual de la persona que ha sufrido la discriminación. Obsérvese que para pretender esa tutela de proyección individual no bastan las características de la entidad (...)”.

autorice para que ejercite ese derecho ante los tribunales. En la medida en que el artículo 11 bis 1 LEC es así de tajante, creemos que el demandante debería acompañar a su demanda el escrito en el que la afectada preste su consentimiento para poder actuar en el proceso.

Por otro lado, tampoco vemos ningún problema para que el sindicato tome la iniciativa y antes de comenzar el proceso se pongan en contacto con la perjudicada, solicitándole la autorización. En este caso, obviamente, también es preciso acompañar a la demanda dicha autorización.

En definitiva, lo que queremos destacar es que la autorización, en todo caso, debe ser previa al proceso.

El problema que puede surgir a continuación es el relativo a cuál debe ser su tratamiento procesal. Es decir, si el letrado de la Administración de Justicia debería controlar de oficio la concurrencia de autorización a los efectos de pronunciarse sobre admisión de la demanda, o si el juez debería inadmitirla por no acompañar esta autorización. Para ello, y ante la falta de regulación expresa en el artículo 11 bis LEC, debemos acudir a la regulación general procesal sobre admisión o inadmisión de la demanda. Y al respecto, el artículo 403.1 LEC dispone que “las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”. De ello resulta que la regla general debe ser la de que las demandas deben ser admitidas, y las causas de inadmisión deben preverse expresamente. Por otro lado, el apartado 3 de ese mismo artículo añade que “tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”.

A la vista de los dos apartados que acabamos de recoger, podemos concluir que el artículo 11 bis LEC en ningún momento contempla expresamente que la demanda interpuesta por un sindicato haciendo valer el derecho de una afiliada se pueda inadmitir por no justificar en la demanda que la perjudicada les ha autorizado para el ejercicio de las acciones. El artículo 11 bis LEC no dice expresamente que para la admisión de la demanda deba acompañarse necesariamente esta autorización. Ello nos lleva a concluir que si dicha autorización otorgada por el perjudicado no se acreditara en la demanda, ello no es óbice para que pueda ser admitida. Por otro lado, entiéndase bien que la autorización con la que se puede otorgar legitimación activa al sindicato, no puede referirse a los casos en los que haya habido acoso sexual o acoso por razón de sexo. La única legitimada activamente es la mujer que haya sufrido esos actos de acoso (art. 11 bis 1 LEC en relación con el art. 11 bis 3 LEC).

Por otro lado, la legitimación se atribuye a “cualquier sindicato”, siempre y cuando, como hemos apuntado, la perjudicada le autorice para hacer valer el derecho ante los tribunales¹⁵. En todo caso, la legitimación se reconoce para hacer valer en juicio los derechos de sus afiliadas, no de cualquier persona. Por lo tanto, la autorización prestada por una afectada a un sindicato al que no está afiliada, no otorgaría legitimación activa a aquél.

2.2. Cuando las personas afectadas sean indeterminadas o de difícil determinación

Este supuesto está contemplado en el artículo 11 bis 2 LEC que prevé los sujetos legitimados para pretender una tutela de proyección colectiva. En concreto, dispone que “cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal”.

Como puede verse, el supuesto que contemplamos ahora es el de que haya un grupo de afectadas por una acción o conducta determinante de la lesión del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, y las componentes de ese grupo no se puedan determinar, o sea difícil llevar a cabo dicha determinación. En este caso, el artículo 11 bis 2 LEC fija una serie de coordenadas para concretar quién o quienes tienen legitimación activa para solicitar a los tribunales la tutela del derecho a la igualdad. Nosotros vamos a centrarnos en el análisis de la legitimación activa de los sindicatos. En este caso, los sindicatos a los que se les atribuye *ex lege* legitimación son los que sean “más representativos”. Por lo tanto, no todos los sindicatos tienen legitimación activa.

2.3. Ausencia de regulación procesal específica para atender a los casos de pluralidad de procesos por conductas o actos discriminatorios

Las reformas procesales que se llevaron a cabo en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres afectaron principalmente a aspectos de carga probatoria y legitimación activa. No se incluyó ni contempló una

¹⁵ A diferencia de lo que ocurre cuando las perjudicadas están indeterminadas o son de difícil determinación, no es necesario que el sindicato sea representativo.

respuesta procesal específica a una eventual proliferación de procesos por actos discriminatorios. No podemos pasar por alto que esos actos, sobre todo cuando las afectadas no están concretadas o son difíciles de concretar, pueden generar un gran número de procesos civiles en materia de discriminación. Basta tener presente, en este sentido, que asociaciones estatales, sindicatos representativos, u organismos públicos con competencia en materia de igualdad (autonómicos o estatales), pueden instar la iniciación de varios procesos fundados en la misma conducta discriminatoria.

En este sentido, ante la falta de regulación procesal específica, deberá tenerse en cuenta la eventualidad de que se pudieran generar supuestos de acumulación inicial de pretensiones de carácter subjetivo *ex* artículo 72 LEC, o también, sería posible acudir a una eventual reunión de procesos para evitar resoluciones contradictorias (arts. 74 y siguientes LEC).

Capítulo 21

La orden europea de investigación: el camino hacia un régimen europeo uniforme en materia de prueba penal¹

LIDIA DOMÍNGUEZ RUIZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal
Acreditada como profesora contratada doctora
Universidad de Almería*

SUMARIO: 1. LA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL A NIVEL EUROPEO. 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE PRUEBA PENAL. 2.1. Los Acuerdos de Asistencia Judicial sobre obtención de pruebas penales en la Unión Europea. 2.2. Iter legislativo de la Directiva sobre la orden europea de investigación. 3. LA INCORPORACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la evolución normativa en materia de prueba penal europea, destacando las ventajas introducidas por la orden europea de investigación. Asimismo se aborda la transposición de este nuevo instrumento en el ordenamiento español.

PALABRAS CLAVE: Orden europea de investigación. – Prueba penal transfronteriza.

ABSTRACT: This paper analyses the normative development in criminal evidence in the European Union, highlighting the benefits introduced by the European investigation order. Also, addresses the transposition of this new instrument into the Spanish legal system.

KEY WORDS: European investigation order – Transnational criminal evidence.

1. LA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL A NIVEL EUROPEO

La obtención de prueba penal en el ámbito transfronterizo presenta, obviamente, dificultades añadidas a las originadas en el plano nacional. Y

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto “Asignaturas pendientes del sistema procesal español” (DER2017-83125-P), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciado con FEDER.

es que la eliminación de fronteras, a raíz del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, no sólo conlleva ventajas, sino que permite que los delincuentes cuenten con mayores posibilidades de evitar el castigo de sus delitos.

Ante esta realidad, la Unión Europea, entre sus distintos objetivos, ha venido persiguiendo, a lo largo de sus Tratados y Programas de Actuación, la aproximación legislativa de los distintos Estados miembros en materia penal. Propulsando para ello una cooperación judicial penal que tenga como base el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Y dentro de esa armonización necesaria a nivel europeo para poder hacer frente a la delincuencia transfronteriza, uno de los elementos primordiales es la obtención de prueba. De manera que los distintos Estados miembros puedan obtener y utilizar diligencias de prueba que no se encuentren en su territorio.

Por lo que respecta a la regulación europea existente en materia de prueba, la misma contaba con un marco jurídico fragmentado y complejo, donde el principio de reconocimiento mutuo tenía un ámbito de aplicación muy limitado. Así, son dos los regímenes a los que debían acudir las autoridades judiciales a la hora de obtener las pruebas. Por un lado, la asistencia judicial, compuesto por diversos Convenios y Protocolos, por otro, el reconocimiento mutuo, con gran variedad de Decisiones Marco. De ahí la finalidad perseguida por la Unión Europea de establecer un instrumento único, eficaz y flexible para obtener todo tipo de pruebas penales situadas en otro Estado miembro. Lo que finalmente se ha alcanzado mediante la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*² (en adelante DOEI).

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE PRUEBA PENAL

2.1. *Los acuerdos de Asistencia Judicial sobre obtención de pruebas penales en la Unión Europea*

Son tres los instrumentos a los que, a grandes rasgos, queremos hacer mención. Instrumentos que, entre otras cuestiones, facilitan la coopera-

² DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014.

ción en el ámbito de la obtención de pruebas penales³. No obstante, los mismos son sustituidos por la DOEI, desde el 22 de mayo de 2017, en las relaciones entre los Estados miembros vinculados por la Directiva (art. 34.1 DOEI). Sin perjuicio de que las solicitudes de asistencia judicial recibidas antes de dicha fecha sigan rigiéndose por ellos (art. 35.1 DOEI).

El primero de ellos es el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (1959)⁴, que proporciona el marco básico para la cooperación en la obtención de pruebas. Establece como regla general respecto a las comisiones rogatorias que las mismas se van a ejecutar conforme a las normas procesales del Estado requerido (art. 3.1), lo que denota la aplicación en el Convenio del principio *locus regit actum*. Esto es, que para la obtención de la prueba se siguen las normas del Estado requerido⁵.

A pesar de las mejoras que se introducen con el presente instrumento, es destacable el hecho de que, como se señala en la ficha pormenorizada adjunta a la Propuesta de DOEI, el tratamiento de una solicitud de asistencia judicial, tal y como aparece regulado, puede ser lento e ineficaz. Y ello por las siguientes deficiencias que presenta este mecanismo de cooperación: el canal de transmisión de la solicitud; la variedad de los hechos que dan lugar a la cooperación; la cantidad de los motivos de denegación; la falta de plazo; y la posibilidad de que los Estados miembros formulen reservas y declaraciones (apartado 2.1 ficha pormenorizada)⁶.

Por otro lado, nos encontramos con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (1990)⁷. Éste introduce novedades respecto al convenio anterior: las solicitudes ya se transmiten directamente entre autorida-

³ Un estudio detallado sobre estos tres instrumentos puede verse en MARTÍN GARCÍA, A. L., y BUJOSA VADELL, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2016, págs.45-58.

⁴ Este Convenio cuenta, a su vez, con dos Protocolos Adicionales uno de 17 de marzo de 1978, y otro de 8 de noviembre de 2001.

⁵ Sobre la diferencia existente entre los principios *locus regit actum* y *forum regit actum*, así como en qué instrumentos rige cada uno de ellos, puede verse ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento (Perspectivas alemana y española)*, Marcial Pons, 2006, Madrid-Barcelona, págs. 52-61.

⁶ Bruselas, 23 de junio de 2010, COPEN 117 / EUROJUST 49 / EJM 13 / PARLNAT 13 / CODEC 384.

⁷ *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990.*

des judiciales, salvo en un número limitado de supuestos donde sí siguen tramitándose entre los Ministerios de Justicia de las partes intervinientes (art. 53.1,3); los Estados no pueden formular reservas, sin perjuicio de lo establecido en materia de extradición (art. 137); y disminuyen los motivos de denegación, en concreto sólo se recogen los relativos a la concesión de comisiones rogatorias que tengan como fin el registro y el embargo de bienes, aunque más reducidos en comparación con los contemplados en el instrumento anterior.

Por último, nos encontramos con el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (2000)⁸, que viene a complementar los dos instrumentos anteriores. De manera que todas las cuestiones no contempladas en el presente Convenio se regirán por las disposiciones de los anteriores (art. 1). Situación que dificulta el proceso de obtención de pruebas. Y es que para llevar a cabo una solicitud en dicho ámbito habrá que conocer los distintos convenios, así como, en su caso, las reservas hechas por las partes contratantes al Convenio de 1959. Lo que muestra la falta de uniformidad en materia de prueba penal, ya que no todos los Estados tienen porqué estar sometidos a las mismas condiciones⁹.

Este convenio introduce una novedad respecto a los trámites y al procedimiento para ejecutar las solicitudes de asistencia judicial. Mientras que con los Convenios anteriores rige el principio *locus regit actum*, al regirse la ejecución conforme a las normas del Estado requerido, en el presente Convenio rige el principio *forum regit actum* (art. 4.1.) Por tanto, el Estado requirente puede indicar los trámites o procedimientos que se deberán observar.

En cuanto a la transmisión de solicitudes, la misma se lleva a cabo también directamente entre autoridades judiciales, salvo un limitado número de casos especiales (art. 6). Asimismo, y aunque siguen sin fijarse plazos, el Convenio prevé la condición de que el Estado requerido deba ejecutar la solicitud “cuanto antes” (art. 4.2). Por último, otras de las mejoras introducidas por este Convenio es que dedica su Título II a regular solicitudes de determinadas formas específicas de asistencia judicial.

⁸ DOUE C 197, de 12 de julio de 2000. Este Convenio cuenta, además, con un Protocolo de 16 de octubre de 2001 (DOUE C 326, de 21 de noviembre de 2011).

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 72.

2.2. *Iter legislativo de la Directiva sobre la orden europea de investigación*

La orden europea de investigación (en adelante, OEI) tiene su origen en el *Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad* (2009)¹⁰, y al mismo le siguió la “*Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal*” (2010)¹¹, o lo que es lo mismo, la Propuesta de DOEI.

Aunque estos son sus orígenes, cabe retrotraerse un poco más en el tiempo para referirse a las primeras Decisiones Marco que ya regulaban la obtención de pruebas penales en la Unión Europea. Nos referimos a las Decisiones Marco sobre resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (2003)¹², y sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas (2008). Aunque respecto a ésta última cabe señalar que desde sus inicios estaba destinada al fracaso, motivo por el cual ya no se encuentra en vigor¹³. Y ello debido a su limitado ámbito de aplicación, ya que regulaba una resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado miembro para conseguir objetos, documentos o datos que se encontrasen ya preexistentes en otro Estado miembro (arts. 1.1 y 4.1-2). Mientras que para cualquier otra petición en materia de prueba había que acudir a los Convenios de Asistencia Judicial¹⁴. Asimismo, se podían

¹⁰ COM (2009) 624 final.

¹¹ DOUE C 165, de 24 de junio de 2010.

Son numerosos los documentos y versiones que le sucedieron a la Propuesta inicial de Directiva y que han ido completando a la misma. En cualquier caso, ya se plasma la creación de un instrumento único, eficaz y flexible para obtener pruebas situadas en otro Estado miembro en el marco de las actuaciones penales.

Un estudio en profundidad sobre la Propuesta de Directiva puede verse en AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, en *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2145, 2012.

¹² Las disposiciones de esta Decisión Marco, en relación con el aseguramiento de prueba, quedan sustituidas por la DOEI para todos los Estados miembros vinculados por la misma, desde el 22 de mayo de 2017 (art. 34 DOEI).

¹³ Dicho instrumento fue derogado por el *Reglamento (UE) 2016/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal* (DOUE L 26, de 2 de febrero de 2016).

¹⁴ En este sentido, BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011, apartado III, a), quien entiende

dar situaciones en las que, aun estando los objetos, documentos o datos incluidos en el ámbito de aplicación de la Decisión Marco, la autoridad de emisión podía recurrir a los Convenios de Asistencia Judicial (art. 21.4)¹⁵.

Centrándonos ya en la DOEI son varias las ventajas a destacar en relación con la ya derogada Decisión Marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas. En primer lugar, y como ya hemos señalado, se simplifica el procedimiento de obtención de pruebas transfronterizas al crearse un único instrumento que ha sustituido a los ya existentes en la materia tras haber sido transpuesto por todos los Estados miembros.

En segundo lugar, mientras la Decisión Marco tenía un ámbito de aplicación limitado al abarcar sólo aquellas pruebas ya preexistentes en otro Estado miembro, con la DOEI se da un paso más, ya que comprende cualquier medida de investigación dirigida a la obtención de pruebas. En este sentido, la OEI tiene un ámbito horizontal, pero con excepción de la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo (art. 3 y considerando 8 DOEI), así como de la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (considerando 9 DOEI). En concreto, a través de la misma puede obtenerse tanto pruebas ya existentes en el Estado miembro de ejecución, como cualquier otra medida de investigación que sea necesaria (art. 1.1), e incluso medidas cautelares de aseguramiento de la prueba (art. 32.1). Además, junto al régimen general, la DOEI regula de manera específica una serie de medidas de investigación que requieren normas adicionales (arts. 22-31).

En tercer lugar se limitan aún más los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución (art. 11). Básicamente, puede decirse que siguen sien-

que *“las ventajas que ofrece el exhorto de obtención de pruebas son de escasa relevancia en la práctica. En la mayoría de los casos este instrumento habrá de completarse con peticiones basadas en el régimen de asistencia judicial mutua”*; y JIMENO BULNES, M., “Orden europea de investigación en materia penal”, en *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar* (dir. JIMENO BULNES, M.), Bosch editor, 2016, pág. 152, quien destaca *“la vocación de provisionalidad”* con la que ya nació este instrumento.

¹⁵ En cualquier caso, cabe señalar que, las Decisiones Marco introducen una serie de ventajas respecto a los convenios de asistencia judicial tradicional. En concreto, podríamos destacar tres: la judicialización del procedimiento ya que la solicitud se tramita directamente entre autoridades judiciales, lo que simplifica y acelera el procedimiento por la confianza mutua existente entre los Estados miembros; la limitación de los motivos de denegación, que pasan a estar más limitados y enumerados exhaustivamente, por lo que los motivos discrecionales quedan suprimidos; y el establecimiento de plazos en el procedimiento, lo que facilita y acelera la cooperación judicial (apartado 3.2 ficha pormenorizada adjunta a la Propuesta de DOEI).

do los mismos que los contenidos en los Convenios europeos de asistencia de judicial de 1959 y 2000. Sin embargo, se excluye la cláusula de orden público, pero se añade la protección de los derechos fundamentales conforme al derecho de la Unión y los motivos basados en el derecho interno¹⁶.

Respecto a otros rasgos característicos que abundan en la eficacia de la OEI pueden destacarse los siguientes. Existe una completa judicialización del procedimiento [arts. 2 c) y d)]. En concreto, se opta por un sistema amplio de autoridades de emisión, y es que la OEI puede ser emitida tanto por un juez, un órgano jurisdiccional, un juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate, como por cualquier otra autoridad competente, que no sea propiamente judicial, según la defina el Estado de emisión. Sin embargo, en este último supuesto dicha posibilidad está sujeta a una validación previa, por lo que, finalmente, la OEI pasa siempre por una autoridad judicial¹⁷. Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de la OEI, se deja en manos de cada Estado miembro determinar las autoridades que van a tener competencia, así como la posibilidad de designar autoridades centrales (art. 7.3).

Cabe también señalar el establecimiento de plazos máximos para la tramitación de la OEI (art. 12), así como la utilización del formulario que

¹⁶ Un estudio sobre los motivos de denegación, del reconocimiento o ejecución de la OEI tanto en la Propuesta de Directiva como en la Directiva finalmente adoptada, puede verse en, BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, en *Diario La Ley*, núm. 7992, 2012, y “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, en *Revista General de Derecho Europeo (iustel)*, núm. 36, 2015, págs. 23-26.

¹⁷ En palabras de BACHMAIER WINTER “esta opción es coherente con la diversidad legislativa en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos de los Estados que integran la Unión Europea, lo cuales no siempre exigen una previa resolución judicial, como tampoco lo ha exigido el TEDH en todo caso”. Asimismo, y respecto de que los miembros de la fiscalía también puedan emitir una OEI, dicha autora entiende que “la instrucción penal en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en la Unión Europea, está dirigida o supervisada por el Ministerio Fiscal, y la mayoría de las medidas de investigación o bien las puede acordar directamente la policía o las ordena el Ministerio público” (BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, cit., págs. 7-8).

Por su parte, según MARTÍNEZ GARCÍA “es razonable tal margen de decisión para los estados de emisión, dadas las diferentes formas de instrucción penal existente en Europea, muy generalizada en manos de Fiscalía. Se consigue así respetar las características propias de cada Estado y asegurar que los derechos fundamentales están garantizados y/o validados por una autoridad judicial” (MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La orden europea de investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 54).

aparecen en el Anexo A de la DOEI para poder emitir la misma. Dicho formulario debe ir cumplimentado y firmado, teniendo, además, que ser certificadas como exactas y correctas las informaciones en él contenidas por la autoridad de emisión (art. 5.1.I DOEI). Este es el único documento que la autoridad de emisión tiene que transmitir a la autoridad de ejecución, por lo que puede comprobarse que no es necesario remitir la resolución judicial en cuestión o, en su caso, la resolución previamente validada por una autoridad judicial¹⁸. En cualquier caso, la emisión de la OEI está condicionada a la concurrencia de tres presupuestos: necesidad, proporcionalidad y legalidad. Requisitos que tienen que ser evaluados por la autoridad de emisión (art. 6).

A la vista está que son numerosas las ventajas introducidas por este instrumento, pero hay que destacar el que puede ser el mayor obstáculo con el que se encuentre en la práctica, que a su vez dificulta la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en este ámbito. No es otro que la admisibilidad probatoria, a falta de una regulación común. Cuestión que se ha dejado a un lado desde la elaboración del Libro Verde¹⁹.

3. LA INCORPORACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Con fecha de 12 de junio de 2018, se publicó en el BOE la *Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación*²⁰. Con la presente Ley se da cumplimiento al mandato de transposición de la DOEI, incorporando la misma a través de la modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre. Aunque ello fuera

¹⁸ A estos efectos, y como señala JIMENO BULNES, nos encontramos ante la idea de crear un certificado europeo, como sucede ya por ejemplo con la orden europea de detención y entrega, que produce efectos por sí solo mediante el Anexo A, si necesidad de acompañar resolución alguna (JIMENO BULNES, M. “Orden europea de investigación en materia penal”, cit., pág. 172).

¹⁹ Sobre esta cuestión véase JIMENO BULNES, M. “Orden europea de investigación en materia penal”, cit., págs., 196-197; y ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, 2017, pág. 938.

²⁰ BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018.

de plazo, ya que la Directiva debía transponerse en los distintos Estados miembros antes del 22 de mayo de 2017²¹.

En este sentido, se modifican determinados preceptos de la Ley 23/2014 para introducir las previsiones del Derecho de la Unión Europea. Continuándose así con el sistema de inclusión y regulación en una sola norma de los instrumentos en materia de reconocimiento mutuo penales, y evitando la dispersión normativa anteriormente existente.

Por lo que a la regulación de la OEI se refiere, el apartado 22, del artículo único de la Ley 3/2018, de 11 de junio, introduce un nuevo Título X en la Ley 23/2014, sustituyendo al Título X anterior, relativo al exhorto europeo de investigación. En concreto, este nuevo Título X titulado “Orden europea de investigación en materia penal” cuenta con tres capítulos. El Capítulo I regula las Disposiciones generales de la OEI (arts. 186-187); el Capítulo II su emisión y transmisión (arts. 188-204); y el Capítulo III todo lo relativo al reconocimiento y la ejecución (arts. 205-223). Además, se sustituye el Anexo XIII de la Ley 23/2014 que se correspondía con el anexo correspondiente al exhorto, incluyendo en la modificación los anexos correspondientes a la OEI (Anexos XIII, XIV y XV). Asimismo, son de aplicación a la OEI algunas de las disposiciones de los Títulos preliminar y I de la Ley 23/2014, relativos al régimen general de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

²¹ Desde el 22 de mayo de 2017 y hasta la transposición de la DOEI, los fiscales debían atender al *Dictamen 1/17 de la Fiscal de la Sala de Cooperación Penal Internacional sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva de la Orden Europea de Investigación y sobre el significado de la expresión “Disposiciones correspondientes” que sustituye dicha Directiva*. El mismo contenía una serie de indicaciones para hacer frente a las solicitudes de asistencia internacional que se emitiesen o recibiesen en España.

Euro-orden: problemática en su aplicación por tribunales españoles

LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA
*Profesora doctora de Derecho Procesal
Universidad San Pablo CEU*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ ES Y CÓMO SE USA UNA EURO-ORDEN? 3. UTILIZACIÓN RECIENTE: PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN POR TRIBUNALES ESPAÑOLES. 3.1. Refundición de condenas. 3.2. Principio de especialidad. 3.3. Cuestiones temporales. 3.4. Entrega condicionada de nacionales. 3.5. Cuestiones derivadas de las órdenes de detención emitidas en relación al proceso de independencia de Cataluña. 4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES.

RESUMEN: La orden europea de detención y entrega es un instrumento de cooperación judicial en materia penal entre Estados de la Unión. Su uso es hoy una realidad constatable pero no libre de problemas, como ha puesto de manifiesto el caso de Carles Puigdemont. En esta comunicación se analizan las cuestiones conceptuales más relevantes y los principales obstáculos que, a la luz de la jurisprudencia española, se plantean en el uso de este mecanismo procesal.

PALABRAS CLAVES: Orden europea de detención y entrega, problemas, jurisprudencia, Cataluña.

ABSTRACT: The EAW constitutes an instrument for the judicial cooperation in criminal matters among the Member States of the European Union. Nowadays, its use is a verifiable reality, whose benefits coexist with some obstacles, as the case of Carles Puigdemont has shown. This article analyzed the main conceptual issues related to this warrant and the most relevant problems that, in the light of Spanish jurisprudence, have raised in the use of this mechanism.

KEY WORDS: European Arrest Warrant, problems, jurisprudence, Catalonia.

1. INTRODUCCIÓN

La orden europea de detención y entrega constituye uno de los mecanismos de reconocimiento mutuo entre Estados miembros de la Unión Europea, previsto en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002¹,

¹ DOCE L 190, de 18 de julio de 2002. Decisión 2002/584/JAI.

modificada parcialmente por la Decisión marco de 26 de febrero de 2009². Estas normas fueron incorporadas al Derecho español por las Leyes 2/2003 y 3/2003, de 14 de marzo³, posteriormente derogadas y actualizadas por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre⁴.

La relevancia de este instrumento procesal es innegable, ejemplo de ello es el incremento y progresivo uso que se ha hecho de esta orden: en 2005, se emitieron, en territorio de la Unión, 6.894 y se ejecutaron 836, mientras que en 2015, se emitieron 16.144 órdenes y se ejecutaron 5.304⁵.

España fue pionera utilizándola ampliamente tras su entrada en vigor y esa tendencia continúa, como ha puesto de manifiesto su empleo en relación con los presuntos implicados en el intento de independencia de Cataluña y los delitos vinculados a ese proceso. Ahora bien, ¿cómo se aplica realmente este instrumento en nuestro país? Aportar unas pinceladas al respecto y a los problemas que su aplicación práctica ha planteado es el objetivo de esta comunicación.

2. ¿QUÉ ES Y CÓMO SE USA UNA EURO-ORDEN?

Una Euro-orden es una resolución judicial dictada por un EM de la UE con vistas a la busca, captura, detención y entrega de una persona por otro EM. Su fundamento es el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, consagrado hoy en el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Su fin puede ser, bien el ejercicio de acciones penales en el Estado emisor, supuesto en que se emitiría respecto una persona que está siendo perseguida por haber cometido una infracción en dicho Estado, o bien la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad o el internamiento en centro de menores, supuesto en que se referiría a una persona procesada y condenada por la comisión de una infracción y que haya huido a otro EM, pudiendo ser el sujeto un adulto o un menor responsable penalmente.

Este instrumento, que sustituye las relaciones de Estado a Estado por las relaciones de autoridad judicial a autoridad judicial, en nuestro país ha

² DOUE L 81, de 23 de marzo de 2009. Decisión 2009/299/JAI.

³ BOE 65, de 17 de marzo de 2003.

⁴ BOE 282, de 21 de noviembre de 2014.

⁵ https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do

de ser emitido por el juez o tribunal que conoce la causa y ejecutado por el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional o el Juzgado Central de Menores (Art. 35 Ley 23/2014).

En cuanto al ámbito de aplicación material de la Euro-orden, responde a un criterio penológico que puede ser:

- El criterio de la pena abstracta, según el cual el delito ha de estar castigado, por la ley del Estado emisor, con pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses o medida de internamiento en régimen cerrado de igual duración en caso de menores, si el motivo de la orden es poder ejercitar acciones penales.
- El criterio de la pena o medida de seguridad concreta impuesta, que deberá ser, como mínimo, de 4 meses de privación de libertad o medida de internamiento en régimen cerrado de igual duración en caso de menores, cuando la orden se dicta para ejecutar una condena.

Estos criterios se combinan con la exigencia o no del principio de doble incriminación, que gira entorno a un listado de delitos concretos⁶. De esta manera, la entrega procederá sin control de la doble incriminación si los hechos que dan origen a la Euro-orden constituyen, de acuerdo con la legislación del Estado de emisión, una infracción de las contenidas en la lista y penada con una pena privativa de libertad superior a 3 años. En cambio, el Estado de ejecución podrá oponer la exigencia de la doble tipificación si los hechos no son encuadrables en ninguno de los delitos de la lista, pero están castigados conforme a los límites exigidos o, si estando en la lista, son castigados con pena inferior a 3 años de prisión.

Desde una perspectiva procedimental, solicitar una Euro-orden exige cumplimentar un formulario específico y homogéneo para todos los Estados que constituye título judicial, cuyo contenido se determina en el artículo 7 de la Ley 23/2014 y su modelo figura en el Anexo I de la misma norma. Para proceder a esta solicitud es necesario la existencia previa de una resolución judicial que ha de ser, bien una orden de detención doméstica, en caso de que la finalidad de la Euro-orden sea el ejercicio de acciones penales en el Estado de emisión, bien una sentencia firme, cuando el objetivo de la detención y entrega sea el cumplimiento de pena o medida de seguridad o internamiento establecida en dicha resolución.

⁶ Recogidos en el artículo 2.2. de la DM y en el 20 de la Ley 23/2014.

En cuanto al procedimiento en sí mismo, la legislación española reproduce el modelo planteado por la Decisión marco, que se divide en dos fases, emisión y ejecución, pero dado que no plantea problemas prácticos, no se hará referencia a él⁷.

Los motivos de denegación de una Euro-orden operan como excepciones a la aceptación y tramitación de la misma cuando, en principio, el Estado que la recibe está obligado a aceptarla y tramitarla, si se cumplen los requisitos exigidos para dar curso al procedimiento. En este extremo la Ley 23/2014 resulta quizás, un tanto confusa, si se compara con la Ley 3/2003 que seguía, casi al pie de la letra, lo previsto por la Decisión marco, por cuanto ahora entre los motivos de denegación se distinguen: unos generales, aplicables al reconocimiento mutuo de cualquier tipo de resoluciones judiciales (Art. 32) y otros específicos de una Euro-orden (Art. 48) dentro de los cuales se diferencian, a su vez, los obligatorios, que conducen al rechazo de la petición, de los facultativos, que permiten al Estado de ejecución desestimar la solicitud del Estado de emisión por los motivos que ha transpuesto a su legislación interna.

En ese sentido se puede plantear el interrogante de si esta nueva regulación es una mera técnica formal fruto de la adaptación del Derecho nacional a la normativa europea general sobre reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal o responde a otro motivo? Dilucidar esta cuestión podría ser esencial, en la respuesta podría radicar que se haya modificado o no, una vez “transpuesta” una Decisión marco, lo que en ella tenía carácter imperativo, regular el procedimiento de la Euro-orden y determinar los motivos de denegación obligatorios y facultativos. Sin embargo, aún no hay jurisprudencia que permita resolverla.

3. UTILIZACIÓN RECIENTE: PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN POR TRIBUNALES ESPAÑOLES

España, en relación con la totalidad de la UE, aplica la Euro-orden, actuando en los últimos años como se refleja en el gráfico siguiente⁸.

⁷ COM (2017) 6389, de 28 de septiembre de 2017 (p. 9 y 10).

⁸ Elaboración propia a partir de los documentos EUROPEAN COMMISSION: Commission staff working document. Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European Arrest Warrant. Year 2015, SWD (2017) 320 final. Brussels, 28 september 2017 y EUROPEAN COMMISSION: Commission staff working document. Replies to questionnaire on quantitative information on the practical

		2015		2014	
		España	UE	España	UE
Estado/s emisión ODE	ODE emitidas	655	16.144	683	14.948
	Entregas efectuadas por emisión de ODE	73	5.304	75	5.535
	Arrestos por ODE	810	10.388	876	9.824
	Plazo entrega		14.230		18.240
	Con consentimiento	8	13 (14-40)	8	15 (18-98)
	Sin consentimiento	28	48 (56-230)	27	54 (61-240)
	Procesos de entrega abiertos por ejecución ODE	984	8.797	1.049	7.709
Estado/s de ejecución ODE	Entregas efectuadas por ejecución ODE	513	6.518	515	5.388
	Con consentimiento	303	3.270	338	3.181
	Sin consentimiento	210	3.248	177	2.207
	Ejecución de ODE rechazadas:	49	712	27	726
	Ejecución en Edo ejecución	34	192	12	206
	No cumplimiento plazos	91	144	140	200
	Otras	-	215	-	192
	Ne bis in ídem	-	pocas	1	pocas
	Falta doble tipificación	2	-	3	-
	Prescripción	2	-	5	-
	Proceso pendiente	5	-	2	-
	Formulario incompleto	3	-	1	-
	Pena no > 12 meses	1	-	-	-
	Sentencia < 4 meses	-	-	1	-
	Prioridad de otra ODE	1	-	-	-
	Extraterritorialidad	-	-	1	-
	Falta información adicional	-	-	1	-
	Ejecución de ODE sobre nacionales	18	1.248	8	1.364

A la luz de la jurisprudencia más reciente consultada, los problemas prácticos que se plantean en la aplicación de la Euro-orden por nuestro país, tanto cuando actúa como Estado emisor como cuando lo hace como ejecutor, se pueden sintetizar en los siguientes:

3.1. Refundición de condenas

Las dudas suelen surgir en relación a dos cuestiones vinculadas con los plazos de privación de libertad.

Por un lado, en casos en que un sujeto es penado y preventivo al mismo tiempo, en que se plantea el abono del período pasado en prisión provisional en un EM a raíz de una entrega temporal al mismo en una causa dictada en otro EM. La regla general pasa por aplicar el abono efectivo, pero en una única causa, nunca en varias (STS 268/2013, de 13 de marzo).

Por otro lado, en cuanto a si es posible o no realizar la acumulación o refundición de condenas si un sujeto condenado en un EM es remitido a España para cumplir otra condena a raíz de la Euro-orden y, en caso afirmativo, cómo realizarla. En este sentido, en unos casos se plantean problemas de conversión de penas, en otros, divergencias derivadas de la regulación penal en vigor en cada momento y en otros, la imposibilidad de acumulación por haber sido cumplida totalmente la primera condena (SSTS 25/2016, de 28 de enero, 873/2016, de 21 de noviembre, 365/2016, de 28 de abril y AAN 10/2013, de 14 de febrero).

3.2. Principio de especialidad

En base a este principio el enjuiciamiento por delitos cometidos antes de la entrega, distintos a los que motivaron la Euro-orden se presume, siempre que el Estado de la autoridad judicial de ejecución haya notificado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable al respecto, salvo que en un caso particular dicha autoridad declare lo contrario en su resolución de entrega. En otras palabras, este principio implica que la persona trasladada a España para la ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad no podrá ser procesada, condenada, ni privada de libertad en nuestro país como consecuencia de la comisión de una infracción anterior y distinta de la que hubiera motivado el traslado, aunque se establecen numerosas excepciones.

En la práctica, esto plantea multitud de problemas, dado que es frecuente que, con respecto a internos que han sido extraditados a España para el cumplimiento de alguna pena, una vez aquí y tras tener conocimiento de que se encuentra en un centro penitenciario nacional, distintos órganos judiciales en los que ha sido condenado, remiten sus condenas para que las cumpla, sin conocer y sin tener en cuenta las condiciones de la extradición

(SAP Sevilla 99/2009, de 5 de marzo, STS 915/2012, de 15 de noviembre, STS 415/2015, de 6 de julio, STS 492/2015, de 16 de julio, STS 381/2011, de 10 de mayo, Auto de JCI, de 16 de enero de 2015).

3.3. Cuestiones temporales

Con esta expresión se pretende hacer referencia a la petición de aplicación de los derechos y garantías del imputado, derivados de las Decisiones marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre y 2009/299/JAI, de 26 de febrero, recogidos en la Ley 23/2014. En los casos planteados no podía aplicarse la legislación citada por haber sido emitida la orden de detención con anterioridad a la entrada en vigor de dichas normas (STS 873/2016, de 21 de noviembre). En este sentido resulta relevante que, hasta 2014, cada uno de los instrumentos de cooperación emitidos a nivel europeo era objeto de adaptación individual al Derecho nacional, siendo diversas las fechas de las leyes de transposición y, de ahí, los problemas temporales.

3.4. Entrega condicionada de nacionales

Nuestro país acepta ejecutar órdenes de detención que pesan sobre nacionales españoles, pero siempre condicionada a que una vez juzgado, cumpla la condena en España y, en un menor número de casos, a la aportación de información adicional para entender el motivo por el que se reclama al sujeto y las garantías que le amparan (AAN 60/2004, de 3 de junio).

3.5. Cuestiones derivadas de las órdenes de detención emitidas en relación al proceso de independencia de Cataluña

Desde el punto de vista formal, resulta relevante la problemática derivada de la oposición de Bélgica a ejecutar la orden europea por un defecto de forma, cual es la inexistencia de una orden de detención doméstica válida⁹. Es cierto que la existencia de una orden de detención a nivel interno es requisito necesario para la emisión de la orden europea, pero también que el artículo 8.1 c) de la DM sobre la Euro-orden y el Manual europeo para la emisión de euro-órdenes, se refieren a la necesidad de una “orden

⁹ EUROPE1: “Catalogne: la Belgique refuse la remise à l’Espagne de trois ex-dirigeants indépendantistes”, 16 mai 2016 <http://www.europe1.fr/international/ex-ministres-catalans-la-justice-belge-rejette-l-execution-des-mandats-darrets-3654044> (5.06.2018).

de detención o resolución judicial ejecutiva de igual fuerza”¹⁰, cuando la orden se emita a efectos de entablar una acción judicial.

En base a ello, la reflexión debe girar en torno a si el auto de procesamiento dictado por el TS¹¹, al que se vincula la Euro-orden emitida por este tribunal, podría considerarse una resolución judicial firme con el mismo efecto que una orden de detención nacional. Dado que dicho auto decreta, a su vez, la prisión provisional para varios de los procesados y que algunos de ellos se hayan, huidos de la justicia, fuera del territorio español, personalmente creo que sí y que, por ello, es entendible que el juez Llaena no emitiera la orden de detención nacional respecto a varios de los exconsejeros, especialmente cuando sobre Carles Puigdemont sí existía tal orden, si bien decretada por el JCI¹².

Para evitar obstáculos a la cooperación y el reconocimiento mutuo de resoluciones, quizás convendría recordar a los tribunales belgas, las Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-241/15, Bob-Dogi y C-453/16 PPU, Özçelik y, a los españoles, que en ningún caso hasta ahora se había emitido una orden europea sin una orden nacional de busca y captura o requisitoria y que, si se plantean establecer la equivalencia entre auto de procesamiento con prisión provisional y orden de detención, se necesita tiempo para que esta pauta sea aceptada y arraigue en la esfera europea.

Desde el punto de vista de fondo, el planteamiento realizado por Alemania responde al auténtico inconveniente de la Euro-orden, aceptar la entrega de un ciudadano cuando el delito por el que se le reclama exige un control de doble tipificación. Más allá de la problemática jurídica que ello ha planteado en el caso de Puigdemont, subyace la falta de homogeneidad penal en los ordenamientos jurídicos de la UE que justifica que, en estos supuestos y a la luz de los hechos descritos en el formulario de una Euro-orden, dichos hechos deban ser evaluados conforme al Derecho penal del país de ejecución para, en función de cómo encajen en la calificación jurídica del Derecho nacional, proceder a la entrega del sujeto o a la alegación de motivos de denegación. Se esté o no de acuerdo con la decisión que tome Alemania, lo que debe plantearse es cómo reaccionarían las autoridades judiciales españolas en un caso parecido y, personalmente, considero que se procedería a analizar los hechos conforme a la tipificación de nuestro Código Penal.

¹⁰ COM (2017) 6389, de 28 de septiembre de 2017 (p. 16 a 19).

¹¹ Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, causa especial n° 20907/2017.

¹² Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 3 de Madrid, de 3 de noviembre de 2017, pieza de situación personal000082/2017 0005.

4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

En la actualidad la Euro-orden es un instrumento de cooperación judicial entre EM de la Unión Europea que se encuentra adaptada a los ordenamientos nacionales, pero sin que ello implique que su funcionamiento esté libre de problemas.

Si bien su ejecución es un éxito en numerosos casos, se produce de manera automática y con consentimiento del reclamado, su proceso genera dificultades. En este sentido, los tribunales españoles tienen que interpretar el contenido de la legislación de aplicación de la normativa europea sobre la Euro-orden y sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que la fundamenta, dando lugar a variada jurisprudencia al respecto, tanto de tribunales de instancia, en tanto que instructores, como de la Audiencia Nacional, en cuanto órgano ejecutor y del Tribunal Supremo en vía de recursos.

Tal jurisprudencia ayuda, en primer lugar, a conocer y mejorar el funcionamiento y la aplicación de este tipo de órdenes de detención y, en segundo lugar y de manera indirecta, a reforzar los mecanismos de cooperación judicial. Sean cuales sean los resultados alcanzados, la realidad es que el mero hecho de estar discutiendo aspectos materiales y procesales derivados de la normativa nacional sobre la Euro-orden es reflejo de la correcta adaptación del derecho español al europeo, siendo la interpretación que al respecto se realiza el verdadero valor añadido de un Espacio Judicial Europeo.

Capítulo 23

Especialidades procesales de la acción de daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia. En particular, el efecto vinculante de la resolución que declara la infracción y la prueba de las defensas *passing-on*¹

MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EFICACIA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES FIRMES EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 3. LA PRUEBA DE LAS DEFENSAS *PASSING-ON* EJERCITADAS POR EL DEMANDADO INFRACTOR. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, transpuso la Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Este trabajo se centra en dos de las medidas procesales que incorpora el Real Decreto a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. En primer lugar, se analiza el efecto vinculante de la resolución administrativa o jurisdiccional que declara la infracción de las normas de competencia sobre la resolución del órgano jurisdiccional civil que debe resolver la procedencia de la indemnización por los daños ocasionados, supuesto de prejudicialidad no contemplado en el art. 42.3 LEC. En segundo lugar, se alude a la regla probatoria que el Real Decreto establece sobre las *defensas passing-on*, que reciben el tratamiento de hechos impeditivos y, en consecuencia, es el demandado quien ha de acreditar que el demandante repercutió los daños sobre clientes o consumidores finales.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, prejudicialidad, defensas *passing-on*, carga de la prueba.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación DER2017-87516-P (financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad) y AICO/2017/146 (financiado por la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana).

ABSTRACT: The Royal Decree 9 of 26 May 2017 implemented the Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the Competition Law provisions of the Member States and of the European Union. This paper focuses on two of procedural measures that have been incorporated by the Royal Decree into the Defense of Competition Act. Firstly, is analyzed the binding effect of administrative and judicial decision that declares the infringement of Competition Law on the civil court decision about the damages as case of preliminary ruling not covered by article 42.3 Civil Procedural Act. Secondly, paper refers to special evidence rule provided in the Royal Decree about called passing-on defenses, that are considered as impeditive facts and, therefore, the defendant has the burden of proving that the claimant doesn't suffer loss because he passed on damages to his costumers or final consumers.

KEY WORDS: Competition law, preliminary ruling, passing-on defenses, burden of proof.

1. PLANTEAMIENTO

Las conductas colusorias son una de las preocupaciones centrales de la Unión Europea, por cuanto limitan el libre mercado, sobre el que tienen importantes repercusiones y, en último término, pueden afectar también gravemente a los consumidores. La Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, prevé interesantes medidas para reforzar la lucha de los Estados miembros frente a acuerdos ilícitos y frente a otro tipo de actividades empresariales que incurran en alguna de las conductas anticompetitivas previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) o 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, medidas que el legislador español ha incorporado a esta última ley mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, dando un paso más en la armonización de la legislación europea en materia de competencia. De entre las medidas de naturaleza procesal, resultan especialmente interesantes las relativas al carácter vinculante de las resoluciones de los órganos competentes (administrativos y jurisdiccionales) para declarar la infracción de las normas de competencia en el orden jurisdiccional civil a los efectos de determinar la procedencia de una indemnización por los daños ocasionados (art. 75 de la Ley 15/2007, que trae su causa en el art. 9 de la Directiva), así como las relativas a la prueba de tales daños, por cuanto en el ámbito de las llamadas *defensas passing-on* se considera oportuno excepcionar las reglas probato-

rias generales para hacer recaer sobre el demandado la acreditación de que el demandante repercutiese los posibles daños sobre sus clientes y, en definitiva, sobre los consumidores finales, en cuyo caso no procedería la condena al no constatarse el daño invocado (art. 76 de la Ley 15/2017, que transpone el art. 13 de la Directiva).

Respecto de ambas cuestiones ya se había pronunciado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la STS 651/2013, de 7 de noviembre (ponente: Sr. Sarazá Jimena), en la que, anticipándose a la reforma del Derecho de la competencia que se avecinaba con la entonces propuesta de Directiva, se puso de manifiesto el carácter vinculante en el ámbito civil de la infracción declarada en vía contencioso-administrativa y la necesidad de que sea el demandado quien pruebe que la actividad empresarial declarada anticompetitiva no produjo daños indemnizables, por ejemplo, porque el demandante los repercutió sobre sus clientes.

2. EFICACIA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES FIRMES EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El análisis del efecto vinculante que una resolución firme puede producir en un procedimiento seguido ante un órgano de otro orden jurisdiccional (supuesto de hecho previsto en el art. 75 de la Ley 15/2007) debe realizarse teniendo en cuenta –junto a las evidentes razones de seguridad jurídica²– el ineludible principio de especialización, que sin duda justifica la necesidad de respetar lo dispuesto en la resolución firme que proviene del órgano competente para resolver sobre la concreta cuestión a la que se pretende vincular al segundo órgano³ (en este caso, la decisión sobre la

² En virtud de las cuales debe evitarse que unos mismos hechos se declaren existentes y no existentes por distintos órganos del Estado. Doctrina constitucional consolidada a día de hoy (reproducida más recientemente, por ejemplo, en la STC 192/2009, de 28 de septiembre y asumida por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en la STS, Sala 1ª, 341/2017, de 31 de mayo), cuyo origen se encuentra en la STC 77/1983, de 3 de octubre y que en la STC 158/1985, de 26 de noviembre, aparece como fruto de una ponderación previa entre la independencia judicial y el principio de seguridad jurídica que en estos casos ha de resolverse a favor de este segundo: “*si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismo hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*”.

³ Sobre ello, extensamente, véase ASECIO MELLADO, J. M.^a, *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

existencia de una infracción de Derecho de la competencia). Nos encontramos ante un supuesto muy cercano al del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada previsto en el art. 222.4 LEC, que únicamente puede plantearse entre resoluciones del orden jurisdiccional civil, puesto que, tratándose de pretensiones planteadas ante distintos órdenes jurisdiccionales, no se presenta la identidad objetiva requerida para apreciar tal efecto, sino que las pretensiones ejercitadas son necesariamente distintas (en este caso, una pretensión declarativa y de condena al pago de una multa ante los órganos administrativos o del orden contencioso-administrativo y una acción de daños y perjuicios ante los órganos del orden civil).

Esta situación fue abordada por la interesante STS 651/2013, de 7 de noviembre, meses antes de la aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que en aquel momento era solo un proyecto, pero que sin duda sirvió de guía al Tribunal Supremo para resolver de manera certera el recurso de casación.

El caso que dio lugar a la citada sentencia, conocido como el del “cártel del azúcar”, se originó como consecuencia de la imposición de cuantiosas multas por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) a los productores de azúcar para uso industrial al concluir que habían alcanzado acuerdos prohibidos a mediados de los años noventa para incrementar indebidamente el precio del azúcar. La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional confirmó las sanciones impuestas a las sociedades implicadas en el cártel y la Sala Tercera del Tribunal Supremo confirmó, a su vez, las sentencias de la Audiencia Nacional, que devinieron firmes. Frente a Ebro Puleva (actualmente Ebro Foods S.A.), una de las empresas azucareras, se interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios por parte de varios productores de dulces y bollería industrial que afirmaban haber sufrido importantes daños ocasionados por la subida de precios declarada colusoria por el Tribunal de Defensa de la Competencia y por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo. Una acción civil que fue estimada parcialmente en primera instancia (con una disminución sustancial de las indemnizaciones que habían sido solicitadas) y que la Audiencia Provincial desestimó al anular la condena del Juzgado de Primera Instancia por considerar que el incremento de los precios se había debido a una negociación individual de la demandada con cada una de las empresas demandantes, obviando, por tanto, la declaración de infracción emitida por los órganos –administrativos y jurisdiccionales– competentes en la materia.

No cabe duda de que la regulación de la prejudicialidad no penal en el art.42 LEC permite que los tribunales civiles se pronuncien con efectos meramente prejudiciales sobre materias cuyo conocimiento corresponda a otros órdenes jurisdiccionales, tal y como sucede con la infracción de las normas de defensa de la competencia (en cuyo caso, sus decisiones solo surten efectos en el seno del procedimiento en el que se adopten), pero en modo alguno dicho precepto les autoriza a desconocer una resolución previa del órgano competente que constituya un antecedente lógico de sus resoluciones, tal y como sucede cuando se ejercita una acción civil resarcitoria tras la declaración de infracción proveniente del Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que ha sido, además, confirmada por los órganos de lo contencioso-administrativo⁴. En estos casos, y si bien no estamos en sentido estricto ante el efecto positivo de la cosa juzgada, tal y como ya se ha anticipado, lo cierto es que la sentencia previa despliega un efecto vinculante sobre el segundo procedimiento que ha de conducir al juez o tribunal que esté conociendo del asunto a respetar la declaración de hechos probados contenida en la primera sentencia (y también su calificación como conducta infractora de las normas de competencia), de modo que el juez civil no puede discutir los hechos de los que proviene la reclamación de daños, sino que solo le está permitido valorar si de tales hechos se derivan o no los daños invocados por el demandante⁵.

Así lo estimó el Tribunal Supremo en el caso comentado, lo que le condujo a anular la sentencia de la Audiencia Provincial por apartarse indebidamente y sin motivación alguna de la declaración de hechos probados de la sentencia firme que confirmaba las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando las más elementales exigencias de seguridad jurídica debían llevarle a aceptar tales hechos. El Tribunal Supremo dejó la puerta abierta a la posibilidad de obviar tal declaración de hechos probados en circunstancias excepcionales y, por tanto, estimó que la aceptación de los hechos probados no ha de ser automática, situación que la transposición de la directiva no contempla, por cuanto el art. 75.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, es taxativo y tajante al indicar que “La

⁴ Lo que se conoce como acciones *follow-on* o acciones *consecutivas*, por cuanto tienen su origen en la decisión previa de un órgano competente en materia de defensa de la competencia.

⁵ Sobre ello, extensamente, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, núm. 1, pp. 146 y ss.

constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español⁶. Es decir, en modo alguno cabe apartarse de la declaración de hechos probados cuando esta confirma la existencia de una infracción. Solo en el caso de resoluciones sobre infracciones de las normas de defensa de la competencia que provienen de las autoridades competentes de otros Estados miembros se le permite al juez español apartarse de la declaración de hechos probados, por cuanto el art. 75.2 de la citada ley le exige partir de la presunción de existencia de la infracción declarada por las autoridades, pero sin que ello suponga que se le impide llegar a otras conclusiones, por cuanto le indica que así ha de hacerlo “salvo prueba en contrario”, circunstancia que cabe asimilar a la existencia de otras pruebas que no fueron valoradas por la autoridad administrativa o contencioso-administrativa que declaró la infracción.

Nada se dice en el art. 75 del eventual efecto vinculante de una declaración de licitud de las actividades de empresas sometidas a un expediente por posibles infracciones de normas de defensa de la competencia. Al respecto, considero que es viable que el juez civil pueda pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad extracontractual del demandado y, por tanto, sostener otra calificación jurídica de los hechos que conduzca a dictar una sentencia condenatoria al margen del pronunciamiento dictado en materia de competencia. Y es que, en mi opinión, las coordenadas que delimitan el análisis de la vinculación del juez civil a resoluciones firmes provenientes de otros órdenes jurisdiccionales son, al menos, las siguientes cuatro: a) la primera es la ya aludida seguridad jurídica, en tanto valor constitucional digno de protección al que se orienta decididamente el carácter vinculante de resoluciones judiciales previas; b) la segunda es la que ofrece el principio de unidad jurisdiccional, que no ha de resultar afectado por la existencia de distintos órdenes especializados *ratione materiae* en los que se articula el ejercicio de la potestad jurisdiccional, con la coexistencia de procedimientos diseñados a partir de principios a veces contradictorios y con procedimientos probatorios solo en parte coincidentes con los vigen-

⁶ Sobre el origen del art. 9 de la Directiva, del que trae causa lo dispuesto en el art. 75 de la Ley 15/2007, véase CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, N° 2, pp. 120 y ss.

tes en el resto de órdenes jurisdiccionales; c) la tercera es la libertad de enjuiciamiento que se deriva de la independencia como garantía de jueces y magistrados sometidos exclusivamente a la ley y soberanos en la función de determinar los hechos y de aplicar el Derecho al caso concreto⁷ y d) la cuarta y última coordinada es la que se refiere a los efectos limitadores de las garantías de contradicción y defensa para las partes procesales que supone la vinculación, por lo que es preciso ser cauteloso y garantizar que en todo caso se produzca una identidad subjetiva entre ambos procesos, de manera que las partes hubieran podido ejercitar tales derechos en toda su extensión en el primero de los procesos y que no se produzca una extensión, directa o indirecta, del efecto vinculante a otras partes personadas en el segundo procedimiento que no lo fueron en el primero⁸. Estas coordinadas proporcionan un escenario sin duda complejo para alcanzar soluciones claras y unívocas al problema de la vinculación a resoluciones judiciales firmes que provienen de otros órdenes jurisdiccionales, si bien ofrecen un contexto que favorece llegar a soluciones realistas y flexibles que alberguen de forma pacífica y coherente todos los intereses en conflicto.

Por lo que respecta al tratamiento procesal del efecto vinculante de la sentencia que declara la infracción del Derecho de la competencia, este es lo suficientemente flexible como para permitir que se evidencie –tanto de oficio como a instancia de parte– la existencia del enjuiciamiento previo en cualquier momento del procedimiento, a fin de incorporar a la causa la resolución que declara la infracción y que ha de vincular al juez o tribunal que esté conociendo del asunto y, en definitiva, evitar así actuaciones totalmente improcedentes contrarias a la más elemental economía procesal. Es más que consolidada la jurisprudencia que niega el efecto preclusivo de su invocación fuera de los momentos previstos en las leyes procesales, poniendo así de manifiesto la posibilidad de hacer valer la resolución en cualquier momento del procedimiento⁹, lo que se hará constar en la sentencia de fondo, sin que –a diferencia de lo que sucede con la invocación del efecto

⁷ A ella se refiere el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala 2ª 62/2013, de 29 de enero recordando, a su vez, la STC 158/1985, de 26 de noviembre, si bien indica al tiempo que no es razón suficiente para limitar la eficacia vinculante de las resoluciones judiciales en procesos futuros.

⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 175.

⁹ Sobre la invocación del efecto vinculante de la cosa juzgada, situación asimilable a la aquí planteada, pueden verse las SsTS (todas ellas de la Sala 2ª) 522/2002, de 21 de marzo, 1606/2002, de 3 de octubre, 1677/2002, de 21 de noviembre, 1333/2003, de 13 de octubre, 348/2004, de 18 de marzo y 690/2005, de 3 de junio.

negativo de la cosa juzgada– provoque una finalización anticipada de las actuaciones¹⁰.

3. LA PRUEBA DE LAS DEFENSAS *PASSING-ON* EJERCITADAS POR EL DEMANDADO INFRACITOR

Anticipándose también a lo que meses después sería el contenido de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, la STS 651/2013, de 7 de noviembre, concluye que la condena al pago de los daños y perjuicios no solo se hace depender de la existencia de una infracción declarada por los órganos competentes, sino de la constatación de la existencia de un daño causado a los demandantes, que se supone existente cuando, como en este caso, los demandantes tuvieron que comprar el azúcar a un precio superior al que hubiera resultado en una situación de libre competencia. Estima, pues, que el daño se presume ante la declaración de una conducta infractora (no así su entidad concreta y cuantificación, cuya prueba sigue correspondiendo al demandante), de manera que el demandado que invoca defensas basadas en la repercusión de la subida de precios sobre los clientes de los demandantes (conocidas como defensas *passing-on*) tiene también la carga de probarlas, pues actúan a modo de hechos impositivos de la pretensión (art. 217.3 LEC). No habla expresamente el Tribunal Supremo de la presunción de existencia de daños derivada de la infracción declarada, pero sin duda se deriva tal efecto de las afirmaciones que se realizan en el fundamento jurídico quinto, lo que viene a coincidir con lo establecido en el art. 76.3 de la Ley 15/2007 para los casos de cárteles, en los que se establece la presunción de la causación de un daño, cuyo efecto directo consiste en liberar al demandante de la prueba de la existencia del daño y en trasladar al demandado la carga de la prueba de lo contrario, esto es, de la existencia de circunstancias que impidan entender que el demandante haya sufrido las consecuencias negativas de la conducta anticompetitiva.

4. CONCLUSIONES

Las medidas procesales incorporadas por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo a la Ley 15/2007, de 3 de julio y aplicadas antes incluso

¹⁰ Sobre ello, más extensamente, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 288 a 292.

de su incorporación a la Directiva de 2014 por la STS 651/2013, de 7 de noviembre¹¹, pueden valorarse positivamente a la luz del objetivo para el que fueron planteadas. La defensa del libre mercado frente a conductas gravemente perjudiciales para los intereses económicos de la UE y para los consumidores requiere que estas sean abordadas coordinadamente desde el doble frente de la imposición de sanciones administrativas y, en su caso, de la condena por daños y perjuicios a favor de las empresas que hayan podido resultar afectadas por conductas colusorias. Para ello, medidas de naturaleza procesal como el establecimiento expreso del carácter vinculante de la decisión que declara la infracción de normas de competencia y la imposición al infractor demandado de la carga de acreditar en vía civil que el demandante repercutió los posibles daños sobre terceros (y, en particular, sobre los consumidores) vienen a reforzar sin duda el régimen de protección frente a intolerables conductas anticompetitivas.

¹¹ Y confirmadas –en el caso del efecto vinculante de la resolución contencioso-administrativa previa– por la STS 634/2014, de 9 de enero de 2015, en la que se hablar de su efecto “condicionante o prejudicial”.

Eficacia transfronteriza del trámite de acuerdo extrajudicial de pagos en relación con procesos extranjeros conforme a la normativa europea¹

GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RECONOCIMIENTO DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL EN RELACIÓN CON PROCESOS DE EJECUCIÓN SINGULAR EN OTROS ESTADOS MIEMBROS. 3. EL TRÁMITE DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y LA APERTURA DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SECUNDARIOS. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El propósito de esta comunicación es analizar los efectos de la apertura en España para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos sobre procesos de ejecución tramitados en otro Estado miembro con arreglo al Reglamento (UE) 2015/848.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo extrajudicial de pagos, eficacia transfronteriza.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the effects of opening in Spain negotiations to achieve an out of court payment agreement over enforcement proceedings conducted in another Member State according to Regulation (EU) 2015/848.

KEY WORDS: Out of court payment agreement, Cross border effects.

1. INTRODUCCIÓN

De modo claramente divergente a como fue concebida en 2003, la vigente Ley Concursal (LC) contempla una pluralidad de cauces para afrontar situaciones de insolvencia actual o inminente de un deudor. Al vehículo

¹ Actividad enmarcada en el proyecto de investigación DER2017-85675-R, “Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional”, y en la Red temática DER 2016-81752-REDT, financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad.

propriadamente jurisdiccional del proceso concursal, se han ido uniendo desde 2009 instrumentos diversos, y en principio tendentes a evitar el concurso, en los que la intervención del órgano jurisdiccional es de intensidad considerablemente menor.

Entre tales instrumentos, el acuerdo extrajudicial de pagos es el procedimiento de más reciente incorporación a nuestro sistema –arts 231 y ss. de la LC–, y se ha diseñado como un procedimiento de mediación singular conforme al cual el deudor y sus acreedores, con la asistencia de un tercero –el mediador concursal–, tratan de llegar a un acuerdo por sí mismos sobre el modo de saldar las deudas del primero.

Las peculiaridades de esta mediación en materia de insolvencia, si la comparamos con la mediación que generalizadamente se toma como referencia, es decir, la regulada en la Ley 5/2012, se observan en diversos aspectos y elementos.

Por una parte, la aplicación de los principios informadores, esto es, voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad (arts. 6 a 9 de la Ley de Mediación), se altera considerablemente²; cuando no se suprime, como es el caso de la confidencialidad si al procedimiento del acuerdo extrajudicial le sucede un concurso consecutivo, según prescribe el art. 242.2.2^a de la LC.

² Sirvan para constatar esta afirmación algunos ejemplos. Desde la perspectiva de la voluntariedad, no todos los deudores pueden, aunque quisieran, acudir a este método de resolución de conflictos, sino solo los que reúnan las características del art. 231. Tampoco todos los acreedores pueden adscribirse al intento de negociación, pues quedan excluidos los de derecho público y las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Aquellos sujetos que sí pueden acceder a este método reciben incentivos para hacerlo (un régimen más beneficioso de segunda oportunidad, en el caso del deudor) o, incluso, sanciones por no intentarlo (la subordinación del crédito del acreedor que se mantenga completamente inactivo ante una solicitud de mediación). Por lo que hace a la imparcialidad del mediador, es de notar que, con acierto, el régimen jurídico para controlarla es más riguroso que el de la Ley de Mediación, ya que el art. 233 dispone que se apliquen las normas sobre nombramiento de expertos independientes. Consideramos entonces que no rige para el mediador concursal el discutible apartado 5 del art. 13 de la Ley de Mediación, conforme al cual, aun concurriendo alguna circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad, el mediador podría asumir la mediación si las partes lo consienten expresamente y el mediador asegura poder hacerlo con total imparcialidad. Y, finalmente, desde la óptica de la neutralidad, es más que discutible que el papel del mediador concursal deba ser neutral cuando el deudor es un consumidor y sus acreedores empresarios. Sobre estas cuestiones me he pronunciado con más detenimiento, en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, TOMÁS TOMÁS, “Out of Court Payment Agreement, a Sui Generis Mediation in Insolvency Matters in Spain”, *Transnational Dispute Management*, vol 14, cuaderno 4, noviembre 2017.

Por otro lado, desde la perspectiva de la finalidad perseguida, las diferencias con la mediación “clásica” son también muy relevantes. En efecto, la trascendencia de iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos va en muchas ocasiones más allá de pretender llegar a una solución consensuada sobre el modo de hacer frente al pago de las deudas. Así, la mera apertura de las negociaciones, una vez comunicada al juez³, evita el inicio de ciertas ejecuciones singulares y produce efectos suspensivos sobre algunos procesos de ejecución que se hallen pendientes (art. 235.2.). Impide, además, la declaración de concurso del deudor durante un cierto periodo de tiempo (art. 235.5)⁴. Por otra parte, si se alcanzase un acuerdo merced al voto favorable de una importante mayoría, su vinculación puede extenderse a acreedores que no lo hayan suscrito; incluso a acreedores con garantía real (arts. 238 y 238 bis). Y, en tercer lugar, el fracaso en la consecución del acuerdo o, alcanzado éste, el incumplimiento, aun abocando al concurso consecutivo, permite al deudor persona física, si se produjera la liquidación de su patrimonio⁵, acceder a un régimen de exoneración de deudas sensiblemente más favorable que el que resultaría de aplicación de no haberse intentado el acuerdo extrajudicial (art. 178 bis 3.3º y 4º). Suspensión de las ejecuciones durante la negociación, extensión del contenido del acuerdo a terceros y exoneración de deudas tras la liquidación, y todo ello *ope legis*, son, desde luego, objetivos que van mucho más allá de la mera pacificación mediante acuerdo del conflicto jurídico entre el deudor y sus acreedores.

Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos (insolvencia de personas físicas, comerciantes o no, con un pasivo inferior a 5 millones de euros y de personas jurídicas con menos de cincuenta acreedores, así como un pasivo y un activo inferior a cinco millones de euros), y el constante crecimiento de la actividad económica transfronteriza de los sujetos que pueden intentar este tipo de acuerdos, se pretende en este trabajo dar respuesta a una situación perfectamente rea-

³ Concretamente, al que en su caso hubiera de ser competente para la declaración de concurso.

⁴ Es cierto que el intento de una mediación ajustada al régimen de la Ley 5/2012 también impide la iniciación de procesos en relación con lo que sea objeto de mediación, pero solo si existiera un compromiso previo de someterse a mediación, es decir, en la medida en que exista un acuerdo expreso de las partes al respecto, algo que en modo alguno se requiere en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos. Por otra parte, el régimen de la citada ley no impide la adopción de medidas cautelares; el art. 235 de la LC, sin embargo, sí prohíbe expresamente anotaciones de embargos o secuestros.

⁵ Tal liquidación solo se impone normativamente en los concursos consecutivos de persona física no empresario (art. 242 bis.10º).

lizable, a saber: que un deudor con patrimonio y/o deudas (obligaciones) pendientes de pago en el extranjero pueda estar interesado en solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos y se plantee qué efectos tendrá más allá de las fronteras del Estado español en relación con procesos ya iniciados o que se pudieran iniciar en otros países de la UE sometidos al ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Procedimientos de Insolvencia.

Debe quedar constancia, como punto de partida, de que la Ley Concursal guarda silencio acerca de la posible eficacia transfronteriza que pueda tener un acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado en España. Ni las normas de Derecho internacional privado ubicadas en el Título IX, (arts. 199 y ss.), ceñidas, por lo que al procedimiento abierto en España se refiere, al concurso, ni las del Título X, centradas en el acuerdo extrajudicial de pagos, hacen referencia alguna a la situación descrita. Por el contrario, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Procedimientos de Insolvencia sí contiene previsiones al respecto⁶. Como es sabido, este texto normativo se aplica a los procesos de insolvencia iniciados a partir del 26 de junio de 2017⁷ respecto de deudores que tengan el centro de sus intereses principales en la Unión Europea, con excepción de Dinamarca⁸. De conformidad con los artículos 1.1 y 2.4 y el anexo A, el acuerdo extrajudicial de pagos es considerado expresamente como un procedimiento de insolvencia y se encuentra, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento⁹. Además, según prescriben el art. 2.5 y el Ane-

⁶ Se manifiesta crítico al respecto CARRASCO PERERA, “Los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento Europeo de Insolvencia: el caso español”, *Actualidad Gómez Acebo y Pombo*, septiembre 2015. Accesible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/los-procedimientos-de-preinsolvencia-en-el-reglamento-europeo-de-insolvencia-el-caso-espanol.pdf>. A juicio del autor, lo único aplicable del Reglamento es la previsión sobre el centro de intereses principales del deudor y que la competencia judicial y la ley aplicables siguen criterios de universalidad propios de los procesos concursales clásicos.

⁷ Art. 84. El art. 92 contiene algunos matices sobre el ámbito temporal de aplicación, pero no son trascendentes para el tema que aquí nos ocupa.

⁸ Considerando 88. Tanto el Reino Unido como Irlanda comunicaron expresamente su voluntad de someterse al Reglamento (considerando 87), aunque el proceso de desconexión que está llevando a cabo el primero puede que implique la exclusión de dicho Estado del ámbito de aplicación del Reglamento. Sobre dicho extremo, CARBALLO PIÑEIRO, “La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 27, segundo semestre de 2017, ref. La Ley 8185/2017.

⁹ Lo están también el concurso, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación y el procedimiento de negociación pública para la consecución de acuer-

xo B, el mediador concursal ha de equipararse al administrador concursal, de modo que todas las referencias hechas a éste en el Reglamento deben considerarse realizadas también respecto de los mediadores concursales.

Sin perjuicio de que el Reglamento comunitario resulte aplicable en su totalidad a los acuerdos extrajudiciales de pagos a los que se pretendiera conferir una dimensión transfronteriza, consideramos que ciertos preceptos de dicha norma resultan especialmente trascendentes respecto del tema que nos ocupa y, por lo tanto, en ellos vamos a centrar primordialmente nuestra atención. Tales preceptos son: los arts. 19, 20, y 32, acerca del reconocimiento de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia y otras resoluciones ulteriores; el art. 18, sobre los efectos del procedimiento de insolvencia respecto de procedimientos en curso o procesos arbitrales en curso, y el art. 8, relativo a los derechos reales de terceros que recaigan sobre bienes situados en territorio de otro Estado miembro. Sobre esta base normativa se analiza en esta comunicación el alcance de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos que tenga la consideración de procedimiento principal en relación con procesos jurisdiccionales relativos al deudor que se hubieran de sustanciar fuera de España.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL EN RELACIÓN CON PROCESOS DE EJECUCIÓN SINGULAR EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

Dispone el art. 19 del Reglamento que toda resolución de apertura dictada por un órgano jurisdiccional¹⁰ competente de un Estado miembro en virtud del art. 3 será reconocida por los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. En similar línea, el art. 20 comienza determinado que los efectos transfronterizos de dicha resolución de apertura serán los mismos en cualquier Esta-

dos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

¹⁰ De conformidad con el art. 2.6, el término órgano jurisdiccional ha de ser concebido aquí en un sentido amplio, es decir, alusivo a cualquier autoridad competente de un Estado miembro facultada para abrir un procedimiento de insolvencia, para confirmar dicha apertura o para adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Registradores, notarios y cámaras de comercio parece que han de ser concebidas como órgano jurisdiccional en este contexto.

do miembro que los que genere a nivel interno mientras no se abra un procedimiento secundario. La Ley aplicable al procedimiento de insolvencia, además, según el art. 7, es la del Estado de apertura, y es la que determina el régimen a seguir en todas las cuestiones que se enumeran en el apartado 2 de dicho precepto. Cuestiones entre las que se encuentran los efectos sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso.

La aplicación aislada de estos preceptos del Reglamento en relación con el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos permitiría concluir que, más allá del nombramiento de un mediador concursal y del acuerdo al que el deudor pueda llegar con los acreedores que estén dispuestos a suscribirlo, la mera tramitación del expediente generaría otros importantes efectos adicionales fuera de nuestras fronteras.

Concretamente, siguiendo lo establecido en el art. 235.2, en cuanto se comunicase la apertura de las negociaciones al juzgado¹¹, durante un plazo máximo de tres meses no se podrían iniciar ni continuar¹² en ningún Estado miembro por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo (es decir, excluidos los de Derecho público) ejecuciones sobre bienes integrantes del patrimonio del deudor, salvo ejecuciones basadas en un derecho real de garantía. Si el derecho real de garantía recayese sobre un bien necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor o sobre su vivienda habitual, podría iniciarse el proceso, si bien quedaría paralizado durante dicho plazo. Si la garantía recae sobre cualquier otro tipo de bien, el art. 235 no pone obstáculo alguno a la ejecución, judicial o extrajudicial. Tampoco cabría, además, llevar a cabo anotaciones registrales de embargos o secuestros derivados de esos procesos de ejecución pendientes [art. 235.2 a) segundo párrafo].

Sin embargo, las previsiones de los artículos del Reglamento mencionados no son más que reglas generales, y están plagadas de excepciones en otros artículos de dicho texto normativo, hasta el punto de que, en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos, es difícil saber cuál va a ser el campo de aplicación de tales reglas generales.

Por un lado, por lo que se refiere a los procesos de ejecución ya iniciados y que no se basen en un derecho real de garantía, del art. 18 del Re-

¹¹ Tal comunicación ha de tener lugar, dispone el art. 233.3, una vez que el mediador concursal acepte el cargo.

¹² Es verdad que el art. 7 limita la ley aplicable a las ejecuciones aún no iniciadas, pero la eficacia plena que tanto a las resoluciones de apertura como las de desarrollo tienen en virtud de los arts. 19, 20 en su inicio y 32 llevarían a la plena vigencia del art. 235 de la LC en cualquier Estado miembro.

glamento cabe inferir que los efectos que el procedimiento de insolvencia despliegue se rigen por la ley del lugar donde se sustancie la ejecución singular¹³. No opera, por tanto, el art. 235.2 a) de la Ley Concursal, sino las normas del Estado en que tal proceso se desarrolla, de modo que la suspensión de ejecuciones jurisdiccionales pendientes como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero solo tendrá lugar si así lo contempla, y durante el tiempo que lo prevea, la ley del Estado de tramitación del proceso en cuestión. Por otra parte, en lo atinente a las anotaciones registrales de embargos o secuestros derivados de dichos procesos, prevalece igualmente la ley del Estado del proceso pendiente, y no lo que dispone el art. 235.2 a) en su segundo párrafo.

En relación con procesos de ejecución aún no iniciados (también dejando de momento al margen los que se basen en derechos reales de garantía), las previsiones del Reglamento son susceptibles de interpretaciones diversas, con la inseguridad jurídica que ello conlleva. Si, por una parte, tanto el art. 7.2.f como el 20.1 permiten deducir que es la Ley española la que, una vez abierto el procedimiento de acuerdo extrajudicial, resulta determinante a tales efectos, el apartado 2 del art. 20, con la contundente sentencia “cualquier limitación de los derechos de los acreedores, en particular, un aplazamiento de pago... solo podrá oponerse, por lo que respecta a los bienes situados en el territorio de otro Estado miembro, a los acreedores que hayan manifestado su consentimiento”, siembra la duda. Pues impedir el inicio de un procedimiento para reclamar un crédito durante un periodo de tiempo es, evidentemente, un aplazamiento de pago. Es verdad que esa contundente oración se encuentra a continuación de otra referida a procedimientos de insolvencia territoriales¹⁴, pero también lo es que la expresión “cualquier limitación... solo podrá oponerse” lleva a la conclusión de que no se puede retrasar el inicio de procesos de ejecución en el extranjero en la medida en que se ciñan a bienes del deudor situados fuera de España.

¹³ Dispone el mencionado precepto que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral. Adviértase que el art.18 no precisa el tipo de proceso, lo que obliga a incluir en su supuesto de hecho tanto a los procesos declarativos como a los de ejecución.

¹⁴ Concretamente dispone el primer inciso del art. 20.2 que los efectos de un procedimiento de insolvencia territorial no pueden impugnarse en los demás Estados miembros. Norma cuya relación con la contenida a continuación en el mismo apartado es difícil de discernir.

Por lo que a los procesos basados en el ejercicio de derechos reales de garantía se refiere, se une a lo dispuesto en el art. 18 lo prescrito para este tipo de derechos en el art. 8, conforme al cual, la apertura del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos no puede afectar a tal derecho si recae sobre bienes del deudor que se encuentren en el territorio de otro Estado miembro¹⁵. Por lo tanto, con independencia de la naturaleza del bien sobre el que recaiga la garantía (es decir, aun tratándose de un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional o de la vivienda habitual del deudor¹⁶), su ubicación en el extranjero protege al titular del derecho en la tramitación del proceso de ejecución singular aunque se inicie en España un acuerdo extrajudicial de pagos.

Es importante tener en cuenta que el apartado 3 del art. 8 concibe como derecho real cualquier derecho inscrito en un registro público y oponible frente a terceros que permita obtener un derecho real sobre bienes que pertenezcan al deudor. Cabe plantearse si, conforme a este precepto, las anotaciones preventivas de embargo constituyen un derecho real. De ser así, tales anotaciones, llevadas a cabo a partir de un proceso basado en un crédito no garantizado que se siga en un Estado sometido al Reglamento, protegerían al acreedor anotante para la continuación de su proceso de ejecución singular, sin que el inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos en España se lo pudiera entorpecer¹⁷.

3. EL TRÁMITE DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y LA APERTURA DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SECUNDARIOS

Otro de los efectos que produce el inicio del acuerdo extrajudicial de pagos dentro de España, según el apartado 5 del art. 235, es la evitación del

¹⁵ Para conocer el Estado miembro en el que se encuentra un bien se ha de aplicar el art. 2.8 del Reglamento.

¹⁶ Puede acontecer, especialmente tratándose de deudores empresarios, que el centro de sus intereses principales se encuentre en España y su vivienda habitual en el territorio de otro Estado miembro.

¹⁷ Por lo tanto, aun cuando, por aplicación del art. 18, la ley del Estado donde se desarrollase el procedimiento permitiera la suspensión de los procedimientos de ejecución una vez iniciado un procedimiento de insolvencia en otro Estado (en este caso, un acuerdo extrajudicial de pagos), la condición de acreedor con derecho real derivado de haber anotado ya el embargo y, consecuentemente, la aplicación del art. 8, supondría la posibilidad de continuar con la ejecución ya iniciada.

concurso en tanto no transcurra el plazo de tres meses previsto en el apartado 5 del art. 5 bis de la LC. Sin embargo, como se deduce claramente de los arts. 3 y 4 del Reglamento comunitario, a efectos transfronterizos la iniciación de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no impide que se abran procedimientos de insolvencia en el extranjero. En la medida en que expresamente, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 4, al abrir el procedimiento extrajudicial se haya indicado que se trata de un procedimiento de insolvencia principal, se podrá evitar el comienzo de otro proceso de insolvencia principal en otro Estado, mas no procedimientos secundarios, que podrán desarrollarse en aquellos Estados en los que el deudor tenga un establecimiento y que quedarán limitados a los bienes situados en dicho Estado. Por lo tanto, únicamente en el caso de las personas físicas consumidores cabe pensar en que el comienzo de un acuerdo extrajudicial de pagos excluya cualquier otro procedimiento de insolvencia en el extranjero, pues dada la definición contenida en el apartado 10 del art. 2 del Reglamento, un establecimiento implica necesariamente el desarrollo de actividad económica. En los restantes casos es, desde luego, perfectamente factible que conviva el procedimiento de mediación de nuestra Ley Concursal con otros procedimientos de insolvencia secundarios.

4. CONCLUSIÓN

El hecho de que el trámite de los arts. 231 y ss. de la LC para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos haya sido concebido como un procedimiento de insolvencia en el Reglamento Comunitario 2015/848 tiene una trascendencia bastante limitada en lo que se refiere a evitar procesos judiciales extranjeros que impliquen despatrimonialización del deudor. De un lado, los procesos iniciados o que se pudieran iniciar por acreedores con garantía real no se ven en absoluto afectados, pues así lo dispone el art. 8 del Reglamento. De otro, los procesos de ejecución ya pendientes instados por acreedores sin garantía también quedan protegidos en su continuación, salvo que la Ley del país en el que se sustancian dispusiera lo contrario. En cuanto a los procesos no iniciados, el apartado 2 del art. 20 permite inferir que el acuerdo extrajudicial de pagos no obsta al desarrollo de un proceso de ejecución que verse sobre bienes ubicados en el extranjero. Y, finalmente, a diferencia de lo que acontece a nivel interno, el acuerdo extrajudicial de pagos no evita el comienzo de procesos de insolvencia en el extranjero que impliquen liquidación de bienes. A lo sumo, y siempre que se haya reconocido como procedimiento principal, impondrá a los procedimientos extranjeros la condición de secundarios.

Capítulo 25

La trasposición de la Directiva 2014/104/UE al derecho procesal: el *blindaje* de los programas de clemencia

JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo*

SUMARIO: 1. INTRDUCCIÓN. 2. LA PREOCUPACIÓN DE LA DIRECTIVA POR LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS. 3. EL *BLINDAJE* DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 4. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La comunicación analiza la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es una de las consecuencias de la trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/104/UE. La modificación consiste en la introducción de una sección nueva con 11 artículos destinada aparentemente a prever las peculiaridades probatorias de los procesos en materia de competencia. Lo que se sostiene en la comunicación es que, al igual que ocurre en la propia Directiva, lo que manifiestan estos nuevos preceptos es la preocupación por que el ejercicio de acciones privadas por particulares no ponga en peligro los programas de clemencia.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2014/104/UE, Derecho de la competencia, programas de clemencia, ejercicio privado de acciones.

ABSTRACT: This paper analyzes the reform of the Civil Procedure Law as a consequence of the transposition of the Directive 2014/104/EU into Spanish law. That regulatory reform introduces a new section in the Civil Procedure Law with 11 articles, apparently trying to take into consideration the litigation peculiarities in competition law. The author maintains that, as in the directive itself, what these new precepts show is the concern over the possibility that private enforcement in this issue could endanger the leniency programs.

KEY WORDS: Directive 2014/104 / EU, competition law, leniency programs, private enforcement.

1. INTRODUCCIÓN

Tras el laborioso proceso que es usual¹, vio la luz la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre relativa *a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*. Se trataba de una norma singular pues, como comentó BROKELMANN², era la primera incursión de este tipo del legislador comunitario en el derecho procesal de los estados miembros. Lo que es una muestra más de como ese «known unknown», que hasta ahora ha sido el derecho procesal en el marco de la UE, va adquiriendo una progresiva importancia³.

Se puede decir, ciertamente exagerando, que hay dos directivas: una mediática, llena de promesas y novedades, y otra real mucho más pragmática y pegada al terreno. Además, es un hecho que, en general, el análisis de la Directiva *real* ha estado un tanto mediatizado por el protagonismo que han adquirido los aspectos relativos a la supuesta promoción del ejercicio privado de acciones y la posibilidad de que éste se haga a través de acciones colectivas, que han sido destacados en diversos foros⁴.

La atención y expectación generadas en torno al *private enforcement* y su tratamiento en la Directiva, han llevado en ocasiones a presentarlas como su aspecto central, que vendría poco menos que a facilitar y promocionar el ejercicio privado de acciones como elemento fundamental de la aplicación del Derecho de la Competencia, e incluso, específicamente, a través de la extensión de los mecanismos de acciones colectivas (*collective redress*). Lo cierto, sin embargo, es que la Directiva ni promueve el *private enforcement* ni, mucho menos, los mecanismos de *collective redress* sino que, más bien, establece los límites que deben tener tales mecanismos para ser admisibles en este ámbito normativo considerado en la UE como de gran trascendencia.

¹ La Comisión adoptó el Libro Verde, 2005 COM 2005/672 de 19.12.2005 y el Libro Blanco correspondiente en 2008 COM 2008/165 de 2.4.2008. Cfr. BROKELMANN, HELMUT «La directiva de daños y su transposición en España» *Revista General de Derecho Europeo*. 2015, núm. 37, p. 2.

² BROKELMANN, HELMUT «La directiva de daños...» cit. p. 2.

³ CLEYNENBREUGEL, PETER VAN «Article 101 TFEU and the EU courts: adapting legal form to the realities of modernization?» *Common Market Law Review*, 2014. n. 51, pp. 1381-1436, quien hace notar que la situación cambió desde la constitución del Tribunal General en 1989 y comenzaron las apelaciones ante el Tribunal de Justicia.

⁴ Cfr. SCHREIBER, TILL and SEEGER, MARTIN, «The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment». *Antitrust Chronicle*, 2015, vol. 2., p. 2

La distorsión entre lo regulado por la norma y lo que se cree ver en ella tiene su explicación en varias circunstancias. La más decisiva, quizá, ha sido las expectativas creadas durante la su tramitación. Son muy ilustrativas las denominaciones de los documentos de trabajo. El *Green Paper* llevaba por título *Damages actions for breach of the EC antitrust rules* y en la misma línea el *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* hacía también una inequívoca referencia a la plenitud de la indemnización a los perjudicados como tendencia y objetivo⁵. En ellos, en diversos momentos se hace referencia al *collective redress* y se menciona, como origen de la iniciativa legislativa, el reconocimiento del TUE reiterado en 2001 y 2006, sobre el derecho de cualquier ciudadano que sufra daños, como consecuencia de la violación del derecho de la competencia, a reclamar la reparación correspondiente a quien lo causó, aclarando que este derecho de las víctimas estaba garantizado por el derecho comunitario. Objetivo que se presentará también en la propia Directiva como eje fundamental⁶.

Ha influido también sin duda la coincidencia temporal de los trabajos de la Directiva a la que nos estamos refiriendo con los de elaboración de una normativa europea sobre *recursos colectivos* que finalmente no llegó a promulgarse, pero que dejó como resultado la *Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*⁷ en la que se alude al Competition Law como un ámbito específico en el que las acciones colectivas serían adecuadas⁸.

Finalmente, el debate suscitado en torno a los mecanismos de *collective redress* y su generalización —necesaria para algunos y peligrosa para otros— explicaría también por qué finalmente la mención de las acciones colectivas en la Directiva es anecdótica y restrictiva, ya que solo se las menciona para aclarar que los estados miembros no se verán obligados a introducir mecanismos de acción colectiva como consecuencia de la Directiva⁹.

⁵ *The primary objective of this White Paper*—se dice en el apartado 1.2.— *is to improve the legal conditions for victims to exercise their right under the Treaty to reparation of all damage suffered as a result of a breach of the EC antitrust rules.*

⁶ Cfr. el primer apartado de su art. 1.

⁷ (2013/396/UE) (DO L201/60), así como la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones* Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013) 401 final, titulada «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo».

⁸ Cfr. ap. 3 y 7.

⁹ Cfr. Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre Considerando n. (13) y art. 2.4. indispensable que, sin embargo, solo son mencionados en una ocasión para aclarar

Debe tenerse en cuenta que en el momento de publicarse la Directiva los diversos estados tenían incorporados a su ordenamiento mecanismos que posibilitaban la reclamación de indemnizaciones en estos casos y, de hecho, ya se habían producido reclamaciones.

2. LA PREOCUPACIÓN DE LA DIRECTIVA POR LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS

Si hay algo que la Directiva pretende y consigue con claridad es establecer los límites de toda regulación nacional sobre ejercicio privado de acciones en materia de derecho de la competencia debe respetar.

Y no se trata de afrontar un problema real de proliferación de este tipo de acciones ya que hay una casi total ausencia de reclamaciones colectivas en materia de competencia, lo que resulta llamativo sobre todo en aquellos ordenamientos que facilitan su ejercicio en todo tipo de acciones. Las causas de esta ausencia de reclamaciones están localizadas casi unánimemente en la dificultad del análisis económico necesario para evaluar el daño; la existencia de asimetría en la información debido a la naturaleza secreta de los cárteles; las posibles consecuencias negativas para las relaciones comerciales futuras; la excesiva duración de los procesos y su elevado coste económico, etc¹⁰.

Pues bien, ninguno de estos obstáculos ha sido removido por la Directiva, lo que quiere decir que no parece que vaya a ayudar en nada a la protección de los damnificados por infracciones en el ámbito de Derecho de la Competencia. Lo que sí va a conseguir es una mejora *en la coordinación de aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia así como la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales*¹¹ y, sobre todo, la armonización de los límites de ese ejercicio privado. Veamos de modo telegráfico en qué puede sustentarse esta afirmación.

que «[t]his Directive should not require Member States to introduce collective redress mechanisms for the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU».

¹⁰ Cfr. SCHREIBER, TILL and SEEGER, MARTIN, «The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment». *Antitrust Chronicle*, 2015, vol. 2., p. 2

¹¹ Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, Art. 1.2

La Directiva revela, en primer lugar, una preocupación por la posible utilización abusiva de las acciones de daños y para evitarla se establecen algunas precauciones: ya en el art. 3 nos encontramos con una delimitación de los conceptos por los que se pueden reclamar daños en casos de infracción de derecho de la competencia, que comprenden los nada novedosos de lucro cesante, daño emergente e intereses¹², pero prohibiendo expresamente los daños punitivos, pensando sin duda en la negativa experiencia de los EEUU al respecto. Se desaprovecha, sin embargo, la oportunidad para homogeneizar el momento en que los intereses deben empezar a contarse¹³.

En la misma ambigüedad –aparente favorecimiento de la protección de los afectados pero real fijación de límites al ejercicio de acciones– se encuentran todas las normas relativas a la exhibición de pruebas contenidas en el capítulo segundo de la Directiva.

El primero de estos preceptos, el art. 5, es una muestra de esa esquizofrenia de la norma: por un lado se trata de que, en lo que se refiere a la exhibición de pruebas no se exijan, a quien quiera obtener elementos de prueba, unos requisitos tales que acaben haciendo imposible la interposición de la demanda de daños por falta de esos elementos¹⁴. Pero, por otro, intenta evitar la posibilidad de que una regulación excesivamente laxa pueda permitir un ejercicio abusivo del derecho de exhibición, provocando costes desproporcionados a las empresas o poniendo en peligro la confidencialidad de determinados documentos.

Ya en el apartado segundo del artículo primero se pone de relieve que éste es un objetivo importante al recalcar que la Directiva establece normas que coordinan la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia, así como la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁵. Esta coordinación trata, entre otras cosas, de impedir que haya

¹² Cfr. Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre Considerando (12).

¹³ Como ya ha sucedido en otros normas o documentos en los que se podría haber abordado, como la *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* 2013/C 167/07

¹⁴ Que, conforme a los principios de efectividad y equivalencia recordados en el art. 4, «el ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia»

¹⁵ Cfr. MARCOS, FRANCISCO «Incontinencia judicial en defensa de la competencia» *La Ley Mercantil*, 2016 Núm. 26, pp. 1 y ss., donde señala la evolución de la jurisprudencia contencioso-administrativa en relación a la cuantía de las multas.

interferencias en la tramitación de los expedientes y de modo especial en los programas de clemencia.

Es obvio y redundante lo que la Directiva señala que los estados deben asegurar que puedan hacer sus tribunales. La novedad está en las limitaciones, que se sitúan en esa progresiva invasión de los organismos administrativos en ámbitos hasta ahora reservados a los jueces, fenómeno que no es exclusivo de la Unión Europea.

En efecto, puede observarse cómo la Directiva regula minuciosamente las limitaciones e incluso la prohibición de acceso a expedientes no concluidos; la imposibilidad de acceso a documentos relativos a programas de clemencia o transacciones; la inadmisión por los tribunales de pruebas obtenidas violando la confidencialidad. Es decir, el mayor empeño de la Directiva no está encaminado a favorecer los derechos de los perjudicados, ni mucho menos, como queda dicho, a favorecer el ejercicio de acciones colectivas¹⁶.

Respecto a esto último si hay algo que destaca de manera clara es la preocupación de la Comisión porque una proliferación de acciones privadas de daños pueda afectar a sus programas de clemencia que son una pieza clave en el desarrollo de sus funciones. De todo ello cabe colegir que nadie ha pensado que la función que llevan a cabo las autoridades nacionales de competencia pueda ser sustituida y ni siquiera complementada, por el *private enforcemen*.

3. EL BLINDAJE DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La trasposición de la Directiva se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo¹⁷. La exposición de motivos del Real Decreto

¹⁶ Cfr. p. ej. lo que se establece en los apartados 6º y 7º del art. 5.

¹⁷ Sobre la evolución de la legislación en cuanto al ejercicio de acciones en derecho de la competencia un sintético análisis puede encontrarse en GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N° 1, pp. 125-152 DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616> quien pone de relieve que salvo la eliminación de la exigencia de una sanción previa, que restringía el ejercicio de las acciones a las llamadas consecutivas o *follow on* –es decir,

se mueve en la misma retórica de la *distracción*¹⁸ de la propia Directiva al destacar unas supuestas mejoras en la defensa de los derechos de los damnificados mientras minimiza o encubre las limitaciones a su ejercicio que son, a mi juicio, lo más llamativo de la regulación procesal.

Para no extenderme más allá del límite de espacio de esta comunicación me limitare a considerar tres preceptos en los que se manifiesta claramente la finalidad de *blindar* los programas de clemencia, introduciendo limitaciones al ejercicio de la función jurisdiccional hasta ahora sólo existentes en casos de documentos clasificados como reservados o secretos o protegidos como tales conforme a las leyes¹⁹.

El primero de ellos es el art. 283 bis i) que hace referencia a la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia. Lo primero que hace el precepto es aclarar que se aplicará sin perjuicio de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento (CE) n.º 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión²⁰ e igualmente sin perjuicio de las *normas y prácticas del Derecho de la Unión o del Derecho español sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las autoridades de la competencia*²¹.

impidiendo el ejercicio independiente de acciones o *stand alone*– y la posterior atribución de competencia a los juzgados de lo mercantil, la atención expresa que recibieron las acciones de daños por parte del legislador ha sido mínima. Un análisis completo de las repercusiones de la Directiva tendría en nuestro ordenamiento procesal en cuanto a la exhibición de prueba puede verse en DOMÍNGUEZ RUIZ, LIDIA “La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia y su trasposición al ordenamiento español” en *Revista General de Derecho Procesal*, 2017 núm. 41, pp. 1-25 *passim*.

¹⁸ Con el significado que tiene el término en el ámbito del ilusionismo de acción del mago para fijar la atención de público haciendo invisible el truco.

¹⁹ Relativas únicamente al deber de guardar secreto legalmente reconocido o a documentos clasificados como reservados o secretos cfr. art. 307 y 332 de la LEC o los arts. 73, 111 y ss. y 124, entre otros, de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

²⁰ Cuyos arts. 4 y nueve establecen las excepciones al acceso a determinados documentos, entre los que cabría entender incluidos los datos relativos a los programas de clemencia de la Comisión y las Autoridades en materia de Competencia

²¹ Entre los que cabe incluir lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobado por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013. *Código de conducta del personal de la Comisión Nacional de*

Las limitaciones alcanzan también a la valoración por parte del tribunal de la proporcionalidad de la petición de exhibición solicitada, para la que el 283 bis i) ap. 4 establece determinados criterios que deben tenerse en cuenta. En concreto: la especificidad de la solicitud respecto a la naturaleza, objeto o contenido de los documentos conservados en los archivos de una autoridad de la competencia; la conexión de la solicitud de exhibición con una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional y la conclusión o no del procedimiento por la autoridad; la imposibilidad de que la parte obtenga los documentos de otra forma; así como la audiencia de la autoridad y los motivos que exponga entre los que se cita la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

Esas limitaciones son completadas con una prohibición de ordenar la exhibición de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción. En ambos casos lo que se busca claramente es evitar que la intromisión judicial pueda frustrar el incentivo y utilidad de la colaboración con la autoridad de competencia.

El segundo precepto destacable como manifestación de la voluntad de protección de los programas de clemencia es el artículo 283 bis k) que constituye una verdadera rareza desde el punto de vista probatorio. En él, recogiendo las previsiones de la Directiva y para tratar de desincentivar al máximo la utilización de documentos obtenidos conculcando las normas de confidencialidad, no sólo se considera inadmisibles su aportación como prueba, como hace el art. 283 bis j); ni siquiera se aplica el régimen general de la ineficacia probatoria del art. 11 de la LOPJ, sino que se establece una sanción totalmente singular que interfiere claramente en la función de enjuiciamiento. En efecto se dice que el perjudicado por la violación de la confidencialidad no sólo podrá pedir [q] *ue declare al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y le condene a su pago (...) y que se condene al infractor en las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de éste, sino que, además, podrá pedir la desestimación total o parcial de la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal, si éste se encontrase pendiente en el momento de formularse la solicitud. Añadiéndose como alternativa, si el tribunal considera que el incumplimiento no es grave, la imposición de una multa al infractor entre 6.000 y 1.000.000 de euros. Y aclarando finalmente que [a] *estos efectos, se podrá considerar infractor tanto**

a la parte como a sus representantes y defensores legales, pudiéndose imponer multas separadas a cada uno de ellos.

En conjunto, entre el art. 15 bis de la LEC, que insta a la intervención como *amicus curiae* de la Comisión y de las Autoridades Nacionales de Competencia –garantizada a su vez por la comunicación obligatoria de las demandas en esta materia del art. 404.3–; la posibilidad contemplada por el art. 434 de la LEC de suspender el plazo para dictar sentencia cuando haya alguna resolución pendiente de esas autoridades relacionada con el objeto del proceso; junto a las limitaciones establecidas en los arts. 283 bis y ss. que acabamos de mencionar, y la nueva redacción de los arts. 75.1 y 76.4 de la Ley de Defensa de la competencia, se puede hablar de progresivo *asedio* sobre la jurisdicción civil que trata de evitar, en la medida de lo que es estéticamente admisible, que interfiera en efectiva las investigaciones y sanciones de las autoridades de competencia.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BROKELMANN, helmut «La directiva de daños y su transposición en España» *Revista General de Derecho Europeo*. 2015, núm. 37, p. 1-28.
- CLEYNENBREUGEL, Peter Van «Article 101 TFEU and the EU courts: adapting legal form to the realities of modernization?» *Common Market Law Review*, 2014. n. 51, pp. 1381-1436.
- SCHREIBER, Till and SEEGER, Martin, «The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment». *Antitrust Chronicle*, 2015, vol. 2, p. 2-35.
- MARCOS, Francisco «Incontinencia judicial en defensa de la competencia» *La Ley Mercantil*, 2016 Núm. 26, pp. 1 -16.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N° 1, pp. 125-152 DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616>.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia “La exhibición de pruebas en la directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia y su trasposición al ordenamiento español” en *Revista General de Derecho Procesal*, 2017 núm. 41, pp. 1-47.

La validez del arbitraje de inversión en España: un análisis a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018 (Asunto C-284/16)¹

IBON HUALDE LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Navarra*

VICTORIA SÁNCHEZ POS

*Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad de Navarra*

SUMARIO: 1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA PLANTEADA, MEDIANTE RESOLUCIÓN DE 3 DE MARZO DE 2016, POR EL *BUNDESGERICHTSHOF* (TRIBUNAL SUPREMO CIVIL Y PENAL ALEMÁN). 2. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 6 DE MARZO DE 2018. 3. LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN ESPAÑA.

RESUMEN: El pasado mes de marzo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abrió una vía favorable para España al declarar, mediante la sentencia resolutoria de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de casación alemán, que la cláusula de arbitraje incluida en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (TBI), no es compatible con el Derecho de la Unión Europea. El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la mencionada sentencia, recaída el 6 de marzo de 2018, con el objetivo de valorar su incidencia en el arbitraje de inversión en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, petición de decisión prejudicial, arbitraje de inversión, cláusula de arbitraje, Derecho de la Unión Europea.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Propuestas sobre las medidas cautelares en el concurso de acreedores y en el arbitraje nacional e internacional”, financiado por la Fundación Universitaria de Navarra dentro del Plan de Investigación Universidad de Navarra (PIUNA 2015-2017).

ABSTRACT: This past March, the European Union Court of Justice provided a favorable opening for Spain when it held (by its judgement on a request for a preliminary ruling submitted by the German Court of Cassation) that the arbitration clause which had been included in the “Treaty on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments” signed in 1991 between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic (BIT), was not compatible with European Union law. This paper aims at analyzing the above-mentioned judgment, which was issued on 6 March 2018, assessing its impact on investment arbitration in our country.

KEY WORDS: European Union Court of Justice, request for a preliminary ruling, investment arbitration, arbitration clause, European Union law.

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA PLANTEADA, MEDIANTE RESOLUCIÓN DE 3 DE MARZO DE 2016, POR EL *BUNDESGERICHTSHOF* (TRIBUNAL SUPREMO CIVIL Y PENAL ALEMÁN)

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018 (Asunto C-284/16 –Slowakische Republik/Achmea BV–) trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán al resolver el recurso de casación interpuesto frente a la resolución de instancia desestimatoria de la acción de anulación del laudo recaído en un procedimiento arbitral derivado del TBI. Hay que tener presente que el artículo octavo de este Tratado prevé que las controversias entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante en relación con una inversión de este último deben dirimirse por acuerdo amistoso, siempre que sea posible; y que cada una de las partes contratantes acepta el sometimiento de aquellas a un tribunal arbitral en caso de que no se resuelvan por tal acuerdo en el plazo de seis meses desde la fecha en que una de las partes lo haya solicitado.

Una vez promovido a iniciativa de una empresa de los Países Bajos el procedimiento arbitral en Alemania, por ser Fráncfort del Meno la sede pactada, la República Eslovaca demandada planteó una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, al entender que, tras su adhesión a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, la sumisión al tribunal arbitral pactada en el TBI no era compatible con el ordenamiento jurídico europeo. Pues bien, la referida excepción fue rechazada por medio de un laudo arbitral interlocutorio de 26 de octubre de 2010, luego confirmado por los órganos jurisdiccionales alemanes de instancia (primera instancia y apela-

ción) con motivo de la desestimación de la acción de anulación ejercitada frente a dicha resolución arbitral. La cuestión fue después reproducida por la República Eslovaca con ocasión de la interposición del recurso de anulación del laudo, de 7 de diciembre de 2012, que puso fin al procedimiento arbitral; recurso que se desestimó igualmente por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno (*Oberlandesgericht Frankfurt am Mein*), mediante resolución impugnada en casación ante el Tribunal Supremo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof*).

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof*) optó por el planteamiento de una petición de decisión prejudicial, mediante resolución de 3 de marzo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 23 de mayo de 2016, interpretando que la estimación o desestimación de la acción de anulación del laudo arbitral dependía directamente de la validez o no del convenio arbitral. Así, el Alto Tribunal alemán elevó a aquella instancia comunitaria las dudas expresadas por la República Eslovaca acerca de la compatibilidad de la cláusula arbitral prevista en el artículo 8 del TBI con los artículos 19, 267 y 344 TFUE; dudas que el órgano jurisdiccional remitente no comparte, si bien reconoce la necesidad de presentar la petición de decisión prejudicial para resolver el fondo del litigio, habida cuenta de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no se ha pronunciado sobre tal cuestión y de los numerosos tratados bilaterales de inversión aún en vigor entre los Estados miembros que incluyen una cláusula arbitral similar.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 6 DE MARZO DE 2018

La cuestión prejudicial es resuelta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018, que, en contra del criterio del órgano jurisdiccional remitente, concluye que la cláusula arbitral contenida en el TBI se opone al ordenamiento jurídico europeo. El punto de partida de la citada resolución es que, desde la adhesión de la República Eslovaca a la Unión Europea, el TBI constituye un tratado entre Estados miembros; y, en caso de conflicto sobre las materias reguladas por el Derecho de la Unión Europea, las disposiciones que integran el mismo tienen primacía sobre las contenidas en el TBI. La propia sentencia recuerda que “un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”.

Dicho esto, la reseñada resolución judicial explica que, para asegurar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico europeo, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación de aquel; y, conforme al artículo 19 TFUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia europeo garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables. En particular, la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE; precepto que, al establecer un diálogo de juez a juez entre el Tribunal de Justicia europeo y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del ordenamiento jurídico instituido por los Tratados.

A partir de tales consideraciones, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial en los términos siguientes. En primer lugar, el Tribunal de Justicia entiende que las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral contemplado en el artículo 8 del TBI pueden guardar relación con la interpretación o la aplicación del Derecho de la Unión Europea; y, por ello, dicho tribunal podrá verse obligado, en su caso, a interpretarlo o aplicarlo, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Pero incluso suponiendo que este órgano sea solo competente para pronunciarse sobre el eventual incumplimiento del TBI, ha de tener en cuenta, a estos efectos, el Derecho vigente de la parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las partes contratantes². Al respecto, el ordenamiento jurídico europeo, que trae causa de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros, constituye parte del Derecho aplicable en todos ellos.

En segundo lugar, la mencionada resolución judicial examina si un tribunal arbitral como el previsto en el artículo 8 del TBI está integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea; y, en particular, si puede ser considerado un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros

² Artículo 8, apartado 6, del TBI.

en el sentido del artículo 267 TFUE. Y es que el hecho de que un tribunal creado por los Estados miembros esté integrado en el referido sistema jurisdiccional tiene como consecuencia que sus resoluciones se sometan a mecanismos que permitan asegurar la plena eficacia de sus normas (la cuestión prejudicial). Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el tribunal arbitral no se integra en el sistema judicial de los países contratantes del TBI. Precisamente el carácter excepcional de la jurisdicción de este tribunal arbitral, en relación con la de los órganos judiciales de esos dos Estados miembros, constituye una de las principales razones de ser del artículo 8 del tratado; y, si no puede calificarse de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros a los efectos del artículo 267 TFUE, tampoco está facultado para solicitar una decisión prejudicial a aquel órgano comunitario, por lo que la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea no queda garantizada.

Finalmente, la sentencia del Tribunal de Justicia europeo se plantea si el laudo emitido por un tribunal arbitral de ese tipo está sujeto, conforme al artículo 19 TFUE, al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión Europea sobre las que tuviera que resolver aquel tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el ámbito de un procedimiento prejudicial. La respuesta, también negativa, parte de la distinción entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. En el primero el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados tiene carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del ordenamiento jurídico europeo puedan ser examinadas en el marco de ese control y, en su caso, ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Pero a diferencia del arbitraje comercial, cuyo origen se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, el arbitraje de inversión resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión Europea de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone instaurar en los ámbitos cubiertos por ese ordenamiento jurídico³. Y la conclusión que extrae la reseñada resolución es que, habida cuenta del conjunto de características del tribunal arbitral previstas en el artículo 8 del TBI, procede considerar que, mediante la celebración de este Trata-

³ V. sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2018 (PROV 2018, 58193).

do, los Estados miembros contratantes han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro susceptible de impedir que dichos litigios sean dirimidos por el Tribunal de Justicia europeo, a pesar de poder referirse a la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico europeo, sin garantizarse su plena eficacia.

3. LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN ESPAÑA

En el momento actual España es el Estado de la Unión Europea más demandado ante el CIADI. En el año 2017 se habían interpuesto frente a nuestro país más de una treintena de demandas con un valor de más de 7000 millones de euros⁴. En esta situación, las críticas al arbitraje de inversión para el arreglo de diferencias entre Estados e inversores han arrojado exponencialmente, sobre todo a raíz de las negociaciones que la Unión Europea, en sustitución de la práctica convencional de los Estados miembros y con fundamento en la competencia sobre la protección de las inversiones extranjeras directas que le atribuye el artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), viene celebrando en los últimos años con el fin de alcanzar importantes acuerdos de libre comercio y protección de inversiones extranjeras con Canadá y EEUU, entre otros países. Se debate, en esencia, si el arbitraje Estado-inversor debe ser el mecanismo preferente para la solución de este tipo de conflictos, habida cuenta de que este constituye una excepción a la aplicación de las normas sobre la protección diplomática reconocidas por el Derecho Internacional general para proteger a los particulares⁵ y, en última instancia, si es compatible con el ordenamiento jurídico europeo.

Pese a la contundencia de los argumentos relativos a la primacía y autonomía del Derecho de la Unión Europea, junto a la incuestionable necesidad de controlar su aplicación y efectividad, con que el Tribunal de Justicia europeo determina en su sentencia de 6 de marzo de 2018 la incompati-

⁴ A España le siguen, en número de demandas ante el CIADI, Croacia (9), Italia (8), Hungría (6), Bulgaria (5), Grecia y Rumanía (4), Letonia (3), Chipre, Estonia y República Checa (2) y Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia y Lituania (1). Información disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/pendingCases.aspx?status=p>

⁵ Cfr. PASCUAL VIVES, F., “El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos celebrados por la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017.

bilidad de la cláusula de sumisión a arbitraje Estado-inversor contenida en el TBI, la incidencia de dicha resolución en el futuro de este tipo de arbitrajes en nuestro país queda lejos, en este momento, de poder ser fijada con absoluta certeza. Pues bien, de la resolución del Tribunal de Justicia analizada se infiere que el hecho de que la Unión Europea no sea parte del TBI constituye una razón esencial para determinar la vulneración del principio de autonomía del ordenamiento jurídico europeo⁶. Y, en nuestra opinión, es precisamente de este extremo del que ha de partir la reflexión acerca del modo en que la sentencia del Tribunal de Justicia puede afectar a la resolución de las decenas de arbitrajes pendientes frente a España ante el CIADI. Partiendo de tales premisas, no se discute que quedan afectados por esta decisión los arbitrajes Estado-inversor denominados intra-UE, esto es, aquellos arbitrajes derivados de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRIS) que enfrentan a un Estado miembro con inversores de otro Estado miembro⁷.

Sin embargo, la problemática a la que se enfrenta nuestro país en el marco de las inversiones extranjeras por las políticas de recortes en el sector de las energías renovables no tiene su origen en estos APRIS, sino en el Tratado para la Carta de la Energía (TCE); Tratado del que son parte tanto la Unión Europea como los Estados miembro y cuyo objetivo fue establecer un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía con base en los principios enunciados en la Carta Europea de la Energía. Dentro de sus disposiciones más relevantes en relación con la protección de las inversiones, el comercio de materias y productos energéticos y la solución de controversias, el TCE establece el arbitraje internacional entre los inversores particulares y el Estado en el que se haya realizado la inversión. Con fundamento en esta disposición y tras haber sido desestimadas las pretensiones de algunos de los inversores tanto por el Tribunal

⁶ En el apartado 58 de la resolución el Tribunal de Justicia motiva: “además de los litigios comprendidos en el ámbito de competencias del tribunal arbitral previsto en el artículo 8 TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembro”.

⁷ En el momento actual, según datos publicados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, España cuenta con 72 APRIS en vigor. De estos, solo 10 fueron otorgados con otros Estados miembro de la Unión Europea y cuya adhesión se produjo con posterioridad a la firma del APRI (consultado en <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/lista-appri-vigor.aspx>).

Constitucional como por el Tribunal Supremo⁸, se han iniciado todos los procedimientos arbitrales frente a España ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Precisamente el hecho de que, a diferencia de los APRIS intra-UE, la Unión Europea sea parte de este TCE –lo que le confiere la naturaleza de acuerdo mixto– es lo que genera mayores dudas acerca de la incidencia en nuestro país de la sentencia del Tribunal de Justicia de europeo, habida cuenta de que, en relación con este tipo de acuerdos internacionales mixtos, el propio Tribunal de Justicia ha establecido que, “al garantizarse la observancia de los compromisos emanados de un acuerdo celebrado por las Instituciones europeas, los Estados miembros cumplen con una obligación no solo en relación con el tercer país afectado, sino también y sobre todo con la Unión, que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo”⁹.

No es todavía posible ofrecer una conclusión exacta acerca de la incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia en el futuro del arbitraje de inversiones en España y, más concretamente, de las decenas de arbitrajes pendientes a las que nuestro país se enfrenta¹⁰. Esta es la razón principal que ha llevado a España a impugnar recientemente ante la Corte de Apelaciones de Suecia –tras conocerse la decisión del Tribunal de Justicia– el laudo de condena dictado en febrero de este mismo año por la Cámara de Comercio de Estocolmo. El gobierno español fundamenta, en lo que constituye el principal motivo de la acción de anulación, que el tribunal arbitral se excedió en su competencia al decidir este asunto, por ser incompatible la cláusula de sumisión del TCE con el ordenamiento jurídico europeo respecto de las relaciones intra-UE. En el mismo escrito, España expresamente recomienda a la Corte de Apelaciones sueca –que ha suspendido la ejecución del laudo– plantear este asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante una cuestión prejudicial, pero solo para el caso de que la Corte determine que la cláusula de sumisión a arbitraje Estado-inversor

⁸ Un estudio sobre estas decisiones puede consultarse en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso *Charanne B. V. y Construction Investments S. A. R. L. vs. Reino de España*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pp. 223-253.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1982 (Asunto 104/81 *Hauptzollamt Mainz. Administración Principal de Aduanas de Mainz/ CA. Kupferberg & Cie KG a. A., Mainz*), consultado en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=91467&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=708668>.

¹⁰ Todos los 28 arbitrajes pendientes ante el CIADI frente a nuestro país tienen su origen en el TCE. De este total, 26 son demandas presentadas por inversores de otros Estados miembro (información disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/searchcases.aspx>).

del TCE es aplicable¹¹. En definitiva, habrá que esperar la decisión de la Corte de Apelaciones de Suecia o, en su caso, del Tribunal de Justicia europeo. Es previsible que, tras su sentencia de 6 de marzo de 2018, otros países condenados y con arbitrajes pendientes comiencen a cuestionar la validez del arbitraje de inversiones al amparo del TCE.

¹¹ Información disponible en: <https://aquiencia.net/2018/05/23/spain-challenges-novenergia-arbitral-award-in-swedish-court-relying-on-the-achmea-judgment/>

Indemnización por prisión preventiva y presunción de inocencia: ¿Es necesario un nuevo régimen normativo?¹

MARÍA DE LAS NIEVES JIMÉNEZ LÓPEZ
*Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO. 3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU ASIMILACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Recoge Ley Orgánica del Poder Judicial, un reconocimiento expreso a percibir una indemnización cuando, tras haber sufrido prisión preventiva, el sujeto sin embargo, no resulte finalmente condenado. No obstante, el régimen legal establecido para estos casos, así como la interpretación que de él se ha hecho durante décadas, ha sido reprobado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya supone la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esto ha provocado un giro en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en la doctrina que el Tribunal Constitucional tenía al respecto. Aun así, todavía estamos asistiendo a una incorrecta aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, por lo que queremos reflexionar, en estas breves páginas, sobre si resulta o no necesario modificar y actualizar la regulación interna que a este respecto se encuentra vigente.

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER 2015-67512-P, “La influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional”, del que son Investigadores Principales Octavio García Pérez y Carmen Sánchez Hernández, y del Proyecto financiado en el marco de las Acciones de dinamización “Redes de Excelencia” del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER 2016-81752-REDIT, “Justicia Civil: Análisis y prospectiva”, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, de la que es investigadora principal Carmen Senés Mottilla.

PALABRAS CLAVE: Presunción de inocencia, prisión provisional, absolución, indemnización, responsabilidad patrimonial.

ABSTRACT:Is in Ley Orgánica del Poder Judicial, an express acknowledgment to receive compensation when, after having been detained in custody, the subject however, is not finally convicted. However, the legal regime established for these cases, as well as the interpretation that has been made of it for decades, has been rejected by the European Court of Human Rights, since it entails the violation of the right to the presumption of innocence, included in the Article 6.2 of the European Convention on Human Rights. This has caused a shift in the Jurisprudence of our Supreme Court and in the Doctrine that the Constitutional Court had in this regard. Even so, we are still witnessing a defective application of the doctrine of the European Court of Human Rights in this matter, for which we want to reflect, in these brief pages, on whether or not it is necessary to modify and update the internal regulation that in this respect is in force.

KEY WORDS: Presumption of innocence, custody, acquittal, compensation, liability of Public Administration.

1. INTRODUCCIÓN

En 1978, nuestra Constitución Española recogió en su artículo 9.3 el principio de responsabilidad de los poderes públicos, y en el 121, concretamente, el derecho a percibir una indemnización por error judicial y por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia². Este último, fue desarrollado posteriormente en los artículos 292 a 296 de la Ley orgánica del poder Judicial³. Entre estos artículos, encontramos un reconocimiento expreso, en el 294, a percibir una indemnización cuando, tras haber sufrido prisión preventiva, el sujeto sin embargo, no resulte finalmente condenado por los delitos imputados⁴.

No obstante, la regulación legal en esta materia se nos presenta un tanto compleja, debido, fundamentalmente, a la diversa casuística que podemos encontrarnos a este respecto, y, sobre todo, como ahora expondremos, a la interpretación que de ella se ha venido realizando por nuestros tribunales.

² En adelante, CE.

³ En adelante, LOPJ.

⁴ Artículo 294 LOPJ: “1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios. 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. 3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.”.

Es por ello que abordamos estas breves páginas con el objetivo de analizar esta importante cuestión, repasando, de un lado, régimen legal establecido en la LOPJ, la interpretación que del mismo ha hecho en estos años nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través, respectivamente, de su Jurisprudencia y su doctrina, acerca, no sólo de esta materia en general, sino también de la interpretación realizada a este respecto por nuestros tribunales, para terminar reflexionando sobre si realmente existe o no una necesidad de modificación del régimen legal actual contenido en la LOPJ⁵.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Como hemos con anterioridad, es en el artículo 294 de la LOPJ donde se regula de forma más explícita el derecho a obtener una indemnización por haber sufrido una situación de prisión preventiva cuando, finalmente, el proceso penal no termina con una sentencia condenatoria del sujeto⁶. Para que tal indemnización sea reconocida, dice éste artículo, es necesario que se den las siguientes circunstancias:

- 1) Haber estado en situación de privación de libertad por prisión preventiva adoptada judicialmente al hilo de un proceso penal

⁵ En adelante, TEDH.

⁶ Hemos de advertir que en los artículos 292 a 296, la LOPJ lo que se regula es el régimen general, como se desprende de la nomenclatura el propio Título V en conjunción con el artículo 290.1 LOPJ, de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, en caso de error judicial o anormal funcionamiento de la misma, lo que podría llevarnos a plantear si el supuesto específico contemplado en el artículo 294 es un caso de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. A nuestro entender, esta afirmación no resulta posible, en tanto que, en virtud del propio artículo 17 CE, puede privarse de libertad a un sujeto de forma excepcional, siempre que se haga de forma legítima y respetando lo establecido a este respecto por la norma correspondiente, en este caso, la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es más, entendemos que, de hecho, la LOPJ incluye ese tratamiento específico y diferenciado para estos supuestos, precisamente, porque no se ajusta al concepto ni de error judicial ni de funcionamiento anormal. En este sentido, vid. DEL SAZ, S., *La Obligación del estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado*, Revista de Administración Pública, núm. 195, septiembre-diciembre, 2014, pág. 78.

- 2) Que el sujeto sea absuelto por inexistencia del hecho o que se haya dictado auto de sobreseimiento libre por la misma causa
- 3) Que esta situación de privación le haya causado perjuicios

Mucho podría decirse acerca de estos requisitos, pero, nos centramos, por lo que ahora nos interesa, en el segundo. Y es que, efectivamente, el derecho a percibir dicha indemnización no se tiene siempre y en todo caso cuando a pesar de haber sufrido una situación de prisión preventiva, no se obtiene finalmente una sentencia condenatoria, sino, sólo en aquellos casos en los que el proceso penal termina, o bien por sentencia absolutoria por inexistencia del hecho, o bien por auto de sobreseimiento libre acordado por el mismo motivo. Es decir, que independientemente de si llega a realizarse frente al sujeto la acusación formal de su participación en determinado o determinados delitos y es enjuiciado por ello, o no resulta finalmente acusado de los mismos, para que pueda reconocérsele derecho a indemnización por prisión preventiva, es necesario que judicialmente se afirme la inexistencia del hecho, ya sea a través de sentencia absolutoria, ya sea a través de auto de sobreseimiento libre. Es lo que se conoce como inexistencia objetiva del hecho.

Por tanto, y sobre la base del tenor literal del artículo 294 LOPJ, en aquellos casos en los que quede judicialmente reconocida la inexistencia objetiva del hecho, el sujeto que haya sufrido prisión preventiva puede solicitar y ser titular del derecho a percibir una indemnización.

A pesar de la afirmación que acabamos de realizar, no tardaron en llegar hasta nuestro Tribunal Supremo diversos casos en los que se reclamaba el reconocimiento a tal derecho a pesar de no tratarse estrictamente en el supuesto de hecho contemplado en la norma. Inicialmente nuestros Tribunales aplicaban de forma estricta el tenor literal de este artículo, con lo que solamente en aquellos casos en que quedaba probada la inexistencia objetiva del hecho, se concedía indemnización por la vía del artículo 294 LOPJ⁷. Pero, posteriormente, y ante los desequilibrios que esta regulación producía respecto a aquellos supuestos en los que, aun existiendo el hecho de forma objetiva, quedaba acreditada la inocencia o no participación del

⁷ En los demás casos, el Tribunal Supremo no denegaba en sí el derecho a percibir indemnización, sino que lo que denegaba era el derecho a percibirlo a través de la vía del artículo 294 LOPJ, siendo remitidos los demás casos a la vía general del artículo 290 LOPJ de indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, aunque, y por lo ya expresado anteriormente acerca del concepto de error judicial p funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tenía pocas posibilidades de prosperar.

sujeto en él, el Tribunal Supremo decidió extender, también el reconocimiento a percibir indemnización a estos casos, conocidos como de inexistencia subjetiva del hecho⁸. Obliga, por tanto, la norma y la Jurisprudencia al respecto a analizar, a la hora de reconocer o no la existencia de tal derecho, la causa que ha justificado la absolución o el sobreseimiento.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU ASIMILACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

En este punto se encontraba la cuestión ante nuestros tribunales cuando, en 2006, llega la primera condena relevante al Estado español, precisamente, por distinguir y clasificar la absolución o resoluciones que no son de condena hacia un sujeto con base en el motivo que la fundamenta, ya que realizar esta distinción, dice el TEDH, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 6.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹.

Se trataba del conocido caso *Puig Panella c. España*, cuya resolución acabó incluso forzando un giro de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo respecto a la interpretación del artículo 294 LOPJ¹⁰. Al resolver este asunto, el TEDH, establece claramente que si bien es cierto que el derecho a la presunción de inocencia, no otorga, por sí mismo, el derecho a obtener una indemnización por la prisión preventiva sufrida cuando posteriormente no hay sentencia de condena o cuando, como en éste caso, es anulada, es necesario tener en cuenta que la resolución que deniegue el derecho a percibir tal indemnización, no puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia sembrando la duda acerca de la culpabilidad del sujeto. Por tanto, puede afirmarse, ya que así lo hace esta sentencia, que el derecho a la presunción de inocencia no solamente despliega sus efectos

⁸ La Jurisprudencia en este sentido nace con la sentencia de 27 de enero de 1989. Vid. más ampliamente ARROYO JIMÉNEZ, L., “*Puig Panella C. España (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del estado por prisión provisional*”, en *Conflicto y dialogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Navarra, 2013, pág 324 ss.

⁹ En adelante, CEDH.

¹⁰ STEDH 1483/02 de 25 de abril de 2006. La solicitud de indemnización se basaba en la prisión sufrida por el Sr. Puig Panella, que primero tuvo el carácter de preventiva, pero luego pasó a definitiva, al recaer frente a él sentencia de condena, aunque ésta fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional.

en el proceso penal, si no también, en todos aquellos procesos relacionados con él, independientemente de su naturaleza, que puedan suponer, en la práctica, una constatación de culpabilidad del que sujeto, cuando ésta no ha sido previamente declarada por el órgano correspondiente¹¹.

Vemos, por tanto, como la interpretación extensiva realizada por el Tribunal Supremo a partir de 1989, por un lado, podríamos decir que elimina la desigualdad que esta regulación producía respecto a aquellos casos en los que, aun existiendo el hecho de forma objetiva, quedaba acreditada la inocencia o no participación del sujeto en él, pero, por otro lado, obliga a tener que distinguir a la hora de otorgar o no derecho a indemnización por inexistencia subjetiva, si se trata de un supuesto en que queda plasmada la certeza de la inocencia o no culpabilidad del sujeto, o, por el contrario, si la absolución o archivo de las actuaciones se debe tan sólo a una falta de pruebas o indicios suficientes frente al sujeto¹².

En 2010, llega la segunda condena al estado español por un supuesto similar. Se trata del caso *Tendam c. España*, en la que el TEDH no sólo se reafirma en su doctrina, sino que incorpora el que para nosotros es el pronunciamiento más importante de esta Sentencia, al afirmar que “*no debe existir diferencia cuantitativa alguna entre una puesta en libertad por ausencia de pruebas y una puesta en libertad resultante de una constatación de la inocencia de la persona. En efecto, las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos que cada vez admite el Juzgado penal.*”¹³.

Nos parece que este pronunciamiento tiene una importancia máxima a la hora de abordar o repensar en la configuración del derecho a obtener una indemnización en estos casos. Tanto es así que, tras esta sentencia, el Tribunal Supremo decide modificar su doctrina y adaptarla a las exigencias

¹¹ Teniendo en cuenta esta doctrina, es por lo que el TEDH, en este caso, entendió que, efectivamente, se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del D. Puig Panella, ya que tanto la motivación como el lenguaje utilizado por el Ministerio de Justicia y los órganos del orden contencioso-administrativos en relación al sujeto solicitante, aludían a la falta de certeza sobre su inocencia.

¹² Una análisis pormenorizado de esta STEDH lo encontramos en DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., “*TEDH-Sentencia De 25.04.2006, Puig Panella C. España, 1483/02- A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 25, Madrid, septiembre-diciembre (2006), págs.. 973 a 987.

¹³ STEDH 25720/05 de 13 de Julio de 2010. En este caso, el Sr. Tendam había permanecido en prisión preventiva y había sido absuelto posteriormente de los delitos que se le imputaban en segunda tras haber sido condenado en primera instancia.

del TEDH¹⁴. Ahora bien con esa reinterpretación lo que hace el Tribunal Supremo es volver a denegar el derecho a indemnización cuando se trata de un supuesto de inexistencia subjetiva del hecho, para evitar tener que entrar así a analizar los motivos o causas que han llevado a declarar esa inexistencia, así como el grado de certeza en la misma, y volver a aplicar la estricta interpretación jurisprudencial de sus inicios.

Por último, añadir también que la más reciente sentencia del TEDH a este respecto es el caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España*, en la que el Tribunal no sólo se reafirma en su doctrina, sino que añade que resulta fundamental para no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, no sólo cuidar la motivación de las resoluciones que se pronuncian sobre el derecho a percibir o no tal indemnización, sino también, el lenguaje en ellas utilizado, en la medida en la que pueda expresar sospechas sobre la inocencia del sujeto¹⁵.

4. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto anteriormente, es indudable que se trata de una cuestión cuyo debate, a pesar de remontarse al mismo año de su regulación, esto es 1985 en que ve la luz la LOPJ, no podemos seguir dejando en el olvido. De hecho, entendemos que, debemos aprovechar los nuevos caminos interpretativos del TEDH en este sentido y poner, al menos, sobre la mesa el debate sobre si es necesario o no un nuevo régimen legal o una modificación del actual que regule con más exactitud este derecho o si, por el contrario, es suficiente con asimilar de la forma en que lo está haciendo nuestro Tribunal Supremo, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A este respecto, creemos que debe tenerse en cuenta la posibilidad de que, a pesar de haber eliminado el supuesto de inexistencia subjetiva del hecho de la interpretación del artículo 294 LOPJ por parte de nuestros tribunales, es posible, y de hecho es esa nuestra opinión, que se siga produ-

¹⁴ El cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, empieza a partir de la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, RJ 2010, 8629.

¹⁵ STEDH 2016/7, de 16 de febrero de 2016. En esta ocasión se trata de dos casos acumulados, el del Sr. Vlieeland Boddy, que tras estar en prisión preventiva, fue absuelto de todos los cargos, y el del Sr. Marcelo Lanni, que ingresó en prisión preventiva pero el juez de instrucción dictó finalmente auto de sobreseimiento provisional por ausencia de elementos probatorios suficientes que permitiesen realizar una acusación formal frente a este sujeto.

ciendo una vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto a aquellos casos en que tampoco queda probada la inexistencia objetiva del hecho, es decir, en aquellos casos en los que efectivamente se dicta sentencia absolutoria frente a un sujeto que ha permanecido en prisión preventiva, por no quedar acreditado la realización del hecho, pero no con plena certeza, sino por no poder acreditarse de forma fehaciente¹⁶.

Por ello, quizás sea el momento de plantearse si no es la propia regulación que se hace de este derecho en el artículo 294 LOPJ la que sienta las bases de la vulneración a la presunción de inocencia, en tanto que pone el acento en la causa de la absolución o sobreseimiento. Ni quedar tiene que, al ser un derecho de configuración legal, responde a criterios de política legislativa, pero lo cierto es que obliga, de entrada, a analizar los motivos que llevan a un órgano judicial, en un determinado caso y momento, a dictar una resolución de absolución o archivo de las actuaciones, así como a valorar la certeza a la hora de tomar tal decisión.

¹⁶ Este supuesto ya ha tenido lugar y, lo seguirá teniendo en el futuro, y sobre él ha tenido la oportunidad de pronunciarse recientemente nuestro Tribunal Constitucional en una Sentencia del Pleno de 17 de enero de 2017, núm.8/2917, en la que precisamente se pone de manifiesto la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia en estos casos, y que termina otorgándole el amparo solicitado al recurrente, aunque, eso sí, con un voto particular.

Capítulo 28

La fuerza expansiva de la normativa europea de protección del consumidor: consideración como empresarios de entidades públicas sin ánimo de lucro y consideración como consumidores de sujetos “profesionalizados” en el ejercicio de acciones

ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA
*Profesor contratado doctor de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE “PROFESIONAL”: LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2018 (C-147/16). 3. INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE “CONSUMIDOR”: LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2018 (C-498/16).

RESUMEN: El presente trabajo toma como punto de partida los profundos cambios que las normas comunitarias de protección del consumidor han supuesto en el proceso civil, trastocando sus tradicionales señas de identidad. Ese potencial transformador del Derecho europeo del consumo se incrementa si, como ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos recientes pronunciamientos, se ensanchan hasta límites insospechados las coordenadas que delimitan su ámbito subjetivo: la cualidad de “profesional” de quien introduce determinados bienes o servicios en el mercado y la condición de “consumidor” de quien los adquiere o recibe. El análisis crítico de ambos pronunciamientos constituye el objeto de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea – consumidor – profesional – competencia internacional – acciones colectivas.

ABSTRACT: This work takes as starting point the deep changes that european rules for consumers protection has brought to civil procedure, disrupting its traditional distinguishing marks. That transforming potential of european consumer law gets stronger when, as European Court of Justice did in two recent judgments, the benchmarks that define its subjective scope are increased to an unsuspected level: the status of “professional” of who introduces certain assets or services in the market and the status of “consumer” of who purchases or receives them. The critical analysis of both judgements is the aim of this work.

KEY WORDS: Court of Justice of the European Union – consumer – professional – international jurisdiction – class actions.

1. INTRODUCCIÓN

Es innegable el carácter cada vez más enérgico de la protección del consumidor que se viene auspiciando desde la Unión Europea, tanto por parte de sus órganos legislativos como por parte de su Tribunal de Justicia. Todos los sectores de los ordenamientos nacionales se han visto afectados en mayor o menor medida por este fenómeno y, en especial, el proceso civil: este ha visto tambalearse los principios que tradicionalmente lo han cimentado y se encuentra inmerso en lo que, sin ambages, puede calificarse de crisis de identidad. Los principios dispositivo y de aportación de parte, la preclusión, la congruencia, la cosa juzgada se ven severamente desdibujados cuando alguna de las partes del proceso es un consumidor.

Este potencial transformador del Derecho europeo del consumo se incrementa aún más si, como ha hecho el Tribunal comunitario en dos recientes pronunciamientos, se ensanchan hasta límites insospechados los conceptos que delimitan su ámbito subjetivo: la cualidad de “profesional” de quien oferta determinados bienes o servicios en el mercado y la condición de “consumidor” de quien los adquiere o recibe. El análisis de ambas resoluciones es el objeto del presente trabajo.

2. INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE “PROFESIONAL”: LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2018 (C-147/16)

Esta sentencia deriva de una cuestión prejudicial, planteada a su vez en el marco de un procedimiento judicial desarrollado en Bélgica. En dicho procedimiento, la Universidad *Karel de Grote* de Amberes ejercitó una acción de reclamación de cantidad contra una de sus alumnas, la Sra. Kuijpers. La Sra. Kuijpers adeudaba a la demandante la cantidad de 1546 euros en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios: dado que la alumna no podía abonar tales sumas al contado, la Universidad le ofreció facilidades de pago, dividiendo este en siete cuotas mensuales sin intereses según consta en el contrato que a tal efecto suscribieron. Puesto que la Sra. Kuijpers no efectuó los pagos, la Universidad la demandó ante el Juez de Paz de Amberes al objeto de reclamarle el principal más el interés de demora pactado, que ascendía al 10%, y una

indemnización destinada a cubrir los gastos de cobro, también fijada en el contrato y equivalente a otro 10%. La demandada no compareció en el procedimiento.

Llegados a este punto, al tribunal belga le asaltan dos dudas. Por una parte, el Código de Procedimiento Civil de su país señala que la declaración de rebeldía del demandado comporta la estimación automática de las pretensiones deducidas en la demanda (como un allanamiento tácito), salvo que aquellas sean contrarias al orden público. Puesto que no está claro que la normativa sobre cláusulas abusivas sea materia de orden público a tenor del Derecho nacional, el juez belga le pregunta al TJUE si en este punto la legislación belga es conforme con el Derecho de la Unión y, concretamente, si puede examinar de oficio si la reclamación planteada por la Universidad está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Fácil es intuir que, si la respuesta fuera positiva, ello abriría a su vez la posibilidad de examinar (también de oficio) la posible existencia de cláusulas abusivas.

La segunda duda del órgano remitente está íntimamente ligada con la anterior: desea saber, en sustancia, si el caso sometido a su conocimiento está efectivamente incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Puesto que esta se aplica a contratos entre profesionales y consumidores, el tribunal belga duda acerca de si la condición de profesional o empresario es predicable de una entidad educativa financiada principalmente con fondos públicos, que ofrece al estudiante un plan de pagos sin intereses (por tanto, sin ánimo de lucro) para facilitarle el pago de la matrícula.

La respuesta del TJUE a la primera cuestión es, obviamente, afirmativa. La Corte de Luxemburgo ha declarado hasta la saciedad que el juez nacional debe llevar a cabo una “intervención positiva” y apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, a fin de compensar el desequilibrio estructural propio de las relaciones de consumo. Y, puesto que el paso previo para hacer esa apreciación es dilucidar si la relación controvertida está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva, también a esto se extiende el control de oficio: una cosa presupone la otra.

Si no hay nada nuevo o sorprendente en la respuesta a la primera cuestión prejudicial, no puede decirse lo mismo de la segunda. Advierte el TJUE que la Directiva 93/13 no excluye de su ámbito de aplicación ni a las entidades que cumplen una misión de interés general ni a las que están sujetas a un régimen de Derecho público. A este respecto, la ausencia de ánimo de lucro no se estima pertinente por lo que respecta al concepto de “profesional” utilizado por la Directiva. Asimismo, el TJUE hace hincapié

en que el litigio principal no se refiere directamente a la actividad educativa que desarrolla la Universidad, sino a una prestación complementaria y accesoria de ella, que reviste los caracteres propios de un contrato de crédito. Respecto de esta prestación complementaria, el Tribunal comunitario entiende que la Universidad está actuando como “profesional” en el sentido de la Directiva y, por tanto, se sujeta al régimen establecido en esta. Así lo exige, según el TJUE, la finalidad protectora que persigue la Directiva, por cuanto se observa una desigualdad entre la entidad educativa y el estudiante, a causa de su asimetría en lo que se refiere a la información y a las competencias técnicas.

A modo de conclusión, me temo que esta sentencia obligará a una relectura de los elementos definitorios del concepto de empresario o profesional, tal y como vienen siendo entendidos en nuestro Derecho interno. La posibilidad de que esta condición recaiga sobre un ente público sujeto al Derecho Administrativo, que asume la prestación de un servicio de interés general costado con fondos públicos y carente de finalidad lucrativa, abre nuevos horizontes al Derecho del consumo. Ciertamente que las declaraciones contenidas en la sentencia se refieren a una actividad considerada accesoria, complementaria o adyacente al núcleo duro del servicio público, pero también que tal actividad se realiza sin ánimo de lucro (el pago se aplaza sin intereses) y está íntima e instrumentalmente ligada a dicho servicio. En cualquier caso, si realmente las condiciones insertas en estos contratos con entidades públicas van a someterse al test de abusividad, deberían tenerse en cuenta las singularidades de estos entes: concretamente, no parece desproporcionada una penalización del 10% por la demora (como en el caso de autos), teniendo en cuenta que ese importe no se destina a indemnizar a un particular, sino al erario público e, indirectamente, a los ciudadanos que a través de sus impuestos están costando la formación del moroso.

3. INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE “CONSUMIDOR”: LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2018 (C-498/16)

Se dicta esta sentencia en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo austríaco, que conoció en casación de la demanda interpuesta por el Sr. Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited. Dicha demanda deriva del escándalo de espionaje masivo de las cuentas abiertas en esta red social perpetrado por los servicios norteamericanos de inteligencia y se funda, cómo no, en la infracción de la nor-

mativa europea de protección de datos. Concretamente, el Sr. Schrems dedujo ante los órganos jurisdiccionales de su lugar de residencia (Viena) pretensiones declarativas en relación con la invalidez de varias cláusulas contractuales, de cesación en el uso de sus datos, de información sobre el destino de estos, de rendición de cuentas y de indemnización de daños y perjuicios, apoyando la competencia internacional del tribunal en el fuero especial del domicilio del consumidor previsto en el Reglamento Bruselas I. Hasta aquí todo normal, si no fuera por dos aspectos que complican extraordinariamente el asunto:

a) El Sr. Schrems no es un internauta cualquiera. Es, por el contrario, un jurista especializado en Derecho informático y protección de datos, con estudios de doctorado sobre dichas materias, que por tanto ostenta conocimientos cualificados y una elevada competencia técnica en el asunto litigioso. Por otra parte, y aunque inicialmente utilizó Facebook para fines exclusivamente privados (intercambio de fotos, uso del servicio de Messenger para chatear, etc.), sin embargo ese uso ha ido cambiando a medida que la “cruzada” del Sr. Schrems ha ido ganando notoriedad y resonancia mediática. Ahora la página del demandante en la red social va destinada a informar a los internautas sobre sus acciones legales, sobre sus conferencias (en ocasiones remuneradas), su participación en debates públicos y sus apariciones en los medios. La utiliza también para recaudar fondos y hacer publicidad de sus libros. Asimismo, ha creado una asociación para defender el derecho fundamental a la protección de datos, cuenta con el apoyo de una agencia de relaciones públicas y se ha rodeado de un equipo de diez personas que le ayudan en su campaña contra Facebook. En suma, el Sr. Schrems carece de ese nimbo de cuasi virginal ignorancia con el que frecuentemente se caracteriza al consumidor medio y se ha profesionalizado en el ejercicio de acciones judiciales. De ahí la primera pregunta que le lanza el tribunal austríaco al TJUE, que el Abogado General Michal Bobek (autor de las conclusiones del caso) resume a la perfección: ¿puede un “consumidor” con implicación creciente en litigios convertirse gradualmente en un “litigante experto en asuntos relativos a consumidores” y, por tanto, dejar de requerir una protección especial? Protección como la que dispensa (o dispensaba antes de su sustitución por el Reglamento 1215/2012) el Reglamento Bruselas I al excepcionar el fuero general del domicilio del demandado en los pleitos iniciados por consumidores.

b) El segundo problema es que el Sr. Schrems no defiende únicamente los derechos derivados de su relación contractual con Facebook, sino que también ejercita, agrupándolas con las suyas, las acciones similares que le han cedido otros usuarios de Austria, de otros Estados miembros e inclu-

so de países extracomunitarios. Aunque en el litigio del que dimana la cuestión prejudicial sólo ejercita las acciones de otros siete internautas, en el relato fáctico se nos dice que más de 25.000 personas le han cedido ya sus acciones contra la demandada y que hay una lista de espera de otras 50.000. Fácilmente se deja entrever el experimento procesal que el Sr. Schrems intenta acometer: el ensayo o bosquejo preliminar de una acción colectiva transnacional, articulada a través del medio –rudimentario, pero efectivo– de la acumulación de acciones individuales. La pregunta que dirige el tribunal austríaco a sus colegas de Luxemburgo es si algo semejante tiene cabida en el Reglamento Bruselas I: en otras palabras, si el *forum actoris* previsto para las reclamaciones de consumo es aplicable no sólo a las acciones de la que era originariamente titular el demandante, sino también a las que le han sido cedidas por internautas de dentro y fuera de la Unión Europea. De la respuesta dependerá la posibilidad de concentrar todas las acciones en una única jurisdicción (en este caso la austríaca) o la necesidad de desagregarlas y remitir a dichos usuarios a las respectivas jurisdicciones nacionales. Se trata, en definitiva, de analizar la viabilidad conforme al Derecho comunitario de una tutela colectiva cuando la “clase” afectada no se circunscribe a un único país.

El TJUE se muestra flexible en su respuesta a la primera cuestión (no así en la segunda, como después veremos). Ello se debe a la maleabilidad y dinamismo de la noción de consumidor en el ámbito de las redes sociales, pues (como expone el Abogado General en sus conclusiones) es frecuente que una cuenta privada de Facebook se utilice también para hacer una autopromoción con una repercusión o un fin profesional, y que esos distintos usos vayan evolucionando desde la contratación del servicio: las noticias o eventos de índole estrictamente personal suelen mezclarse con otras relativas a actividades o logros profesionales, e incluso esos contenidos profesionales pueden adquirir preponderancia con el discurrir del tiempo. La compleja realidad que han alumbrado las nuevas tecnologías y, en particular, el creciente desarrollo de las redes sociales no es fácil de encasillar en las categorías más bien cuadrículadas del Reglamento Bruselas I: entre los dos polos –el del consumidor que sólo usa la red para fines privados y quien la usa con fines estrictamente empresariales o profesionales– hay “cincuenta sombras de azul” (metáfora que combina el título de la famosa novela y el color de Facebook, y que de manera harto gráfica utiliza el Abogado General en sus conclusiones). Es frecuente la presencia de figuras híbridas, de “prosumidores”. En definitiva, dado que las redes sociales están diseñadas para fomentar el desarrollo personal y la comunicación, es prácticamente inevitable que el ámbito profesional del usuario se acabe

colando en la red, y no por ello ha de privársele de la protección propia de los consumidores. Por otra parte, el concepto de consumidor tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos y de la información de la que el mismo disponga realmente: ni la especialización que la persona pueda alcanzar en los servicios objeto de la litis ni su implicación activa en la representación de los derechos de quienes los utilizan pueden despojarle de la condición de consumidor.

El TJUE, por tanto, decide en el caso analizado considerar y tratar como consumidores a quienes no sólo son expertos en la materia a la que se refiere el contrato sino que, además, han convertido su litigio en una fuente de ingresos extraprocesales, en el centro de toda una estructura organizativa y, en definitiva, en algo que reúne los perfiles de una verdadera profesión. Resulta llamativo, a mi juicio, que el TJUE insista en el carácter objetivo de la noción de consumidor y cierre los ojos a las cualidades subjetivas y la experiencia que ostente el consumidor *real* en el caso concreto, construyendo toda su doctrina –en especial, la relativa al control judicial de cláusulas abusivas– en torno a un consumidor abstracto e ideal, casi edénico. Parece cuando menos contradictorio predicar la intrascendencia de las condiciones subjetivas del concreto consumidor y, al mismo tiempo, presumir o dar por sentadas esas condiciones subjetivas a la hora de justificar el control de oficio de posibles cláusulas abusivas o la necesidad de practicar ese control sin sujeción a estrictos límites preclusivos: en este sentido ha recalcado el TJUE que ese control se justifica por la situación de inferioridad del consumidor en cuanto a conocimientos y nivel de información, así como por el riesgo no desdeñable de que ignore sus derechos o carezca de medios para ejercitarlos. Cabe preguntarse por qué en el caso aquí analizado el juez nacional tendría la obligación de examinar de oficio posibles cláusulas abusivas del contrato del Sr. Schrems basándose en ese supuesto déficit de información, desconocimiento de sus derechos y falta de medios para ejercer su defensa, cuando es obvio que se trata de puras ficciones sin correspondencia con la realidad.

Finalmente, y como ya he adelantado, la segunda cuestión prejudicial se resuelve en sentido adverso a lo pretendido por el demandante: según el TJUE el fuero especial del domicilio del consumidor sólo es aplicable cuando el demandante actúa en defensa de derechos de los que originariamente era titular, sin que dicho fuero se extienda también a las acciones cedidas por usuarios domiciliados en distintos Estados. Es una regla especial de competencia internacional que sólo protege al consumidor que personalmente celebró el contrato litigioso, no al cesionario de derechos derivados de otros contratos, aunque jurídicamente similares a aquel. Como *ratio*

decidendi, el TJUE argumenta que este criterio es el que mejor garantiza la previsibilidad de la atribución de competencia, que es uno de los objetivos del Reglamento Bruselas I. Sin embargo, y sin ignorar la importancia de este motivo, sospecho que la razón determinante se encuentra en las conclusiones del Abogado General: el temor al *forum shopping* o búsqueda de un fuero de conveniencia. La solución propugnada por el demandante podría llevar a una cesión de acciones incontrolada y deliberada en favor de consumidores de aquellas jurisdicciones con una jurisprudencia más favorable, con costas procesales de menor importe o con una asistencia jurídica gratuita más amplia, lo que podría dar lugar a una sobrecarga de ciertas jurisdicciones.

Asimismo, el Abogado General Michal Bobek consideró con gran acierto que el propósito del Sr. Schrems era crear por vía jurisprudencial una figura todavía inexistente en el Derecho comunitario: una acción colectiva transfronteriza en el seno de la Unión. Ciertamente dicha figura redundaría en una mejor protección de la parte débil y evitaría la incoación de múltiples procedimientos paralelos con resoluciones contradictorias, pero su existencia sólo es defendible en un plano *de lege ferenda*. Los jueces no han de anticiparse a los legisladores ni ejercer como tales, pergeñando *ad hoc* mecanismos que requieren un análisis más exhaustivo y que acabarían generando más problemas que soluciones. Se trata, como vemos, de un contundente alegato contra los peligros del activismo judicial en la defensa de los consumidores que, aunque dirigido al TJUE, debieran tomar también en consideración los jueces nacionales.

La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio

JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TIPOS DE ACCIONES COLECTIVAS: DE CESACIÓN Y DE REPARACIÓN. 3. TIPOS DE LEGITIMACIÓN REPRESENTATIVA: CON O SIN “MANDATO” DE LOS CONSUMIDORES. 4. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS Y LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES HABILITADAS.

RESUMEN: La propuesta de directiva sobre acciones representativas de 11 de abril de 2018 pretende sustituir la Directiva 2009/22/CE. Trata de mejorar la efectividad de las acciones de cesación con una tutela compensatoria. La propuesta sigue un modelo de acciones representativas. La legitimación se otorga a entidades habilitadas. Los Estados miembros deberán decidir si estas entidades habilitadas deberán obtener un mandato de los consumidores afectados. Estas entidades tienen legitimación para demandar en otros Estados miembros, pero la propuesta no determina la extensión de esa legitimación.

PALABRAS CLAVE: acciones representativas, acciones de cesación, legitimación, interés de los consumidores

ABSTRACT: The Proposal for a Directive on representative actions of 11 April 2018, aims to replace Directiva 2009/22/EC. It tries to improve the effectiveness of the injunction procedure with a compensatory redress. The proposal follows a representative action model. The standing to sue is conferred to qualified entities. Member States shall decide whether qualified entities have to obtain a mandate of the individual consumers concerned. These entities have standing to sue in other State Members, but the proposal does not decide the extent of that standing.

KEY WORDS: representative actions, injunctions, standing to sue, interest of consumers

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 11 de abril de 2018 se ha presentado por la Comisión Europea una Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas. La propuesta surge del control de adecuación REFIT de la legislación de la Unión Europea sobre consumidores y comercialización, publicado el 23 de mayo de 2017, que analizó la Directiva 2009/22/CE sobre acciones de cesación y el Informe de la Comisión de 25 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión¹.

2. TIPOS DE ACCIONES COLECTIVAS: DE CESACIÓN Y DE REPARACIÓN

La propuesta de Directiva, en la línea de la Recomendación 2013/396/UE, persigue una regulación de las acciones colectivas que supere la actual regulación de la Unión, contenida en la Directiva 2009/22/CE que sólo contempla, como colectivas, a las acciones de cesación. Mientras la Recomendación 2013/396/UE añadía a las acciones de cesación una posible acción colectiva de indemnización (que denominaba “recurso colectivo de indemnización”) para la reparación de los daños masivos causados por infracciones de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, la propuesta de Directiva contempla, en su artículo 6, la posibilidad de que las acciones colectivas persigan obtener “una orden de reparación, que obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cosas, indemnización, arreglo, sustitución, reducción del precio, resolución de contrato o reembolso del precio pagado, según proceda”.

La referencia a una “orden de reparación”, como contenido de la sentencia parece configurar una condena de hacer, pero tal expresión entendemos que debe interpretarse de forma amplia, por tanto lo que lo que vendría a imponer la Directiva es la adopción de las medidas necesarias

¹ El informe de la Comisión señalaba que sólo siete Estados miembros habían llevado a cabo reformas legislativas en relación con las acciones colectivas. Si bien en todos ellos existen acciones de cesación de carácter colectivo y en materia de consumo, sólo diecinueve Estados, entre los que se incluye España, cuentan con acciones colectivas que permitan instar una reparación o indemnización de los daños causados a los consumidores.

para permitir que, en las acciones colectivas dirigidas a obtener una reparación, pueda solicitarse tanto la indemnización del daño, como una condena de hacer, consistente en la reparación del bien –arreglo– o su sustitución por otro bien igual o semejante².

Conviene destacar en este punto que los contenidos de la “orden de reparación” deben ponerse en relación con lo establecido en el artículo 5.3 de la propuesta de Directiva. Efectivamente, el inicio del artículo 6 de la propuesta de Directiva, titulado “medidas de reparación”, señala que su regulación lo es “a efectos del artículo 5, apartado 3” y, por lo tanto, en relación con el ejercicio de una acción de cesación. Este artículo y apartado señalan que las entidades legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación también podrán solicitar “medidas que eliminen los efectos continuados de la infracción”.

La propuesta de Directiva vendría a admitir la posibilidad de que la sentencia de cesación no se limite a ordenar la prohibición de una conducta futura o el cese de la que se está realizando, sino que se extienda a la reintegración o reparación de los derechos e intereses de los consumidores que han sido lesionados por la práctica contraria al Derecho de la Unión, de conformidad con lo establecido en el Derecho de la Unión³.

² Resulta llamativa la referencia a otros dos posibles contenidos de la sentencia. En primer lugar, la condena a la resolución del contrato y en segundo lugar la reducción del precio. La posibilidad de resolución del contrato vendrá determinada por la regulación sustantiva aplicable a las relaciones jurídicas que son objeto de la acción colectiva. Por otra parte, la reducción del precio sólo tiene sentido en relación jurídica continuada en el tiempo que exija la realización de nuevas prestaciones por parte del “comerciante” –utilizamos la terminología de la propuesta de Directiva–. Además, los contenidos señalados no tienen un carácter tasado, sino que se trata de posibles condenas de la orden de reparación que contempla la indemnización, arreglo, sustitución o reducción, “entre otras cosas”.

El sentido de estas medidas se explica en el considerando 23 de la propuesta de Directiva en el que se advierte que sólo se “contempla un mecanismo procesal, lo que no afecta a las normas que establecen derechos sustantivos de los consumidores”. Y añade: “una acción de representación que solicite reparación en virtud de la presente [propuesta de] Directiva solo podrá interponerse cuando el Derecho de la Unión o la legislación nacional prevea dichos derechos sustantivos”.

³ Como excepción, el artículo 6.2 de la propuesta de Directiva admite que la sentencia que estima la acción de cesación en lugar de condenar a la reintegración o reparación del daño, se limite a una “resolución declarativa relativa a la responsabilidad del comerciante”, de modo que la efectiva responsabilidad se exigirá por el cauce de acciones individuales desplegando la sentencia de la acción colectiva una eficacia prejudicial, por cuanto establecerá “de manera irrefutable” (*cf.* art. 10.3 de la propuesta de Directiva) la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados. No obstante, la sentencia no podrá limitarse a esa declaración cuando

El artículo 5.3 de la propuesta de Directiva añade que las medidas de reparación “se solicitarán sobre la base de una resolución definitiva por la que se determine que una práctica constituye una infracción de la legislación de la Unión enumerada en el anexo I que perjudica los intereses colectivos de los consumidores”. Adviértase también que la propuesta de Directiva en ningún momento hace referencia a las medidas de reparación como cauce para la tutela de “daños masivos”⁴. En la propuesta de Directiva, las medidas de reparación se vinculan necesariamente al ejercicio de una acción de cesación⁵.

No obstante, la duda surge del hecho de que el Anexo I de la propuesta de Directiva que contiene el listado de disposiciones del Derecho de la Unión cuya infracción permite el ejercicio de las acciones colectivas incluye entre ellas, además en primer lugar, la Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones le-

los consumidores sean determinables, tampoco cuando la cuantía del perjuicio sea reducida y la distribución de la reparación desproporcionada en sus costes, en cuyo caso la reparación se destinará a un objetivo público al servicio de los intereses colectivos de los consumidores, conforme a la doctrina “*cy pres*”.

⁴ La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 en su apartado II.3 *a*) definía los “daños masivos” como la situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas afirmaban haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una pérdida causada por una misma actividad ilegal de una o varias personas jurídicas. El apartado III.10 aludía a la necesidad de que la entidad actora difundiese información sobre “la presunta violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión y su intención de interponer una acción de cesación, así como sobre un caso de daños masivos y su intención de interponer una acción por daños y perjuicios”. La descripción de los supuestos conducía a interpretar que se trataba de dos tipos de acciones que, aunque pudieran estar relacionadas, podían responder a fenómenos distintos.

⁵ En nuestro Derecho, se contiene una previsión semejante en el artículo 53 TRLGD-CU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que señala que “a cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas”. El precepto se encuentra vinculado al ejercicio de acciones de cesación en relación con conductas, estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes. No cabe su aplicación en relación con cualquier otro tipo de conducta ilícita que lesione los intereses colectivos de consumidores, como podría ser la responsabilidad de un fabricante por producto defectuoso, que no encaja en la noción de conducta abusiva o no transparente.

Esta parece ser la línea seguida por la propuesta de Directiva al vincular las medidas de reparación a la finalidad de eliminar los efectos continuados de la infracción del Derecho de la Unión.

gales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Tal responsabilidad puede surgir de un proceso de fabricación o distribución de bienes que cause un daño en masa, que difícilmente cabe reconducir a una “práctica” contraria al Derecho de la Unión. En tales casos, la Directiva 85/374/CEE obliga, en su artículo 10, a que los Estados miembros dispongan una acción de resarcimiento, pero no se contempla una posible cesación en la distribución o comercialización del producto defectuoso. En todo caso, al margen de tal posibilidad de cesación de la distribución, en los casos de daños masivos causados por productos defectuosos, la referencia del artículo 2.1 de la propuesta de Directiva a las disposiciones del Derecho de la Unión de su anexo I, y entre ellas, a la Directiva 85/374/CEE, vendría a exigir que se garantice la posibilidad de instar una acción colectiva encaminada a la protección de los intereses colectivos de los consumidores mediante “medidas de reparación” de carácter colectivo, si bien tales “medidas” no deberán adoptarse “sobre la base de una resolución definitiva por la que se determine que una práctica constituye una infracción de la legislación de la Unión”, sino a partir de la declaración de responsabilidad del fabricante en razón del carácter defectuoso del producto distribuido, al amparo de lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 85/374/CEE y una vez probada la relación causal entre el daño causado a los consumidores y el defecto del producto que los consumidores hubieran utilizado o consumido (art. 4 de la Directiva 85/374/CEE). Favorece esta interpretación lo señalado en el artículo 3 de la propuesta de Directiva que define como “práctica” a “cualquier acto u omisión de un comerciante”.

Cabe admitir que pueda haber una condena a una reparación de carácter colectivo que no siga a una acción de cesación, pero en el conjunto de las reglas previstas en la propuesta de Directiva, tal supuesto parece excepcional.

3. TIPOS DE LEGITIMACIÓN REPRESENTATIVA: CON O SIN “MANDATO” DE LOS CONSUMIDORES

Las acciones colectivas son denominadas por la propuesta de Directiva como acciones de representación en tanto que su ejercicio se encomienda a entidades habilitadas a tal fin, particularmente las organizaciones de consumidores y organismos públicos independientes constituidos para la tutela de los intereses de los consumidores (art. 4.3 de la propuesta de Directiva). Para el ejercicio de acciones de cesación, las entidades habilitadas

cuentan con legitimación suficiente para actuar en interés de los consumidores afectados por la práctica ilícita sin necesidad de “mandato de los consumidores individuales” y sin necesidad de acreditar la existencia de un concreto perjuicio “real”, según establece el párrafo final del art. 5.2 de la propuesta de Directiva. Con propiedad, lo que se excluye no es tanto el carácter “real” del perjuicio, sino su carácter actual, pues en una acción de cesación es suficiente el riesgo de un perjuicio futuro, lo que reclama una prohibición “si la práctica todavía no se ha llevado a cabo, pero es inminente”, como señala ese mismo artículo. Aunque se denominan acciones de representación, con más propiedad habría que calificarlas de acciones representativas de los intereses de los consumidores.

En relación con el ejercicio de acciones encaminadas a la reparación o eliminación de los efectos continuados de la infracción, el artículo 6.1 de la Directiva señala que “un Estado miembro podrá requerir el mandato a los consumidores individuales afectados antes de que se dicte una resolución declarativa o una orden de reparación”. Tal previsión permite que un Estado restrinja la eficacia de las medidas de reparación acordadas por el tribunal como consecuencia del ejercicio de una acción de representación a los consumidores individuales que se hayan adherido al proceso colectivo. La propuesta de Directiva sigue así lo señalado en la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, según la cual en los recursos colectivos de indemnización “la parte demandante debería constituirse por consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños (principio *opt-in*)”.

Ahora bien, la propuesta de Directiva no exige este principio de forma necesaria para la adopción de las medidas de reparación, por lo que un Estado puede admitir la legitimación de las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de reparación sin necesidad de contar con el consentimiento, mandato o habilitación de los concretos consumidores afectados. Tal es el caso de la legitimación establecida en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, la exigencia de mandato se excluye en los dos supuestos señalados en el artículo 6.3 de la propuesta de Directiva: cuando los consumidores sean determinables o cuando la pérdida sea de escasa cuantía y resulte desproporcionado en sus costes la distribución de la reparación⁶.

⁶ En este último caso ya vimos anteriormente –*cfr.* nota 3– que la reparación individual se sustituía por la financiación con la condena de objetivos públicos en beneficio de los consumidores.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016 que garantiza el derecho de todo consumidor individual para poder desvincularse de una acción colectiva ejercitada en su interés. Conforme a esa doctrina, el art. 6.3.a) de la propuesta de Directiva admite que el ejercicio de la acción colectiva por la entidad habilitada podrá llevarse a cabo sin “mandato” de los consumidores afectados, al señalar que la exigencia de mandato “no constituirá una condición para iniciar la acción”. Esta previsión, en cambio, no se contiene en relación con las acciones de reparación colectiva de escasa cuantía y difícil distribución, en el artículo 6.3 b) de la propuesta de Directiva que, de forma ambigua, señala que “los Estados miembros velarán por que no se requiera el mandato de los consumidores individuales afectados”. Parece que el derecho a la desvinculación debe prevalecer.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016 no distinguió si tal derecho a la desvinculación se garantizaba sólo en relación con una acción colectiva de indemnización o también en relación con una acción colectiva de cesación. Recuérdese que en el concreto asunto enjuiciado la acción colectiva no versaba únicamente sobre la cesación de una conducta ilícita, sino también sobre la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas y la consecuente procedencia del derecho de restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

El problema que pueda plantearse, en relación con la propuesta de Directiva, surge de la posibilidad de que la entidad habilitada para el ejercicio de acciones de representación, en los casos en que la legislación de un Estado no requiera el previo “mandato” de los consumidores individuales, actúe en interés no sólo de los consumidores del Estado en el que se ejercita la acción, sino también en interés de los consumidores con domicilio en otro Estado miembro de la Unión en el que tal “mandato” sí se exija para el ejercicio de acciones colectivas de reparación.

Tal posibilidad deriva de que el artículo 16 de la propuesta de Directiva contiene normas que admiten la posibilidad de que una entidad habilitada en un Estado miembro pueda actuar ante los órganos jurisdiccionales o administrativos de otro Estado miembro para el ejercicio de las acciones de representación previstas en el borrador de Directiva. Lo cierto es que la regulación parece partir del principio de que las entidades habilitadas representan a los consumidores con domicilio en el Estado miembro en que la entidad ha sido habilitada. Así resulta de lo establecido en el artículo 16.2 de la propuesta de Directiva que prevé que puedan actuar conjuntamente las entidades habilitadas de distintos Estados miembros ante los órganos

jurisdiccionales de un Estado miembro. Pero, el mismo precepto también prevé que la actuación del interés colectivo se asuma por una única entidad habilitada para la protección del interés colectivo de los consumidores de los distintos Estados miembros. La propuesta de Directiva determina que será el Estado miembro ante el que se actúe el que “velará” por que la forma en que se llevará a cabo el ejercicio de la acción colectiva garantice el anterior resultado. Por lo tanto, la propuesta de Directiva da a entender que es la legislación del Estado miembro en el que se ejercita la acción la que determina la amplitud de la legitimación con que actúa la entidad habilitada y, por lo tanto, la necesidad o no de un previo mandato de los consumidores, para poder dictar una orden de reparación.

En este punto, cobra interés la previsión del artículo 10 de la propuesta de Directiva que regula los efectos de las resoluciones que ponen término a una acción colectiva. La sentencia que declare la existencia de una infracción lo hará “de manera irrefutable” a los efectos de cualquier otra acción para solicitar una reparación por tal infracción ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Puede afirmarse que la acción colectiva despliega una eficacia prejudicial respecto de posteriores acciones individuales, si bien tal eficacia prejudicial sólo se prevé en relación con la declaración de la existencia de la infracción. Ahora bien, si la declaración de la existencia de infracción se adoptó en otro Estado miembro, sólo alcanza el carácter de una “presunción refutable”, es decir, lo que viene es a desplazar la carga de la prueba de la existencia –en este caso inexistencia– de infracción al demandado, si de él se pide la reparación del daño en ese otro Estado, siempre y cuando la entidad habilitada no hubiera actuado en interés de los consumidores de este otro Estado, porque en tal caso, quedarían afectados por la sentencia de forma directa, sin necesidad de “mandato” expreso, si la legislación del Estado del órgano jurisdiccional que conoció de la acción colectiva no lo exigiese así.

4. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS Y LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES HABILITADAS

El artículo 8 de la propuesta de Directiva regula la posibilidad de acuerdos extrajudiciales en relación con la reparación de los consumidores afectados por una práctica que se considera ilegal.

Si bien el artículo 8.1 de la propuesta de la Directiva establece que los Estados miembros podrán establecer un instrumento de homologación de los acuerdos a que hubiera llegado la entidad habilitada con el comer-

ciante, siempre y cuando no haya ninguna acción colectiva en curso, los apartados 2 y 3 del mismo artículo no contienen tanto una posibilidad de regulación como una invitación a los Estados miembros para que velen⁷ por que en el proceso en el que se conoce de la acción colectiva se pueda invitar a las partes a llegar a un acuerdo o para que tal acuerdo se alcance en el caso de una mera declaración de responsabilidad del comerciante, al amparo del artículo 6.2 de la propuesta de Directiva.

La posibilidad de acuerdo no plantea dudas en el caso de que la entidad habilitada actúe en virtud del “mandato” de los consumidores, conforme a un principio de *opt-in*. En cambio, tal acuerdo resulta más complicado si la entidad habilitada actúa sin “mandato” por cuanto que resulta discutible que su legitimación se extienda a la adopción de acuerdos en interés de los consumidores. Ciertamente, el apartado 4 del artículo 8 señala que los acuerdos quedarán sujetos al control del órgano jurisdiccional o de la autoridad administrativa, pero finalmente, la admisibilidad del acuerdo descansa en la previsión del apartado 6 del artículo 8 que obliga a dar a los consumidores individuales afectados “la posibilidad de aceptar o rechazar someterse a los acuerdos”. La previsión resulta ambigua, porque la posibilidad de aceptar supondría una adhesión al acuerdo alcanzado y en principio no vinculante, mientras que la posibilidad de rechazar comportaría la de desvincularse a un acuerdo en principio vinculante. Cabe entender que en los supuestos en que la entidad habilitada ha actuado sin “mandato”, debe ofrecerse la posibilidad de aceptar el acuerdo, mientras que en los casos en que ha actuado con “mandato”, de alcanzarse un acuerdo, la posibilidad que se ofrece es la de rechazarlo.

⁷ El término utilizado no parece contemplar una posibilidad sino más bien un deber de desarrollo, aunque dado que el contenido de ese deber aparece vinculado con la posibilidad del acuerdo, no queda claro si efectivamente los apartados 2 y 3 imponen una obligación de desarrollo o, más bien, los aspectos que deberán tenerse en cuenta en caso de optar por regular los acuerdos extrajudiciales.

La sustracción internacional de menores: la necesaria coordinación de la normativa internacional y procesal española

NÚRIA MALLANDRICH MIRET

*Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESPAÑA COMO PAÍS DE ORIGEN DEL MENOR: EL ART. 778 *SEXIES* LEC. 2.1. Delimitación normativa del precepto. 2.2. Los “cauces procesales” previstos para la obtención de la certificación del art. 15 CHSIM. A) La sustracción del menor se produce cuando ya ha finalizado con sentencia firme el proceso. B) La sustracción se produce cuando se ha dictado sentencia en primera o segunda instancia, pero ésta se halla pendiente de recurso. C) La sustracción del menor se produce cuando se está tramitando el procedimiento en primera instancia, habiéndose adoptado en el seno del mismo medidas provisionales que regulan temporalmente las relaciones paterno-filiales. D) La sustracción se produce cuando, habiéndose iniciado un procedimiento tendente a regular las relaciones paterno-filiales, no se han adoptado medidas provisionales en el seno del mismo. E) La sustracción se produce cuando no se ha iniciado un proceso dirigido a regular las relaciones paterno filiales. 3. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente trabajo, tras delimitar el ámbito de aplicación del art. 778 *sexies* LEC en la esfera del art. 15 CHSIM, examina los problemas que plantea el texto de la ley a la hora de definir el procedimiento a seguir para la obtención del certificado o decisión a la que hace referencia este último precepto citado. A estos efectos, partiendo del análisis de cinco supuestos distintos se llega a la conclusión que los procedimientos a los que remite el art. 778 *sexies* LEC no resultan, en la mayor parte de ocasiones, adecuados para lograr la emisión del certificado conforme con los parámetros de agilidad que requiere la situación fáctica y la normativa internacional.

PALABRAS CLAVE: sustracción internacional de menores, certificado art. 15 CHSIM, procedimiento, España.

ABSTRACT: The present work, after defining the scope of application of art. 778 *sexies* LEC in the sphere of article 15 HCICA, examines the problems posed by the text of the law when determining the procedure to obtain the decision or determination referred to in the aforementioned last provision. Based on the analysis of five different cases, this paper concludes that the procedures referred to in art. 778 *sexies* LEC are not, in most cases, adequate to achieve the issuance of the cer-

tificate in accordance with the agility parameters required by the factual situation and international regulations.

KEY WORDS: international child abduction, article 15 HCICA decision, procedure, Spain.

1. INTRODUCCIÓN

La LEC regula en su Capítulo IV bis, titulado “las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, arts. 778 *quáter* a 778 *sexies*, los procedimientos a seguir en caso que se dé un traslado o retención ilícito de un menor, siendo aplicable dichas disposiciones cuando sea aplicable un convenio o normativa internacional o las disposiciones de la Unión Europea en materia de sustracción internacional de menores (arts. 778 *quáter* y 778 *sexies*). El legislador ha acotado con estas referencias, el ámbito de aplicación de preceptos citados, excluyéndola en aquellos supuestos en los que no sea de aplicación normativa internacional convencional o comunitaria alguna.

A nivel internacional, dos son las normas de referencia a citar y analizar. El principal instrumento internacional de naturaleza material a considerar es el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980 (en adelante CHSIM). A nivel procesal, debe citarse necesariamente el Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (en adelante Reglamento Bruselas II bis o RBII bis). La aplicación de la normativa procesal interna antes citada, se dará, principalmente, como consecuencia de aplicación de estos dos instrumentos internacionales.

Es relevante señalar el carácter bilateral que puede tener este fenómeno desde el punto de vista de cada Estado, y en cuando aquí interesa España, la sustracción internacional de menores comporta el traslado o retención de un menor, con carácter ilícito, según se define en el art. 3 CHSIM, a o en un estado distinto del de su residencia habitual. Atendiendo a lo anterior, España puede ser el país de origen del menor, el país donde éste tenía su residencia habitual antes de ser trasladado a un tercer estado por uno de sus progenitores o incluso un tercero. O bien, España puede ser también el país receptor del menor que, teniendo su residencia habitual en un tercer Estado, es trasladado o retenido en España.

Siendo consciente que un análisis exhaustivo de la adecuación de la normativa procesal española a los instrumentos internacionales exigiría examinar el fenómeno de la sustracción internacional de menores desde la doble perspectiva bidireccional que se ha señalado, por cuestiones de extensión, el presente trabajo se centrará en el análisis de una sola de las dos situaciones que se han expuesto; aquél en el que el menor tenía su residencia habitual en España antes de la sustracción y es trasladado ilícitamente a un tercer estado. Se trata del supuesto regulado por el art. 778 *sexies* LEC.

2. ESPAÑA COMO PAÍS DE ORIGEN DEL MENOR: EL ART. 778 *SEXIES* LEC

2.1. Delimitación normativa del precepto

El art. 778. *Sexies* LEC contempla el supuesto en el que el menor, cuya residencia habitual se encuentra en España, es trasladado o retenido ilícitamente a un tercer estado. En este supuesto, de acuerdo con el art. 12 CHSIM, la solicitud de restitución del menor deberá realizarse ante la autoridad judicial o administrativa del estado en el que se halle el menor. Se trata como se puede observar, de un criterio de atribución de la competencia vinculado a una situación de naturaleza fáctica, no jurídica. De hecho, el estado al que se ha trasladado o en el que se ha retenido el menor, será competente únicamente para pronunciarse sobre la restitución del menor, sin que esta decisión pueda, en modo alguno, afectar la cuestión de fondo relativa al derecho de custodia (art. 19 CHSIM). Esta última cuestión, deberá ser resuelta, de conformidad con el art. 10 del Reglamento Bruselas II bis, por los órganos jurisdiccionales del estado dónde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícita que conservan, con las salvedades previstas en el mismo precepto, su competencia para resolver sobre la cuestión de fondo.

En el estricto ámbito del procedimiento de restitución, los tribunales españoles cuando el menor tuviera su residencia habitual antes del traslado o retención ilícito en nuestro país, serán también competentes para emitir la decisión o certificación a la que se refiere el art. 15 CHSIM. Este precepto prevé la posibilidad que los estados contratantes exijan, en el ámbito del su procedimiento interno para decidir sobre la restitución del menor, que el solicitante de la restitución acompañe una decisión o una certificación emitida por las autoridades del Estado de residencia habitual del menor, que acredite que el traslado o la retención del menor es

ilícita en el sentido previsto por el art. 3 del CHSIM. Es decir, en algunos supuestos, en función de la normativa procesal interna del estado dónde se haya trasladado o retenido el menor, es posible que se exija la aportación de esta decisión o certificación, que deberá acompañarse, sigue el art. 15 CHSIM, “siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado.

El art. 778 *sexies* LEC debe enmarcarse en la obtención de esta certificación a la que hace referencia el art. 15 CHSIM.

2.2. Los “cauces procesales” previstos para la obtención de la certificación del art. 15 CHSIM

La otra cuestión que desarrolla el art. 778 *sexies* es la referente al procedimiento por el que debe de tramitarse la petición de emisión de la resolución sobre la ilicitud del traslado o retención del menor. Sobre este particular el propio precepto analizada indica que “*podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I, del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del art. 158 del Código Civil*”. Esta disposición es, en mi opinión, criticable por falta de concreción y, como se verá, por su escasa aplicabilidad. A su vez también es criticable porque obvia otros procedimientos en los que se podría solicitar la emisión de dicha resolución.

La sustracción de menores ya sea a nivel nacional o internacional, se produce habitualmente en supuestos de crisis de pareja. Ante una crisis de pareja, matrimonial o no, nos podríamos encontrar ante cinco supuestos distintos: A) La sustracción de menores se produce cuando ya ha finalizado un procedimiento de divorcio o por el que se determinan las responsabilidades paterno-filiales (para el caso de las parejas de hecho); B) la sustracción de menores se produce cuando se está tramitando dicho procedimiento, pero sin que la sentencia sea firme; C) la sustracción de menores se produce cuando se está tramitando dicho procedimiento, habiéndose adoptado en el seno del mismo medidas provisionales que regulan temporalmente las relaciones paterno-filiales; D) la sustracción se produce cuando, habiéndose iniciado un procedimiento tendente a regular las relaciones paterno-filiales, no se han adoptado medidas provisionales en el seno del mismo; E) no se ha iniciado un proceso dirigido a regular las relaciones paterno filiales y, por lo tanto, la regulación de las relaciones paterno filiales es puramente fáctica.

A) La sustracción del menor se produce cuando ya ha finalizado con sentencia firme el proceso

Si la sustracción se produjera en el caso descrito nos hallaríamos en supuestos en los que existe una resolución judicial que regula las relaciones paterno-filiales, siendo además ésta firme, de modo que sin perjuicio de la modificabilidad de las medidas ex art. 775 LEC si las circunstancias varían, la resolución es invariable y ejecutiva. Esta resolución pone fin al procedimiento de nulidad, separación, divorcio o de determinación de medidas paterno-filiales, de modo que la remisión que efectúa el art. 778 *sexies* LEC a los procedimientos para la adopción de medidas definitivas o provisionales del Título I, del Libro IV, no tiene sentido, porque no existe ningún proceso en curso, en tanto que éste ya ha terminado. El mismo problema existe respecto de la referencia al art. 158 CC. De acuerdo con este precepto, las medidas previstas en este proceso “podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”. Debe en consecuencia, existir un proceso en curso o un expediente de jurisdicción voluntaria del cual penden las medidas urgentes. Sin embargo, como se ha dicho, en el supuesto que estamos analizando, el proceso de familia ya ha acabado. No creo tampoco oportuno que corresponda iniciar un expediente de jurisdicción voluntaria para dar a apoyo a una petición de medidas del art. 158 CC puesto que la cuestión de la sustracción quedaría fuera del ámbito de aplicación de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de divergencias en el ejercicio de la patria potestad. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley de jurisdicción voluntaria excluye que nos hallemos ante una materia propia de la jurisdicción voluntaria, indicando que la “*reforma revisa la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, pues se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

No debe de perderse de vista que existe una sentencia firme previa a la sustracción del menor, que determina el régimen de custodia a favor de uno de los progenitores, de tal modo que al sustraer el menor se estaría infringiendo esta resolución. El incumplimiento de la resolución podría hacerse valer a través del correspondiente proceso de ejecución y en la medida que el menor se encuentra en el extranjero, podría valorarse la posibilidad de ejecutar la resolución en el estado donde se encuentra el menor. Esta ejecución, en el caso que el menor se hallara en un estado miembro

de la UE, se regiría por las disposiciones del Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, no debe confundirse esta posibilidad con el procedimiento del art. 778 *sexies* LEC que se trata de una vía paralela. Estimo que ante esta situación, la petición de la certificación debería de realizarse en el marco de un proceso de ejecución de sentencia por incumplimiento del régimen de custodia, de modo que ésta se emitiera junto con el auto despachando ejecución (art. 699 LEC).

Estas mismas consideraciones serían válidas para el supuesto que la sentencia se haya dictado en un proceso de modificación de medidas.

B) La sustracción se produce cuando se ha dictado sentencia en primera o segunda instancia, pero ésta se halla pendiente de recurso

En mi opinión, en este caso, la respuesta no debería diferir del supuesto que se ha descrito en la anterior letra A). En la medida que existe una resolución que tiene carácter ejecutivo y que la sustracción comporta un incumplimiento de la misma, estimo que la certificación debería de solicitarse en el ámbito de un proceso de ejecución de la sentencia.

Sin embargo, en este caso, sí que es cierto que el proceso principal aún se encuentra pendiente de modo que nos podríamos plantear, a tenor de lo dispuesto en el art. 778 *sexies* LEC, la posibilidad que la resolución se emitiera en el ámbito del proceso principal que se encuentra en sede de recurso y, por lo tanto, se incorporara en la sentencia que se pudiera dictar. Sin embargo, estimo que esta opción, puede comportar una demora excesiva en la emisión de la resolución del art. 15 CHSIM puesto que deberá tramitarse el recurso y esperarse a la sentencia.

No puede, en el ámbito de un proceso en primera instancia, ni durante la tramitación de un recurso de apelación o casación, dictarse una resolución sin más, sino que ésta debe de tener una previsión legal y adaptarse a los cauces procesales previstos. No obstante, estos cauces, dentro de los procedimientos que regulan la adopción de medidas definitivas no existen. El art. 778 *sexies* LEC efectúa una referencia a estos procedimientos, pero no prevé un incidente para la emisión del certificado del art. 15 CHSIM, de modo que dicha referencia sólo puede entenderse referida a qué la tramitación de la certificación debe realizarse como objeto propio de estos procedimientos. Sin embargo, ello conlleva, como se ha indicado, una demora excesiva, incompatible con la naturaleza y la exigencia de agilidad que requieren las circunstancias y la normativa internacional.

Lo que sí que podría tener encaje en este momento procesal es tramitar la solicitud de emisión de la certificación a través del art. 158 CC.

C) La sustracción del menor se produce cuando se está tramitando el procedimiento en primera instancia, habiéndose adoptado en el seno del mismo medidas provisionales que regulan temporalmente las relaciones paterno-filiales

En mi opinión la respuesta en este supuesto sería como la anterior, en la medida que existe una resolución eficaz y ejecutiva, la petición de la certificación debería canalizarse a través del procedimiento de ejecución forzosa, aunque a nivel procedimental es posible poder solicitar la adopción de medidas conforme con el art. 158 CC.

D) La sustracción se produce cuando, habiéndose iniciado un procedimiento tendente a regular las relaciones paterno-filiales, no se han adoptado medidas provisionales en el seno del mismo

En este supuesto es donde mejor encaja el art. 158 CC. De acuerdo con el art. 773 LEC las medidas provisionales deberán solicitarse con la demanda y, en su caso con la contestación. Si el proceso ya se ha iniciado, el actor no podrá solicitar la adopción de medidas provisionales con posterioridad, de modo que no podrá canalizarse la petición de la certificación del art. 15 CHSIM por esta vía. En cambio, sí que tendría esta posibilidad el demandado, si el menor fuera sustraído por el actor antes que le finalizara el plazo para contestar la demanda.

E) La sustracción se produce cuando no se ha iniciado un proceso dirigido a regular las relaciones paterno filiales

Nos hallamos en una situación, como en el caso de la letra anterior, en el que el derecho de custodia se estaba ejerciendo de forma fáctica, sin que exista resolución alguna al respecto.

En este supuesto lo que procederá será iniciar ante los tribunales españoles, lugar donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita, un procedimiento dirigido a dirimir las responsabilidades paterno-filiales y, en concreto, a establecer el régimen de custodia del menor. A pesar del traslado del menor, los tribunales españoles conser-

varán la competencia judicial internacional en virtud del art. 10 RBII bis, salvo que nos hallemos en uno de los supuestos allí excepcionados.

En este supuesto, estimo que el procedimiento a seguir debería ser el previsto en el art. 771 LEC, es decir, solicitar la adopción de medidas provisionales previas a la demanda. Este procedimiento permite, además, adoptar las medidas relativas a la guarda y custodia del menor que el órgano judicial estime oportunas con carácter inmediato e *inaudita parte*.

3. CONCLUSIONES

Aún cuando el art. 778 *sexies* no lo prevé expresamente, podrán conocer de este procedimiento tanto los juzgados de primera instancia como los juzgados de violencia sobre la mujer en aplicación de las reglas del art. 87.2 ter LOPJ. La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer se dará tanto en los supuestos en los que exista un proceso civil previo relativo a la adopción de medidas paterno-filiales, como en aquellos en los que aún no se ha presentado la demanda civil correspondiente. Las disposiciones del art. 87.2 ter bis LOPJ, deben primar sobre la redacción literal del art. 778 *sexies* LEC por la función de atribución de competencias orgánicas que realiza la LOPJ, así como por un criterio de especialidad.

Debería procederse a revisar la remisión directa y sin más desarrollo que efectúa el art. 778 *sexies* LEC a los procedimientos del Título I del Libro IV previstos para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, puesto que estos procedimientos no cubren la totalidad de las situaciones fácticas que pueden darse en la casuística, a la vez que no cumplen con el presupuesto de celeridad que exige la situación. En los casos en los que exista una resolución judicial civil que se pronuncie sobre la custodia, debería de articularse un trámite para que se emita la certificación de forma rápida y ágil. En aquellos casos en los que no exista una resolución previa, me parece apropiado acudir al mecanismo del art. 771 LEC o del art. 158 LEC. Estimo que, en estos casos, la carencia de una resolución previa exige un mínimo trámite declarativo y de naturaleza contradictoria, aunque la contradicción podría diferirse atendiendo a las circunstancias del caso.

Capítulo 31

La tramitación de los procesos en los que se ejercitan acciones colectivas y acciones individuales para la tutela judicial de los consumidores y usuarios: previsiones legislativas, e interpretación y aplicación jurisprudencial

JOSÉ MARTÍN PASTOR
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia*

RESUMEN: El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Fernández Oliva*, de 26 de octubre de 2016, hace mención expresa a “*las complejidades del procedimiento nacional de que se trata en los litigios principales, especialmente en lo que respecta a las relaciones entre las acciones individuales y las acciones colectivas paralelas*”.

En este trabajo pretendo analizar algunas cuestiones relacionadas con la litigación en masa y las técnicas de reparación judicial colectiva de los consumidores y usuarios en el proceso civil. Específicamente, la tramitación de los procesos en los que se ejercitan acciones colectivas y acciones individuales para la tutela judicial de los consumidores y usuarios, analizando las previsiones legislativas y su interpretación y aplicación jurisprudencial, por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales competentes.

PALABRAS CLAVE: Acciones colectivas; acciones individuales; acumulación de acciones; acumulación de procesos; prejudicialidad civil.

ABSTRACT: The Order of the Court of Justice of the European Union, *Fernández Oliva*, of 26 October 2016, expressly mentions “*the complexities of the national procedure that is dealt with in the main litigation, especially as regards the relationships between individual actions and parallel collective actions*”.

In this paper I intend to analyze some issues related to mass litigation and the collective judicial repair techniques of consumers and users in the civil process. Specifically, the processing of the processes in which collective actions and individual actions are exercised for the legal protection of consumers and users, analyzing the legislative provisions and their jurisprudential interpretation and application, by the different competent judicial bodies.

KEY WORDS: Collective actions; individual actions; accumulation of actions; accumulation of processes; civil prejudice.

**1. EL PROPÓSITO INICIAL DEL LEGISLADOR:
LA TRAMITACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ÚNICO
DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES
COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA
DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA ACUMULACIÓN
INICIAL DE LAS DEMANDAS COLECTIVAS E INDIVIDUALES.
LA PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS E INTERESES JURÍDICOS COLECTIVOS
DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, Y LA CARGA
PROCESAL DE INTERVENCIÓN DE LOS MISMOS
EN DICHS PROCESOS COLECTIVOS**

Atendiendo al efecto de cosa juzgada que la sentencia de los procesos colectivos puede producir sobre los procesos individuales en el ámbito de la tutela judicial de los consumidores y usuarios, el propósito inicial del legislador consistía en la tramitación en un procedimiento único de los procesos en los que se ejercitaran acciones colectivas y acciones individuales para la tutela de los consumidores y usuarios, admitiendo, por una parte, la acumulación inicial de las demandas colectivas e individuales, y estableciendo, por otra parte, una carga procesal de intervención de los consumidores y usuarios en los procesos colectivos, en virtud del régimen de publicidad previsto en dichos procesos.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece que, en los procesos promovidos por las asociaciones constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, “la amplitud de la intervención procesal prevista con carácter general permite desechar una obligatoria acumulación inicial de demandas, con el retraso a que obligaría en la sustanciación de los procesos, un retraso que impediría, con mucha frecuencia, la efectividad de la tutela pretendida”. En consecuencia, el legislador ha considerado admisible la acumulación inicial de las demandas colectivas e individuales, pero no la ha configurado con carácter obligatorio.

Analicemos ahora esas posibilidades de intervención procesal.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 13.1, II LEC cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos iniciados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los derechos e intereses de aquéllos.

A tal efecto, el art. 15 LEC regula la publicidad y la intervención de los consumidores y usuarios perjudicados en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de los mismos. El régimen de publicidad e intervención procesal de los consumidores y usuarios perjudicados, en los procesos para la protección de sus derechos e intereses colectivos y difusos, depende de la naturaleza de estos derechos o intereses.

Con carácter general, en los procesos promovidos por las asociaciones o las entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses –colectivos o difusos– de los consumidores o usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores o usuarios del producto que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se realizará por el Letrado de la Administración de Justicia publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses (art. 15.1, I LEC).

Cuando se trate de un proceso para la tutela de intereses colectivos, el demandante o los demandantes deberán haber comunicado previamente el propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este supuesto, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido (art. 15.2 LEC).

Cuando se esté ante un proceso para la tutela de intereses difusos, el llamamiento –publicando la admisión de la demanda– suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Letrado de la Administración de Justicia determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores o usuarios que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC (art. 15.3 LEC).

Interesa ahora precisar que el régimen de comunicación previa que exige el art. 15.2 LEC no puede consistir en el llamamiento por publicidad previsto en el art. 15.1, I LEC, sino en una comunicación personal. En este sentido se ha manifestado el AAP de Madrid (Secc. 28^a), núm. 160/2008, de 28 de mayo (FD 3^o).

Como se puede observar, el régimen de publicidad y de intervención del art. 15 LEC está relacionado con la imprecisa distinción entre los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y con la imprecisa legitimación para accionar en defensa de los mismos.

Con las previsiones expuestas el legislador ha querido evitar la tramitación separada de procesos individuales iniciados con posterioridad al proceso colectivo, atendiendo al efecto de cosa juzgada que la sentencia del proceso colectivo puede producir sobre los procesos individuales en el ámbito de la tutela judicial de los consumidores y usuarios.

**2. LA DESAPARICIÓN DE LA CARGA PROCESAL
DE INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS
EN EL PROCESO COLECTIVO EN EL QUE SE EJERCITE
ÚNICAMENTE UNA ACCIÓN DE CESACIÓN PARA LA DEFENSA
DE LOS DERECHOS E INTERESES JURÍDICOS COLECTIVOS DE
AQUÉLLOS. LA ADMISIBILIDAD DE LA TRAMITACIÓN
EN PROCEDIMIENTOS DISTINTOS DE LOS PROCESOS EN
LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES
INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES
Y USUARIOS. LA JURISPRUDENCIA CONTRARIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL ARCHIVO
O SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO INDIVIDUAL
POR LA PENDENCIA DEL PROCESO COLECTIVO**

Hay que destacar que, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, el art. 15.4 LEC exceptúa el régimen de publicidad y de intervención expuesto cuando se ejercite únicamente una acción colectiva de cesación, al disponer que “quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”. La Exposición de Motivos de la Ley 39/2002 justificó esta reforma por razones de celeridad procesal.

Como consecuencia de dicha excepción, la STC (Sala 2ª) 148/2016, de 19 de septiembre, ha puesto de relieve que, “en cualquier caso, resulta

evidente que al eliminarse las medidas de publicidad del proceso para las acciones de cesación, el legislador asume no solamente que el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y, por ello mismo, puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo. También que, en consecuencia, no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual, por mor de una carga de personación al proceso de cesación que no existe” (FD 4°).

En otras palabras, “el apartado cuarto del art. 15 de la LEC (...) dispensa de adoptar las medidas de llamamiento y publicidad del proceso en todas las modalidades de acción de cesación, con desaparición, así, de toda posible carga procesal del reclamante individual por tener que acudir al proceso de cesación” (FD 6°).

En la misma línea véanse las SSTC (Sala 1ª), 206/2016, 207/2016, 208/2016, y 209/2016, todas de 12 de diciembre; las SSTC (Sala 2ª), 221/2016, y 223/2016, ambas de 19 de diciembre; y las SSTC (Sala 1ª), 3/2017 y 4/2017, ambas de 16 de enero.

En virtud de lo expuesto, la desaparición de la carga procesal de intervención de los consumidores y usuarios en los procesos colectivos en los que se ejercita exclusivamente la acción de cesación, conlleva la admisibilidad de la tramitación en procedimientos distintos de los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas y acciones individuales para la tutela de los consumidores y usuarios.

En este contexto cabe hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada, que es contraria al archivo o sobreseimiento del proceso individual por la pendencia del proceso colectivo de cesación, al reputarlo vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

Para el Tribunal Constitucional “deviene irrelevante que la demanda de cesación mencionada hubiere sido publicada en medios de comunicación nacional, por acordarlo así el Juzgado competente, pues lo cierto es que, a falta de una carga procesal impuesta por la ley, los aquí recurrentes no tenían que atender al emplazamiento efectuado, ni en ese ni en otro proceso de cesación en cualquier parte del territorio nacional, por más que apareciere impugnada una cláusula del mismo contenido que la suya, ni antes ni después de formalizar demanda individual de nulidad de su cláusula y solicitud de devolución de lo pagado por ella” (FD 6°).

3. EL SEGUNDO INTENTO DEL LEGISLADOR PARA LA TRAMITACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ÚNICO DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LA PRECEPTIVA ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Con las posibilidades de acumulación inicial de acciones y de intervención procesal expuestas se ha tratado de evitar la diversidad de procedimientos incoados para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a los consumidores y usuarios, y la diversidad de procedimientos no se haya podido evitar mediante la acumulación inicial de acciones o la intervención procesal prevista en el art. 15 LEC, procederá la acumulación de procesos –esto es, se acordará su acumulación de oficio por el tribunal (de acuerdo con el art. 75 LEC, la acumulación de procesos “será acordada de oficio por el Tribunal, siempre que se esté en alguno de los casos previstos en el artículo siguiente”)–, cuando se trate de procesos susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en los arts. 76.1.1º, y 77 LEC (art. 76.2.1º LEC). Esto es, cuando “la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro” (art. 76.1.1º LEC) y se trate, desde el punto vista procedimental y competencial, de procesos acumulables de acuerdo con lo dispuesto por el art. 77 LEC.

Hay que recordar que la redacción actual del art. 76 LEC tiene su origen en el apartado 30 del art. 15º de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, y que dicho precepto está vigente desde el 4 de mayo de 2010.

Las limitaciones a la acumulación de procesos previstas en el art. 78. 1 a 3 LEC, no serán de aplicación para la acumulación de los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a los consumidores y usuarios (art. 78.4 LEC).

Sin embargo, a pesar de la expresa y clara disposición legislativa, la técnica de la acumulación de procesos no está siendo aplicada en la práctica, en estos casos, por los órganos jurisdiccionales.

4. LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR CUANDO NO RESULTE POSIBLE LA TRAMITACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ÚNICO DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITEN ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LA ADMISIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO INDIVIDUAL POR PREJUDICIALIDAD CIVIL HASTA QUE SE RESUELVAN EL PROCESO COLECTIVO. LA JURISPRUDENCIA CONTRARIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO INDIVIDUAL POR PREJUDICIALIDAD CIVIL DEL PROCESO COLECTIVO

Atendiendo al efecto cosa juzgada que la sentencia de los procesos colectivos puede producir sobre los procesos individuales en el ámbito de la tutela judicial de los consumidores y usuarios, el legislador ha establecido diversos mecanismos en aras de conseguir la tramitación en un procedimiento único de los procesos en los que se ejercitan acciones colectivas y acciones individuales para la tutela de los consumidores y usuarios y, cuando dicho objetivo no se haya podido alcanzar, ha considerado admisible la suspensión de las actuaciones del proceso individual por prejudicialidad civil hasta que se resuelva el proceso colectivo.

En función de lo dispuesto por el art. 43, I LEC, en los supuestos de prejudicialidad civil –esto es, cuando para resolver sobre el objeto de un proceso sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil–, únicamente cuando no resulte posible la acumulación de procesos, “el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”.

Como se puede observar, esta suspensión de los procesos individuales por prejudicialidad civil, hasta que recaiga sentencia firme en el proceso colectivo, no es automática, sino potestativa. En consecuencia, para decidir sobre la misma el órgano jurisdiccional deberá ponderar todos los intereses en conflicto y explicitar esa valoración en la motivación de su resolución.

Como veremos a continuación, en el caso concreto analizado, la suspensión del proceso en el que se ejercita una acción individual por un concreto consumidor hasta la finalización del proceso colectivo, ha sido considerada, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contraria al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En concreto, la STJUE de 14 de abril de 2016, ha destacado que “el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva”.

A mi juicio, esta resolución es criticable, pues parte de la premisa, errónea, de que el art. 43 LEC obliga al juez que conoce de una acción individual a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en el proceso colectivo. Como ya he advertido con anterioridad, esta suspensión de los procesos individuales por prejudicialidad civil, hasta que recaiga sentencia firme en el proceso colectivo, no es automática, sino potestativa.

Para decidir sobre la misma el órgano jurisdiccional deberá ponderar todos los intereses en conflicto y explicitar esa valoración en la motivación de su resolución. En esa valoración el órgano jurisdiccional podrá y deberá considerar si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda individual.

La eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos colectivos: previsiones legislativas, e interpretación y aplicación jurisprudencial

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN. 2.1. Eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de una cláusula abusiva, respecto de un posterior litigio en que se ejercitaba por otra asociación de consumidores una acción colectiva respecto de la misma cláusula predispuesta por el mismo banco. 2.2. No extensión de los efectos de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva respecto de “cláusulas similares”. 2.3. Inexistencia de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva, en un posterior proceso individual en el que un consumidor ejercitó una acción de nulidad de otra cláusula por abusiva y una acción de reclamación de cantidad, en un supuesto en el que, además, los predisponentes de las cláusulas fueron sujetos distintos. 2.4. Relativa eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de una condición general de la contratación, en un posterior litigio en el que se ejercitó una acción individual de nulidad de esa condición general abusiva por falta de transparencia, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. 3. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE ACCIONES COLECTIVAS DISTINTAS A LA DE CESACIÓN –EXCLUSIVAMENTE O EN UNIÓN CON DICHA ACCIÓN DE CESACIÓN.

RESUMEN: La sentencia dictada en los procesos colectivos puede producir efecto de cosa juzgada sobre otros procesos colectivos o individuales en el ámbito de la tutela judicial de los consumidores y usuarios. En este trabajo se analiza desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial, por una parte, la eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos colectivos en los que se resuelve sobre la acción de cesación, y, por otra parte, la eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos colectivos en los que se resuelve sobre acciones colectivas distintas a la de cesación –exclusivamente o en unión con dicha acción de cesación.

PALABRAS CLAVE: Efecto de cosa juzgada; acciones colectivas; acciones individuales; acciones de cesación.

ABSTRACT: The judgment in the collective processes can produce the effect of a res judicata about other collective or individual processes in the field of legal protection of consumers and users. In this work we analyze from the legislative and jurisprudential point of view, on the one hand, the effect of a res judicata of the judgments dictated in the collective processes in which it is resolved on the cessation action, and, on the other hand, the effect of a res judicata of the judgments dictated in collective processes in which it is resolved on collective actions other than the one of cessation –exclusively or in union with said cessation action.

KEY WORDS: Effect of a res judicata; collective actions; individual actions; cessation actions.

1. INTRODUCCIÓN

La eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en los litigios en que se ejercitan acciones colectivas resulta problemática. De esta problemática era ya consciente el propio legislador, puesto que, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratar de la tutela de los intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirmaba que, “en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora”.

Como ha declarado la STS (Sala 1^a), 375/2010, de 17 junio, “el alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución, pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores” (FD 3^o).

2. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN

Recordemos que el régimen de publicidad y de intervención del art. 15 LEC no será de aplicación en aquellos procesos colectivos en los que

se ejercite únicamente la acción de cesación (art. 15.4 LEC). La SAP de Sevilla (Secc. 5ª), de 22 de enero de 2004, rec. de apelación: 5231/2003, ha destacado que “de tal obligación de publicidad sólo quedan exceptuadas las acciones de cesación, lo que es lógico puesto que las mismas vinculan solamente al empresario infractor y el efecto de la sentencia sobre los consumidores es meramente reflejo, no impidiéndoles posteriormente plantear acciones resarcitorias individuales” (FD 1º).

La sentencia estimatoria de la acción colectiva de cesación dictada en el proceso colectivo podrá extender su eficacia –en cuanto a la cesación de la actividad o conducta reputada ilícita– incluso sobre los consumidores o usuarios que no hayan sido parte en dicho proceso colectivo. El art. 221.1, 2ª LEC establece que “si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”.

La STS (Sala 1ª), núm. 401/2010, de 1 de julio, ha puesto de manifiesto que “la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito: Está presente un interés ajeno que (...) exige la extensión de sus efectos *ultra partes*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas (...), y a tal efecto la transcrita regla 2ª del artículo 221.1 dispone que en los casos previstos por la norma “la sentencia determinará si ... la declaración (de ilicitud o de no conformidad a la ley una determinada actividad o conducta) ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Es decir, (...) no se trata de aplicar los principios generales sustantivos de las obligaciones, ya que no se juzga la regularidad de contrato u obligación alguna, sino de aplicar las reglas especiales en materia procesal determinantes de que la eficacia de las sentencias estimatorias del carácter abusivo de alguna condición general de la contratación, dictadas en procedimientos en los que se ejercitan por asociaciones de consumidores o usuarios al amparo del artículo 11 acciones de cesación para el control abstracto de su licitud, deben superar o no en el caso concreto las fronteras subjetivas que fija como regla el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (FD 18º).

Procedamos ahora al análisis de algunos supuestos concretos relacionados con la eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos colectivos en los que se resuelve sobre la acción de cesación:

2.1. Eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de una cláusula abusiva, respecto de un posterior litigio en que se ejercitaba por otra asociación de consumidores una acción colectiva respecto de la misma cláusula predispuesta por el mismo banco

La STS (Sala 1ª), núm. 705/2015, de 23 diciembre (FD 5º), ha destacado la eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de una cláusula suelo abusiva, por falta de transparencia, respecto de un posterior litigio en que se ejercitaba por otra asociación de consumidores una acción colectiva respecto de la misma cláusula predispuesta por el mismo banco.

La conclusión expuesta no se opone a la solución ofrecida por la STS (Sala 1ª), núm. 375/2010, de 17 de junio (FD 3º, 4º y 5º), que negó la existencia de cosa juzgada de la sentencia que resolvió sobre la acción colectiva de cesación y las accesorias de restitución e indemnización, en un posterior proceso en el que las mismas acciones volvieron a ser ejercitadas por la misma asociación demandante contra la misma demandada, ya que la primera sentencia dictada no declaró la producción de efectos de cosa juzgada respecto de los consumidores o usuarios no incluidos en la demanda.

2.2. No extensión de los efectos de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva respecto de “cláusulas similares”

La STS (Sala 1ª), núm. 401/2010, de 1 de julio, después de precisar que no todas las sentencias recaídas en los procesos colectivos tienen efectos expansivos, ha declarado que “el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas, cuando afecta a la suficiencia de la información, impide extender los efectos de la sentencia –que resuelve sobre una acción colectiva–¹ a “cláusulas similares”, y obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas,

¹ La inserción del texto entre guiones es mía.

cuando no se hallen completadas por otras que completen la información de tal forma que eliminen los aspectos declarados abusivos” (FD 18º). En la misma dirección de la resolución anterior, se ha pronunciado la STS (Sala 1ª), núm. 241/2013, de 9 de mayo (FD 19º).

2.3. *Inexistencia de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva, en un posterior proceso individual en el que un consumidor ejercitó una acción de nulidad de otra cláusula por abusiva y una acción de reclamación de cantidad, en un supuesto en el que, además, los predisponentes de las cláusulas fueron sujetos distintos*

La STS (Sala 1ª), núm. 123/2017, de 24 de febrero, ha afirmado la inexistencia de cosa juzgada material de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva, en un posterior proceso individual en el que un consumidor ejercitó una acción de nulidad de una cláusula por abusiva y otra de reclamación de cantidad: objetivamente, porque las cláusulas impugnadas no eran idénticas a las previamente declaradas nulas; subjetivamente, porque, aun coincidiendo el demandado, no fue éste –doble sucesor procesal– quien inicialmente predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa; y, finalmente, porque para la apreciación de cosa juzgada entre las acciones colectivas y las acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen “objetos y efectos jurídicos diferentes” (FD 3º).

2.4. *Relativa eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de una condición general de la contratación, en un posterior litigio en el que se ejercitó una acción individual de nulidad de esa condición general abusiva por falta de transparencia, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso*

Inicialmente, en cuanto a los efectos expansivos de las sentencias recaídas en los procesos colectivos, la STS (Sala 1ª), núm. 401/2010, de 1 de julio, ya señaló que hay que “ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que completen la información de tal forma que eliminen los aspectos declarados abusi-

*vos*² (FD 18°). En la misma dirección de la anterior se pronunció la STS (Sala 1ª), núm. 241/2013, de 9 de mayo (FD 19°).

Posteriormente, la STS (Sala 1ª) 139/2015, de 25 de marzo (FD 4°), ha considerado la producción del efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada –o de carencia sobrevenida de objeto– de la sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de una condición general de la contratación sobre un proceso posterior en el que se ejercitó una acción individual para la declaración de nulidad de dicha condición general de la contratación.

Más adelante, a la hora de analizar las relaciones entre un proceso colectivo en el que se ejercitó una acción de cesación de una cláusula contractual y un proceso individual de nulidad de dicha cláusula contractual y de reclamación de devolución de lo pagado por ella, la STC (Sala 2ª), núm. 148/2016, de 19 de septiembre –cuya doctrina se reitera en las SSTC (Sala 1ª), 206/2016, 207/2016, 208/2016, y 209/2016, todas de 12 de diciembre; las SSTC (Sala 2ª), 221/2016, y 223/2016, ambas de 19 de diciembre; y las SSTC (Sala 1ª), 3/2017 y 4/2017, ambas de 16 de enero–, ha considerado que “el objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula. Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas” (FD 6°).

Sin perjuicio de lo expuesto, es relevante destacar que esta jurisprudencia constitucional se refería a supuestos en los que la pendencia de un proceso en que se ejercitaba una acción colectiva sobre nulidad, por abusiva, de una condición general, y cesación en su uso, se invocaba como fundamento de una supuesta litispendencia o prejudicialidad civil para pa-

² La cursiva es mía.

realizar las acciones individuales ejercitadas por los consumidores que no eran parte en el proceso en que se ejercitaba dicha acción colectiva.

Finalmente, la STS (Sala 1^a), núm. 367/2017, de 8 de junio (FD 2^o), ha afirmado la relativa eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de una condición general de la contratación en un posterior litigio en el que se ejercita una acción individual de nulidad de esa condición general abusiva por falta de transparencia, en función de si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia

3. LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE ACCIONES COLECTIVAS DISTINTAS A LA DE CESACIÓN –EXCLUSIVAMENTE O EN UNIÓN CON DICHA ACCIÓN DE CESACIÓN–

En principio, el régimen de publicidad y de intervención del art. 15 LEC se encuentra estrechamente conectado con la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso promovido para defender los derechos e intereses, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, y, específicamente, con la extensión de los efectos subjetivos de la misma.

Recordemos que el régimen de publicidad y de intervención del art. 15 LEC será de aplicación en aquellos procesos colectivos en los que, en unión o no con una acción de cesación, se ejerciten acciones colectivas para la tutela de los derechos e intereses jurídicos individuales de los integrantes de grupos sociales que han sido lesionados por una causa común (por ejemplo, la acción de indemnización de daños y perjuicios), y que en los procesos colectivos en los que se ejercite únicamente la acción de cesación dicho régimen no es de aplicación (art. 15.4 LEC).

En la STC (Sala 2^a), núm. 148/2016, de 19 de septiembre, se ha destacado que “en estas acciones de reclamación de daños sí se prevé expresamente la intervención como parte de los consumidores individuales, tanto *ab initio* (siendo defendidos por la asociación actora, o formando parte del grupo de afectados constituido como tal), como con posterioridad a su admisión a trámite, lo que se logra con las reglas de llamamiento al proceso y publicidad contenidas en el art. 15 LEC, de donde derivan precisamente las reglas especiales dictadas en cuanto a la extensión de los efectos subjetivos de estas Sentencias, en los arts. 221, 222 y 519 de la misma LEC” (FD 4^o).

En estos casos, la sentencia dictada en el proceso colectivo podrá producir efectos de cosa juzgada sobre los consumidores y usuarios que no hayan participado en dicho proceso.

En concreto, el art. 222.3, I LEC, al regular la cosa juzgada material, dispone que “la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”. Recordemos que este último precepto regula la legitimación activa para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

En consecuencia, como ha precisado el AAP de Madrid (Secc. 28ª), núm. 160/2008, de 28 de mayo, “dado que la sentencia que resuelva el litigio promovido en defensa de intereses colectivos o difusos por una asociación, entidad o grupo de los citados despliega efectos de cosa juzgada frente a todos los consumidores y usuarios que resulten afectados por dichos intereses, tanto en el caso de que se hubieran integrado en el litigio, como parte, como en el caso de que hayan permanecido completamente extraños a él, el legislador regula de forma especial la necesidad de dar publicidad a estos procesos, con el fin de que los afectados individuales puedan comparecer en los mismos como parte, por medio de la intervención del art. 13, con las especialidades del art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (FD 2º).

Por su parte, la SAP de Sevilla (Secc. 5ª), de 22 de enero de 2004, rec. de apelación: 5231/2003, ha destacado que “de tal obligación de publicidad sólo quedan exceptuadas las acciones de cesación, lo que es lógico puesto que las mismas vinculan solamente al empresario infractor y el efecto de la sentencia sobre los consumidores es meramente reflejo, no impidiéndoles posteriormente plantear acciones resarcitorias individuales. Pero si lo que se plantea es una acción resarcitoria colectiva, exclusivamente o en unión con una acción de cesación, la publicidad prescrita en el artículo 15 constituye una garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados sin la cual no es posible dictar una resolución que les afecte. (...) En cualquier caso cuando se pida la resolución de contratos adquiere aún mayor relevancia si cabe la publicidad que establece el artículo 15, de manera que se dé a los consumidores cuyos contratos se trata de rescindir la oportunidad de intervenir en el proceso y de oponerse a tal petición si no les resulta conveniente en su caso concreto o adoptar una acción colectiva a lo que estimen más conveniente para su específico derecho individual” (FD 1º).

En concreto, la sentencia dictada en el proceso colectivo podrá producir efectos de cosa juzgada sobre los consumidores o usuarios que no hayan intervenido en el mismo, cuando en el proceso colectivo se haya ejercitado una acción de condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica.

El art. 221.1, 1ª LEC, al referirse a las sentencias dictadas en los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 de la misma norma, establece que “si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante”.

La STS (Sala 1ª), núm. 123/2017, de 24 de febrero –y, con posterioridad, la STS (Sala 1ª), núm. 334/2017, de 25 de mayo, y la STS (Sala 1ª), núm. 357/2017, de 6 de junio–, ha afirmado la inexistencia de cosa juzgada de la sentencia que estimó una acción colectiva de cesación de una concreta cláusula abusiva, en un posterior proceso individual en el que un consumidor ejercitó una acción de nulidad de una cláusula por abusiva y otra de reclamación de cantidad.

En esta resolución –y también en la STS (Sala 1ª), núm. 334/2017, de 25 de mayo (FD 2º); en la STS (Sala 1ª), núm. 357/2017, de 6 de junio (FD 2º); y en la STS Sala 1ª, 423/2017, de 5 de julio (FD 2º)–, para sostener la inexistencia de cosa juzgada, entre otros argumentos se ha señalado que “de nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio), así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 1, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales” (FD 3º).

A mi juicio, los argumentos y las conclusiones expuestos en la resolución anterior hay que contextualizarlos. Si la sentencia estimó la única acción colectiva que se ejercitó –una acción de cesación de una concreta cláusula abusiva–, hay que precisar, en primer lugar, que, por aplicación de lo dispuesto por el art. 15.4 LEC, no debió realizarse en el proceso correspondiente el llamamiento a los consumidores o usuarios perjudicados, y, por lo tanto, los mismos no pudieron personarse en aquél; en segundo lugar que, si no se ejercitó una acción colectiva de carácter resarcitorio, es imposible hablar de la existencia de consumidores o usuarios que puedan resultar beneficiados económicamente por la sentencia estimatoria; y, en tercer lugar, que, si no se ejercitó una acción colectiva de carácter indemnizatorio, difícilmente dicha sentencia podrá producir efectos de cosa juzgada sobre las acciones individuales de reclamación de cantidad que puedan ejercitar con posterioridad los consumidores o usuarios.

Obviamente, en el proceso colectivo, “si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones” individuales (art. 221.1, 3ª LEC).

Adaptación del proceso monitorio a la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas¹

LUCÍA MORENO GARCÍA

*Profesora contratada posdoctoral de Derecho Procesal
Universidad de Almería*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTROL JUDICIAL, DE OFICIO, DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO MONITORIO: 2.1. La constatación por el LAJ de la relación de consumo. 2.2. El trámite de audiencia a las “partes” procesales. 2.3. La decisión sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual. 3. VALORACIÓN DE LA REFORMA DE 2015.

RESUMEN: Este estudio aborda la adaptación de la regulación del proceso monitorio a la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas; en particular, a la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto 618/10, *Banco Español de Crédito*). La acomodación de esta Sentencia a nuestro ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, por la que se ha introducido el control judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio.

PALABRAS CLAVE: cláusulas abusivas, nulidad, control de oficio, proceso monitorio.

ABSTRACT: This study addresses the adaptation of the Spanish order for payment procedure to CJEU jurisprudence on unfair terms in consumer contracts; in particular, to the judgment of CJEU of 14 June 2012 (case 618/10, *Banco Español de Crédito*). The accommodation of this judgment to the Spanish legal system has been carried out by Law 42/2015, of 5 October, which introduces the judicial control, ex officio, of the abusive clauses in the order for payment procedure.

KEY WORDS: abusive clauses, nullity, ex officio control, order for payment procedure.

¹ Este estudio se ha realizado en el marco de los proyectos “Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas y de los instrumentos financieros complejos” (DER2014/51957-P) y “Asignaturas pendientes del sistema procesal español” (DER2017-83125-P), así como de la Red Temática “Justicia Civil: Análisis y Prospectiva” (DER2016-81752-REDT), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España).

1. INTRODUCCIÓN

El proceso monitorio español es uno de los procedimientos que ha sido cuestionado por el TJUE en relación con la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores². En particular, el Tribunal de Justicia, en la Sentencia de 14 de junio de 2012, se pronuncia sobre la falta de un tratamiento procesal, de oficio, de las cláusulas abusivas en el marco de dicho procedimiento³.

En la referida Sentencia, el TJUE resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Auto de 29 de noviembre de 2010, en relación con el posible control de oficio de las cláusulas abusivas por el juez que conoce del proceso monitorio, así como sobre la posibilidad de integrar el contenido de la cláusula declarada abusiva.

Centrándonos en lo que aquí interesa, el posible control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, el TJUE dispuso –en la Sentencia de 2012– que la Directiva 93/13/CEE debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una normativa nacional, como la del proceso monitorio español, que no permite que el órgano judicial que conoce de la petición monitoria, aun cuando dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, examine de oficio, *in limine litis* ni en ninguna otra fase del proceso, el carácter abusivo de una cláusula contractual. Según el TJUE, esa configuración del proceso monitorio sólo hacía posible el examen judicial de las cláusulas abusivas si el consumidor formulaba oposición al requerimiento de pago en el plazo conferido al efecto (apartados 52 y 57).

A raíz de dicha Sentencia, el legislador español introduce el control judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas en el marco del proceso monitorio. Dicha instauración se efectúa mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴.

Cabe señalar que la adaptación del ordenamiento jurídico español a la STJUE de 14 de junio de 2012 no ha estado exenta de inconvenientes. Uno de los problemas lo encontramos en el hecho de que el pronunciamiento judicial contenido en la referida Sentencia está referido a una configuración pretérita del proceso monitorio. De hecho, el TJUE se pronuncia

² DOCE, núm. 95, de 21 de abril de 1993.

³ STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito*).

⁴ BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

respecto de un procedimiento judicial tramitado con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial⁵, en el que todavía correspondía al juez la competencia para admitir la petición monitoria y expedir el requerimiento de pago. Tras la reforma de 2009, el examen judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas se encuentra con un obstáculo adicional, pues la admisión de la petición monitoria y la expedición del requerimiento de pago competen ahora al LAJ⁶.

Como veremos a continuación, el legislador español ha optado por superar dicho obstáculo instaurando un control judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas, condicionado a la previa constatación por el LAJ de la relación de consumo en la que se base la petición monitoria. Hemos de manifestar, desde este momento, nuestra disconformidad con la opción elegida por nuestro legislador, pues ha supuesto introducir un control “forzado” e “indiscriminado” de todas las peticiones fundadas en contratos de consumo⁷.

2. EL CONTROL JUDICIAL, DE OFICIO, DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO MONITORIO

El examen judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio se ha establecido en el apartado cuarto del artículo 815 de la LEC. Según este artículo, el LAJ, antes de emitir el requerimiento de pago, tiene la obligación de constatar si el contrato en que se funda la reclamación de la deuda ha sido suscrito entre un empresario o profesional y un

⁵ BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

⁶ Con posterioridad, el TJUE se ha pronunciado sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE en relación con la configuración actual del proceso monitorio. Nos referimos a la STJUE de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14, *Finanmadrid*). En la misma, el Tribunal de Justicia se pronuncia desde la perspectiva del juez de la ejecución, pues la cuestión prejudicial es planteada por el tribunal ejecutor del decreto que pone fin al proceso monitorio ante la falta de pago y de oposición. En ella, el TJUE considera que la Directiva europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la española, que no permite al tribunal ejecutor apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando la autoridad que conoció de la petición del proceso monitorio no tiene competencia para realizar dicha apreciación (v. apartados 55 y 59).

⁷ Así lo destacamos en un estudio anterior, MORENO GARCÍA, L., “Cláusulas abusivas y proceso monitorio: tratamiento procesal en España e Italia”, *Práctica de Tribunales*, Núm. 125, 2017, apartado II-2.

consumidor o usuario. En caso afirmativo, debe dar cuenta al juez a fin de que éste pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula contractual que constituya el fundamento de la petición inicial monitoria o que determine la cantidad exigible.

El referido artículo continúa disponiendo que si el órgano judicial aprecia que alguna cláusula contractual puede ser calificada de abusiva tiene la obligación de dar audiencia a las partes por cinco días. Y, una vez oídas éstas, «resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes».

Como se deduce de lo expuesto, el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas se ha supeditado a la concurrencia de dos presupuestos. El primero, la previa constatación por el LAJ de la relación de consumo en que se base la reclamación monitoria. Y el segundo, la necesidad de dar trámite de audiencia a las partes cuando el órgano judicial aprecie tal carácter.

2.1. La constatación por el LAJ de la relación de consumo

Como acabamos de indicar, el examen judicial de oficio de las cláusulas abusivas se ha condicionado a la previa constatación por el LAJ de la relación de consumo en que se funde la reclamación de la deuda. Ello se debe a que, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la admisión de la petición monitoria y la expedición del requerimiento de pago competen al LAJ.

En este panorama, el legislador de 2015 se ha visto en la tesitura de “forzar” la regulación existente e introducir la obligación del LAJ de dar cuenta al juez, antes de expedir el requerimiento de pago, cuando considere que la petición monitoria se funda en un contrato de consumo. Esta circunstancia supone que este operador jurídico debe examinar, antes de efectuar el requerimiento de pago, si el contrato en que se funda la reclamación dineraria ha sido suscrito entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario. Además, ha de hacerse notar que esta cuestión, de carácter sustantivo, en infinidad de ocasiones no es fácil de determinar⁸.

⁸ Así lo señala HERRERO PEREZAGUA, quién además considera que la determinación de si existe una relación de consumo “entraña un juicio [...], que no debería corresponder a quien no puede tenerla atribuida”. Asimismo, este autor destaca que el control del juez sólo podrá tener lugar si el LAJ “le da cuenta de las actuaciones”, por lo que, “*de ser su apreciación equivocada y no proceder a ese traslado, el deudor consumidor que-*

En nuestra opinión, el trámite previsto en el artículo 815 de la LEC realmente no se corresponde con lo pretendido por el Tribunal de Justicia, entre otros motivos, porque supone realizar un control de abusividad “forzado” e “indiscriminado” de todas las peticiones fundadas en contratos de consumo. Según el TJUE, lo que es contrario a la Directiva 93/13/CEE es que el órgano judicial cuente con todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios para valorar una cláusula abusiva y que, sin embargo, no pueda efectuar, de oficio, el control de abusividad⁹. El trámite previsto en el artículo 815.4 de la LEC supone, en cambio, efectuar un control “indiscriminado” de todas las peticiones fundadas en contratos de consumo, convirtiendo al órgano judicial en un juez en busca del clausulado abusivo¹⁰.

Respecto al momento procesal para efectuar el control judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas, como dispone el artículo 815.4 de la LEC, deberá realizarse, en su caso, antes de que el LAJ expida el requerimiento de pago. No obstante, entendemos que ello no es obstáculo para que el juez pueda apreciar la abusividad de la cláusula contractual en un momento posterior, en concreto, en el trámite de oposición al requerimiento de pago¹¹. Ahora bien, en aquellos supuestos en que el órgano judicial haya efectuado el control judicial previo, el examen judicial “sobrevenido” deberá referirse a las cláusulas no tenidas en cuenta en el primer examen.

En cualquier caso, cabe entender que, conforme al estado actual de la legislación, el examen judicial de las cláusulas abusivas no podrá efectuarse por el tribunal ejecutor del decreto que ponga fin al proceso monitorio. Conforme al artículo 816.2 de la LEC, la ejecución que sigue al monitorio en caso de incomparecencia del deudor requerido proseguirá «conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales». Y, en estos casos, no se

dará privado del examen judicial que es garantía de su tutela” (HERRERO PEREZAGUA, J. F., “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio”, *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 45, 2018, págs. 30-31).

⁹ V. los apartados 43, 53 y 57 de la citada STJUE de 14 de junio de 2012.

¹⁰ Aunque en el marco de la ejecución forzosa, SENÉS señala que la obligación que compete al juez respecto del clausulado abusivo opera a partir de los hechos y fundamentos jurídicos que le aportan las partes –en particular, el actor en el ejercicio de la pretensión de tutela jurisdiccional–, y no convierte al juez en una especie de juez inquisidor, a la caza del clausulado abusivo (SENÉS MOTILLA, C., “Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria”, *Práctica de Tribunales*, Núm. 120, 2016, apartado III-1).

¹¹ En este sentido, v. SÁNCHEZ LÓPEZ, B., “Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, coords.), Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 2836.

ha previsto el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas (cfr. art. 552.1.II LEC).

2.2. *El trámite de audiencia a las “partes” procesales*

El examen judicial, de oficio, del clausulado abusivo debe realizarse respetando el principio de contradicción. Ello supone que cuando el juez aprecie el posible carácter abusivo de una cláusula contractual deberá dar trámite de audiencia a las partes a fin de que éstas puedan debatir la cuestión de forma contradictoria¹². Según el artículo 815.4 de la LEC, para el trámite de audiencia previsto en el proceso monitorio no resulta preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.

Una cuestión que plantea este trámite de audiencia “a las partes” es si se debe conceder también al deudor aún no personado en el procedimiento. En nuestra opinión, la intención del legislador es que el trámite de audiencia para debatir sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual se confiera a ambas partes procesales, personadas o no en el procedimiento¹³. De hecho, nos consta que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de reforma de la LEC dos grupos parlamentarios propusieron la modificación del tenor del artículo 815.4 a fin de que el trámite de alegaciones se realizase únicamente con el demandante¹⁴. Sin embargo, el legislador de la reforma finalmente optó por referirse, de forma genérica, “a las partes”¹⁵.

Sobre la forma en que se materializa el trámite de audiencia previsto en el artículo 815.4 de la LEC, entendemos con GÓMEZ AMIGO que las

¹² A este respecto, v. el apartado 52 de la STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11, *Asbeek Brusse*).

¹³ En este sentido, considera que el trámite de audiencia debe concederse también al deudor, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La necesidad de una regulación general de las cláusulas abusivas en el sistema procesal español”, *Práctica de Tribunales*, Núm. 129, 2017, apartado III-3.

¹⁴ Enmienda núm. 110 del Grupo Parlamentario Catalán y enmienda núm. 137 del Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, Núm. 133-2, de 9 de junio de 2015).

¹⁵ Además, téngase en cuenta que en la versión inicial del Proyecto de Ley de reforma de la LEC, el artículo 815.4 se refería expresamente a la concesión de un trámite de audiencia “con citación de ambas partes”. Es clara, por tanto, la intención del legislador de la reforma de conceder el trámite de audiencia a las dos “partes” procesales. Puede consultarse el texto íntegro de esa versión inicial del Proyecto de Ley en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, Núm. 133-1, de 6 de marzo de 2015.

partes han de presentar sus alegaciones por escrito en un plazo de cinco días. Como señala el autor, “si el legislador hubiese querido que el trámite de audiencia fuese oral, habría dispuesto la convocatoria de las partes a una vista ante el juez”¹⁶.

Al concretarse dicho trámite de audiencia en la presentación de un escrito de alegaciones, el único medio de prueba que podrán proponer las partes será el documental. Aunque en la generalidad de supuestos sobre cláusulas abusivas ésa sea la única prueba útil para valorar la abusividad de la cláusula contractual, en ciertos casos, puede resultar necesaria la práctica de otros medios de prueba. Así, por ejemplo, para valorar la transparencia e información suministrada respecto de cláusulas relacionadas con el objeto principal del contrato, como son las cláusulas “suelo” o las “multidivisas”. Para tales casos el legislador debería plantearse el establecimiento de una comparecencia judicial¹⁷.

Por su parte, el legislador ha dispuesto que para este trámite de audiencia no sea preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. Aunque el legislador ha pretendido beneficiar al consumidor o usuario, eximiéndole de intervenir con esos profesionales, en la generalidad de supuestos va a precisar de ese asesoramiento jurídico, dada la complejidad y tecnicismo de la materia de consumo¹⁸.

2.3. La decisión sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual

El órgano judicial tras apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, y dar audiencia a las partes por cinco días, «resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes» (art. 815.4, segundo párrafo). La resolución mediante auto se ha previsto en todo caso, es decir, tanto en el supuesto en que el juez estime la abusividad de la cláusula contractual como cuando considere que no concurre tal carácter.

¹⁶ GÓMEZ AMIGO, L., “La evolución del proceso monitorio. En particular su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, *Práctica de Tribunales*, Núm. 125, 2017, apartado IV-2.

¹⁷ Así lo señalamos en MORENO GARCÍA, L., *Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas*, Tesis Doctoral, Almería, 2018.

¹⁸ Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J., “Intervención de abogado y procurador en el juicio monitorio, supuestos conflictivos y nuevos problemas suscitados por la Ley de reforma 42/2015, de 5 de octubre”, *Práctica de Tribunales*, Núm. 119, 2016, apartado III, y JIMÉNEZ CONDE, F., “El proceso monitorio tras las reformas de 2015”, en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico* (García-Rostán Calvín y Sigüenza López, dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 107-108.

El contenido de dicho auto dependerá de si el juez estima o desestima el carácter abusivo de alguna de las cláusulas examinadas. En el primer caso, el auto debe especificar las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula contractual, esto es, la improcedencia de la pretensión o la continuación del procedimiento sin la aplicación de la cláusula abusiva (art. 815.4, tercer párrafo). Uno u otro efecto dependerá de si la cláusula contractual fundamenta o no la petición monitoria. Si la fundamenta, procederá acordar la improcedencia de la petición. Si no la fundamenta, es decir, si la cláusula abusiva sólo afecta a la cantidad reclamada, procederá la continuación del proceso monitorio sin la aplicación de dicha cláusula. Sin embargo, si el órgano judicial no estima la existencia de clausulado abusivo, «*lo declarará así y el secretario judicial (sic) procederá a requerir al deudor...*» (art. 815.4, cuarto párrafo).

El legislador ha dispuesto que el auto que se dicte sobre el carácter abusivo sea directamente apelable “en todo caso”, es decir, con independencia del sentido estimatorio o desestimatorio del mismo (art. 815.4, quinto párrafo).

Una de las cuestiones problemáticas que presenta la reforma de 2015 es si el pronunciamiento judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual produce, una vez firme, efectos de cosa juzgada. Aunque en el apartado V del Preámbulo de la referida Ley 42/2015 se rechaza expresamente tal eficacia, existen argumentos suficientes para defender justamente lo contrario; pues no en vano el legislador ha establecido un trámite de audiencia a las partes, la emisión de un pronunciamiento judicial “en todo caso” y la posibilidad de recurrirlo en apelación. Así, entendemos que, una vez firme el auto que se pronuncie sobre el carácter abusivo, el pronunciamiento judicial producirá efectos de cosa juzgada. Y el consumidor no podrá plantear la abusividad de la cláusula contractual en su oposición al requerimiento de pago. Quedarán excluidas, no obstante, aquellas cláusulas que no fueron objeto de ese primer examen, cuya posible abusividad podrá ponerse de manifiesto en el escrito de oposición¹⁹.

¹⁹ Así lo indicamos en MORENO GARCÍA, L., “Cláusulas abusivas y proceso monitorio: tratamiento procesal en España e Italia”, cit., apartado II-2. Se muestran a favor de reconocer la eficacia de cosa juzgada de la resolución sobre el carácter abusivo, GÓMEZ AMIGO, L., “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, cit., apartado IV-2, y HERRERO PEREZAGUA, J. F., “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio”, cit., pág. 33. En contra puede verse, ARMENGOT VILAPLANA, A., “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 44, 2018, pág. 10, y SÁNCHEZ LÓPEZ, B., “Recorrido por las sucesivas reformas del

3. VALORACIÓN DE LA REFORMA DE 2015

Ha de valorarse negativamente la reforma efectuada en el proceso monitorio por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Especialmente, en lo que se refiere a la configuración del trámite de control judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas en dicho procedimiento. Los motivos en los que nos basamos son los siguientes:

Primero. El control judicial, de oficio, de las cláusulas abusivas del artículo 815.4 de la LEC no se corresponde realmente con lo indicado por el TJUE en la Sentencia de 14 de junio de 2012. Según este Tribunal, lo que es contrario a la Directiva 93/13 es que el órgano judicial cuente con los elementos de hecho y de Derecho necesarios para valorar una cláusula abusiva y que, sin embargo, no pueda efectuar, de oficio, el control de abusividad. El control judicial de oficio previsto en el citado artículo, tal y como está configurado, supone efectuar un control “forzado” e “indiscriminado” de todas las peticiones fundadas en contratos de consumo.

Segundo. La introducción de un trámite de audiencia en una fase del proceso monitorio que, hasta la reforma de 2015, se desarrollaba sin contradicción. Somos conscientes de que tras apreciar de oficio el posible carácter abusivo de la cláusula contractual, el órgano judicial está obligado a conceder un trámite de audiencia a las partes. No obstante, no cabe duda de que el establecimiento de dicho trámite de audiencia, previo a la expedición del requerimiento de pago, desnaturaliza la esencia del proceso monitorio, al menos cuando la reclamación sea de consumo²⁰.

Finalmente, queremos apuntar una posible solución a los problemas que plantea la reforma de 2015: la vuelta a la “judicialización” del proceso monitorio, de forma que la expedición del requerimiento de pago revierta al juez²¹.

procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, cit., pág. 2837.

²⁰ En este sentido, v. GÓMEZ AMIGO, L., “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, cit., apartado IV-2.

²¹ Aboga por esta posible solución SÁNCHEZ LÓPEZ, B., “Recorrido por las sucesivas reformas del proceso monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, cit., págs. 2838-2839.

La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE. (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa)¹

SUSANNA OROMÍ I VALL-LLOVERA
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Gerona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REGULACIÓN APLICABLE. 2.1. Regulación europea. 2.2. Regulación española. 2.3. Regulación de las Comunidades Autónomas: en concreto la regulación de Cataluña. 3. LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL PROCESO JUDICIAL. 3.1. Carácter voluntario de la mediación y derecho de acceso al proceso judicial. 3.2. Condiciones de la mediación como requisito de admisibilidad del proceso judicial. 4. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: La jurisdicción tiene serios problemas para dar una respuesta rápida y efectiva a los conflictos en materia de consumo, lo que propicia el establecimiento de otros sistemas alternativos o complementarios de resolución de estos conflictos. Así surge la cuestión que se pretende analizar en este trabajo: ¿es posible obligar a las partes en conflicto a acudir a una mediación de consumo antes de iniciar un proceso judicial? Se trata, en definitiva, de examinar en qué medida una mediación obligatoria previa al proceso afecta o no al derecho de todos los ciudadanos de acceso al sistema judicial, sin olvidar el carácter voluntario para las partes que debe tener toda mediación. Para dar respuesta a este interrogante se analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en concreto, su sentencia más reciente de 14 de junio de 2017.

PALABRAS CLAVE: Litigios de consumo, mediación (ADR), proceso judicial.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D “Acciones colectivas, una nueva regulación” (DER2017-82146-P).

ABSTRACT: The jurisdiction has serious problems to give a quick and effective response to consume conflicts, what encourages the establishment of other alternative dispute resolution systems. Thus arises the question that is intended to analyze in this work: is it possible to oblige the parties to mediate before initiating a judicial process? It is about examining to what extent pre-trial mediation affects the right of access to the judicial system, without forgetting that the mediation must have a voluntary character for the parties. To answer this question, we analyze the resolutions of the Court of Justice of the European Union and, in particular, its most recent judgment of June 14, 2017.

KEY WORDS: Consumer dispute, alternative dispute resolution (ADR), mediation, judicial process.

1. INTRODUCCIÓN

Una mediación puede iniciarse por acuerdo entre las partes, fijado incluso en el mismo contrato que las vincula, por sugerencia o por orden de un órgano jurisdiccional o por prescripción de la legislación interna de un Estado. Así lo establece el art.3.a) de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Directiva 2008/52). La cuestión que subyace y que se intenta resolver en el presente trabajo, es si es posible obligar a las partes en conflicto a intentar una mediación antes de iniciar un proceso judicial, porque así se ha acordado en un contrato o lo establece la ley. Para dar respuesta a este interrogante, es muy importante la interpretación que ha realizado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que puede tener una gran incidencia en las legislaciones nacionales de los Estados miembros cuando regulen el acceso a la mediación.

Como es de sobra conocido, la justicia actual tiene importantes problemas de adaptación a los llamados “pequeños” litigios de consumo. Entre las razones que se esgrimen para justificar esta situación se encuentra, por un lado, que los tribunales están sobrecargados y, de otro, que los consumidores tienen la sensación que la justicia es inaccesible². No cabe tolerar

² Los problemas que plantea la jurisdicción para resolver determinados conflictos, y en concreto y para lo que nos interesa, para proteger los derechos e intereses de consumidores y usuarios, ha hecho surgir un movimiento global, nacido en EEUU, de buscar otros mecanismos alternativos o complementarios a la jurisdicción, conocido como *Alternative Dispute Resolution*, Resolución Alternativa de Conflictos en español. Explica con gran detalle este movimiento, BARONA VILAR, S. (1999), *Solución extrajudicial*

esta situación en la medida que un litigio nunca es “pequeño” para aquella persona que se siente víctima de una injusticia; y, además, los litigios sólo son “pequeños” si los aislamos los unos de los otros, éstos toman una dimensión muy trascendente al considerarlos en su multiplicidad.

Las dificultades de acceso a la justicia hacen que los ciudadanos piensen en utilizar otros medios para resolver las controversias, cuestión que suele provocar, por razones de economía, confidencialidad y rapidez, que todas las partes en conflicto, incluidos los profesionales y comerciantes, prefieran utilizar medios no jurisdiccionales en algunos casos. Lo que nos lleva a la pregunta clave, ¿cabe establecer la mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial?

2. REGULACIÓN APLICABLE

Antes de abordar la pregunta planteada, resulta importante examinar si la regulación aplicable a la mediación de consumo permite establecer un trámite de mediación obligatoria. Para hacer este análisis debemos partir de las 3 fuentes que regulan la mediación de consumo en el ordenamiento jurídico español: la Unión Europea, el Estado Español y las Comunidades Autónomas.

2.1. Regulación europea

La Unión Europea, con el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia y en su política de proteger los derechos e intereses de los consumidores, desde hace tiempo viene preocupándose por cómo resolver los conflictos entre consumidores y profesionales, en un contexto, como se ha apuntado, en que el proceso judicial no siempre da respuesta a estos litigios³. Fruto de esta política, se han dictado dos Directivas que inciden en la cuestión: En la Directiva 2008/52/CE, aparece prevista en dos artículos

de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, pp.45 a 89.

³ Se dictaron dos recomendaciones: Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) (DOL 115, de 17 de abril de 1998); Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE) (DOL 109, de 14 de abril de 2001).

la posibilidad de que la legislación nacional establezca una mediación obligatoria⁴. En el mismo sentido, lo establece el art.1 de la Directiva 2013/11⁵.

Las normas de la UE en esta materia se remiten a las legislaciones internas de los Estados miembros; son estas legislaciones las que pueden establecer la obligatoriedad de la mediación de consumo siempre que no se impida a las partes el acceso al proceso judicial.

2.2. Regulación española

Las primeras regulaciones sobre mediación de consumo en España las encontramos en las normas que establecen el arbitraje de consumo⁶. Así, el RD 636/1993, de 3 de mayo, concedió a las Juntas Arbitrales de Consumo la facultad de realizar actuaciones de mediación. El RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula actualmente el Sistema Arbitral de consumo (en adelante, RDSAC), dedica el art.38 a establecer la mediación de consumo con carácter previo al arbitraje, como una invitación que se hace a las partes para alcanzar un acuerdo que evite el arbitraje (art.37.3.a) RDSAC), por lo que no es un trámite obligatorio y siempre queda supeditado a que proceda el arbitraje⁷. Hasta la aprobación de la Ley 7/2017⁸, no existía más

⁴ El art.2.c) cuando da un concepto de litigio transfronterizo, establece como criterio para determinar la fecha de domiciliación o residencia habitual de las partes, “*la fecha en que: c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional*”. El art. 5.2 cuando reza: “*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*”.

⁵ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, Directiva 2013/11): art.1 “*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial*”.

⁶ Para analizar en profundidad el arbitraje de consumo, consultar BUJOSA VADELL, L. M. (2013), El arbitraje de consumo, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 29, enero. DE LA OLIVA SANTOS, A. (1989), Sobre la protección jurisdiccional a los consumidores y usuarios, en *Estudios sobre consumo*, núm.16, pp.157-164, pone en duda que el arbitraje de consumo sirva para una eficaz protección de los consumidores y usuarios.

⁷ ORDEÑANA GEZURAGA, I., (2010), La mediación de consumo..., *op. cit.*, p.7, considera que “*la mediación de consumo se configura como “la alternativa de la alternativa”, es decir, como alternativa del arbitraje, que, a su vez, es alternativa de la jurisdicción*”.

⁸ Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de

regulación española sobre la mediación de consumo, sin perjuicio de la regulación de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de consumo, como se verá en el siguiente apartado, que ante la parca regulación estatal, desarrollaron de forma más efectiva la mediación de consumo. Incluso la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluyó de su ámbito de aplicación la mediación de consumo en su art. 2.2.d), precepto que ha sido suprimido por la Ley 7/2017, lo que permite también aplicar actualmente la Ley 5/2012 a la mediación de consumo. De esta forma, se amplía el ámbito de actuación de esta mediación que ya no queda supeditada a la procedencia del sistema arbitral de consumo y adquiere autonomía propia a nivel estatal. A día de hoy, empero, no se han establecido casos de mediación obligatoria, aunque sí se permite introducir en los contratos una cláusula de someter las controversias a mediación (art.6.2 Ley 5/2012)).

Ahora bien, nada impide al legislador español regular tales supuestos, cuestión que parece que empieza a hacer en las Disposiciones Adicionales primera y segunda de la Ley 7/2017, en el ámbito de la actividad financiera y de protección de los usuarios del transporte aéreo respecto a los profesionales de estos sectores económicos. Lo importante de nuevo es que esta mediación obligatoria no limite el derecho de acceso al sistema judicial, lo que ha sido interpretado como se verá por el TJUE.

2.3. Regulación de las Comunidades Autónomas: en concreto la regulación de Cataluña

El art.149.3 de la Constitución Española permite que las Comunidades Autónomas puedan asumir como competencia la mediación de consumo, cuestión que han hecho la mayoría de Comunidades en sus respectivos Estatutos de Autonomía, sin perjuicio de que la competencia la tenga el Estado en las Comunidades Autónomas que no tienen esta competencia.

Por su parte, así lo ha hecho el Estatuto de Autonomía de Cataluña cuando en su art.123 asume la competencia exclusiva en materia de consumo, lo que comporta, entre otros aspectos, la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo (apartado c). De esta forma se ha dictado el Decreto 98/2014, de 8 de julio, regulador del procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, cuyo artí-

mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017, páginas 105693 a 105718).

culo 15 permite iniciar este procedimiento de mediación a petición de la persona consumidora⁹. Estas son las normas aplicables a la mediación de consumo en Cataluña.

Cataluña ha previsto, al amparo de su competencia en materia de consumo, un supuesto de mediación obligatoria previa al proceso judicial. Lo ha hecho en el Código de Consumo de Catalunya, concretamente en el art.132-4¹⁰, que regula la mediación con carácter previo a la incoación de una ejecución hipotecaria de vivienda familiar¹¹. Es uno de los pocos casos, por no decir el único, que existen en el territorio español, por lo que cobra especial interés la jurisprudencia del TJUE sobre mediación obligatoria, que se tratará en los siguientes apartados y que es el objeto central de este trabajo.

3. LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL PROCESO JUDICIAL

A nadie escapa que los sistemas alternativos de resolución de conflictos están, en los últimos tiempos, alentados por los poderes públicos. Ahora bien, que sea posible su utilización en los conflictos de consumo es una cosa, pero que sea obligatorio acudir a tales sistemas para encontrar una solución, es otra muy distinta.

Sobre este extremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a una cuestión prejudicial¹², considera conforme al Derecho de

⁹ (DOGC de 10 de julio de 2014). Por poner otro ejemplo, la Región de Murcia ha dictado Decreto n° 3/2014, de 31 de enero, por el que se regula el sistema unificado de reclamaciones de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM de 4 de febrero de 2014)

¹⁰ Este apartado del art.132 del Código de Consumo de Cataluña se introdujo por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

¹¹ Sobre si una cámara legislativa autonómica puede tener competencia para establecer un requisito de admisibilidad de un proceso judicial, en la medida que la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado según el art.149.1.6° de la Constitución, se puede consultar ADAN DOMÈNECH, F. (2016), La mediación en la ejecución hipotecaria: ¿es legal, es válida, es posible?, en *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, ed. Atelier, pp.369-341.

¹² Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, en el asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa. Banco Popolare reclamó al Sr. Menini y a la Sra. Rampanelli en un proceso monitorio ante

la Unión Europea que una normativa nacional establezca la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial en los litigios en los que sean parte los consumidores. Pero realiza una importante precisión, que debe tener muy presente el legislador nacional si quiere establecer este requisito de admisibilidad del proceso judicial, pues el consumidor debe poder retirarse de la mediación en todo momento sin tener que justificar su decisión, en la medida que el acceso a la justicia debe garantizarse en todo caso.

3.1. Carácter voluntario de la mediación y derecho de acceso al proceso judicial

Cuando se establece que una de las características de la mediación es que tenga un carácter voluntario para las partes, no significa que no pueda fijarse como obligatoria. Como señala el considerando (13) de la Directiva 2008/52, el carácter voluntario de la mediación reside no en la libertad de las partes de recurrir o no a este procedimiento extrajudicial, sino en el hecho de que *“las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como deseen y darlo por terminado en cualquier momento”*.

De esta forma, la mediación puede constituir un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, en los litigios de consumo en concreto y en los procesos judiciales en general, siempre que tal exigencia no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial. En efecto, lo importante no es el carácter obligatorio o facultativo de la mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al proceso judicial.

Cuando una normativa nacional introduce una etapa adicional que debe tramitarse antes de poder acceder a la justicia, como es la mediación obligatoria, puede plantearse si ello afecta al derecho a la tutela judicial efectiva. Llegados a este punto, resulta de utilidad evocar la reiterada jurisprudencia del TJUE que considera que los derechos fundamentales

el Tribunale Ordinario di Verona, el pago de un crédito sobre la base de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria. El Tribunal de Verona observó que, en virtud del derecho italiano, el proceso interpuesto no era admisible pues previamente se hubo de haber intentado una mediación extrajudicial y, además, en el marco de dicha mediación obligatoria, los consumidores tenían que estar asistidos por un abogado y no podían retirarse de la mediación sin una causa justificada. El Tribunal de Verona se plantea si tales normas italianas son compatibles con el derecho de la Unión Europea, en concreto con la Directiva 2013/11 y la Directiva 2008/52, por lo que presenta ante el TJUE cuestiones prejudiciales.

no son prerrogativas absolutas¹³. Cabe, por tanto, preguntarse si la mediación obligatoria representa una intervención desmesurada e intolerable que afecta a la esencia del derecho de acceso al sistema judicial, o si se pueden establecer ciertas condiciones que convierten tal mediación en una restricción al derecho fundamental que responde a objetivos de interés general.

3.2. Condiciones de la mediación como requisito de admisibilidad del proceso judicial

Así las cosas, como viene señalando el TJUE en dos de sus resoluciones¹⁴, la exigencia de una mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que se garanticen las siguientes condiciones:

- No debe conducir a una decisión vinculante para las partes, en un doble sentido: por un lado, las partes deben tener la posibilidad de retirarse del procedimiento de mediación en cualquier momento si no están satisfechas con su funcionamiento o su tramitación (art.9.2.a) de la Directiva 2013/11); y, por otro lado, cuando se propone a las partes una solución, éstas deben tener la opción de aceptarla, rechazarla o conformarse a ella, si bien las legislaciones nacionales pueden disponer que el resultado de la resolución alternativa sea vinculante para los comerciantes, pero tal posibilidad exige que con carácter previo el consumidor haya aceptado la solución propuesta (art.9.2.b) y 9.3 de la Directiva 2013/11).
- No puede implicar un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial.
- Debe comportar la interrupción de los plazos de caducidad o de prescripción de los correspondientes derechos para entablar acciones judiciales (art.12 de la Directiva 2013/11).

¹³ “sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados”.

¹⁴ Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2010, en el asunto C-317/08 a C-320/08, Alasini y otros. STJUE de 14 de junio de 2017, en el asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa.

- Debe ser accesible para ambas partes, sea o no por vía electrónica, independientemente del lugar donde se encuentren (art.8.a) de la Directiva 2013/11).
- No tiene que ocasionar gastos o si causa algún gasto debe ser escasamente significativo para las partes, pues el procedimiento de resolución alternativa debe ser gratuito o se debe prestar a cambio de un precio simbólico para los consumidores (art.8.c) de la Directiva 2013/11).
- Ha de ser posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

Parece claro, por tanto, que una norma nacional conforme a la cual las partes únicamente pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que concurre una causa justificada que sustente su decisión, so pena de ser sancionadas en el proceso judicial ulterior, constituye una restricción de su derecho de acceder al sistema judicial que es contraria a la Directiva 2013/11. En efecto, la eventual retirada del consumidor de la mediación no puede ocasionarle consecuencias desfavorables en el proceso judicial posterior, como también se infiere del art. 9.2.a) de la Directiva 2013/11 cuando establece que en los procedimientos de resolución alternativa dirigidos a dirimir un litigio realizando una propuesta de solución, las partes deben tener la posibilidad de retirarse en cualquier momento si no están satisfechas con su funcionamiento o con su tramitación. Pero, es más, si en estos procedimientos la norma interna obliga al comerciante a participar, este derecho a retirarse sólo lo debe disfrutar el consumidor.

Ahora bien, una norma nacional sí puede exigir que para no participar desde el inicio en un procedimiento de mediación obligatoria deba alegarse una causa justificada, e incluso posibilitar la imposición de una multa si no se acude a la mediación sin alegar tal causa, de forma que tal previsión no se opone a la Directiva 2013/11, pues ésta únicamente establece la retirada de una mediación iniciada sin alegar ninguna causa que lo justifique, pero no establece la misma condición para iniciar un procedimiento de mediación. La exigencia de alegar una causa justificada para no iniciar una mediación es conforme al derecho de la UE, por cuanto las partes, en su caso, pueden ponerle fin sin restricciones desde el momento en que tenga lugar el primer encuentro con el mediador, con lo que queda garantizado el derecho de acceso al proceso judicial¹⁵.

¹⁵ STJUE de 14 de junio de 2017, en el asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa, apartado 70.

4. CONCLUSIÓN

Según el TJUE, si la legislación nacional cumple con todas las condiciones indicadas, que persiguen, en definitiva, garantizar el derecho de acceso a la justicia de las partes, cabe establecer la mediación como requisito de admisibilidad del proceso judicial.

Pero la interpretación del TJUE va mucho más allá, pues incluso permite que la legislación de un Estado exija la alegación de una causa que justifique no acudir a tal mediación para poder ir directamente a un proceso judicial y admite que el derecho nacional pueda imponer sanciones cuando las partes no acudan al procedimiento de mediación sin que concurra tal causa justificada, siempre que el consumidor pueda retirarse de la mediación una vez que se haya celebrado el primer encuentro con el mediador. Todo ello es acorde con el derecho de la UE.

Reflexiones críticas sobre las normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea en materia de prueba pericial¹

JOAN PICÓ I JUNOY
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VALORACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS MÍNIMAS COMUNES: EL INEXPLICABLE OLVIDO DE LA EJECUCIÓN CIVIL. 3. LA INICIATIVA DEL JUEZ CIVIL RESPECTO DE LA PRUEBA PERICIAL. 4. LA INDEPENDENCIA PERICIAL. 5. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Estudio crítico de las recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre normas mínimas comunes del proceso civil entorno a dos ideas generales de la prueba pericial: la iniciativa probatoria del juez civil y la independencia pericial.

ABSTRACT: Critical study about the recommendations to the European Commission on common minimum standards of civil procedure, about two general ideas of expert evidence: the evidentiary initiative of civil judge and expert independence.

PALABRAS CLAVE: prueba pericial, independencia del perito.

KEY WORDS: Expert evidence, independence of the expert.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 4 de julio de 2017 se dictó la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea. Tras múltiples intentos de armonización europea del derecho procesal civil (baste recordar,

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D “Hacia una nueva regulación de la pericia pericial” (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y el Grupo de Investigación Reconocido y Consolidado “Evidence Law” (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR, teniendo ambos como investigador principal a Joan Picó i Junoy.

por ejemplo, el Informe Storme, los diversos estudios del profesor Tarzia, los proyectos de instituciones como el *European Law Institute* y de la UNIDROIT titulado “De los principios transnacionales a las normas europeas del proceso civil”, entre otros que se citan en el preámbulo de la Resolución), y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la autonomía procesal nacional y la tutela judicial efectiva, el Parlamento Europeo presenta a la comunidad científica este texto de mínimos cuyo contenido, en materia de prueba pericial, voy a someter a crítica.

Mi análisis se va a centrar, tras una valoración general de las normas mínimas comunes entorno a dos ideas generales de la prueba pericial: la iniciativa probatoria del juez civil en su práctica y la independencia pericial.

2. VALORACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS MÍNIMAS COMUNES: EL INEXPLICABLE OLVIDO DE LA EJECUCIÓN CIVIL

El texto que se comenta presenta 28 artículos sobre la base de tres capítulos: objeto, ámbito de aplicación y definiciones (arts. 1 a 3); normas mínimas del proceso civil (arts. 4 a 24); y disposiciones finales (arts. 25 a 28).

Del primer capítulo, y con referencia al objeto de las normas mínimas comunes –que se centra en el “inicio, el desarrollo y la conclusión de los procesos civiles” (art. 1)– destaca la omisión al tema de la ejecución de la sentencia, muy probablemente porque el legislador europeo considera que el derecho de ejecución es, en principio, competencia de los Estados individuales. Por ello, en el articulado posterior, salvo referencias genéricas a la efectividad de la tutela judicial, no aparece ninguna norma destinada a la ejecución (más allá del artículo sobre medidas cautelares –el sexto-). Sin embargo, declaración y ejecución son dos partes de una misma realidad jurídica: un conflicto social que requiere de tutela judicial solo acaba cuando el agraviado, que ve reconocido su derecho en una sentencia, logra satisfacer íntegramente sus intereses, esto es, consigue la plena ejecución. De nada le sirve obtener un reconocimiento judicial de su derecho si éste no se materializa en su vida cotidiana frente al incumplimiento del deudor condenado, lo que exigirá del proceso de ejecución. Y es evidente que este proceso de ejecución plantea, al menos en España, muy graves problemas tanto por su duración como por su ineficacia: (a) según la última Memoria del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en 2016, el tiempo medio en España de duración de la ejecución civil fue de 34.5 meses (casi tres años); y (b) con referencia a su ineficacia, el reciente informe “Impacto

económico del sistema de ejecución de sentencias judiciales y propuestas de mejora”, elaborado por la Cámara de Comercio de Barcelona y la Universidad de Barcelona, de 2018, destaca como de todas las ejecuciones iniciadas en Cataluña desde 2013, de los 6.580,4 millones de euros demandados, y tras el largo periodo de tres años antes comentado, tan solo se recuperó el 21,8 % (esto es, 1.434,1 millones de euros).

Este “olvido” no se produce en otros ámbitos de estudio comparado del derecho procesal como sucede, por ejemplo, con los trabajos que está realizando la UNIDROIT. Si bien es cierto que esta organización ha presentado su estudio “De los principios transnacionales a las normas europeas del proceso civil” centrados para los procedimientos de primera instancia, no desconoce la importancia de la ejecución de sentencias como parte integral del derecho fundamental a un proceso justo y eficaz, y por ello la UNIDROIT ha incluido en su Programa de Trabajo de 2017-2019 la preparación de los “Principios Transnacionales de Ejecución Efectiva”.

Y el segundo –y más extenso capítulo– se articula en torno a cuatro secciones: equidad y eficacia de los resultados (arts. 4 a 6); eficiencia de los procedimientos (arts. 7 a 11); acceso a los órganos jurisdiccionales y a la justicia (arts. 12 a 16); y equidad del proceso (arts. 17 a 24). Todas estas materias parten de unos principios comunes del procedimiento civil previstos en el art. 9: el primero que aparece y que, poco a poco, va imponiéndose en las legislaciones comparadas, es el de “cooperación entre las partes durante el proceso” –que continuamente reaparece en distintos preceptos de la Propuesta de Directiva–.

En este capítulo se encuentra el núcleo central de la propuesta normativa, destacando el desorden de exposición de las materias que son objeto de regulación: vistas orales (art. 6), medidas cautelares (art. 7), motivación de las resoluciones (art. 8), principios del proceso (art. 9), práctica de la prueba (art. 10), peritos (art. 11), transacción judicial (art. 12), gastos y costas procesales (arts. 13 y 14), asistencia jurídica gratuita (art. 15), financiación (art. 16), notificaciones (art. 17), derecho a la asistencia letrada (art. 18), acceso a la información (art. 19), interpretación y traducción de documentos (art. 20), obligaciones de las partes y de sus representantes (art. 21), publicidad de los juicios (art. 22), independencia judicial e imparcialidad (art. 23), y formación de los jueces (art. 24).

De este desordenado conjunto de materias tan solo me voy a centrar en una norma, la catorce, que lleva por rótulo “Peritos”².

3. LA INICIATIVA DEL JUEZ CIVIL RESPECTO DE LA PRUEBA PERICIAL

Tras un largo –e inacabable– debate doctrinal sobre la iniciativa probatoria del juez civil³, la Propuesta opta decididamente por permitir al juez ordenar la prueba pericial que estime oportuna. Con suma rotundidad su art. 14.1 establece que “Sin perjuicio de la posibilidad de que las partes presenten prueba periciales, los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional pueda nombrar en todo momento a peritos”⁴. En este caso, el juez deberá entregar al perito toda la información necesaria para su labor, y su dictamen necesariamente deberá ponerse a disposición de las partes al objeto de que puedan formular las observaciones que estimen oportunas.

Se trata de una acertada opción normativa para quienes entendemos que la prueba pericial es un medio de auxilio del juez para cuando carezca de conocimientos científicos, técnicos o especializados⁵.

4. LA INDEPENDENCIA PERICIAL

En un reciente estudio⁶ tuve ocasión de denunciar como el régimen jurídico del perito que prevé nuestro ordenamiento solo recoge su deber

² Igualmente crítico sobre este texto se muestra GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

³ Al respecto, con carácter general, me remito a mi trabajo *El Juez y la prueba*, editorial J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 99 y ss; y con respecto a la prueba pericial a mi estudio *La dinámica de la prueba pericial*, en “Tratado Pericial Judicial”, coordinador Xavier Abel Lluch, editorial La Ley, Madrid, 2014, p. 83.

⁴ Coincide esta propuesta con las *Rules of European Civil Procedure* de la que nos habla GASCÓN INCHAUSTI, F., *¿Hacia una armonización de la prueba pericial en Europa?*, en “Peritaje y prueba pericial”, director Joan Picó i Junoy, editorial J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 2017, pp. 542-543.

⁵ Como expuse en mi monografía *La prueba pericial en el proceso civil español*, editorial J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 47-48.

⁶ PICÓ I JUNOY, J., *La debida independencia del perito judicial*, en “JUSTICIA”, 2018, I, pp. 57 a 84.

de actuar con plena imparcialidad (frente a las partes y respecto al objeto litigioso) pero no aparece ninguna referencia expresa a su independencia. ¿Significa ello que no es exigible dicha independencia en los peritos? Creo que la respuesta debe ser negativa, esto es, sí es exigible la plena independencia del perito. Si por independencia se entiende la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias de cualquier poder del estado, debiéndose de someter tan solo al sistema normativo, la independencia pericial debería conceptuarse como la garantía dirigida a permitir la plena libertad de actuación del perito frente a cualquier tipo de injerencia externa, debiéndose someter tan solo a su conocimiento científico, técnico o especializado de la materia sobre la que se le pide su dictamen. En consecuencia, el perito solo debería estar sometido a la *lex artis* de la profesión que ejerce. Además, implícitamente, el deber de independencia del perito se deriva de la necesaria independencia judicial: si esta última exige el pleno sometimiento del juez a la ley y, para ello, precisa el pleno conocimiento de los hechos que debe enjuiciar, en la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado necesitará del auxilio pericial, por lo que la falta de independencia del perito, indirectamente, se trasladará en la debida independencia del juez. En consecuencia, la falta de independencia del perito, indirectamente, incidirá sobre la independencia del juez, que podrá estar actuando, aún sin saberlo, bajo la presión o intervención espuria de poderes externos. Y aquí nos vienen a la memoria las certeras palabras de DAMASKA quien, al concluir su estudio sobre “el derecho probatorio a la deriva”, destaca que “un síntoma del problema que se avecina es la creciente preocupación respecto de la función del perito designado por el tribunal continental. Incluso los jueces, a menudo, son incapaces de entender sus misteriosos informes. Se está extendiendo el miedo de que encubiertamente los tribunales están delegando su poder de decisión a un extraño sin legitimidad política. ¿Se está convirtiendo el servidor aparente del juez en su amo oculto?”. Si ello es así, es claro que el control sobre la actividad del perito, esto es, su pérdida de independencia, comportará, en última instancia, un ataque a la necesaria independencia judicial.

Si como acabo de indicar, la independencia pericial se caracteriza por la plena libertad del perito frente a cualquier tipo de injerencia externa en su actividad profesional, pues solo se encuentra sometido a sus precisos conocimientos especializados, entiendo que hay dos condiciones mínimas necesarias para alcanzar una verdadera independencia del perito judicial: (a) no debe estar subordinado a nadie, sino solo a sus propios conocien-

tos especializados; y (b) deben preverse mecanismos eficaces para que el perito pueda denunciar cualquier posible ataque a su independencia.

Pues bien, de estas dos condiciones, la Propuesta aquí comentada solo se refiera a la primera. Y ello lo hace de tres formas distintas: (a) exigiendo un alto nivel de calidad científica del perito, que se controlará permitiendo la intervención judicial solo a los peritos que figuren en el repertorio de peritos publicado en el Portal Europeo de e-Justicia (que deberán reunir altos requisitos de excelencia profesional debidamente acreditados); (b) mediante una proclamación genérica a la independencia del perito, y (c) una remisión explícita de ésta a la independencia judicial: así, el art. 11.4 establece: “Los peritos garantizarán su independencia e imparcialidad de conformidad con las disposiciones aplicables a los jueces establecidas en el artículo 22 (sic)”. De esta manera, y en aplicación del art. 23.2, se garantiza que “En el ejercicio de sus funciones, los jueces [esto es, los peritos] no estarán sujetos por instrucción alguna y estarán exentos de toda influencia o presión y de todo prejuicio o inclinación personal en cualquier asunto del que conozcan”.

5. CONCLUSIÓN

Las desordenadas normas mínimas comunes de la reciente Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión referentes al proceso civil, a pesar de tener poquísimas normas probatorias (dos de veintiocho), con referencia a la prueba pericial, regula adecuadamente la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, y prevé expresamente la independencia pericial y algún mecanismo dirigido a su protección. Ahora solo toca esperar que con las aportaciones de la doctrina científica se mejore el texto inicial aquí comentando.

Capítulo 36

La conservación y utilización de datos de las comunicaciones en la investigación criminal. problemas que resultan de la aplicación de la doctrina del TJUE

MANUEL RICHARD GONZÁLEZ
*Profesor Titular Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. SOBRE EL DERECHO A LAS COMUNICACIONES Y LA CONSERVACIÓN DE DATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. 3. ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CONSERVACIÓN Y CESIÓN DE DATOS.

RESUMEN: La conservación de los datos de las comunicaciones resulta una obligación legal que en el momento presente se halla sometida a una situación de provisionalidad resultado de las últimas sentencias del TEDH que se han pronunciado contra este proceder con la derogación expresa de la Directiva 2006/24 en la que se fundamenta la Ley 25/2007. El problema se plantea por cuanto la aplicación de esta jurisprudencia del TEDH supone una limitación extraordinaria de la investigación policial que impide la persecución efectiva de los delitos.

PALABRAS CLAVE: Digital. Derechos. Comunicaciones. Datos. Investigación.

ABSTRACT: The preservation of communications data is a legal obligation that is subject to a situation of provisionality resulting from the latest judgments of the ECHR that have ruled against this procedure with the express repeal of Directive 2006/24 in which is based the 25/2007 Act. The problem arises because the application of this jurisprudence of the ECHR is an extraordinary limitation of the police investigation that prevents the effective prosecution of crimes.

KEY WORDS: Digital. Rights. Communications. Data. Investigation.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La presente comunicación tiene por objeto exponer sintéticamente la situación de incertidumbre existente respecto los datos de las comunicaciones que las operadoras de comunicaciones, conforme con el art. 5 de la Ley 25/2007,

deben conservar con carácter general durante el plazo de un año. Los datos conservados se refieren a distintos parámetros que permiten rastrear e identificar comunicaciones y su utilidad básica se halla en la investigación criminal mediante lo que viene en llamarse la reconstrucción de los antecedentes fácticos de los hechos delictivos. Esta clase de investigación resulta esencial para el esclarecimiento de los delitos en tanto que permite a la policía hacerse una composición de lugar de personas, comunicaciones, lugares etc.

La referida normativa contenida en la Ley 25/2007 se aprobó en el marco de la regulación de las telecomunicaciones y la conservación de datos entre las que se hallaba, entre otras normas, la Directiva 2006/24 de la Unión europea sobre conservación de datos de tráfico de las comunicaciones. Esta Directiva fue declarada nula por la STJUE Gran Sala, Sentencia de 8 Abr. 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Ponente: Von Danwitz, Thomas. El fundamento de la decisión se basó, principalmente, en el contenido del art. 5 que regulaba la conservación de datos de las comunicaciones que preveía que: *«Los Estados miembros dispondrán que se fijen plazos apropiados para la supresión de los datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación de los datos personales. Las normas de procedimiento garantizarán el cumplimiento de dichos plazos»*. Las razones de fondo de la decisión las veremos en el apartado final de este trabajo. Baste por el momento con decir que el TJUE consideró que la citada Directiva se oponía a los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo cual ha supuesto dejar todo el sistema de investigación criminal en Europa en una situación de interinidad y de probable ineficacia. Tras esa primera Sentencia el TJUE se ha vuelto a pronunciar en la STJUE Gran Sala, Sentencia de 21 Dic. 2016 (C-203/2015; Ponente: Von Danwitz), en la que el TJUE se pronuncia concretamente respecto a la regulación sueca de conservación de datos aplicando la previa doctrina expuesta en su sentencia de 2014 aunque con algunos matices que se exponen en el último apartado. La situación que ha planteado esta jurisprudencia ha llevado a los mandos y sindicatos policiales a plantear la situación de inoperabilidad a la que la derogación de la norma que prevé la conservación de datos por las operadoras.

2. SOBRE EL DERECHO A LAS COMUNICACIONES Y LA CONSERVACIÓN DE DATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho al secreto de las comunicaciones está reconocido y protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y por

los Convenios firmados por España. Entre estos el Pacto Internacional de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio Europeo de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 8); y los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007. También está reconocido y garantizado en el art. 18.3 CE que dispone que: « se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». El bien constitucionalmente protegido, mediante la invocación al secreto, es el de la libertad de las comunicaciones que incluye el derecho a comunicarse libremente sin que sea posible, por conculcar el derecho: « la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) ... Y puede también decirse que el concepto de ‘secreto’, que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales» STC 123/2002, de 20 de mayo¹.

La protección y garantía del derecho al secreto de las comunicaciones se regulaba en unas pocas normas legales que atendían a los procesos tradicionales de comunicación que eran el postal, el telegráfico y el telefónico. Sin embargo, desde finales del siglo pasado la expansión y evolución imparable de la electrónica digital ha motivado la necesidad de legislar en una materia cada vez más compleja y técnica con la finalidad de respetar el texto constitucional en el marco de la sociedad de la información. La regulación de las comunicaciones, y más concretamente las de carácter digital o electrónico, se contiene en varios textos legales que atienden a los distintos ámbitos en los que se proyecta esta compleja materia, especialmente el relativo a la gestión, conservación y, en su caso, cesión de los datos generados por los procesos de comunicación.

¹ Véase en este sentido la STC 123/2002, de 20 de mayo que declara que: « El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del ‘secreto’– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación)...

Las normas básicas en esta materia se contienen en primer lugar en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que sustituyó a la derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre que transpuso al ordenamiento jurídico español el marco regulador de las comunicaciones electrónicas aprobado por la Unión Europea en el año 2002. La necesidad de sustituir la Ley de 2003 es una muestra del desarrollo de esta materia que en pocos años ya necesitaba una nueva regulación que tiene por finalidad incorporar a la legislación nacional las normas legales de la Unión Europea que regulan un nuevo marco europeo a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Agenda Digital para Europa². Además, la Ley se fundamenta en la necesidad de regular el régimen jurídico de las telecomunicaciones con la finalidad de facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios por parte de los operadores. A los efectos jurídicos procesales que son de nuestro interés la Ley 9/2014 atiende a algunas cuestiones de carácter fundamental que debemos destacar: 1º Prevé la especial obligación de las operadoras de telecomunicación de proteger los datos personales referentes a las comunicaciones de los usuarios (art. 41). A ese fin se comprometen a gestionar adecuadamente la seguridad de los datos, incluyendo su cifrado (art. 43), la notificación de incidentes y a cumplir las órdenes e instrucciones vinculantes que emita la Administración (art. 44). 2º El principio general de conservación de los referidos datos y su cesión, por medio de orden judicial, que se realizará conforme con lo previsto en la Ley 25/2007 a la que me refiero a continuación (art. 42). 3º Finalmente la Ley 9/2014 reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones y las limitaciones al mismo conforme está regulado en la LECrim, es decir previa orden judicial (art. 39)³.

La Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones es una norma aprobada cuando estaba vigente la antigua Ley de Telecomunicaciones de 2003 pero que se ha mantenido, modificada, una vez aprobada la Ley de Telecomunicaciones vigente 9/2014. La Ley 25/2007 tiene por objeto: «la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios

² Véanse en este sentido la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Derechos de los Usuarios) y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

³ Véase sobre esta cuestión: MARCHENA GÓMEZ M., La vulneración de derechos fundamentales por ministerio de la Ley (a propósito del art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones); Diario La Ley, Nº 7572, Sección Doctrina, 18 de febrero de 2011, Año XXXII, Ref. D-72, Editorial LA LEY.

de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales».

La obligación de conservar datos afecta a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones (art. 2). Los datos objeto de protección y conservación se refieren a todo el complejo ámbito de la comunicación ya sea telefónica o mediante Internet y se describen de forma extensa en el art. 3. Estos datos deberán ser conservados por las operadoras por un plazo mínimo de 12 meses (art. 5)⁴. El régimen de cesión de datos previsto en la Ley 25/2007 se articula del siguiente modo:

1º Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en la Ley sólo podrán ser cedidos para los fines previstos de investigación de delitos graves y previa autorización judicial (art. 6.1). El criterio general de exigencia de orden judicial para obtener datos o intervenir las comunicaciones se contiene en la Ley de Telecomunicaciones 9/2014; en la Ley 25/2007 según se expone a texto y en la LECrim en su regulación sobre la materia en los arts. 588ter.j y k LECrim, cumpliendo, de ese modo, con el art. 18.3 de la Constitución que garantiza el secreto de las comunicaciones: «salvo resolución judicial»⁵.

2º Los operadores están obligados a ceder a los agentes facultados los datos conservados conforme con lo previsto en la resolución judicial que se dictará conforme a lo previsto en la LECrim y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad. El plazo de ejecución de la orden de cesión será el fijado por la resolución judicial, atendiendo a la urgencia de la cesión y a los efectos de la investigación de que se trate, así como a la naturaleza y complejidad técnica de la operación. Si no se establece otro plazo distinto, la cesión deberá efectuarse dentro del plazo de 7 días naturales contados a partir de las 8:00 horas del día natural siguiente a aquél en que el sujeto obligado reciba la orden (art. 7).

⁴ Plazo que, conforme al citado artículo, puede ser inferior o superior (hasta dos años) según la clase y categoría de los datos.

⁵ Véase en general sobre intervención de comunicaciones: RICHARD GONZÁLEZ MANUEL, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imágenes*, La Ley, Madrid 2017.

3º Los datos solicitados se entregarán en formato electrónico y se limitará a la información que resulte imprescindible, en el marco del auto judicial, para la consecución de los fines señalados de investigación de delitos graves (art. 1 y 6.2).

4º Resulta claro que las operadoras únicamente pueden entregar datos de la comunicación previa orden judicial. Ahora bien, la Ley prevé una excepción en el art. 7.1 que establece que: «1. Los operadores estarán obligados a ceder al agente facultado los datos conservados a los que se refiere el artículo 3 de esta Ley concernientes a comunicaciones que identifiquen a personas, sin perjuicio de la resolución judicial prevista en el apartado siguiente». La redacción de la norma es confusa y no resulta claro cómo interpretar la expresión: «sin perjuicio de la resolución judicial...»⁶. Finalmente, la interpretación que parece más lógica es la excepción a la necesidad de resolución judicial únicamente respecto a los datos referidos a la titularidad de un número de teléfono o de IPs concretos o a la inversa. Información que las operadoras deberán entregar a los agentes de policía cuando sean requeridos a ese fin. Esa norma se reitera en el art. 588ter.m que dispone que: «Cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia». Esta norma mucho más clara precisa la obligación de las operadoras de entregar los datos referidos ya sea del titular de un número de teléfono o de conexión a Internet; o de un número de teléfono o conexión a Internet conociendo el titular.

Finalmente, el citado RD 424/2005 de regulación de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio

⁶ En el mismo sentido, también en una norma algo confusa, el art. 88.2 del RD 424/2005 sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas relaciona los datos que debe suministrar la operadora de comunicaciones a requerimiento directo de la Fiscalía o la policía: «2. .../... : a) Identificación de la persona física o jurídica. b) Domicilio en el que el proveedor realiza las notificaciones. Y, aunque no sea abonado, si el servicio de que se trata permite disponer de alguno de los siguientes: c) Número de titular de servicio (tanto el número de directorio como todas las identificaciones de comunicaciones electrónicas del abonado). d) Número de identificación del terminal. e) Número de cuenta asignada por el proveedor de servicios Internet. f) Dirección de correo electrónico».

universal y la protección de usuarios, contiene las normas reglamentarias sobre la protección de datos (arts. 71 a 77) y la ejecución de las medidas de interceptación de las comunicaciones (arts. 83 a 101), que precisarán de autorización judicial previa: «Las únicas interceptaciones que estarán obligados a realizar los sujetos a los que se refiere el artículo 85 (operadores que presten o estén en condiciones de prestar servicios de comunicaciones electrónicas) son las dispuestas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y en otras normas con rango de ley orgánica» (art. 83).

3. ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CONSERVACIÓN Y CESIÓN DE DATOS

Tal y como se adelantaba al inicio de este trabajo la STJUE Gran Sala, Sentencia de 8 Abr. 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Ponente: Von Danwitz, Thomas, declaró la nulidad de la Directiva 2006/24 de la Unión europea que era la base jurídica sobre la que se asentaba la legislación española en esta materia y, concretamente, la Ley 25/2007. En la citada sentencia se consideró que la: «... la Directiva 2006/24 no establece reglas claras y precisas que regulen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta. Por lo tanto, debe considerarse que esta Directiva constituye una injerencia en los derechos fundamentales de gran magnitud y especial gravedad en el ordenamiento jurídico de la Unión, sin que esta injerencia esté regulada de manera precisa por disposiciones que permitan garantizar que se limita efectivamente a lo estrictamente necesario». A esa decisión llegaba tras considerar tres argumentos: 1º La Directiva 2006/24 abarca de manera generalizada a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves. 2º No se fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos. 3º La Directiva 2006/24 prescribe, en su artículo 6, la conservación de los datos durante un período mínimo de seis meses sin que se establezca ninguna distinción entre las categorías de datos previstas en el artículo 5 de la

Directiva en función de su posible utilidad para el objetivo perseguido o de las personas afectadas.

Declarada nula la Directiva el fundamento de legislación europea ha sido hasta el momento la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Esta es una norma previa que debía incorporarse en los Derechos nacionales en 2003 y que parte de la confidencialidad y no conservación de los datos de las comunicaciones (arts. 5 y 6), pero que en su art. 15 dispone como excepción que: «1. Los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones que se establecen en los artículos 5 y 6, en los apartados 1 a 4 del artículo 8 y en el artículo 9 de la presente Directiva, cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos». Con base en esta Directiva cabe entender que la regulación española de conservación de datos queda plenamente integrada en el marco europeo de derechos. Sin embargo, la STJUE Gran Sala, Sentencia de 21 Dic. 2016 (C-203/2015; Ponente: Von Danwitz), ha vuelto a poner en discusión el sistema al considerar el TJUE que el sistema de conservación de datos de las comunicaciones (al menos el sueco sometido a examen en la sentencia) no es respetuoso con la Carta de Derechos de la UE. Considera el Tribunal que esa afectación se produce cuando el sistema conserva todos los datos de las comunicaciones y de todos los ciudadanos, por entender el TJUE que la conservación de los datos sólo debiera producirse en caso de delito grave. Para el TJUE esta clase de sistemas de conservación de datos afectan gravemente los derechos de los ciudadanos en tanto que se trata de información muy relevante sobre la intimidad personal⁷. A ese efecto el TJUE declara que: «100. La inferencia

⁷ «... Entre esos datos se encuentra el nombre y la dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino y una dirección IP para los servicios de Internet. Estos datos permiten, en concreto, saber con qué persona se ha comunicado un abonado o un usuario registrado y de qué modo, así como determinar el momento de la comunicación y el lugar desde el que se ha realizado. Además, permiten conocer la frecuencia de las comunicaciones del abonado o del usuario registrado con determinadas personas durante un período concreto .../... Estos datos, considerados en su conjunto, permiten extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado .../... En particular, estos datos proporcionan medios para determinar, como ha señalado el Abogado General en los puntos 253, 254 y 257 a 259 de sus conclusiones, el perfil de las personas afectadas, información tan sensible, a la luz del respeto de la vida privada, como el propio contenido de las comunicaciones»

que supone una normativa de este tipo en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta tiene una gran magnitud y debe considerarse especialmente grave. El hecho de que la conservación de los datos se efectúe sin que los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas hayan sido informados de ello puede generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante (véase, por analogía, respecto a la Directiva 2006/24 (LA LEY 3617/2006), la sentencia *Digital Rights*, apartado 37).../.... Una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal excede, por tanto, de los límites de lo estrictamente necesario y no puede considerarse justificada en una sociedad democrática, como exige el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 (LA LEY 9590/2002), en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta.» Finaliza la STJUE citada declarando que: «125. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-203/15 y a la primera cuestión prejudicial en el asunto C-698/15 que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 (LA LEY 9590/2002), en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que regula la protección y la seguridad de los datos de tráfico y de localización, en particular el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados, sin limitar dicho acceso, en el marco de la lucha contra la delincuencia, a los casos de delincuencia grave, sin supeditar dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente, y sin exigir que los datos de que se trata se conserven en el territorio de la Unión».

Las sentencias comentadas han creado una situación de incertidumbre comprensible en las fuerzas de seguridad de los Estados que no pueden prescindir de los datos de las comunicaciones que resultan de absoluta necesidad y relevancia en la investigación de los delitos. La preocupación es comprensible en tanto que no son pocas las voces que han considerado que resulta necesario proceder a una modificación/derogación de la regulación española de conservación de datos. Sin embargo no creo que se deba proceder así. Voy a ofrecer, sintéticamente, algunas razones que justifican este criterio: 1º Las sentencias del TJUE citadas se pronuncian en un sentido bastante claro, aunque cabe señalar que la de 8 de abril 2014 (*digital rights*) es mucho más contundente que la segunda de 21 de

STJUE Gran Sala, Sentencia de 21 Dic. 2016 (C-203/2015; Ponente: Von Danwitz, Thomas. LA LEY 180541/2016).

diciembre de 2016 en la que el TJUE ofrece un ámbito de interpretación especialmente respecto a la exigencia de intervención judicial que entiendo que legitima la regulación española. 2º Ciertamente la STJUE de 2016 no se refiere en concreto a España, sino a la regulación legal de conservación de datos en Suecia que ofrece bastantes diferencias con la española. Principalmente respecto a la falta de orden judicial para la obtención de los datos. Efectivamente, en la norma sueca es la policía la que puede recabar los datos de las comunicaciones. De modo que el requisito del control judicial, que es uno de los elementos principales de la censura que hace el TJUE, no se da en España donde siempre es precisa orden judicial. 3º Uno de los criterios que utiliza el TJUE para censurar la legislación sueca es el siguiente: «...una conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica, y obliga a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a conservar esos datos de manera sistemática y continuada, sin ninguna excepción». Es decir que según el TJUE únicamente cabría guardar los datos de las comunicaciones de aquellas personas que son sospechosas de un delito. Bien no cabe duda que la legislación española, igual que la sueca, no discrimina entre ciudadanos. De modo que todas las comunicaciones, de todos los ciudadanos se conservan durante un año. No porque seamos sospechosos sino para permitir una futura y eventual investigación criminal de la que podemos ser sospechosos o víctimas. En este punto, para finalizar, debemos criticar la falta de rigor y de conocimiento social del TJUE que parece desconocer que los derechos de los ciudadanos europeos también se defienden mediante la investigación de unos datos que permiten resolver delitos que afectan los derechos de las personas. Téngase presente, en este sentido, que la conservación de los datos auxilia de forma notable a la policía en sus investigaciones, sin que ello suponga someter a todos los ciudadanos a un régimen de vigilancia preventiva, ya que a mi juicio la garantía del sistema se halla en la custodia de los datos conservados y la necesidad de orden judicial para su obtención⁸.

⁸ Véase sobre la aplicación de esta Sentencia al Ordenamiento Jurídico español el artículo de RODRIGUEZ LAINZ que señala acertadamente el problema que se plantea en esta materia afirmando que: «*Nadie debería censurar que cualquier ciudadano reivindique el respeto de un derecho a su privacidad.../...Pero... Tan importante es la recolección de huellas biológicas o lofoscópicas en el escenario del crimen, como tratar de detectar el rastro electrónico dejado por los autores en los momentos inmediatamente anteriores a su comisión (fase de resolución), como de su preparación (fases de ideación y organización)*». RODRÍGUEZ LAINZ J.L., La definitiva defenestración de la Ley Española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones, Diario La Ley, N° 8901, Sección Doctrina, 16 de Enero de 2017.

Capítulo 37

La víctima de delitos de pornografía infantil cometidos a través de las TICs: la Directiva 2011/93/UE y la determinación de la jurisdicción española

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: 1. LA DIRECTIVA 2011/93/UE, LA VÍCTIMA DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL E INVESTIGACIÓN PENAL. 2. DIRECTIVA 2011/93/UE Y DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA COMISIÓN DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL.

RESUMEN: Este trabajo se inicia con una aproximación a la protección de la víctima de delitos de pornografía infantil desde la Unión Europea a través de la Directivas 2011/93/UE y 2012/29/UE como marco previo para tratar la determinación de la jurisdicción española cuando sean cometidos fuera del territorio nacional con el uso de las TICs. Así, se analiza las cuestiones más relevantes de la trasposición de la Directiva 2011/93/UE al ordenamiento jurídico en lo que concierne a la determinación de la jurisdicción española, si bien ajustándose, además, a lo suscrito en otros convenios (Budapest y Lanzarote) por el Estado español en esta materia.

PALABRAS CLAVE: víctima, pornografía infantil, jurisdicción, TICs, Directiva 2011/93/UE.

ABSTRACT: This paper begins with an approach to the protection of victims of child pornography offences from the European Union through Directives 2011/93/EU and 2012/29/EU as initial question to explaining the determination of Spanish jurisdiction committed outside national territory using of TICs. It analyses the most relevant issues of the transposition of Directive 2011/93/EU into the legal system with regard to the determination of Spanish jurisdiction, although it is also in line with the provisions of other agreements (Budapest and Lanzarote) signed by the Spanish State in this matter.

KEY WORDS: victim, child pornography, Spanish jurisdiction, TICs, Directive 2011/93/UE.

1. LA DIRECTIVA 2011/93/UE, LA VÍCTIMA DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL E INVESTIGACIÓN PENAL

La Unión Europea ha mostrado sensibilidad en la protección de la víctima de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y, en particular, ha dirigido indicaciones a los Estados miembros para reforzar la protección de la víctima especialmente vulnerable: menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Tras las reformas penales y procesales de 2015, el legislador, en cumplimiento de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, y de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, relativa al establecimiento de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI, se ha reforzado o tratado de reforzar una efectiva protección jurídico-procesal de los menores como víctimas de delitos sexuales, además del agravamiento de la punición penal, y, por consiguiente, frente a los delitos de pornografía infantil, en especial, cometidos a través del ciberespacio. El marco general de esta protección procesal se delimita en el Estatuto de la Víctima del Delito, completándose con las medidas específicas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada en 2015 en línea con las indicadas Directivas. Estas Directivas disponen, pues, bases generales a desarrollar por los Estados miembros.

El Código Penal regula los delitos de pornografía infantil en el art. 189 CP, dentro de los delitos de corrupción de menores.

El sujeto pasivo de los delitos de pornografía infantil será un menor¹ (de cero a diecisiete años, inclusive) o una persona con discapacidad necesitada de especial protección². El bien jurídico protegido es la indemnidad

¹ *Vid., v.gr.*, SAP Badajoz (Sección 3.ª) núm. 203/2014, de 8 de julio, ARP\2014\954, fj 1 (“[...] su consentimiento no es válido al existir una presunción legal en el sentido de que no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de éstos [...]).”

² “Como pone de relieve la doctrina y la jurisprudencia (por todas, STS 803/2010, de 30-9 (RJ 2010, 7650), se trata de un delito de acción y de mera actividad de carácter esencialmente doloso, del que puede ser autor cualquier persona, pero del que solamente puede ser sujeto pasivo un menor o un incapaz (ARP\2014\954)” [SAP Badajoz (Sección 3.ª) núm. 203/2014, de 8 de julio, ARP\2014\954, fj 1]. El art. 25 CP define qué ha de entenderse por *persona con discapacidad necesita de especial protección*, un con-

sexual del menor, si bien dependiendo de la conducta protegida el bien jurídico protegido será individual, protegiéndose la indemnidad sexual del menor concreto, o será supraindividual, encontrándonos con una víctima colectiva o con un delito sin víctima. Por ejemplo, en el caso del delito de distribución de pornografía infantil, se trataría de un delito de mera actividad³, que protege la indemnidad sexual del menor en general, “la protección genérica de la infancia”, al igual que ocurre con la conducta delictiva de la posesión o acceso a través de las TICs de pornografía infantil. En estos casos, a partir de la indemnidad sexual, cabe plantear si, además, se protege el derecho a la intimidad y a su propia imagen del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

El autor del delito puede ser tanto un adulto como un menor, si bien – desde la jurisprudencia– parece tener una incidencia menor en la realidad social la autoría del menor⁴ con respecto a la del autor adulto.

En causas penales seguidas por nuestros tribunales, junto a la comisión de delitos de pornografía infantil⁵, puede concurrir la comisión de delitos de agresión o abuso sexual o, incluso, el de ciberacoso sexual y pornográfico del actual art. 183 ter CP. Cabe citar, a modo de ejemplo, algunas sentencias con condenas a acusados mayores de edad por la comisión de delitos de pornografía infantil y de abuso o acoso sexual: STS (Sala de lo Penal) núm. 1015/2003, de 11 de julio (RJ\2003\6343); STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 84/2008, de 12 de febrero (RJ\2008\1567); SAP La Rioja (Sección 1.ª) núm. 170/2014, de 27 de octubre (ARP\2015\136); SAP Madrid (Sección 5.ª) núm. 13/2016, de 4 febrero (ARP\2016\618).

La Directiva 2011/93/UE requiere a los Estados miembros que se doten de “instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave” (art. 15.3 Directiva 2011/93/UE) en la investigación de los delitos de pornografía infantil.

cepto amplio que no es identificable con el de persona con capacidad modificada judicialmente.

³ Vid. SAP Barcelona (Sección 7.ª) núm. 878/2008, de 14 de noviembre (JUR\2009\74859), f.º 2.

⁴ Si bien cabe citar alguna sentencia al respecto como la SJM (Sentencia de Juzgado de Menores) Orense de 13 de mayo de 2013, ARP\2013\1691; y la SJM Barcelona núm. 36/2013, de 11 de febrero, JUR\2014\184010. Véase la SJM Lérida núm. 47/2014, de 20 de marzo, JUR\2015\20698, y la SJM Jánen núm. 32/2017, de 20 de febrero, ARP\2017\34, sobre ciberacoso sexual y pornográfico.

⁵ La jurisprudencia menor matiza a la hora de calificar como delitos contra la intimidad o de pornografía infantil. Vid., *v.gr.*, la SAP Sevilla núm. 424/2015, de 16 de septiembre (ARP\2015\1229).

La adaptación de la LECrim. a ambas Directivas no aporta cambios significativos a las previsiones generales de la LECrim. existentes de diligencias de investigación, salvo en diligencias de investigación tecnológica (incorporadas por la LO 13/2015, de 5 de octubre), que sí contienen alguna especialidad aplicable a este tipo de delitos.

Finalmente, cabe plantear la situación en que la víctima menor sea, a su vez, autor de algún delito sexual como puede ser de pornografía infantil y el de abuso o agresión sexual habiéndose visto obligado a realizar la conducta delictiva. Así, en relación con la producción de pornografía infantil en la que participe un menor, el art. 14 Directiva 2011/93/UE exige a los Estados que adopten “las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a los menores víctimas de abusos sexuales y explotación sexual por su participación en actividades delictivas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos” previstos en el art. 5.6 Directiva 2011/93/UE (producción de pornografía infantil). Al respecto, nada se prevé en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM). No obstante, de concurrir los presupuestos del art. 18 LORPM, el fiscal podría desistir de la incoación del expediente de reforma, en su caso, como manifestación del principio de oportunidad reglada con base en el interés superior del menor⁶.

El uso de las TICs y el ciberespacio han contribuido a que los delitos de pornografía infantil se cometan con cierta facilidad, parapetados por el anonimato que proporciona su uso a fin de buscar la impunidad en cualquier parte del planeta, lo que dificulta la investigación penal. Pero el ciberespacio, junto a las TICs, provoca un efecto perverso y es la dificultad de la identificación de la víctima por ese mismo anonimato. A este respecto, se hace imprescindible la cooperación judicial y policial europea e internacional, en particular, para desarticular redes criminales internacionales de pornografía infantil y con la utilización en la investigación de diligencias de investigación tecnológica y las posibilidades que abre el agente encubierto en chats cerrados.

¿Si se ha cometido en diversos Estados y si los delitos de pornografía infantil han tenido lugar fuera del territorio español, pero es posible la existencia de algún criterio de conexión por extraterritorialidad como la nacionalidad o el lugar de residencia? Esta cuestión es la que abordaremos en el epígrafe siguiente.

⁶ En este sentido y con respecto al menor investigado, *vid.* la SJM Lérida (Sentencia de Juzgado de Menores) núm. 36/2013, de 20 de febrero, JUR/2014/274568, fj 3.

2. DIRECTIVA 2011/93/UE Y DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA COMISIÓN DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

La Directiva 2011/93/UE, aunque se refiere a la competencia⁷ de las actuaciones judiciales, en realidad, alude a la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de los Estados en atención al lugar de comisión del delito y la nacionalidad del agresor. Así, el art. 17.1 Directiva 2011/93/UE encomienda a los Estados adoptar las medidas para determinar la jurisdicción en caso de comisión, entre otros, de delitos de pornografía infantil, atendiendo al principio de territorialidad para limitar al territorio nacional, y a la nacionalidad del agresor para extender la jurisdicción si aquellos hechos delictivos se hubieran cometido fuera del territorio nacional.

En cualquier caso, la Directiva 2011/93/UE obliga a los Estados a comunicar a la Comisión en caso de extender su jurisdicción fuera de su territorio cuando concurra alguno de los criterios del art. 17.2, que están incluidos como *numerus apertus* (“entre otras cosas”). En el caso del Estado español, ha optado en su normativa interna por extender su jurisdicción siguiendo el art. 17.2 Directiva 2011/93/UE a tenor de la regulación del art. 23.4 LOPJ⁸, en el marco del principio de justicia universal, más allá del ámbito de la Unión Europea. Téngase en cuenta que el Estado español tiene ratificados, en esta materia, los Convenios de Lanzarote y de Budapest⁹, a los que ha de dar cumplimiento.

El art. 23.4 LOPJ se modificó por la LO 1/2014, de 13 de marzo, y en él se recoge los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de las víctimas menores de edad, por lo que se ha de entender incluidos los delitos de pornografía infantil.

Se condiciona la extensión de la jurisdicción española a que concurra alguna de las siguientes causas de conexión por extraterritorialidad, es de-

⁷ Quizá sea un error en la traducción al español, puesto que, en la versión italiana, se hace referencia a “la propria giurisdizione” y, en la inglesa, a “their jurisdiction”.

⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial.

⁹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (Instrumento de ratificación por el Estado español de 12 de noviembre de 2010); Convenio de Cibercriminalidad del Consejo de Europa, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (Instrumento de ratificación por el Estado español de 20 de mayo de 2010).

cir, el punto de partida es la comisión de delitos de pornografía infantil fuera del territorio nacional¹⁰ y que estén tipificados como tales en nuestra ley penal:

a) *El procedimiento se dirija contra un español*¹¹. Ha de interpretarse esta previsión en consonancia con el primer párrafo del apartado 4 del art. 23 y con el apartado 2 del mismo precepto, de modo que la nacionalidad española ha de ostentarla al tiempo de cometer el hecho delictivo. No se distingue, como en el art. 23.2 LOPJ, entre nacional o extranjero que se hubiera adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

El art. 23.4 LOPJ principia diciendo que “serán competente la jurisdicción española para conocer de los *hechos cometidos por españoles o extranjeros* fuera del territorio nacional...” (la cursiva es nuestra). Se ha de entender referido dicho estatus al momento de comisión del delito. Si el legislador hubiera querido referirse a los nacionalizados *a posteriori* lo hubiera especificado como hace en el supuesto del art. 23.2 LOPJ. No obstante, lo determinante es la naturaleza del hecho delictivo y el cumplimiento de las condiciones de la letra k) del art. 23.4 LOPJ.

b) *El procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que reside habitualmente en España*¹². Es una matización a la previsión general del art. 23.4.I LOPJ. En este caso, no se especifica si la residencia habitual habría de existir también al tiempo de la comisión del delito en territorio extranjero o en el momento en que un proceso penal se dirija contra él. Dada la interpretación limitada del principio de justicia universal, habría de concurrir al tiempo de dirigir el proceso penal contra el agresor extranjero. El legis-

¹⁰ En la Directiva 2011/93/UE, vincula la determinación de la jurisdicción de la persecución de los ilícitos penales de pornografía infantil, que es al que nos ceñimos, por los Estados miembros, a que la infracción se haya cometido total o parcialmente en su territorio o que el autor de la infracción sea nacional. En el primer caso, si se comete totalmente en el territorio nacional no se habla de extensión de la jurisdicción, sino que vendrá determinada por el principio de territorialidad. En el segundo caso, sí habría una extensión de la jurisdicción.

¹¹ *Vid.* nota siguiente.

¹² Las letras a) y b) aplican la prevista en la letra c) del art. 17.2 Directiva, en la que se dispone que “el autor de la infracción tenga su residencia habitual en su territorio”, sin que haga referencia a la nacionalidad que, interpretada conjuntamente con el apartado 1 del art. 17 de la Directiva, ha de entenderse incluidos nacionales y no nacionales que residan en territorio nacional. No obstante, es más amplia la previsión de que el procedimiento se dirija contra español, sin vincular el lugar de residencia, en línea con el art. 17.1.a), en el que se establece el marco general de extensión de la jurisdicción de Juzgados y Tribunales.

lador con estos requisitos trata de buscar una conexión con el territorio nacional para extender su jurisdicción a los delitos de pornografía infantil ocurridos en el extranjero.

c) *El procedimiento se dirija contra una persona jurídica o ente sin personalidad jurídica que tenga sede o su domicilio social en España*¹³, lo que puede plantear problemas de interpretación y de defensa de dichos entes sin personalidad jurídica.

d) *El delito se hubiera cometido contra una víctima menor de edad con nacionalidad española en el momento de la comisión del delito o con residencia habitual en España*. En cuanto al concepto de residencia habitual, el art. 40 CC dispone que “el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil” para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles. En cuanto a las personas jurídicas, se fija el domicilio conforme a lo previsto en el art. 41 CC. Básicamente, coincide con la redacción del apartado 2.a) del art. 17 Directiva, si bien especifica que la nacionalidad española ha de poseerse en el momento de comisión de los hechos. La Directiva no hace esa limitación, por lo que cabría preguntarse: ¿qué ocurre con la víctima que se hubiera nacionalizado *a posteriori*? En tal caso, habrá de concurrir el requisito de la residencia habitual en territorio nacional. La adquisición de la nacionalidad se producirá según lo previsto en los arts. 22 y ss. del Código Civil (en adelante, CC).

En el art. 30 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), establece que tendrán la consideración de residentes “los extranjeros que se encuentren en España (que sean titulares de una autorización para residir”. La residencia puede ser temporal¹⁴ o de larga duración. No se hace referencia a la habitualidad de la misma. A efectos de determinar la habitualidad, habrá de estarse a las normas civiles y procesales. La propia Dirección General de Tributos pun-

¹³ En esencia, recoge el art. 17.2.b) Directiva, si bien el legislador español o amplía a los otros entes que se ha de entender sin personalidad jurídica: “empresa, organización o grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España” (art. 23.4.k).3.º LOPJ). El legislador equipara organizaciones y entidades de muy diversa naturaleza.

¹⁴ *Vid., v.gr.*, STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 239/2017, de 29 de marzo, JUR\2017\205551.

tualiza que el concepto de *residencia habitual* utilizado tributariamente lo es sólo a efectos fiscales¹⁵.

En relación con la conducta típica de producción de pornografía infantil, prevista en el art. 5.6 Directiva 2011/93/UE, cuando el autor sea un nacional, requiere a los Estados para que adopten las medidas necesarias para garantizar su jurisdicción, aunque los hechos no sean constitutivos de delito en el lugar de comisión (art. 17.4 Directiva 2011/93/UE). Al respecto CALVO SÁNCHEZ y BUJOSA VADELL, ponen de manifiesto que “esta exigencia pudiera conllevar problemas de legalidad para el Estado que deba entregar a esta persona”, así proponen como solución “asegurar la tipificación de estas conductas en todo el Espacio judicial europeo”¹⁶.

Finalmente, la Directiva 2011/93/UE encomienda, igualmente, a los Estados a que no limiten o condicionen el conocimiento de un proceso penal, en este caso, por delitos de pornografía infantil, a la previa querrela de la víctima¹⁷ en el lugar de comisión del delito o de la denuncia del Estado

¹⁵ En el art. 9 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), alude a la residencia habitual a efectos fiscales. Por ejemplo, en la consulta a la Dirección General de Tributos núm. 0893-98, de 26 de mayo de 1998, en relación con la acreditación de residencia fiscal, se señala que “la residencia habitual de una persona se contempla desde el punto de vista fiscal, luego la acreditación de la residencia tiene que tener carácter fiscal, no pudiéndose, en principio, dar validez a otros certificados de residencia, pues, una persona puede tener permiso de residencia o residencia administrativa sin que pueda ser considerado residente fiscalmente en ese Estado. Se considera que una persona tiene residencia fiscal en un determinado país cuando está sometido a imposición en él por obligación personal, esto es, por su renta mundial” (petete.minhfp.gob.es/consultas/). *Vid., v.gr.*, sobre residencia habitual y acreditación, Á. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “Residencia de las personas físicas: aspectos prácticos”, en *Cuadernos de Formación. Colaboración 40/10, vol. 11/2010*, págs. 263, 264 y 269; STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 742/2017, de 24 de julio (JUR/2017/236965), f.º 3.

¹⁶ M.ªC. CALVO SÁNCHEZ; L. BUJOSA VADELL, “Aspectos jurídico-procesales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa”, en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo (Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi)*, coord. J. MARTÍN OSTOS, Barcelona, Edit. Atelier, 2013, ISBN 978-84-15690-35-1, pág. 162.

¹⁷ En la traducción al español del art. 17.5 in fine, a que no esté supeditada a que “la acción judicial solo pueda iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar...”. Se ha querido decir, a nuestro juicio, previa “querrela” como exige el art. 23.6 LOPJ, o “denuncia”, sería también factible. Así, en la traducción al italiano, establece que no esté condicionado a que “il reato sia perseguibile solo su querela della vittima nel luogo in cui è stato commesso...”. En la versión francesa, se utiliza el término “plainte”, que podríamos traducir como querrela. En el art. 15.1 Directiva, se emplea los términos “deposición o denuncia”, como equivalentes.

en que se cometió la infracción penal (art. 17.5 Directiva 2011/93/UE). En el art. 23.6 LOPJ, no se establece dicho condicionamiento en coherencia con la Directiva, si bien se exige la previa querrela del Ministerio Fiscal o de la víctima en el Estado español por los hechos cometidos fuera de él.

Asimismo, el art. 23.5 LOPJ regula los supuestos en que dichos delitos cometidos fuera del territorio nacional no se enjuiciarán en España a pesar de que se cumpla con los requisitos del art. 23.4.k) LOPJ. No entrará a conocer el Estado español cuando concurra alguno de los del art. 23.5 LOPJ. No se contiene especialidad alguna en relación con los delitos de pornografía infantil.

En lo que concierne a la determinación de la competencia penal, cabe plantear alguna cuestión de competencia cuando se haya accedido desde distintas IP dentro del territorial nacional. El Tribunal Supremo ha tenido que resolver cuestiones de competencia para determinar la existencia de conexión de delitos para determinar la competencia territorial¹⁸.

¹⁸ El Tribunal Supremo ha resuelto alguna cuestión de competencia en relación con la determinación de la competencia territorial del juez instructor cuando se ha difundido o accedido a pornografía infantil desde IP localizadas en diversos puntos de la geografía española. *Vid., v.gr.*, ATS (Sala de lo Penal) de 20 de mayo de 2004, JUR\2005\44108, f. 1 y 2; ATS (Sala de lo Penal) de 23 de noviembre de 2004, JUR\2005\75, f. único.

La cooperación penal en la neutralización de los patrimonios criminales: una mirada a Europa¹

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

RESUMEN: Desde la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, la política criminal de recuperación de activos se ha convertido en una de las principales estrategias dentro de la agenda internacional. Se promueve la cooperación policial y judicial entre Estados para que los bienes objeto de expolio por la corrupción a gran escala vuelvan a su lugar de origen. Dentro de la Unión Europea es donde la estrategia ha tenido un mayor éxito, ampliando su radio de acción a todo tipo de bienes de origen delictivo. En este ámbito, la insoslayable cooperación se vertebra a través del reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones de embargo y decomiso, sobre la que se presentó una Propuesta de Reglamento a finales de 2016.

PALABRAS CLAVE: recuperación de activos, embargo, decomiso, producto del delito, Unión Europea.

ABSTRACT: Since the 2003 United Nations Convention against Corruption, asset recovery policy has become one of the main strategies on the international agenda. Police and judicial cooperation between States is promoted to ensure that assets looted by large-scale corruption are returned to their place of origin. It is within the European Union that the strategy has been most successful, extending its scope to all types of criminal assets. In this area, the unavoidable cooperation is based on the mutual recognition and execution of freezing and confiscation orders, on which a proposal for a Regulation was presented at the end of 2016.

KEY WORDS: asset recovery, freezing, confiscation, proceeds of crime, European Union.

[I] No por repetidos y conocidos dejan de ser menos impactantes los datos relacionados con delitos *graves* que tienen *dimensión transfronteriza*,

¹ Trabajo realizado con la Dr.^a Ana E. CARRILLO DEL TESO en el marco de Proyectos de Investigación sobre decomiso y recuperación de activos del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2016-79895-P) y Junta de Castilla y León (SA129G18).

esos que tanto preocupan a los gobiernos y a los organismos supranacionales e internacionales como son el terrorismo, el narcotráfico, el crimen organizado, la corrupción o el lavado de activos. A partir de esos datos: (i) es *alarmante* el volumen de las ‘cifras negras’ en su persecución: se estima que se enjuician y condenan menos del 10% de las acciones delictivas; (ii) es *escandaloso* el montante de los recursos económicos que mueven, administran y gastan los responsables de esos hechos: entre el 10 y el 15% del PIB mundial; y (iii) es *decepcionante* la cantidad de dinero que los Estados logran recuperar del patrimonio de los criminales: en el mejor de los casos llegan al 10%, aunque según Europol en el ámbito europeo la situación es mucho peor: la media está en el 1,2%².

[III] Espoleados por instituciones y organismos internacionales (NU, OEA, COE, UE, UA), este panorama desolador ha llevado a los países a definir líneas de actuación prioritarias basadas, cuando menos, en las siguientes ideas: (i) completar la represión judicial de las conductas delictivas con medidas preventivas, lo que se puede visibilizar fundamentalmente en materia de blanqueo de capitales y terrorismo –y su financiación–, materia sensible en lo forense y también en lo mediático por las filtraciones de los ‘papeles de Panamá’; (ii) combinar la exigencia y búsqueda de eficacia en la exigencia de responsabilidades penales personales con la acción específica en materia de la responsabilidad patrimonial de los infractores, y ello en un doble sentido presente en las regulaciones actuales del embargo y del decomiso a nivel interno, supranacional e internacional³: ‘disfrute’ y ‘reiteración delictiva’, necesario si tomamos en consideración que según el Banco Mundial más del 30% de los recursos obtenidos de las acciones delictivas son reinvertidos por los grupos en asegurar su posición y, por ende, evitar la acción de la justicia o que cuando se produce ésta sea efectiva; y (iii) debido al carácter transnacional de muchas de las acciones delictivas, potenciar la cooperación policial y judicial penal no solo en la investigación y enjuiciamiento de los delitos graves, sino también en la recuperación de activos, siguiendo las pautas fijadas por Naciones Unidas en las

² EUROPOL (2016). *Does crime still pay? Criminal asset recovery in the EU. Survey of statistical information 2010-2014*. La Haya: Europol Criminal Assets Bureau, p. 4.

³ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor: Aranzadi; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. A., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dir.) (2017): *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Valencia: Tirant lo Blanch; CARRILLO DEL TESO, A. E. (2018): *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch –en prensa–.

Convenciones de Palermo –delincuencia organizada transnacional– y de Mérida –corrupción–⁴.

En definitiva, que al igual que se viene produciendo la *globalización de la delincuencia*, se requiere que haya una *globalización de la respuesta penal*, en especial en espacios geográficos integrados: *v. gr.*, la Unión Europea.

[III] Indudablemente es una buena decisión, ¡sí! Pero una solución –teórica– no exenta de problemas y generadora de dudas y controversias en la práctica.

En primer término, desde un plano meramente sociológico, y a mayores de los efectos conocidos para los Estados y sus ciudadanos por delitos como los referenciados, podemos plantearnos si no se les está transmitiendo una idea de *patrimonialización* de la justicia penal y si, indirectamente, no estamos ante una confesión implícita del Estado de su incapacidad de perseguir esos delitos tan lesivos para la sociedad y para las estructuras del Estado democrático de Derecho.

A estos cuestionamientos llegamos a consecuencia de determinadas evidencias: (i) el disfrute y el carácter obsceno de los recursos económicos movidos por los grupos de delincuentes, verdaderas *empresas del delito* que actúan en la institucionalidad, en la economía legal e incluso llevando a cabo una captura del Estado en algunas de sus instituciones básicas para con ello generalizar sus acciones y minimizar los riesgos de que tengan que responder por sus actuaciones delictivas; (ii) la mala imagen que, con carácter general, se tiene en todos los países de la Administración de Justicia a consecuencia, fundamentalmente, de su falta de ‘eficacia’ en el campo procesal-penal, lo cual, por extensión, contamina a todo el sistema; (iii) el no saber hasta dónde deben pesar las *finanzas del delito* en la decisión final de los litigios penales, y si en su resolución deben regir con el mismo vigor derechos y garantías procesales fundamentales; y (iv) el no tener claro cuáles deben de ser los límites en la actuación de la Fiscalía –y de los órganos jurisdiccionales– a la hora de llegar a acuerdos negociados con los acusados, tanto en sus responsabilidades penales como en las patrimoniales, los cuales, por una parte, son *vendidos* por los operadores jurídicos como un éxito –o un mal menor– pero, por otro, son *percibidos* por la ciudadanía como una claudicación del Estado ante el actuar de los *poderosos*⁵.

⁴ HOFMEYR, W. (2008): “Navigating between mutual legal assistance and confiscation systems”. En: PIETH, M. (edit.): *Recovering stolen assets*, Berna: Peter Lang, pp. 137 y ss.

⁵ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016): “Uso y abuso del principio de oportunidad en el proceso penal del siglo XXI”. En: PÉREZ CEPEDA, A. I. (coord.): *Política criminal ante*

[IV] No menos fáciles están las cosas desde la óptica jurídica, en la que tenemos, con carácter general, e igualmente de manera concreta en esta materia de decomiso y recuperación de activos:

a) El carácter *novedoso* de la normativa regulatoria de la recuperación de activos procedentes de los ilícitos penales, la cual, hasta ahora, se ocupaba básicamente de las *personas –v. gr. la extradición–*: básicamente Convenciones de Naciones Unidas de delincuencia organizada transnacional y corrupción, y también normas generales sobre cooperación y asistencia judicial penal, y poco más que principios –v. gr. limitar los efectos de las legislaciones de secreto bancario o el seguir permitiendo que se puedan deducir fiscalmente las cantidades pagadas para sobornar–.

b) Las *asimetrías* de los ordenamientos jurídicos, no solo los de diferente cultura sino dentro de ámbitos territoriales regionales más limitados –como el europeo o el latinoamericano–⁶, convirtiéndose en un gran aliciente para los grupos delictivos, que se apoyan en las externalidades positivas que se derivan de la globalización y del desarrollo tecnológico⁷ para ocultar el origen de sus bienes posibilitando su localización en terceros países⁸. Estas divergencias las podemos apreciar en las normas y su contenido básico (definición de conductas –muchas de ellas conceptos jurídicos indeterminados–, normas de procedimiento, garantías, causas de denegación/oposición a la colaboración, etc.), en el cuerpo legal en el que se incorporan –no siempre de naturaleza procesal– y en sus niveles de compromiso cuando reciben pedidos de cooperación y asistencia jurídica.

c) El peligro que representan las normas de *soft law*, necesarias para llegar a acuerdos y compromisos, lo que demanda tener que hacer una lectura más que literal de los instrumentos normativos.

d) Las incoherencias y limitaciones de los procesos de trasposición de las normas, incluso en espacios integrados donde prima –teóricamente– la

el reto de la delincuencia transnacional. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 293 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2018): “El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-06, pp. 1 y ss.

⁶ Vid. ARMENTA DEU, T. (2012): *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons.

⁷ Vid. MICELI, J., ORSI, O. G., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016): *Análisis de redes sociales y sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch; FINANCIAL INTELLIGENCE GROUP (2017): *From suspicion to action: Converting financial intelligence into greater operational impact*. Luxembourg: European Union Agency for Law Enforcement Cooperation.

⁸ Vid. WORLD BANK (2018): *Bankers without borders*, Washington: The World Bank.

confianza mutua entre Estados y sus autoridades administrativas, policiales y judiciales, de ahí que tenga la máxima relevancia el instrumento jurídico que se utilice con este fin; como señalaremos, se ha transitado de las Decisiones Marco, a las Directivas y ahora a los Reglamentos.

e) La duda de si se puede o no deslindar el tratamiento jurídico y la respuesta judicial frente a las personas –físicas y jurídicas– y a sus elementos patrimoniales, debiendo posicionarse además sobre si a ambos aspectos les son aplicables –y exigibles– los mismos derechos y garantías, ínsitas fundamentalmente en la proclamación constitucional del respeto al debido proceso, y cómo tienen que ser las decisiones judiciales –y de qué orden jurisdiccional, cuando nos referimos al patrimonio– y/o administrativas sobre los mismos. Al final, hay que cuestionarse sí, hasta dónde y porqué de tener –al menos ansiar– un proceso penal *efectista*⁹.

f) El tener que determinar, por ser conductas delictivas transfronterizas, el Derecho de qué país se aplica¹⁰, tanto en la investigación –que suele ser nacional– como en el ulterior enjuiciamiento de los hechos y en la ejecución de las consecuencias jurídicas fijadas en las resoluciones judiciales, donde en muchos casos se presenta una concurrencia de jurisdicciones que necesitan de normas que superen los conflictos desde la legalidad, la predictibilidad y la seguridad jurídica¹¹.

g) El saber quién, y hasta dónde, tiene que hacer frente a los costes derivados de las actuaciones administrativas y judiciales, tanto durante el desarrollo de los procesos penales como en la ejecución de los pronunciamientos condenatorios.

h) Y, finalmente, el decidir sí y qué se hace con los bienes procedentes del delito, si en todo o en parte tienen que retornar al país del que salieron desde otro Estado en el estaban ocultos. Incluso más: qué destino se da –y por quién– a los bienes aprehendidos, qué normas deben regir su régimen jurídico, si hay normas de reparto y si las mismas se pueden alterar con acuerdos de los Estados, etcétera.

⁹ Así es adjetivado por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2018): “El abuso del sistema penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-01, p. 12.

¹⁰ Vid. UNODC (2013): *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*. Nueva York: Naciones Unidas, pp. 21 y ss.

¹¹ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2012): “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”. En: PÉREZ CEPEDA, A. I. (coord.): *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 39 y ss.

[V] En las últimas décadas, la cooperación judicial en materia de embargo y decomiso ha experimentado tres grandes cambios¹²: (i) La separación entre las reglas de asistencia judicial mutua y las normas de extradición, pasando los Estados de una visión de *competición* entre jurisdicciones a una de *cooperación* para el control de las finanzas del delito en los mercados nacionales e internacionales. Así, los tratados bilaterales van a ser reemplazados paulatinamente por convenciones internacionales, que rigen las relaciones de los Estados parte en la materia específica a la que se dedica el instrumento. (ii) La cooperación internacional penal pasó de buscar la persecución del sospechoso a centrarse en la investigación, embargo y decomiso del producto del delito, por lo que los nuevos instrumentos internacionales establecen reglas específicas para este cometido, de manera que los Estados deben implementar mecanismos tanto para el decomiso de bienes que surja de decisiones internas, como para ejecutar órdenes de embargo y decomiso extranjeras. (iii) El paso de la competitividad entre Estados a la cooperación internacional ha permitido establecer vínculos directos y horizontales entre las agencias estatales con sus homólogas extranjeras, adquiriendo un papel relevante tanto las Unidades de Inteligencia Financiera –nuestro SEPBLAC– como las Oficinas de Recuperación de Activos –nuestra ORGA–.

En este sentido, es fácilmente comprobable la evolución positiva experimentada en la cantidad y en la calidad de los instrumentos normativos; y en el nivel de *compromiso* y *solidaridad* que poco a poco se va consolidando en muchos países en pro de hacer frente a la gran criminalidad con ánimo de lucro¹³.

[VI] Si nos centramos en la Unión Europea, en materia de embargo y decomiso dos vienen siendo las normas de referencia básica: la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes –y de aseguramiento de pruebas–*, y la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*, construidas ambas sobre la base de la vigencia del principio de reconocimiento mutuo delineado en 1999 en el Con-

¹² JORGE, G. (2008): “Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito”. En: JORGE, G. (dir.): *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 157 y ss.

¹³ *Vid.* la Recomendación 37 del Grupo de Acción Financiera (GAFI) en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

sejo Europeo de Tampere, piedra angular para la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Las limitaciones de estos instrumentos normativos, y su escasa repercusión en los resultados obtenidos, que ya hemos apuntado, ha motivado a que el Parlamento Europeo y el Consejo hayan presentado a finales de 2016 una Propuesta de Reglamento *sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso*¹⁴.

[VII] Una vez consagrada la privación de los beneficios de las actividades delictivas como vía para desincentivar la comisión de delitos susceptibles de producirlos, el objetivo de esta Propuesta es claro: el porcentaje del producto del delito decomisado es decepcionantemente bajo, lo que requiere mejorar las medidas ya existentes para aumentar la eficacia de la recuperación de activos. Esto pasa especialmente por renovar la legislación sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso que, a juicio de los proponentes, “es incompleta, está anticuada y deja lagunas que pueden ser aprovechadas por los delincuentes”¹⁵. Se responde, así, a la “necesidad de instaurar un sistema global para el embargo y el decomiso de los productos e instrumentos de la delincuencia en la Unión Europea”, en esta ocasión con las miras puestas en la financiación del terrorismo, preocupación acrecentada por los atentados producidos desde 2015.

La base de la Propuesta son las normas existentes sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, esto es, las dos Decisiones Marco de 2003 y 2007 apuntadas, teniendo en cuenta además las nuevas formas de embargo y decomiso implementadas por los Estados miembros, más las normas mínimas contenidas en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en la Evaluación de Impacto de la Propuesta, el principal problema a solucionar es que los instrumentos vigentes no cubren muchas de las resoluciones de embargo y decomiso adoptables a nivel nacional –casos del denominado “decomiso civil”, de decomiso ampliado y de decomiso de terceros–, además de que los procedimientos y certificados en uso son complicados e ineficaces.

¹⁴ COM(2016) 819 final [<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/COM-2016-819-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>]. En adelante, Propuesta o PRRM.

¹⁵ PRRM, p. 2.

Las novedades de la Propuesta comienzan por la naturaleza del instrumento jurídico: al tratarse de un reglamento, será directamente aplicable en todos los Estados miembros una vez se apruebe, liquidando los problemas que la transposición en los ordenamientos internos generaba, si bien no podemos opacar la perplejidad que esta opción de política legislativa ya ha causado en la doctrina¹⁶. Con base en el art. 82 TFUE, se escoge el Reglamento porque “la propuesta se refiere a procedimientos transfronterizos para los que se requieren normas uniformes, no es necesario dejar un margen a los Estados miembros para adaptar el ordenamiento jurídico interno”¹⁷. Se considera que la forma de reglamento aporta claridad y seguridad jurídica.

Esta opción del reglamento no fue la única opción que se barajó, puesto que convivió con los partidarios, o bien del mantenimiento de la normativa vigente, o bien de la adopción de actos jurídicos no vinculantes, como documentos de buenas prácticas o un nuevo instrumento con normas mínimas. Se optó por la reglamentación, de máximos, pero con un ámbito de aplicación medio, que ampare un amplio abanico de resoluciones de decomiso dictadas dentro de procesos penales, excluyendo las dictadas en procedimientos civiles o administrativos, lo que se especifica en el art. 1.3 de la última versión de la Propuesta de hace poco más de un mes. Se busca con el nuevo Reglamento complementar las medidas de armonización de la DIR 2014/42/UE, y también reforzar la protección transfronteriza de los derechos de las víctimas de los delitos.

Por tanto, es condición de aplicabilidad del Reglamento proyectado que las resoluciones de decomiso se dicten en el marco de un proceso penal, ya que el art. 2.1 PRRM define las resoluciones de decomiso como “sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a una persona física o jurídica a raíz de un proceso relacionado con uno o varios delitos penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”, y, con ello, que se observen todas las garantías inherentes al proceso.

[VIII] Según el art. 2.3 PRRM, los bienes que pueden resultar afectados, a consideración de la autoridad de emisión, son: (a) el producto de la comisión de un delito o el equivalente a su valor total o parcial; (b) el instrumento del delito o su valor; (c) cualquiera afectado por las facultades de

¹⁶ MAUGERI, A. M. (2017): “Prime osservazioni sulla nuova «proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca»”. *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n.º 2, p. 237.

¹⁷ PRRM, p. 7.

decomiso descritas en la DIR 2014/42/UE; o (d) cualquiera afectado por las facultades de decomiso reconocidas en el ordenamiento del Estado de emisión, incluido el decomiso sin condena en un procedimiento relacionado con un delito¹⁸. En realidad, los bienes descritos en los puntos a) y b) están incluidos en la Directiva y, por ende, en cualquier Estado de emisión, así que no sería necesaria la reiteración.

Como es común en los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo, en el art. 3 del Reglamento se prevé la ejecución directa de las resoluciones de embargo y decomiso, sin necesidad de verificar la doble tipificación, si el delito del que deriva es punible en el Estado de emisión con una pena máxima privativa de libertad de al menos tres años y es uno de los delitos recogidos de la lista tasada, según la definición del Estado de emisión.

Según lo expuesto, al reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones de embargo y de decomiso ordinario o directo, y al decomiso ampliado, se prevé añadir el decomiso de terceros y el decomiso civil, eliminando también las posibilidades de denegar el reconocimiento en caso de decomiso ampliado (arts. 9 y 22 PRRM). Las hipótesis de decomiso sin condena, que se incluyen en la Propuesta de Reglamento, superan las previstas en el art. 4.2 DIR 2014/42/UE, que se ceñía a los casos de enfermedad o fuga del sospechoso o acusado. A éstos se incorporan los casos de fallecimiento, inmunidad, prescripción, imposibilidad de identificación del autor del delito y, como cláusula de apertura, otros casos en los que el órgano jurisdiccional decomise los activos sin necesidad de condena cuando haya decidido que provienen de actividades delictivas¹⁹.

Estos son los puntos fuertes, revolucionarios, de la Propuesta, y los que mayor atención suscitarán si sigue su cauce y se convierte en Reglamento, momento para el que los órganos jurisdiccionales nacionales han de estar preparados, pues no contarán con el tiempo de gracia extra que suponía la trasposición del legislador: a los seis meses de su entrada en vigor será “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”, según reza el art. 40 PRRM.

No obstante, también se mejoran las disposiciones sobre los plazos para el reconocimiento de las resoluciones (arts. 10 y 19 PRRM), especialmente en el caso de embargos cautelares, que han de hacerse de urgencia, con plazos de reconocimiento y ejecución cortos²⁰. Como norma general, se da

¹⁸ *Revised draft consolidated text*, 8595/18, p. 21.

¹⁹ PRRM, p. 6.

²⁰ Sin ir más lejos, se dan veinticuatro horas en el art. 19.3 PRRM.

a las resoluciones de embargo y decomiso la misma prioridad que a los casos nacionales similares (arts. 10.1 y 19.1 PRRM). También se pretende mejorar la agilidad y eficiencia del mecanismo de reconocimiento con un certificado y un formulario normalizados, que contienen toda la información pertinente y simplificarán el procedimiento de reconocimiento mutuo²¹; así como con reglas de actuación ante un posible conflicto entre varias órdenes de diferentes Estados miembros, primarán siempre los derechos de la víctima (art. 29).

Precisamente, uno de los objetivos de la Propuesta, junto a la mejora de la eficacia del decomiso transfronterizo, es mejorar la atención a los derechos de indemnización y restitución que pueda reclamar la víctima. En caso de decomiso de bienes por parte del Estado emisor, los derechos de la víctima tendrán preferencia sobre el interés de los Estados de ejecución y de emisión²². Sin embargo, en la primera versión de la Propuesta no se incluía una disposición específica sobre la restitución de bienes a la víctima, sino que estaba incluida en el art. 31 PRRM, sobre gestión y enajenación de bienes embargados y decomisados.

En la última versión de la Propuesta²³, se dedica el art. 31a PRRM a la restitución de bienes embargados a la víctima. El Estado de emisión deberá incluir información sobre la restitución en el certificado correspondiente; mientras que el Estado de ejecución deberá tomar las medidas necesarias para que los bienes vuelvan a la víctima, siempre que el título de propiedad de la víctima no sea impugnado; el bien no sea requerido como prueba en un proceso penal en el Estado de ejecución, y no se perjudiquen los derechos de las personas afectadas.

El nuevo art. 31b PRRM²⁴ se dedica a la disposición de los bienes confiscados o del dinero obtenido tras su venta, priorizándose en todo momento la restitución o la indemnización a la víctima. Es encomiable este refuerzo de los derechos de la víctima; sin embargo, más allá de estas normas, nos preguntamos si se requiere que previamente esta haya ejercido la acción para reclamar sus derechos, que en el caso del ordenamiento español se incluyen en la responsabilidad civil *ex delicto* en el art. 110 CP.

[IX] Sin ambages, podemos concluir señalando que el problema de la gran criminalidad con ánimo de lucro, que no conoce de fronteras entre

²¹ PRRM, p. 6.

²² PRRM, p. 7.

²³ *Revised draft consolidated text*, 8595/18, p. 49.

²⁴ *Revised draft consolidated text*, 8595/18, p. 50 y 51.

Estados y que ha desarrollado sofisticados sistemas para la movilización de bienes y flujos monetarios, requiere de una respuesta acorde y conjunta por parte de la Comunidad Internacional. Esto también atañe a la recuperación de activos mediante el –embargo y– decomiso del producto del delito y, si bien es un adelanto que se apueste por la devolución de los fondos al país de origen, parece necesario crear un marco regulatorio igualmente sofisticado para la localización, embargo y decomiso transfronterizos de bienes.

Estamos ante un grave problema para la justicia tanto en el plano teórico –obviamente, no es aceptable que los autores del delito y su entorno más próximo puedan sacar provecho de su comisión– como práctico: si no se consiguen decomisar los vastos beneficios que el delito genera, estos podrán reinvertirse en posteriores actividades delictivas. Hay fallos, bien sea en la configuración de las normas, bien en la aplicación, que hay que detectar y solventar; pero queda espacio para la esperanza: la recuperación de activos no deja de ser una estrategia de política criminal relativamente nueva, en construcción, aún por perfeccionar.

En este campo, precisamente en la Unión Europea se pretende solventar uno de los obstáculos que dificultan el decomiso: las diferencias entre las regulaciones de los diversos Estados miembros. Dado que se quieren eliminar las asimetrías que produce la trasposición de decisiones marco y directivas en los ordenamientos internos, se opta por un instrumento que no necesita de tal trasposición: un reglamento que sea directamente aplicable y que pueda abarcar el máximo de supuestos posibles.

Estaremos atentos al desarrollo de las discusiones parlamentarias para comprobar si la Propuesta llega a buen término, en qué términos lo hace y cómo reacciona el legislador español frente a las obligaciones jurídicas –y morales– derivadas de la misma.

La necesaria adecuación del derecho interno a la normativa europea sobre tratamiento de datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal

ANA SÁNCHEZ RUBIO

*Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE DATOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS. 2.1. Regulación nacional. 2.2. Regulación europea. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS CONTROVERSIAS LEGISLATIVAS.

RESUMEN: Actualmente, buena parte de la eficacia de la investigación penal depende de las posibilidades que tenga el Estado para obtener información contenida en los canales de comunicación electrónica. Este trabajo pretende poner de manifiesto que dicha obtención precisa de una regulación nacional acorde tanto con los mandatos constitucionales como europeos, algo que la normativa española parece estar muy lejos de cumplir.

PALABRAS CLAVE: investigación tecnológica; conservación de datos; protección de datos personales; normativa europea.

ABSTRACT: Currently, large part of criminal investigation effectiveness depends on the States' capabilities to obtain information generated by electronic communication channels. This paper aims to evince that national regulation about this issue needs to be in accordance with both Constitutional and European legal frame. Something that Spanish law is a long way to accomplish.

KEY WORDS: technological investigation; data preservation; personal data protection; European regulation.

1. INTRODUCCIÓN

El uso masivo de las nuevas tecnologías en nuestra vida cotidiana, en especial de Internet y de la telefonía móvil, ha propiciado que en estos canales se dejen valiosos rastros en lo que respecta a la persecución delic-

tiva, con independencia de que el delito cometido sea informático o no. Es por ello por lo que buena parte de las actuales diligencias de investigación van dirigidas a la obtención de información proveniente del entorno digital. En este sentido, basta recordar la importante reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que reguló medidas de investigación tecnológicas como la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas o los registros remotos sobre equipos informáticos.

Sin duda, se trata de diligencias que han contribuido notablemente a una mayor eficacia en la persecución penal, no obstante, para llevarlas a cabo resulta ineludible lidiar con una cantidad ingente de datos personales distintos al contenido del mensaje objeto de investigación, ya que su práctica conlleva el análisis de los datos transmitidos y registrados para determinar el punto de origen de la comunicación, a través de lo que se conoce como la trazabilidad de las comunicaciones electrónicas. Una trazabilidad que es posible gracias al diseño de las redes de Internet, que permite que toda comunicación que circula por la red, además del contenido del mensaje, lleve datos adicionales al mismo¹ –como el identificador del origen y del destino del mensaje y la fecha y hora de su emisión–. Lo mismo sucede con las comunicaciones telefónicas que se sirven de redes en las que se guardan todos los datos identificativos del proceso de comunicación². A estos datos, distintos del contenido del mensaje pero inherentes al mismo, se le ha convenido en llamar datos de tráfico.

La conservación de dicha información para la investigación delictiva es una pieza fundamental en la actualidad. Sin embargo, como es sabido, proceder a este almacenamiento, y a su posterior cesión, implica una afectación en el derecho a la protección de datos de carácter personal del sujeto pasivo de la investigación que no siempre encuentra la cobertura legal adecuada³. Con relación a ello, y como ocurre en otros tantos casos,

¹ Dichos datos pueden ser los relativos al acceso a Internet, a las comunicaciones entre emisor y receptor a través de las redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, etc.), del correo electrónico (hotmail, gmail, yahoo, etc.) y de la telefonía por Internet (Whatsapp, Skype, Telegram, etc.).

² Al respecto, los datos más útiles vienen a ser, a parte de los indicativos de la ruta seguida por la comunicación, la dirección IP de los dispositivos electrónicos, el número IMSI de la línea móvil, el código IMEI del teléfono móvil y el número ICCID de la tarjeta SIM que porte el móvil.

³ En este sentido, entre otros, señala Rodríguez Láinz que la regulación sobre esta materia «ha facilitado el planteamiento de soluciones parciales que para nada favorecen la búsqueda de respuestas para los variados problemas que plantea la práctica cotidiana

la normativa europea se ha adelantado a la regulación nacional en muchas ocasiones y, fruto de ello, como veremos en lo que sigue, pueden encontrarse algunas disonancias en los criterios rectores de esta materia.

2. NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE DATOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS

2.1. Regulación nacional

La normativa estatal que regula la protección de datos frente al deber de conservar la información relativa a las comunicaciones tecnológicas no es objeto de una única ley, sino que viene recogida en diversos textos legales, algunos de carácter general y otros de naturaleza específica. En cuanto a aquellos de carácter general hemos de comenzar citando la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y, en el plano reglamentario, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha LO.

Ambos textos exigen, con carácter general, el consentimiento inequívoco del afectado para que sus datos puedan ser tratados. Consentimiento que no es preciso si la interceptación que deba efectuarse tiene por destinatario al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas⁴.

de una técnica de investigación cada vez más en uso, bien sea de forma conjunta con la injerencia en el secreto de los contenidos de las comunicaciones telefónicas en su configuración clásica, bien como técnica independiente». RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L., *Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*, Bosh, Barcelona, 2003, p. 21. Un estudio detallado sobre la configuración del derecho fundamental a la protección de datos personales puede encontrarse en TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 45-140. Asimismo, sobre la garantía contenida en el artículo 18.4 CE y su progresiva consideración como derecho fundamental autónomo vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos en las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.

⁴ En caso de que los derechos a la protección de datos se vean afectados sin el necesario respeto a su contenido esencial, los usuarios pueden interponer la correspondiente acción procesal que denuncie este hecho. Dicha acción, en la legislación sudamericana es conocida como el procedimiento de *habeas data*. Se trata este de un proceso constitucional que procede contra un hecho u omisión, de parte de cualquier funcionario, persona o autoridad que vulnera o amenaza los derechos a solicitar información de cualquier entidad pública y a facilitar que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, suministren información que pueda afectar la intimidad per-

Por otro lado, más allá de consideraciones generales, algunas leyes sectoriales que protegen bienes específicos y que responden a criterios del mismo tenor contienen ciertos elementos de regulación diferencial en referencia a la forma de almacenamiento y tratamiento de determinados datos de carácter personal que tienen que ver con la investigación tecnológica de delitos. En este sentido, vale destacar, primordialmente, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Ambas leyes establecen un deber de conservación de datos a los agentes facultados –miembros de los Cuerpos Policiales, personal del Centro Nacional de Inteligencia y funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera– a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Asimismo, también disponen la obligación por parte de los prestadores de servicios de la red o de la comunicación de colaborar con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado⁵.

Por otra parte, la Ley General de Telecomunicaciones modificó alguna de las previsiones de la citada Ley 25/2007. De un lado, y en lo que aquí nos interesa, la DF 4ª de la Ley 9/2014, modificó el apartado 2º del art. 6 de la Ley 25/2007, relativo a la cesión de datos de comunicaciones electrónicas, precisando que dicha cesión de datos se realizará mediante formato electrónico y que, además, debe limitarse a la información que resulte imprescindible para la consecución de los fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. También fruto de esta DF fue modificado el art. 7 de la Ley 25/2007. En este sentido, la nueva redacción amplió la duración del plazo establecido subsidiariamente para realizar dicha cesión, a falta de que viniese recogido en la preceptiva resolución judicial. Originariamente dicho plazo era de setenta y dos horas, sin embargo, desde el año 2014, y por adaptación a la normativa europea, se fijó en siete días.

sonal o familiar. Sobre su posible reconocimiento en el ordenamiento jurídico español vid., ampliamente, PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2017.

⁵ Cabe añadir que, en el ámbito español, la primera norma que impuso a los operadores una obligación de conservar los datos generados en las comunicaciones fue el art. 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

De otro lado, no debemos dejar de mencionar, en lo que a legislación específica se refiere, la última modificación de la LECrim, operada por la ya citada LO 13/2015, de 15 de octubre. Esta reciente normativa ha tratado en varios preceptos sobre la cesión de datos en la investigación tecnológica de delitos. A este respecto merecen especial atención los artículos 588 bis i), 588 ter e), j), k), l) y m).

En primer lugar, el art. 588 bis i), disposición común para todas las medidas tecnológicas, regula una auténtica cesión de datos que permite, por un lado, que se use información en procedimiento penal diferente de aquel en donde ha aparecido y, por otro lado, en el supuesto en que se encuentren por casualidad hechos penales que inicialmente no eran los investigados, tanto como medio de investigación como de prueba en proceso penal distinto de aquel donde se hayan generado.

En segundo lugar, preceptos como el 588 ter e) o el 588 *septies* b) convierten a todo agente que facilite, gestione o trate con telecomunicaciones en asistente y colaborador obligado del Juez, Ministerio Fiscal o Policía Judicial en la ejecución de la medida de investigación.

Finalmente, los arts. 588 ter en sus apartados de la j) a la m), de manera genérica, habilitan a ceder datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios (letra j), al tiempo que regulan el acceso a datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad (letras k) l) y m)). Aquí la ley analiza diferentes supuestos en los que la finalidad es la identificación de terminales, dispositivos de conectividad y, sobre todo, de sus titulares.

2.2. Regulación europea

Respecto a la normativa europea debemos destacar la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Esta Directiva se creó con la finalidad de ofrecer homogeneidad en el territorio europeo acerca del tratamiento de la conservación y protección de datos vinculados con la actividad criminal. Sin embargo, y pese a su intachable propósito, desde su aprobación muchas fueron las voces que se alzaron frente al controvertido sistema de captación y almacenamiento generalizado de datos de telecomunicaciones que autorizaba. Lo que, como es sabido, propició su derogación por el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la sentencia *Digital Rights Ireland*, de 8 de abril de 2014⁶.

Así las cosas, desde ese momento y hasta nuestros días hemos tenido que volver a lo dispuesto por la regulación de su predecesora, la Directiva 2002/58/CE, para cubrir la laguna legal que provocó dicha derogación. No obstante, dos años más tarde ha sido aprobada la Directiva 680/2016, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, por lo que es esta la regulación que rige hoy día en la materia que nos ocupa⁷. Directiva que todavía no ha sido transpuesta aun habiendo expirado el plazo establecido para ello el pasado 6 de mayo⁸.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS CONTROVERSIAS LEGISLATIVAS

Actualmente, sucede que en el ordenamiento jurídico español continúa vigente la Ley 25/2007, que traspuso la Directiva 2006/24/CE, pese a la derogación desde hace ya cuatro años de esta última. Este hecho ha propiciado una situación de contradicciones y de imprecisiones normativas que han llevado a una grave sensación de inseguridad jurídica en la materia.

⁶ Los argumentos de esta sentencia se han visto reforzados tras la STJUE *Tele2 Sverige*, de 21 de diciembre 2016, que resolvió de manera acumulada cuestiones provenientes de Suecia y Reino Unido.

⁷ Las principales directrices de esta norma son: fijar unos plazos apropiados para la supresión de los datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación de los mismos; diferenciar claramente entre los datos personales objeto de tratamiento, según afecten a sospechosos, condenados, víctimas, cómplices y/o testigos de la comisión de una infracción penal; tratar los datos de forma lícita, es decir, porque concurra un interés público; solo tratar con datos especialmente sensibles cuando esté autorizado por el derecho de la Unión Europea o un Estado Miembro, cuando sea preciso para proteger los intereses vitales del afectado, o cuando el propio interesado los haya hecho públicos de forma manifiesta; y la creación, por parte de cada Estado Miembro, de una Autoridad Independiente de Control.

⁸ Con relación a esta Directiva, cabe señalar que, según el portal de transparencia del anterior gobierno su incorporación estaba prevista mediante la Ley Orgánica sobre el tratamiento de datos personales para fines policiales y judiciales penales. No obstante, debido al cambio de gobierno no parece atrevido afirmar que la misma no será aprobada próximamente.

En primer lugar, surgen dudas acerca de la duración en que los datos pueden estar almacenados. La derogada Directiva apuntaba una horquilla temporal que iba de los seis meses a los dos años y precisamente dicha imprecisión fue uno de los argumentos del TJUE para invalidarla. Pero, si nos remitimos a la Ley 25/2007 podemos apreciar una regla general que concreta la obligación de conservar los datos por parte de los prestadores de servicios en el plazo de un año, salvo que el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave requiera ampliar o reducir dicho plazo dentro de los límites temporales recién mencionados. Disposición que ha suscitado la duda de si ha de entenderse derogada tácitamente por ser contraria a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En segundo lugar, no está exento de polémica el hecho de que no se defina qué se entiende por delito grave, requisito indispensable para que estos datos tecnológicos puedan ser solicitados por los agentes facultados. En lo que a ello concierne, existe una viva polémica doctrinal, ya que algunos autores⁹ parten de la interpretación conforme a la clasificación de los delitos que realiza el Código penal en su art. 33 que, como es sabido, fija el límite de los delitos graves en aquellos que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a cinco años, pues si se permitiese una interpretación más flexible se estarían confiando a los jueces funciones casi legislativas en esta materia. Por el contrario, otros¹⁰ abogan por una interpretación que no atienda tan solo a la pena con la que el legislador sancione las conductas en cuestión, sino también a otros factores de tipo subjetivo que permitan ponderar la gravedad de los hechos según las circunstancias del caso y de los sujetos a los que afecta.

⁹ Entre otros, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 217. GALÁN MUÑOZ, A., «La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea», en COLOMER HERNÁNDEZ, I. (dir.), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

¹⁰ *Ad exemplum*, RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L., «Hacia un nuevo entendimiento de gravedad del delito en la Ley de conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas», en *La Ley*, núm. 7789, 2012. VÁZQUEZ SECO, L., «Incorporación de datos al proceso. Vigencia de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a redes públicas e interpretación de la ley a la luz de la reforma operada por LO 13/2015», en *Centros de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2017, pp. 19-24.

Esta última línea parece haber sido la elegida por la citada LO 13/2015, de modificación de la LECrim, ya que permite la práctica de ciertas diligencias de investigación tecnológica y, consecuentemente, la solicitud de cesión de datos reseñada *supra*, entre otros casos, para delitos cometidos contra menores o personas incapacitadas judicialmente, delitos contra la Constitución y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, sin contemplar límite de pena específico.

Podría pensarse, por tanto, que debido a ser esta última norma una Ley Orgánica y, consecuentemente, superior en rango a la Ley 25/2007, además de posterior en el tiempo, la gravedad de los delitos ha de entenderse en virtud de estos criterios y no observando el límite de cinco años que establece el Código penal. Sin embargo, las confusiones al respecto no cesan. Así lo demuestra el Auto de 6 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Tarragona, donde el juez español solicita al TJUE que aclare y determine el alcance del umbral de gravedad que debe identificarse en un delito de robo con violencia de un teléfono móvil, en el que para investigar la autoría la policía solicitó al juez instructor que se librase mandamiento a las operadoras para que informasen y en su caso remitiesen los datos de la persona que tras el robo activó una tarjeta SIM con el IMEI del terminal sustraído¹¹.

En tercer lugar, resulta preocupante también el hecho de que la Ley 25/2007, en su art. 2, se dirija exclusivamente en relación con la obligación de conservar datos a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comu-

¹¹ En concreto la Audiencia Provincial de Tarragona solicita que le responda el TJUE los siguientes interrogantes: «Primero: ¿La suficiente gravedad de los delitos como criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, puede identificarse únicamente en atención a la pena que pueda imponerse al delito que se investiga o es necesario, además, identificar en la conducta delictiva particulares niveles de lesividad para bienes jurídicos individuales y/o colectivos? Segundo: ¿En su caso, si se ajustara a los principios constitucionales de la Unión, utilizados por el TJUE en su sentencia de ocho de abril de 2014 como estándares de control estricto de la Directiva, la determinación de la gravedad del delito atendiendo solo a la pena imponible, cuál debería ser ese umbral mínimo? ¿Sería compatible con una previsión general de límite en tres años de prisión?». Al respecto, según las conclusiones del Abogado General Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el pasado 3 de mayo, esta información puede obtenerse aun cuando el delito no sea grave siempre que no se afecte gravemente a la vida privada del titular del dispositivo. «Conclusiones que han sido posteriormente corroboradas por el TJUE en la reciente sentencia de 2 de octubre de 2018».

nicaciones. Y es que, esta disposición, que obliga solo a quienes utilicen redes públicas excluye del deber de conservación de datos, por ejemplo, a las empresas de mensajería instantánea, ya que según la Agencia Estatal de Protección de Datos, deben diferenciarse los servicios que implican la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas de los servicios prestados a través de dicha red. Así lo ha resuelto el mencionado organismo en el informe 0343/2013, realizado por su Gabinete jurídico, donde concluyen que estos servicios de mensajería solo están sujetos, en cuanto a la conservación de los datos, a las obligaciones establecidas, con carácter general, en la Ley Orgánica 15/1999.

Finalmente, debería tratarse con más detalle la clarificación de un aspecto no menor: la LECrim especifica en su art. 588 bis a) que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos. Por tanto, la normativa nacional requiere que existan indicios racionales de criminalidad antes de acceder a tales datos. No obstante, la normativa europea, en concreto la citada Directiva 680/2016, de 27 de abril, prevé la cesión de estos datos si se persiguen los fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales. Debido a esta importante disonancia se precisa de una aclaración suficiente al respecto, ya que de ello depende la eficacia de la investigación proactiva.

Como puede comprobarse, la polémica está servida y, si cabe, se ha acentuado aún más con el cambio de gobierno y la paralización de la transposición de la mencionada Directiva y de la aprobación de la nueva Ley Orgánica de protección de datos.

Capítulo 40

Nuevas formas de financiación del proceso. Especial atención a la tercera parte financiadora (*third party funding*)

PEDRO SÁNCHEZ RIVERA

*Profesor doctor adjunto de Derecho Procesal
Universidad CEU San Pablo*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA TERCERA PARTE FINANCIADORA (THIRD PARTY FUNDING). 3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA TERCERA PARTE FINANCIADORA. 4. PERSPECTIVA DE APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 2013/396/UE Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO RELATIVA A ACCIONES COLECTIVAS. 5. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Con el fin de favorecer el ejercicio de acciones colectivas, la Comisión dictó el 11 de junio de 2013 la Recomendación 2013/396/UE. Una de las cuestiones fundamentales para promover el ejercicio de estas acciones es facilitar su financiación. En los últimos tiempos, se está utilizando la denominada tercera parte financiadora, para que provea de fondos a las partes. La Recomendación da una serie de principios para que todos los Estados miembros tengan unas líneas comunes al recibir esta figura en su práctica procesal. En este trabajo se trata de explicar qué es el tercero financiador y con qué perspectiva se aplicaría, utilizando las previsiones de la Recomendación y su influencia en la nueva Propuesta de Directiva.

PALABRAS CLAVE: Tercera parte financiadora, financiación del proceso.

ABSTRACT: In order to encourage collective redress, the Commission issued Recommendation 2013/396/EU on 11 June 2013. One of the key issues in promoting the exercise of this redress is to facilitate its financing. Recently, the so-called third-party funding being used to provide funds to the parties. The Recommendation provides a set of principles for all Member States so that they take a common approach when adopting the Recommendation into their procedural practice. The aim of this paper is to explain what the third-party financier is and the approach it would take, by drawing on the provisions of the Recommendation and its influence on the new Proposal for a Directive.

KEY WORDS: Third party funding, process funding.

1. INTRODUCCIÓN

No es difícil entender que toda reclamación tanto procesal como ante un tribunal arbitral necesita de un desembolso económico. En muchas ocasiones la previsión del posible desembolso es tan importante que los sujetos afectados desisten en la idea de plantear esa reclamación. Especialmente en materia de daños masivos se quiere favorecer que los afectados puedan ejercer acciones colectivas. La Comisión Europea ha dictado la Recomendación 2013/396/UE, de 11 de junio de 2013, sobre *los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*.

En los apartados 14 a 16 de la Recomendación, se dan algunas pautas sobre la financiación de las acciones colectivas. En especial se trata la financiación por un tercero. En sintonía con el contenido de la Recomendación la propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de consumidores y usuarios recoge en su artículo 7 las líneas trazadas por aquella.

La financiación por un tercero (third party funding) es una realidad que va creciendo y extendiéndose cada día más y aunque se suele mirar con cierta desconfianza es conveniente conocerla para poder afrontar su aparición en el ámbito procesal.

2. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA TERCERA PARTE FINANCIADORA (*THIRD PARTY FUNDING*)

El hecho de que un tercero ajeno al proceso financie a una de las partes, ya sea al demandante o al demandado es factible, aunque es más normal que sea al actor.

La tercera parte financiadora podría ser un banco, un fondo de inversión, compañía de seguros, o alguna otra entidad o individuo. Si la parte financiada es el demandante, entonces el financiador acuerda recibir un porcentaje o fracción de lo concedido si el demandante gana el caso. A diferencia del préstamo, el demandante financiado no tiene que devolver el dinero al financiador si pierde el caso o no recupera ningún dinero¹.

¹ SHANNON SAHNI, Victoria, Judging Third-Party Funding, 63 *UCLA LAW REVIEW*, 388 (2016), pág., 392.

Aunque gozan de características comunes debemos distinguir la third party funding, de la cuota litis, o como se denomina en el ámbito anglosajón *Contingency Fee*. Así, en la cuota litis es el abogado el que corre con los gastos y cobra un porcentaje del resultado del asunto. Es verdad que el abogado no es parte y puede tener la consideración de tercero, pero cuando nos referimos a tercero financiador nunca podrá ser un abogado o despacho de abogados, ya que cuando sea así nos encontraremos, normalmente, con un supuesto de cuota litis. El tercero al que nos referimos es un sujeto que afronta el proceso como una oportunidad de negocio².

El hecho de que un tercero intervenga en el proceso se ha visto desde antiguo con mucha desconfianza. En los países donde ha regido el *Common Law* se prohibía la participación de cualquier sujeto que no fueran las partes en conflicto, fundándolo en tres figuras: *maintenance*, *champerty* y *barratry*.

Maintenance es ayudar a otro a interponer una demanda. Champerty es ayudar a interponer una demanda con la finalidad, de un interés económico en el resultado³. Barratry era una clase de maintenance, pero en el sentido más perverso, ya que en Escocia se asimiló a soborno a un juez. En Inglaterra se entendió más como ayudar de forma habitual a sostener pleitos y se consideró como un crimen⁴.

El reconocimiento de esta figura ha sido posible por el progresivo cambio de mentalidad. Así, se ha pasado de ver el proceso exclusivamente como un mal, a ser una vía necesaria para que los ciudadanos puedan defender sus derechos.

3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA TERCERA PARTE FINANCIADORA

La tercera parte financiadora tiene aspectos positivos y negativos, en nuestra exposición incluiremos en el mismo apartado las objeciones y opiniones favorables que en cada supuestos vayamos tratando.

a) Incremento de la litigiosidad y de demandas frívolas

² SHANNON SAHNI, Victoria, Judging..., *op. cit.*, pág., 393.

³ LYON, Jason, Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation, 58 *UCLA Law. Rev.* 571, 2010-2011, pág., 579.

⁴ RADIN, MAX, MAINTENANCE BY CHAMPERTY, 24 *CALF. L. REV.*, (1935) California Law Review, 1935, pág., 64.

Parece una consecuencia lógica, que si existen más vías para financiar litigios, en especial acciones colectivas, se producirá un incremento del número de procesos que, de alguna manera, podría desbordar la capacidad de los tribunales. Además, si se incrementa el número de demandas por la existencia de más financiación, también pueden aumentar las demandas sin fundamento o con fundamento dudoso.

La repuesta a esta crítica es alegar que con el tercero financiador lo que se está haciendo es facilitar el acceso a la justicia de más ciudadanos que sin esta vía no podría tener esta posibilidad. Viéndolo desde esta perspectiva se consideraría como un beneficio para la sociedad⁵. Parece conveniente recordar que según se manifiesta en los países que tienen más desarrollada esta figura, como Australia y Estados Unidos, los financiadores ven el proceso como una inversión económica. Así, por ejemplo, IMF que es una de las principales empresas que se dedican a esta actividad en Australia, en el periodo comprendido entre febrero de 1999 a junio de 2007, decidió financiar 91 de los 763 casos que consideró⁶.

b) Desincentiva la posibilidad de acuerdos

El razonamiento para argüir que la intervención de un financiador desincentiva el poder llegar a acuerdos que terminen un proceso, o que impidan que se inicie, está en entender que, todo acuerdo debería, al menos, incrementarse en la cantidad que habría que devolver al tercero que ha financiado la reclamación. Por tanto, el suelo de la cantidad a conseguir en la negociación se eleva necesariamente encareciendo el posible acuerdo⁷.

La defensa a esta crítica está en que el financiador le es más rentable llegar cuanto antes a un acuerdo, ya que gastará menos en el proceso y podrá recuperar más pronto su inversión⁸.

c) Conflicto de intereses y pérdida del control del proceso de la parte financiada.

Podemos detectar conflictos de intereses entre los sujetos implicados. En especial, el abogado se puede encontrar en la tesitura de velar por los

⁵ LYON, Jason, *Revolution in Progress...*, *op. cit.*, pág., 592.

⁶ Abrams, David S. and Chen, Daniel L., *A market for justice: a first empirical look at Third Party Funding*. *U. of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol 15, núm. 4, 2013, pág., 1095

⁷ Como posible ejemplo de cómo la intervención de la third party funding, puede dificultar un acuerdo al encarecerlo, Jason Lyon comenta el caso de la Corte Suprema de Ohio: *Rancman v. Interim Settlement Funding Corp.* Ver LYON, Jason, *Revolution in Progress...*, *op. cit.*, pág., 595 y 596.

⁸ Abrams, David S. and Chen, Daniel L., *A market for justice...* *op. cit.*, pág., 1107.

intereses de su cliente o los intereses del tercero que es el que pone el dinero.

Es conveniente tener en cuenta, que en el modelo australiano de tercero financiador, éste tiene, de hecho, el poder para tomar decisiones estratégicas⁹, cosa que, no sucede en el modelo de Estados Unidos. Así pues, el abogado deberá ser muy cuidadoso para que no se vea comprometida su lealtad profesional con su cliente cuando sus intereses no coincidan totalmente con los del financiador¹⁰.

d) Peligro de que pueda haber cláusula abusiva o usuraria en los acuerdos entre la parte y el tercero financiador.

Efectivamente, un peligro con el que nos podemos encontrar es que los pactos entre la parte y el tercero puedan ser abusivos o incluso que se puedan entender como usurarios¹¹. Recordemos que en Australia, la cantidad que recupera el financiador si se gana el pleito esta entre un 25% y un 40% de lo que se consigue¹². Por tanto, sería conveniente clarificar esta cuestión y evitar posibles riesgos de litigios por entender que estos acuerdos son abusivos.

4. PERSPECTIVA DE APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 2013/396/UE Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO RELATIVA A ACCIONES COLECTIVAS

La Recomendación realiza una serie de previsiones mínimas que, en general, son bastante acertadas y plantean los posibles controles para la adecuada implantación y desarrollo del tercero financiador en gran sintonía con el artículo 7 de la *propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 209/22CE*.

⁹ LYON, Jason, Revolution in Progress:..., *op. cit.*, pág., 598.

¹⁰ SHANNON SAHANI, Victoria, Judging Third-Party Funding, 63 *UCLA LAW REVIEW*, (2016), pág., 445.

¹¹ En relación con la financiación del proceso y la usura ver LORDE MARTIN, Susan, Financing Litigation On-Line: Usury and Other Obstacles, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, vol. 1 2002-2003., 92 a 94

¹² KALAJDZIC, Jasminka, CASHMAN, Peter & LONGMOORE, Alana, Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding, Vol. 61 *The American Journal of Comparative Law*. 2013, pág., 100.

La Recomendación y la propuesta de Directiva exigen que el demandante revele el origen de los fondos que va a utilizar. Se entiende que lo importante es advertir que está siendo financiado por otro sujeto, por los posibles conflictos de intereses que se puedan dar.

Parece que basta identificar al financiador para evitar conflictos de intereses. Es exagerado, y la propuesta de Directiva no lo prevé, que tengan que descubrir los acuerdos privados a los que hayan llegado para financiar el proceso¹³.

También se prevé unos supuestos en que el tribunal debe suspender el procedimiento. De los tres supuestos, el primero se refiere a la existencia de conflicto de intereses entre el tercero y la parte demandante y sus miembros. Este supuesto de suspensión está conectado con la previsión, que ya hemos comentado, relativa a conocer la identidad del tercero. Así que parece una cuestión lógica que tras conocer esta situación se reaccione suspendiendo el proceso. Aquí nos quedaría la duda de qué hacer o qué poderes podría tener el tribunal, para asegurarse de la desvinculación del tercero y no permitir que el proceso continúe, en tanto no se pueda acreditar que ya no hay relación con el tercero, y que ha desaparecido el conflicto de intereses.

Los dos siguientes supuestos de suspensión, relativos a la falta de recursos del tercero o del demandante, si bien parecen deseables, no parece que sea fácil llevarlos a la práctica. En relación con el tercero, supondría no sólo que se conociera su identidad, sino que acreditara los recursos de que dispone para poder financiar la acción colectiva. Habría que ver cómo se podría acreditar los recursos, por ejemplo, prestando fianza o asegurando la cuantía que tendría que pagar a través de otro medio financiero. Otra forma podría ser, si es una persona jurídica, acreditar la solvencia de sus balances o la actividad en ejercicios pasados que conste en el Registro Mercantil.

Por tanto, esta previsión puede limitar que posibles financiadores se presten a embarcarse en esta actividad.

También parece un poco exagerado, que el demandante tenga que acreditar su solvencia, cuestión que no sucede en nuestro ordenamiento en ningún caso y que podría impedir o limitar el ejercicio de acciones colectivas.

¹³ Favorable a que solo es necesario descubrir la identidad del financiador y no los términos del acuerdo tenemos a SHANNON SAHANI, Victoria, *Judging Third-Party Funding...*, *op. cit.*, pág., 427.

En último lugar, la Recomendación incluye unas prohibiciones que los Estados miembros tendrán que garantizar. La primera prohibición se refiere a que el tercero influya en las decisiones de la parte demandante, incluidas las transacciones. Como hemos comentado en este trabajo este peligro ha sido muy discutido. Recordemos que en el sistema australiano, el tercero puede tener poder de decisión en el proceso, cuestión que se aleja de la práctica en Estados Unidos, al menos en los Estados donde se permite esta figura. Las consideraciones éticas en relación con el abogado y su lealtad con su cliente es lo que funda la prohibición de que el tercero influya en las decisiones a tomar en el proceso. No obstante, si hay una influencia indirecta de la que es difícil sustraerse, y es la necesidad de devolver la inversión al tercero cuando se gane el proceso o se llegue a cualquier acuerdo¹⁴.

La segunda prohibición se refiere a financiar por el tercero una acción colectiva contra un competidor o contra un demandado del que dependa el proveedor de fondos. Este es uno de los peligros que genera más susceptibilidad a la hora de hablar de esta figura. Utilizar una acción colectiva como un arma contra competidores no es en absoluto admisible, por muy justa que sea la pretensión de los demandantes. Esta situación se puede detectar con la transparencia que pueda dar la obligación de identificar al financiador.

Para asegurar estas dos prohibiciones el artículo 7.3 de la propuesta de Directiva prevé que si se incumplen, se exigirá que rechacen la financiación y, en caso contrario, no se admitirá la legitimación del demandante.

La última prohibición que prevé la Recomendación, a la que no se refiere la propuesta de Directiva, hace referencia a exigir intereses excesivos sobre los fondos prestados. Este sería otro elemento peyorativo que recae sobre esta figura como ya hemos adelantado. La posibilidad de que los intereses puedan calificarse de usurarios, o se pueda incluir alguna cláusula abusiva en el acuerdo entre los demandantes y el tercero es un problema importante pero de difícil control a priori. En principio, se tiene que identificar al proveedor de fondos, pero no los acuerdos entre éste y el demandante. Sería a posteriori, cuando el demandante se queje de lo oneroso de esos acuerdos, cuando judicialmente se podría declarar su ilegalidad.

¹⁴ Sobre esta cuestión nos remitimos a lo comentado anteriormente y a lo explicado en los trabajos de SHANNON SAHANI, Victoria y a la conclusión del White Paper on alternative Litigation Finance, de la American Bar Association Commission on Ethics 20/20, de septiembre 2011, de la nota 17.

5. CONCLUSIÓN

La tercera parte financiadora (third party funding) es una figura que se está desarrollando rápidamente, y que no tardará en instalarse en los estados que forman la Unión Europea. Teniendo en cuenta las dificultades de financiación que encuentran los consumidores a la hora de ejercitar acciones colectivas, esta figura puede ser una ayuda importante si nos preparamos para recibirla. Para ello parecen muy acertadas las previsiones de la Recomendación de la Comisión de 2013/396/UE de 11 de junio de 2013, y la propuesta de Directiva.

En especial es importante la transparencia, en relación a la necesidad de que el demandante de la acción colectiva advierta de que está siendo financiado y por quién. Esto permitirá detectar posibles conflictos de interés y en especial evitar utilizar la acción colectiva como un arma entre competidores.

Por último, el éxito del uso de tercero financiador depende, en gran medida, de que los acuerdos no sean usurarios ni abusivos.

Capítulo 41

Desarrollo de estándares mínimos europeos al amparo de la eficiencia del proceso civil

MERCEDES SERRANO MASIP
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Lleida

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL EN SECTORES ESPECÍFICOS DEL DERECHO PRIVADO. 3. POSICIÓN DE LA UE FRENTE AL INCREMENTO DE NORMAS PROCESALES CIVILES GENERADO POR LA ARMONIZACIÓN MEDIANTE INSTRUMENTOS SECTORIALES. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN: El derecho de consumo, la propiedad intelectual y el derecho de la competencia son unos sectores del derecho UE que exigen unas cotas muy elevadas de eficiencia para permitir el correcto funcionamiento del mercado interior. Desde la perspectiva del proceso civil, los instrumentos normativos UE que los regulan muestran que la eficiencia está conectada con el aumento de los poderes de dirección material del órgano judicial. Esta tendencia se confirma en la Resolución del Parlamento Europeo, de julio de 2017, con recomendaciones a la Comisión sobre la adopción de estándares mínimos comunes de proceso civil en la UE. No obstante, dichas recomendaciones deberán observar la imparcialidad judicial consagrada en el art. 61. CEDH.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil europeo, estándares mínimos, eficiencia, gestión del caso, imparcialidad judicial.

ABSTRACT: Consumer law, intellectual property rights, and competition law are EU law's sectors which require high levels of efficiency to allow an appropriate functioning of the internal market. From a civil procedure perspective, the EU legal instruments demonstrate that efficiency is connected with an increase of the judiciary's case management powers. This tendency is confirmed by the European Parliament Resolution of July 2017 with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the EU. However, these recommendations must fulfill the requirements of the judicial impartiality established by art. 6.1 ECHR.

KEY WORDS: European civil procedure, minimum standards, efficiency, case management, judicial impartiality.

1. INTRODUCCIÓN

En el art. 47 CDFUE se reconoce a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva que debe hacerse realidad por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por consiguiente, resulta lógico entender que para las instituciones europeas la efectividad de los sistemas judiciales nacionales sea una finalidad prioritaria a perseguir, pues, contribuye al logro del cumplimiento más estricto de las normas UE, así como al aumento de la confianza recíproca entre los operadores jurídicos que intervienen en la interpretación y aplicación de aquellas normas, particularmente, en entornos con implicaciones transfronterizas.

Profundizando en el tema, la UE ha identificado a través de unos estudios comparativos, en especial el titulado *EU Justice Scoreboard*, los elementos clave de la efectividad de un sistema judicial, a saber: calidad, independencia y eficiencia. De estos tres componentes, este trabajo se ciñe a la eficiencia y al papel que ha de desempeñar el Juez nacional en su consecución.

2. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL EN SECTORES ESPECÍFICOS DEL DERECHO PRIVADO

Junto al derecho de consumo, la propiedad intelectual e industrial y la libre competencia se han erigido en sectores clave para el buen funcionamiento del mercado interior. Respecto de ellos, las instituciones europeas han actuado con el objetivo de aumentar la eficiencia del proceso civil en previsión de que sea la vía elegida por los litigantes para resolver los conflictos que los enfrentan. Su acción ha consistido en dictar instrumentos normativos sobre medidas, procedimientos y recursos en orden a garantizar la tutela efectiva de los derechos sustantivos. Indirectamente, ello ha supuesto la configuración de estándares relativos al derecho procesal civil.

Son buenos ejemplos de esa política las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y 2014/104/UE, de 26 de noviembre, reguladora de determinadas normas que rigen las acciones por daños a causa de infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE. Al analizarlas se comprueba que en ellas concurren tres circunstancias. En primer lugar, ambas Directivas tienen en común una misma razón de ser que no es otra que la de dar respuesta a la falta de normas procesales civiles armonizadas, lo que constituye un motivo de preocupación para el óptimo desarrollo del mercado interior. En segundo término, comparten el hecho

de tener un fundamento jurídico diferente al de la cooperación judicial en materia civil, ya que son dictadas al amparo del art. 114 TFUE relativo a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con vistas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, por tanto, sin que su aplicación se halle subordinada a la existencia, en los litigios en los que opere, de un elemento transfronterizo. Y, finalmente, las dos encajan en la hipótesis que conecta el mayor o menor grado de eficiencia de la Justicia civil con la intervención más o menos activa del Juez en relación con el objeto del proceso.

La Directiva 2004/48/CE reconoce que la protección de la propiedad intelectual es un elemento fundamental para el éxito del mercado interior, pues, de ella dependen la promoción de la innovación, el desarrollo del empleo y la mejora de la competitividad. En esta línea, indica que la falta de previsión de medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual provoca que se desincentive la creación y las inversiones se reduzcan. Estos resultados negativos pueden generarse, además, como consecuencia de la disparidad existente entre los regímenes jurídico-procesales de los Estados miembros con respecto a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual. Contra esas disparidades, la Directiva 2004/48/CE pretende actuar promulgando una serie de normas que se proyectan, entre otros extremos, sobre medios de prueba, derecho de información, medidas provisionales y cautelares. Al proceder a su transposición, los Estados miembros han debido garantizar, previa solicitud de parte, la adopción por las autoridades judiciales competentes de diversas medidas referentes a la entrega de pruebas, la comunicación de datos sobre las circunstancias concurrentes en la infracción del derecho de propiedad intelectual y la prevención de cualquier infracción inminente.

La incorporación al ordenamiento jurídico español fue operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio que modificó, entre otras, la LEC con el fin de cumplir con lo previsto en la Directiva 2004/48/CE en los tres grupos de materias señaladas cuando se pretendan ejercitar o se hayan ejercitado acciones por infracción de un derecho de propiedad intelectual o industrial. Así, se dictaron nuevas normas sobre exhibición de documentos, aseguramiento de fuentes de prueba, diligencias preliminares y medidas cautelares. Ninguno de estos actos procesales puede acordarse de oficio. Sin embargo, constituyen manifestaciones de la intervención atribuida al órgano jurisdiccional para salvaguardar el derecho de acceso a la Justicia.

En cuanto a la Directiva 2014/104/UE, cabe decir que parte de la premisa de que las empresas establecidas en el territorio UE operan sometidas a diferentes normas nacionales de las que depende que sean o no declaradas

responsables de infracciones del Derecho de la competencia. Por estas razones, uno de los objetivos de la Directiva 2014/104/UE estriba en prever normas procesales civiles que fomenten una competencia real en el mercado interior y eliminen los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, velando por que las empresas gocen de una protección equivalente en toda la UE. De una manera más rotunda que la Directiva sobre los derechos de propiedad intelectual, la Directiva 2014/104/UE sí amplía los poderes de dirección material de los órganos jurisdiccionales nacionales, como respuesta a la “asimetría de información entre las partes” (c. 46), cuando aborda la regulación de la cuantificación del perjuicio. Respecto de este tema, en primer lugar, ordena a los Estados miembros que no menoscaben el derecho al resarcimiento del perjuicio, debiendo evitar que la carga o los estándares de prueba nacionales hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil su ejercicio. Y, en segundo lugar, da un paso más al imponer una solución que incluso libere al actor de aquella carga; solución que no es otra que la de facultar a los órganos jurisdiccionales para que estimen el importe de lo que se reclama en concepto de daños y perjuicios, aunque no se hayan podido liquidar por resultar la operación prácticamente imposible o excesivamente difícil sobre la base de las pruebas disponibles.

La transposición de las normas de la Directiva 2014/104/UE referentes a la cuantificación del perjuicio se ha llevado a cabo por el por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo y ha supuesto la reforma de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. En este contexto, la labor del legislador español se ha circunscrito a transcribir lo contemplado en el instrumento normativo UE e incluirlo en el art. 76 de la citada ley española. Así, dicho precepto establece que, si el demandante acredita que ha sufrido daños y perjuicios, pero le resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión sobre la base de las pruebas disponibles, el tribunal está facultado para estimar el importe de la reclamación de los daños¹. Aun brevemente, debe observarse que lo preceptuado en el art. 76.2 Ley 15/2007 no puede equipararse a una regla que instituyera un tipo de facilidad probatoria, sino que en rigor faculta a los órganos jurisdiccionales españoles a rebajar las exigencias de los principios dispositivos y de aportación de parte en aras a una supuesta eficiencia en el otorgamiento de la tutela judicial efectiva. Es más, la incorporación literal de la norma de la Directiva 2014/104/UE al sistema jurídico interno

¹ En la STS, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre, se sostiene que las dificultades a la hora de valorar los daños y perjuicios derivados de la actuación de un cártel justifican una mayor flexibilidad en la estimación de aquellos por el Juez.

es susceptible de provocar inseguridad jurídica en las partes y los órganos jurisdiccionales. Este grave problema va a nacer de la contradicción del art. 76.2 Ley 15/2007 con el art. 219 LEC, relativo a la liquidación de sentencias. Según este último, el tribunal, ante la imposibilidad de emitir en primera instancia una condena pecuniaria líquida, ha de dejar para un proceso declarativo posterior la fijación concreta de la cantidad a pagar.

3. POSICIÓN DE LA UE FRENTE AL INCREMENTO DE NORMAS PROCESALES CIVILES GENERADO POR LA ARMONIZACIÓN MEDIANTE INSTRUMENTOS SECTORIALES

Es bien sabido que las dos anteriores Directivas no son los únicos instrumentos normativos que cabe englobar en una tendencia armonizadora de índole vertical, pues, también forman parte de ella, entre otras, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrado con consumidores, la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, la Recomendación de la Comisión de 2012 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial y la Recomendación de la Comisión de 2013 acerca de los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o indemnización. De ahí que ese camino para armonizar las legislaciones internas haya dado lugar a una multiplicación de instrumentos europeos y nacionales que, aun cuando han dado respuesta a numerosas cuestiones surgidas en el ejercicio de las acciones judiciales instituidas por el derecho UE, no se hallan suficientemente coordinados².

Ante esa situación, el Parlamento Europeo ha reaccionado con la aprobación, en julio de 2017, de una resolución en la que efectúa diversas recomendaciones a la Comisión relativas al establecimiento de estándares mínimos comunes sobre el proceso civil en la UE, entre las que figura un texto articulado de una posible Propuesta de Directiva de carácter horizontal, ya que pretende ser aplicada a cualquier materia civil y mercantil de naturaleza dispositiva, y cuya base jurídica es el art. 81 TFUE³.

² Cfr. al respecto, KRAMER, X.E., “The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-UNIDROIT European rules of civil procedure”, *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014, pp. 236 y 237.

³ Vid. P8_TA-PROV(2017)0282. *European Parliament resolution of 4 July 2017 with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the European Union.*

Es interesante señalar que en los considerandos de dicha Propuesta se afirma que no tiene como fin elaborar reglas que sustituyan “completamente” a las que componen los sistemas procesales civiles de los Estados miembros. No obstante, esta aseveración no se compadece con su ámbito de aplicación ya que este no se reduce a los supuestos de litigios con implicaciones transfronterizas, sino que también puede abarcar aquellos que versan sobre una materia de derecho UE. De modo que podría concluirse que, asimismo, se pretende sentar las bases de una gradual aproximación de los sistemas procesales civiles domésticos.

Otro importante rasgo que caracteriza el texto propuesto por el Parlamento Europeo es que pretende conseguir un equilibrio entre la armonización y el respeto a las tradiciones legales de los Estados miembros. Por consiguiente, se ha centrado en regular ciertos principios generales renunciando a la alternativa basada en proponer reglas concretas. Uno de dichos principios es la *eficiencia de los procedimientos* que, aun cuando no es definida en aquel texto, de sus arts. 7 a 11 cabe inferir que con ella se alude al uso racional del tiempo, de los medios materiales y personales en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como a una reducción de los gastos procesales para las partes y las haciendas públicas. Pues, bien, una de las estrategias que se estiman idóneas para alcanzarla consiste en atribuir al Juez el cometido de gestionar activamente el procedimiento.

En líneas generales, cabe decir que para la Propuesta de Directiva la gestión activa del proceso a cargo del Juez abarca un conjunto bastante amplio de intervenciones. Algunas de ellas se sitúan en la línea de modernizar la justicia gracias al empleo habitual de medios telemáticos, otras perfilan la actividad del Juez de manera muy similar a la que tienen los mediadores o negociadores en los sistemas alternativos de resolución de conflictos, mientras que las más numerosas están íntimamente ligadas a la amplitud de la intervención judicial sobre el objeto del proceso civil dispositivo. Baste como muestra subrayar que se conceden poderes al Juez para que pueda: identificar los hechos controvertidos en las primeras fases del proceso, decidir el orden en el que las pretensiones de las partes hayan de ser resueltas o afrontar en un mismo proceso todos los extremos que se deriven de las pretensiones afirmadas por las partes⁴.

⁴ Intervenciones judiciales que estarían en la línea de lo que en derecho anglosajón se conoce con los términos *case management conference*, por lo que se refiere a la tramitación, y *case management directions*, en lo atinente al contenido de aquellas. Vid. más ampliamente, ZUCKERMANN, A., “No Justice without lawyers. The myth of an inquisitorial solution”, *Civil Justice Quarterly*, vol. 33, 2014, pp. 357-360.

Ya en las dos Directivas sectoriales analizadas, así como en otros instrumentos cuyo objetivo estriba en fomentar el buen funcionamiento del mercado interior, se puede apreciar la voluntad del legislador de que no fueran solo las partes las responsables del progreso del procedimiento. Esta perspectiva se halla también presente en los trabajos preparatorios de un cuerpo legal importante para el éxito de un tema clave del mercado interior como es la patente europea con efecto unitario. Dicho documento contiene las Reglas de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes que están siendo elaboradas en el seno del Comité Preparatorio constituido al amparo del Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes suscrito el 19 de febrero de 2013 por 24 Estados miembros UE⁵.

Si se confrontan las medidas, ya aludidas, sobre la gestión activa del proceso por el Juez incluidas en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo con la regla 332, de las Reglas de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes, se constata que las primeras son una copia de las relacionadas en aquella regla. Con todo, lo que no explica la Propuesta de Directiva es cómo deben ser aplicadas esas medidas. Por el contrario, en el Preámbulo de las Reglas sí se apunta que las medidas han de ser aplicadas de manera flexible y equilibrada de modo que los jueces han de poseer un grado de discrecionalidad suficiente en orden a que los procedimientos alcancen la máxima eficiencia. Más aún, a diferencia del sistema instituido en las Reglas de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes, la Propuesta de Directiva no incide ni en la organización jurisdiccional ni en el reparto de competencias entre jueces, por lo que se plantea la cuestión referente a la posible infracción del derecho a un juez imparcial (art. 6.1 CEDH) en el supuesto de que la Propuesta de Directiva permita que un mismo Juez ejerza funciones, objetivamente, incompatibles entre sí.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto cabe sostener que el desarrollo de los estándares mínimos europeos, relativos a la dirección material del proceso civil dispositivo, se orienta hacia el refuerzo y la ampliación de los poderes del Juez. La opción adoptada por la Propuesta de Directiva elaborada por el Parlamen-

⁵ Vid. Rules of Procedure of the United Patent Court, 18th draft of 19 October 2015 (pueden consultarse en www.unified-patent.court.org). Uno de los puntos de referencia de dichas reglas son los *Principles of Transnational Civil Procedure* adoptados por el American Law Institute (ALI) y el International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) en 2004.

to Europeo en la que recomienda a la Comisión que convierta al Juez en un gestor activo del proceso, en punto a lograr la eficiencia del mismo, lo corrobora. Ante la envergadura de esa decisión, el propio Parlamento entiende que debe ser compensada y lo hace por medio de una declaración de índole “programática”, de sujeción de los poderes judiciales a una plena observancia de los principios y derechos procesales de las partes; en particular, alude al principio del contradictorio y al derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, la rotundidad de la anterior declaración no impide apreciar que las instituciones de la UE continúan olvidando, como ocurre con frecuencia en el tema de la protección a los consumidores, que otorgar poderes de dirección material al Juez, con la justificación de promover el buen funcionamiento del mercado interior o de obtener la eficiencia procesal, comporta el riesgo de que se produzca una pérdida de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea¹

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia*

RESUMEN: En la presente comunicación se reflexiona sobre el concepto de mediación y lo que significa que este medio de gestión de conflictos sea voluntario, poniendo el acento en el alcance que el legislador comunitario europeo concede a este rasgo esencial de la misma. Asimismo, se razona sobre si sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico que el legislador español dispusiera que es preciso intentar alcanzar un acuerdo, a través de una mediación, antes de ejercitar acciones ante la jurisdicción. Por último, dando por supuesto que no lo sería si se respetan determinadas cautelas, se formulan algunas sugerencias para que semejante exigencia pudiese ser eficaz, al menos, en algunos supuestos.

PALABRAS CLAVE: Mediación, Voluntariedad, Obligatoriedad, Ordenamiento español.

ABSTRACT: This communication presents some reflections on the concept of mediation and what is the significance of the voluntary character of such an instrument for conflict management, with emphasis on the scope granted to this essential feature by the European Community legislator. In addition, it is discussed whether it would be contrary to our legal system that the Spanish legislator decides it is necessary trying to reach an agreement, through a mediation process, prior to bring actions before the courts. Finally, assuming that it would not be contrary to our legal system if certain precautions are respected, some suggestions are presented that will allow such a requirement could be effective, at least in some cases.

§1. Como es sabido, no hay una única forma de resolver los conflictos jurídicos que pueden surgir en el seno de la sociedad. Y aunque hoy estamos acostumbrados a que éstos normalmente se resuelvan por la juris-

¹ El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2017-86575-R), así como de la Red Temática «Justicia civil: análisis y prospectiva» (DER2016-81752-REDT).

dicción, lo natural y deseable, al menos cuando se discute sobre derechos disponibles, es que aquellos se resuelvan mediante acuerdos, pactos o transacciones entre los interesados.

§2. Consciente de esta realidad, en los últimos años, el legislador europeo ha prestado especial atención a la mediación, al estimar que ésta puede proporcionar una solución extrajudicial económica y eficaz a determinados conflictos de carácter civil y mercantil; que es probable que los acuerdos que puedan resultar de la misma se cumplan voluntariamente, con los beneficios que ello conlleva; y que, a las anteriores ventajas, se añada otra no menos relevante: la de que puede favorecer que las partes mantengan una relación fluida y cortés que facilite nuevos convenios.

§3. Y, así, en menos de seis años, ha dictado dos destacadas Directivas –la 2008/52/CE y la 2003/11/UE– que inciden en este instrumento de gestión de conflictos y han sido transpuestas al ordenamiento español a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, en asuntos civiles y mercantiles, y de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

§4. El objetivo que nos proponemos con la presente comunicación es tan simple como ambicioso. Pretendemos analizar si sería contrario al citado derecho de la Unión Europea y, por extensión, si vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, que el legislador patrio dispusiera en una futura reforma que es preciso acudir a la mediación con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales.

§5. Para responder debidamente a dicho interrogante, parece conveniente tomar conciencia de algunos datos.

Primero.–La Directiva 2008/52/CE dispuso, en su considerando 13, que, la mediación a que se refiere dicha norma ha de ser un procedimiento voluntario, «en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno».

Dicho párrafo, leído con la debida atención, permite concluir que, en opinión del legislador europeo, cabe recurrir a la mediación no solo cuan-

do lo deseen sus protagonistas, esto es, de forma espontánea y libre, sino también cuando así lo imponga el legislador nacional, que, en este sentido, tiene absoluta libertad, siempre y cuando, eso sí, lo haga con respeto a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. Y también, ciertamente, que, iniciado el procedimiento, cualquiera de los interesados puede apartarse del mismo, sin más requisito que el de avisar al mediador y a los restantes intervinientes, lo que no es sino un deber de elemental cortesía; y que la decisión de si concluye o no con un acuerdo, con el que se ponga fin, en su caso, a las desavenencias existentes, ya sea de forma total o parcial, es una determinación estrictamente personal, que, como tal, solo compete a quienes, si se da el caso, lo rubrican.

Ello implica, por tanto, que contrariamente a lo que inicialmente podría creerse, los legisladores nacionales pueden imponer la necesidad de acudir a una mediación con carácter previo a que se recurra a la jurisdicción; y que los tribunales pueden sugerir a los litigantes la conveniencia de acudir a una sesión informativa sobre lo que este medio de gestión de conflictos es y significa, «si se celebran tales sesiones y ... son fácilmente accesibles» (vid. el artículo 5 de la Directiva 2008/52/CE).

De ahí que el artículo 3, letra a), de dicha Directiva, al definir qué debe entenderse por mediación, a los efectos de la misma, disponga que se trata de un procedimiento estructurado que puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Éste –y no otro– es el verdadero significado de la voluntariedad de la mediación para el legislador comunitario europeo, y conviene no perder de vista dicho punto de partida cuando se analiza este rasgo esencial de la mediación².

Segundo.–El artículo 1 de la Directiva 2013/11 permite, expresamente, que los Estados miembros de la Unión puedan establecer la obligatoriedad de acudir a procedimientos de resolución alternativa de conflictos, siempre, eso sí, que, con dicha imposición, no impidan a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.

² Sobre estas y otras cuestiones relacionadas con esta materia puede consultarse: SUGÜENZA LÓPEZ, J., «Precisiones conceptuales sobre lo que es y no es la mediación», en *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna* (dirigido por Murga Fernández y Tomás Tomás), Wolters Kluwer Italia, Milán, 2014, pp. 449-457; y «Los llamados «principios» de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», en *Aranzadi Doctrinal*, 2018, núm. 2, pp. 183-211.

Tercero.—En coherencia con lo anterior, la sentencia dictada el 14 de junio del pasado año por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-75/16, Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa, concluye que lo verdaderamente relevante en relación con la cuestión que nos ocupa no es si una legislación nacional dispone la obligatoriedad de recurrir a un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción, sino sí, con dicha medida, se impide a los ciudadanos ejercitar su derecho a recurrir al sistema judicial. De donde se deduce que los Estados integrantes de la Unión conservan su plena autonomía legislativa para regular dicha posibilidad, siempre y cuando respeten dicho condicionante. Y, siempre y cuando, además:

- no se imponga que el procedimiento de mediación ha de concluir con un resultado vinculante para las partes;
- dicho procedimiento no implique un retraso sustancial en el posible ejercicio de acciones judiciales;
- su inicio interrumpa la prescripción de los derechos que puedan verse afectados por el intento de alcanzar un acuerdo;
- sea gratuito o, en su defecto, no sea especialmente oneroso;
- pueda desarrollarse tanto presencial como telemáticamente; y
- no impida adoptar medidas provisionales, en aquellos supuestos en los que la urgencia de la situación lo requiera.

Cuarto.—Además de Italia, que es el Estado de la Unión que, con más detalle y profusión, regula los supuestos en que debe recurrirse a la mediación antes de acudir a los tribunales en busca de tutela³, no son pocos los países europeos que disponen normas semejantes. Así sucede en Malta⁴; Irlanda⁵; Escocia, en donde es obligatoria «en los conflictos sobre necesidades de asistencia adicional»⁶; Austria, en donde lo es en determinados

³ Cfr. el Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010 núm. 28 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de 5 de marzo de 2010).

⁴ Vid. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1.

⁵ *Vide* https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1.

⁶ Vid. el documento titulado «Mediación e intervención de las Administraciones Públicas en la UE 28», publicado por el Consejo General de la Abogacía Española, delegación de Bruselas, disponible en <http://web.icam.es/bucket/Mediaci%C3%B3n%20e%20intervenci%C3%B3n%20AAPP%20en%20la%20UE%2028.pdf> (consultado en línea el 8 de mayo de 2018).

casos de conflictos vecinales⁷; Francia, donde se dispone que, quien presente una demanda, debe acreditar los intentos que haya llevado a cabo para solucionar amistosamente la disputa que le enfrente a sus adversos y que cabe proponer que se intente una mediación, si dichos esfuerzos no se justifican debidamente (cfr. los artículos 55, 56, 58 y 127 del *Code de procédure civile* galo); Chequia, Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y Gales⁸.

Quinto.—Asimismo, el 26 de agosto de 2016 se publicó el Informe que la Comisión Europea dirigió al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE⁹, en el que se afirma que, si bien no parece necesario, por el momento, revisar dicha Directiva, sí sería conveniente que los Estados integrantes de la Unión intensificasen sus esfuerzos por fomentar el recurso a la mediación y que sería adecuado, en tal sentido, que las partes se viesen obligadas a significar en sus demandas si han intentado una mediación con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción, sobre todo en el ámbito del derecho de familia.

Más recientemente, el 27 de junio de 2017, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo emitió un Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE¹⁰, en el que recomendó intensificar los esfuerzos tendentes a fomentar el recurso a la mediación en materia civil y mercantil y, entre otras medidas, que se estudiase detalladamente qué obstáculos «dificultan la libre circulación de los acuerdos de mediación extranjeros en la Unión».

Sexto.—Por lo que hace a nuestro país, procede tener en cuenta:

- Que, aunque la Ley 5/2012 establece con claridad que la mediación es voluntaria, su disposición final segunda modifica diversos preceptos de la LECiv, en los que se reconocen importantes atribuciones a los órganos judiciales para impulsar la mediación, sin perjuicio de

⁷ Cfr. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1.

⁸ Véase a este respecto el Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 26 de agosto de 2016.

⁹ Dicho Informe puede consultarse en: <http://web.icam.es/bucket/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20sobre%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%202008-52%20CE.pdf> (consultado en línea el 8 de mayo de 2018).

¹⁰ *Vide* <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//ES>.

su carácter estrictamente voluntario (*vide* sus artículos 444.1, 440.1 y 443.3), siendo especialmente significativo que el artículo 414 de este último texto legal disponga que, en la audiencia previa al juicio, las partes deben comunicar si desean intentar solventar sus diferencias mediante una negociación y, en caso de respuesta negativa, los motivos de tal decisión.

- Que, en la reciente Ley 7/2017, de 4 de noviembre, el legislador español parece entender que es conveniente, al menos en determinados ámbitos, y por cuanto parece favorecer a los consumidores, que se recurra a la mediación antes de que se ejerciten acciones judiciales. Así se deduce de lo dispuesto en sus dos primeras disposiciones adicionales, referidas a las entidades de resolución de conflictos en el ámbito de la actividad financiera y de protección de los usuarios del transporte aéreo, de acuerdo con las cuales, en los conflictos de consumo que tengan lugar en el sector financiero, o vengán referidos a la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, siempre que lo solicite un consumidor, será preceptivo participar en los procedimientos de resolución de los mismos que aquellas establezcan, entre los que se encontrarán, sin duda, procedimientos de mediación.
- Que, en la «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», publicada por el Consejo General del Poder Judicial, se aconseja que los jueces y los letrados de la Administración de Justicia –según el momento procesal en que se acuerde dicha medida– seleccionen los casos que procede derivar a mediación y que, en la resolución en que se invite a las partes y a sus abogados a asistir a una sesión informativa, se explique sucintamente en qué consiste ésta; se recuerde que la información de qué parte asiste no es confidencial, por lo que tal circunstancia puede ser valorada por los órganos judiciales junto con el resto del material probatorio; y se recuerde a las partes que, si no desean asistir a la misma, deberán explicar posteriormente los motivos de su decisión de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del art 414 de la LECiv.
- Que, en algunas decisiones judiciales, se reclama que los jueces puedan imponer la suspensión del proceso y derivar obligatoriamente a las partes a un procedimiento de mediación para que puedan alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones que les distancian, «incluso imponiendo ciertas consecuencias en caso de negativa injustificada

a conocer el procedimiento de mediación»¹¹. Así se ha solicitado recientemente en algunas sentencias dictadas por Juzgados de Primera Instancia de Barcelona y Granada, que, a nuestro entender, se equivocan gravemente en este punto, ya que, en nuestro país, nadie está obligado a concluir este intento de avenencia con un acuerdo que no le satisfaga o no le parezca adecuado¹². De ahí que también consideremos desacertado que se tache de temerario a quien, tras rechazar la oferta de pacto que se le ofrece en el desarrollo de una mediación, decide acudir a la jurisdicción –o reanudar ante ella el litigio que se suspendió para intentar una solución negociada– y obtiene en ésta lo mismo que se le propuso¹³ y que no compartamos el criterio de quienes consideran que dicha conducta sería contraria a las reglas de la buena fe y, por ello, sancionable, bien con una multa con base en el artículo 247 de la LECiv, bien con la imposición de las costas procesales¹⁴. Al igual que tampoco consideramos

¹¹ Cfr. ALASTRUEY GRACIA, R., «Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial», en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, vol. II, Generalitat de Cataluña. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011, p. 404.

¹² Esta regla quiebra en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con el propósito de evitar la insolvencia de los que dicha norma denomina «emprendedores» –concepto más amplio que el de «comerciante» o «empresario»– y evitar el concurso de acreedores. Ya que es posible redactar el plan de pagos de los créditos pendientes de abono en la fecha del citado acuerdo sin el consenso de todos los acreedores, siendo suficiente que den su conformidad quienes sean titulares, al menos, del 60% del pasivo o del 75% del mismo, en función de cuáles sean las medidas a adoptar (vid. el artículo 238 de la Ley Concursal).

¹³ En contra: GONZÁLEZ MARTÍN, L. A., «Aspectos procesales de la Ley de Mediación», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 183, enero de 2013, p. 35.

¹⁴ Cfr. ALASTRUEY GRACIA, R., *ob. cit.*, *loc. cit.*, quien refiere como ejemplo de su propuesta la sentencia dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona en el asunto 779/2007 (OCU contra Red Eléctrica de España y Endesa), Sr. Ruiz de la Cuesta Muñoz, tramitado con ocasión del apagón eléctrico que padecieron los ciudadanos de la ciudad condal el 23 de julio de 2007, en la que, al referirse a las costas, se dice: «El punto de partida, dado que la demanda va a ser parcialmente estimada, ha de ser que no haya pronunciamiento en materia de costas (artículo 394 LEC).– El matiz será (toda vez que la solución que se da al pleito en lo tocante a ENDESA coincide plenamente con la oferta realizada por ésta en la audiencia previa y que la OCU no aceptó, determinando su falta de aceptación el que el procedimiento hubiese de continuar hasta su conclusión, sin aportar no obstante la actora pruebas conducentes a acreditar el importe de su pretensión) que las costas de ENDESA posteriores a la audiencia previa de 01.04.09 deben ser a cargo de la actora».

Semejante criterio, que supone castigar al actor por hacer uso de un derecho legalmente reconocido y «obligar» al titular del órgano jurisdiccional a cumplir con su

adecuado que se considere un abuso del derecho a la tutela judicial efectiva el acudir a la jurisdicción sin haber intentado antes una mediación¹⁵, tesis singularmente peligrosa que parece concebir el

labor de dictar una sentencia acorde a derecho, resulta censurable y absolutamente inadmisibles. Y así lo reconoció la Audiencia Provincial de Barcelona al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia antes citada y señalar, acertadamente, que «la temeridad no viene definida o determinada por una mera estimación parcial de las pretensiones sostenidas», sino por una conducta temeraria, infundada o insostenible, lo que no se apreciaba en el presente caso (SAP de Barcelona –Sección 11ª– de 21 de octubre de 2010 [JUR 2010, 383076], Pte. Sra. Alonso Martínez).

¹⁵ Cfr. el auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona de 26 de enero de 2015 (AC 2015, 378), Pte. Sra. Alastruey Gracia.

En igual sentido, véase el auto del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada de 11 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 21573), Pte. Sra. Frias Román, que, con clara inspiración en aquél, al que expresamente menciona, señala: «Procedimientos como el presente es en donde queda patente el “abuso del proceso”, causando un daño para los intereses generales que pudiera dar lugar a responsabilidad conforme al artículo 247 de la ley de enjuiciamiento civil, pues las partes tienen a su alcance otros métodos de realizar el valor de lo justo en cada caso concreto, mucho más barato, como mucho más rápido y menos gravoso para las arcas públicas como puede ser la mediación, cuyo uso ni siquiera lo intentan, todo ello como se afirma en el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona de fecha 26 de enero del 2015 con remisión al contenido del derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales reseñada en la STC de 16 de febrero del 2012, lo que supone que pueden establecerse límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos sí, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE) están dirigidas a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarda la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida ... sentencia que también se refiere a la legitimidad de la tasa judicial para afirmar algo que es obvio: la justicia no es gratis, para hacer prevalecer en dichas resoluciones la responsabilidad personal para un uso adecuado del proceso judicial dado que los argumentos referidos por el Tribunal Constitucional sirven para valorar si constituye un comportamiento justo, ético y de rectitud social dicho uso y abuso del proceso judicial, en un momento como el presente en que los recursos públicos son escasos y el servicio prestacional que realiza los Tribunales está colapsado por un exceso de litigiosidad y se acude a los mismos sin intentar la resolución por otras vías igualmente adecuadas y en vigor, cuando la actividad jurisdiccional se sufraga con la contribución de todos los contribuyentes y por reclamación de escasa cuantía el coste público del proceso es mucho mayor que lo que se reclama, existiendo como existe hoy en día otras vías para solucionar la controversia como es la Mediación, que nunca impediría de forma alternativa y subsidiaria el acceso al proceso judicial intentado sin efecto. Con todo ello lo único que se pretende es ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe como principio informador de todo ordenamiento jurídico, de conformidad con art. 7.1 del código civil y para el ámbito procesal los artículos 11.2 LOPJ y 247 LEC evitando una desproporción enorme entre lo que se discute lo que cuesta que se discuta existiendo otras alternativas que no compromete

recurso a la jurisdicción civil como un último recurso, cuando ciertamente –aquí y ahora, en este momento histórico– no lo es entre nosotros.

Con todo, la cuestión de si debe imponerse la obligatoriedad de acudir a una mediación con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción sigue abierta. Pues, como antes se apuntó, recientemente se ha dispuesto que, en el ámbito financiero y en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, la ley obligará a las entidades financieras y a las compañías aéreas a participar en procedimientos «de resolución alternativa de litigios» cuando los consumidores decidan voluntariamente acudir a los mismos. Y porque, con anterioridad a dicha norma, con la Ley 5/2012 ya en vigor, algunas normas autonómicas ya habían dispuesto la obligatoriedad de acudir a la mediación con carácter previo al proceso jurisdiccional (cfr. el artículo 6.1 de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores).

§6. Centrada la cuestión en estos términos, y habiéndose planteado por algunos autores la conveniencia de regular en nuestro país la mediación como requisito previo al ejercicio de acciones judiciales, creemos que pueden alcanzarse, al menos, las siguientes conclusiones:

Primera.–Que, de acuerdo con la normativa europea en materia de mediación, y con la interpretación de la misma realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una normativa nacional que obligue a los justiciables a intentar alcanzar un acuerdo a través de una mediación antes de acudir a la jurisdicción para dirimir sus diferencias no vulnera ningún derecho fundamental, siempre y cuando, eso sí, se preserve el derecho de los ciudadanos a acceder al sistema judicial. Es decir, no se impida a las partes acudir en demanda de justicia a los órganos jurisdiccionales.

Segunda.–Que, si ello es así, parece evidente que, siempre que se respete dicha cautela, no quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución que el legislador español acordase dicho requisito con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción.

Tercera.–Que dicha conclusión no impide preguntarse si dicha medida, de establecerse, sería eficaz en nuestro país, en el que, ciertamente, conta-

recursos públicos, que no perjudica los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy en día colapsan los tribunales».

mos con una experiencia, anterior a 1984, que facilita responder negativamente a dicha cuestión.

Cuarta.—Que, no obstante, dicha realidad no implica que hoy, en 2018, casi treinta y cuatro años después de que se abrogase la necesidad de procurar la conciliación previa de los conflictos civiles, dicha iniciativa deba correr igual suerte.

Para evitarlo, en mi opinión, sería necesario, cuando menos, adoptar las siguientes medidas:

1. Poner en marcha una amplia campaña de concienciación sobre lo que la mediación es y significa, haciendo especial hincapié en sus indudables beneficios en determinados ámbitos (singularmente, en materia de familia, conflictos vecinales y reclamaciones dinerarias de escasa cuantía).
2. Establecer eficaces mecanismos de control en materia de formación de los mediadores, verdadera pieza esencial del sistema de mediación.
3. Soslayar el recelo que este medio de gestión de conflictos suscita en muchos jueces y magistrados, formándolos debidamente en él, a fin de que sean conscientes de los supuestos en que puede ser conveniente remitir a las partes a un procedimiento de mediación.
4. Implementar en todas las oficinas judiciales de nuestro país una Unidad de Mediación Intrajudicial, a las que poder derivar los asuntos que deban ser mediados; unidades de mediación intrajudicial en las que, al menos inicialmente, llevasen a cabo la tarea de intermediar entre otros, gratuitamente, mediadores que acreditasen estar debidamente formados¹⁶.
5. Comprometer en dicha labor a los distintos colegios profesionales que puedan estar interesados en la mediación (singularmente, a los colegios de abogados y de procuradores de los tribunales), ya que, sin su concurso, muy posiblemente esta iniciativa está llamada al fracaso.

¹⁶ Que su tarea fuese gratuita en un primer momento no significa, nótese bien, que no les sea útil y, en consecuencia, carezca de interés para ellos llevarla a cabo. Pues les serviría para adquirir una experiencia práctica de la que la mayoría carece. La experiencia en los lugares en que así se ha procedido (por ejemplo, en Murcia), así lo acredita.

6. Modificar determinados planes de estudio universitarios, a fin de formar en mediación a las futuras generaciones de egresados en distintas titulaciones (especialmente, en Derecho, Psicología, Graduado Social y Trabajo Social).
7. Acordar dicha medida solo en determinados y concretos casos: aquellos en los que la experiencia demuestra que puede tener cierta aceptación y éxito. Por ejemplo, como antes señalábamos, en materia de familia, conflictos vecinales y reclamaciones dinerarias de escasa cuantía.

Capítulo 43

La mediación en consumo y la adaptación al Derecho procesal español de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo

ALMUDENA VALIÑO CES
*Profesora doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO: 1. CON CARÁCTER PRELIMINAR. 2. LA LEY 5/2012 Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3. LA LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La aprobación de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, ha venido, por fin, a permitir que la mediación pueda desarrollarse con naturalidad en el ámbito de los consumidores. Por tal motivo, es menester analizar la referida regulación, en tanto conlleva novedades importantes, tanto de organización como de procedimiento, que deberán tenerse en cuenta a la hora hacer posible estas mediaciones. Ello no obstante, el acercamiento a esta institución que efectúa la Ley es bastante deficiente y no exento de confusión, toda vez que no se coordina adecuadamente con la legislación española que ya estaba vigente en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Mediación, consumo, consumidor, resolución de conflictos, transacción.

ABSTRACT: The approval of Law 7/2017, of November 2, relating to the alternative resolution of consumer litigation, has finally come to allow mediation to develop naturally in the field of consumers. For this reason, it is necessary to analyze the aforementioned regulation, in as much as it entails important innovations both in terms of organization and procedure, which must be taken into account when making these mediations possible. However, the approach to this institution that makes the Law is quite deficient and not exempt from confusion, since it is not properly coordinated with the Spanish legislation that was already in force in this matter.

KEYS WORDS: Mediation, consumption, consumer, dispute resolution, transaction.

1. CON CARÁCTER PRELIMINAR

En los últimos años, los tribunales se mostraron incapaces para resolver conflictos en materia de consumo y para aportar seguridad y protección a los consumidores. Por ello, resultó esencial el fomento de sistemas alternativos de resolución de conflictos, mediante los cuales se pretende dar soluciones reales a los consumidores en el momento de enfrentarse a sus problemas¹. Tal cometido es mantenido por las instituciones comunitarias desde hace tiempo, toda vez que presentan un gran interés por impulsar y promover los métodos y procedimientos no judiciales ni jurisdiccionales.

Se produce, pues, en la mayor parte de los países, una expansión de estas alternativas y, en concreto, de la mediación. Este interés se ha manifestado en una prolífica producción normativa, entre la que podemos destacar la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, como nuevo marco normativo en materia de mediación². Su aprobación sirvió no sólo para promocionar esta institución en los Estados miembros de la Unión Europea, sino también para establecer un punto de partida para que las legislaciones de los referidos Estados impulsaran su desarrollo legislativo.

En el caso español, su transposición al Derecho interno se llevó a cabo a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que vino a consolidar la figura de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. Ello no obstante, el marco legal de la mediación civil y mercantil en nuestro país se complementó con el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012.

¹ En realidad, no se buscaba sustituir a la vía judicial sino complementarla con un sistema de resolución extrajudicial de conflictos que fuese capaz de dar una respuesta eficaz, rápida y económica. De manera tal que los consumidores dispusiesen de un abanico de alternativas a fin de escoger la más adecuada a sus intereses y posibilidades, y no verse limitados a la vía judicial como única opción (CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España*, ADICAE Servicios Centrales, Zaragoza, 2016, p. 3).

² Su aprobación significa “*un paso importante para la desjudicialización de la vida de los ciudadanos y, sobre todo, para el fortalecimiento de la sociedad civil*”, debido a que la mediación es un instrumento que posibilita a los ciudadanos resolver por sí mismos sus controversias con la colaboración de un profesional, el mediador, que les ayuda y les ofrece sus conocimientos y técnicas, para que puedan voluntariamente alcanzar un acuerdo (PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, núm. 6958, Sección Actualidad Legislativa Comentada, del 2 al 10 de junio de 2008, año XXIX, Editorial La Ley).

2. LA LEY 5/2012 Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 5/2012, esta Ley regula un procedimiento de mediación útil para todos los conflictos que surjan en una relación –civil o mercantil– y siempre que afecten a derechos y obligaciones disponibles para las partes. Además, es necesario que al menos una de ellas tenga su domicilio en España y que la mediación se celebre en territorio español. Ahora bien, según su apartado 2º, están excluidas del ámbito objetivo de la Ley: la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

En puridad, la exclusión de estas materias no supone que no sea posible acudir a un procedimiento de mediación para los conflictos relativos a ellas. A este respecto, en el Preámbulo se dispone: “*Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes*”. Así, a excepción de los asuntos penales, que por su especial naturaleza y la de los intereses protegidos requieren de una regulación específica, el resto podrían perfectamente haber sido incluidas³.

En cuanto a la exclusión de la mediación en materia de consumo, cabe destacar que nos encontramos ante una materia que no resulta indisponible para las partes. El fundamento de esta exclusión reside en la existencia de “*una regulación específica de la mediación en materia de consumo en el ámbito geográfico respectivo de las Comunidades Autónomas*”⁴ o, incluso, en el desequilibrio entre el empresario que representa el poder económico y, con él, la fortaleza jurídica, y el consumidor que aparece como la parte más débil de la relación jurídica.

A priori, esta prohibición en materia de consumo podría reducir la eficacia del procedimiento que contempla la Disposición final séptima de la Ley 5/2012, esto es, la relativa a la promoción por el Gobierno de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para controversias derivadas de simples reclamaciones de cantidad. Nótese a este respecto que se consideran reclamaciones de cantidad que no pro-

³ CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 138.

⁴ NAVARRO VICENTE, M., “Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: un nuevo horizonte para la solución pactada de controversias privadas”, *Diario La Ley*, núm. 7866, Sección Tribuna, 25 de mayo de 2012, Editorial La Ley.

cedan de conflictos en materia de consumo, en tanto éstos se encuentran expresamente excluidos. Ello no obstante, la experiencia nos revela que la mayoría de estas reclamaciones tendrán su origen en la referida materia de consumo.

Ahora bien, esta cuestión se mitiga con el artículo 30 del Real Decreto 980/2013, de acuerdo con el que se desarrollará preferentemente por el procedimiento simplificado la mediación por medios electrónicos que consista en una reclamación de cantidad inferior a seiscientos euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad, con la salvedad de los supuestos en los que la utilización de estos medios no sea posible para alguna de las partes o cuando éstas acuerden un procedimiento distinto.

Con todo, esta exclusión es bastante discutible, toda vez que la mediación se presenta como un procedimiento que puede ofrecer una respuesta más adaptada a este tipo de conflictos que la derivada de los mecanismos tradicionales utilizados hasta la fecha: proceso y arbitraje. Por tal motivo, aquélla se considera como una de las vías adecuadas para garantizar a los consumidores el acceso a la Justicia⁵.

Así las cosas, la mediación de consumo requiere una ordenación mínima que le proporcione seguridad jurídica. A estos efectos, se puede distinguir tres fuentes ordenadoras de la mediación de consumo⁶. En primer lugar, a nivel estatal y sin agotar todas las referencias, contamos con el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y que prevé la mediación en su artículo 38⁷. En segundo lugar, respecto al marco autonómico, la mayoría de las Comunidades Autónomas asumieron como competencia exclusiva la me-

⁵ Este acceso de los consumidores a la Justicia aparece regulado por primera vez en el artículo 51 de la Constitución Española, aun cuando su *ultima ratio* reside en su artículo 24 (LOIS CABALLÉ, A. I., “Mediación en el ámbito del derecho del consumo”, en BOLDÓ RODA, C. (Dir.) y ANDREU MARTÍ, M. (Coord.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 286 y 287).

⁶ ORDEÑANA GEZURAGA, I., “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, núm. 7420, Sección Doctrina, 9 de junio de 2010, Editorial La Ley. Para profundizar en el tema: ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Sobre la búsqueda de la esencia (eficacia y calidad) de los mecanismos extrajurisdiccionales para la solución del conflicto de consumo en la Unión Europea o sobre su nuevo marco normativo (la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013)”, en PARDO IRANZO, V. (Dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 153 a 212.

⁷ En esta disposición, el legislador estatal establece que puede recurrirse a mediación: “Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto”.

diación en consumo, sin perjuicio de que, en el caso de aquéllas que no lo hicieran, *ex* artículo 149.3 CE, pertenezca al Estado. La realidad nos muestra que aquéllas no han hecho uso de esta competencia y se limitan a reconocerla en sus Estatutos. Y por último, en el contexto de la Unión Europea, cabe destacar la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE⁸. Su importancia reside en que con ella sería factible el desarrollo de una normativa específica sobre esta materia que impulsase la utilización de la mediación. Dada la insuficiente regulación de la mediación en consumo, lo apropiado habría sido incluirlo dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, justamente para impulsar su efectiva implementación y proporcionarle una cobertura legal apropiada.

3. LA LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO

Tras años de espera, en noviembre de 2017 se incorporó al ordenamiento jurídico español la referida Directiva 2013/11/UE. Ello fue posible con la publicación de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que a través de su Disposición final séptima modifica la Ley 5/2012, suprimiendo la letra d) del apartado 2 del artículo 2. En otras palabras, elimina la mediación en materia de consumo como uno de los supuestos excluidos de su ámbito objetivo. De manera que la aprobación de la Ley 7/2017 ha venido, por fin, a permitir que la mediación pueda desarrollarse con naturalidad en el ámbito de los consumidores.

Ahora bien, el acercamiento de la nueva Ley a la mediación es bastante deficiente y no exento de confusión. Más allá de la Exposición de motivos que incluye a la mediación dentro de lo que se define en el articulado “*procedimiento con resultado no vinculante*”, la Ley no vuelve a hacer ninguna referencia a la mediación, salvo lo dispuesto en el artículo 26, en el que regula las autoridades competentes para la acreditación de entidades de resolución. Asimismo, en su apartado 2 señala que “*las Comunidades Autónomas [...] podrán designar una autoridad competente para la acreditación de*

⁸ La incorporación al Derecho nacional, de acuerdo con su artículo 25, tendría que haberse realizado “*a más tardar el 9 de julio de 2015*”.

entidades de resolución alternativa establecidas en su ámbito territorial”, en caso de “a) Entidades que lleven a cabo procedimientos que finalicen con una decisión no vinculante para las partes, siempre que en su legislación hayan desarrollado la competencia de mediación en materia de consumo”. A la vista de esta previsión, podría parecer que la Ley 7/2017 solo está pensando en la mediación desarrollada en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo, es decir, al margen de la regulación de la Ley 5/2012.

Con la Ley de 2017, y gracias a los esfuerzos de la Comisión Europea en las últimas dos décadas, se resuelve el problema del acceso de los consumidores a la Justicia en los Estados miembros, entendiendo que este acceso no se limitaba únicamente a los normales cauces de la justicia ordinaria, sino más bien a otros mecanismos de naturaleza extrajudicial, como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

En efecto, a su través los consumidores residentes en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea tendrán la posibilidad de resolver sus litigios de consumo con empresarios establecidos en España, acudiendo a unas entidades de resolución alternativa de calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos y rápidos, que hayan sido acreditadas⁹. Estas entidades tienen que disponer de un estatuto o reglamento de funcionamiento que conste en soporte duradero. El referido documento deberá contener: datos relativos a su organización y financiación; clases de litigios que conozcan; información sobre el procedimiento que proporcionen a las partes y nombramiento, cualificación y experiencia de sus miembros componentes.

En cuanto a los aspectos más destacados de la Ley 7/2017, cabe mencionar su ámbito de aplicación. De conformidad con su artículo 3.1, la Ley se aplica a las entidades públicas y privadas de resolución alternativa establecidas en España que propongan, impongan o faciliten una solución entre las partes en estos litigios de consumo, nacionales o transfronterizos, relativos a obligaciones contractuales derivadas de compraventa o de prestación de servicios. Por tanto, se trata de un procedimiento que las entidades acreditadas pondrán en marcha con el objetivo de facilitar una vía de resolución de conflictos entre consumi-

⁹ Cabe entender por “entidad de resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, cualquier persona física o entidad, de naturaleza pública o privada, que lleva a cabo procedimientos de resolución alternativa de litigios de consumo. Debe estar establecida en España y haber obtenido la acreditación por resolución de la autoridad competente e incorporada en el listado nacional de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN).

dores y empresarios, cuya materia esté relacionada con la prestación de servicios o transacciones de bienes¹⁰.

Por lo que respecta a las líneas generales del procedimiento extrajudicial, destacamos que éste se inspirará en los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. En cuanto al de voluntariedad, cabe mencionar que ninguna de las partes está obligada a participar en un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo, salvo que una ley especial así lo prevea¹¹.

Asimismo, nos encontramos ante procedimientos –gratuitos para los consumidores¹²–, iniciados por reclamación que será notificada a las partes. Una vez notificadas acerca de la existencia del procedimiento¹³, podrán realizar, en un plazo razonable, las alegaciones que consideren oportunas.

El resultado del procedimiento se dará a conocer a las partes en un plazo máximo de 90 días naturales desde la presentación de la reclamación, con la salvedad de que si se trata de un asunto de especial complejidad, se podrá prorrogar ese plazo por otros 90 días, lo que se comunicará motivadamente a las partes¹⁴.

La Ley prevé dos tipos de procedimientos, en función de si tienen un resultado vinculante o no¹⁵. En el supuesto de no ser vinculante, el procedimiento termina con un acuerdo entre las partes, adoptado por sí mismas o mediante la intervención de un tercero, o bien con una propuesta de solución, con independencia de que las partes decidan otorgar a su acuerdo

¹⁰ Sin embargo, su Exposición de motivos excluye de su ámbito de aplicación a los servicios no económicos de interés general, reclamaciones relacionadas con salud, prestaciones de servicios públicos de enseñanza complementaria o superior, litigios entre empresarios y las actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el conflicto objeto del mismo.

¹¹ Artículos 8 y 9 de la Ley 7/2017.

¹² Tal y como dispone el artículo 11 de la Ley 7/2017.

¹³ En virtud de la voluntariedad característica de este procedimiento, las partes pueden retirarse del mismo en cualquier momento, no estando obligadas a aceptar la solución propuesta por las entidades de resolución alternativa de conflictos. Por tal motivo, la participación en este tipo de procedimientos no excluye la posibilidad de acudir a la vía judicial, pudiendo ser la resolución judicial diferente a la adoptada en el procedimiento extrajudicial.

¹⁴ Artículo 20 de la Ley 7/2017.

¹⁵ GARCÍA DE PABLOS, J. F., “La resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *Diario La Ley*, núm. 9108, Sección Tribuna, 28 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

carácter vinculante o comprometerse a aceptar la proposición efectuada por la persona encargada de la solución del litigio¹⁶. *A sensu contrario*, si el resultado fuese vinculante, se impone a cualquiera de las partes el resultado de la solución adoptada. Ahora bien, en ninguno de los dos casos, la decisión que ponga fin al litigio podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial¹⁷.

En otro orden de cosas, y de conformidad con el artículo 40 de la Ley 7/2017, se incluye una novedad importante referida a las obligaciones de información a los consumidores por parte de los empresarios, estén o no adheridos a las entidades de resolución alternativa acreditadas, tipificándose el incumplimiento de estas obligaciones como una infracción grave en materia de protección de consumidores y usuarios.

A este respecto, la Ley exige, por un lado, que si los empresarios están adheridos a alguna de las entidades acreditadas o se encuentran forzados a aceptar la intervención de entidades acreditadas en la resolución de sus litigios, deberán informar de manera clara y completa a los consumidores sobre la posibilidad de recurrir a dichas entidades; y por otro, cuando un consumidor presente una reclamación directamente al empresario y ésta no sea resuelta, el empresario tendrá que informar al consumidor si se encuentra adherido a alguna entidad de resolución alternativa de litigios o si está obligado por alguna norma o código de conducta a participar en el procedimiento ante una determinada entidad. En caso de no estarlo, deberá facilitar asimismo información de, al menos, una entidad de resolución alternativa acreditada que sea competente para conocer de la reclamación, indicando si participará en el procedimiento ante la entidad o entidades indicadas.

Finalmente, las Administraciones Públicas¹⁸ deberán cooperar con las entidades acreditadas en materia de protección al consumidor, no sólo intercambiando información para conseguir mejores prácticas en la solución de conflictos nacionales y transfronterizos, sino también facilitando enlaces en sus páginas web en los que se incluya una relación de las entidades de resolución alternativa acreditadas.

¹⁶ Será el caso como señala la propia Exposición de Motivos, por ejemplo, del supuesto de la mediación, cuyo resultado no se impone sino que es fruto del acuerdo de las partes, con independencia de que pueda adquirir carácter de título ejecutivo si las partes optan por ello.

¹⁷ *Vid.* artículos 13 y 15 de la Ley 7/2017.

¹⁸ *Vid.* artículos 42 a 45 de la Ley 7/2017.

4. CONCLUSIONES

Las transacciones de consumo constituyen un elemento clave en el desarrollo de toda economía. Por tal motivo, la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 2013/11/UE era más que una necesidad, máxime cuando el Derecho de consumo se aplica no sólo por los juzgados y tribunales, sino también, y cada vez más, a través de mecanismos extrajudiciales, como la mediación y el arbitraje.

Desde la óptica de la mediación, cabe señalar que la Ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no se coordina adecuadamente con la legislación española que ya estaba vigente en esta materia. Es más, cabe destacar que esta Ley no regula ni desarrolla procedimientos de resolución alternativa de conflictos, sino que se limita a contemplar los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa de conflictos, a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus litigios.

Además, en cuanto a la terminología empleada, la Ley no ha estado muy afortunada, toda vez que resulta inadecuado hablar en un ámbito extrajudicial de resolución de controversias de “litigios”, término que se relaciona con la resolución de un conflicto ante los tribunales. Asimismo, seguir la terminología de la Directiva 2013/11/UE al referirse a los conflictos “en línea” tampoco parece acertado. Y ello porque en nuestro ordenamiento se ha extendido para tales casos, la utilización de expresiones como “medios electrónicos” o “comunicación a distancia”.

En definitiva, a la vista del resultado final y más allá de la consideración de que el modelo diseñado no tiene viabilidad financiera sin respaldo de las Administraciones Públicas, quizás deba de entenderse que no sólo se ha querido regular la mediación en el ámbito de las Juntas Arbitrales de Consumo, sino que también se ha abierto a la mediación en consumo la vía determinada por la Ley 5/2012, cuyas garantías también deben entenderse adecuadas para los consumidores.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com

